

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 24. júní 2011 í máli nr. E-4832/2010:

A

B

C

(Sigurður Sigurjónsson hrl./Reykjavík)

gegn

Reykjavíkurborg og

(Ebba Schram hdl.)

D (sakaukastefndi)

(Ólafur Kristinsson hdl.)

I.

Mál þetta, sem var dómtekið 30. maí sl., er höfðað með stefnu, dags. 29. júní 2010, af A og B, sem bæði eru til heimilis að [...], og af C, [...], gegn Reykjavíkurborg, Ráðhúsinu, Tjarnargötu 11 í Reykjavík, vegna Barnaverndarnefndar Reykjavíkur. D, [...], var einnig stefnt í málinu með sakaukastefnu sem birt var honum 6. desember 2010.

Dómkröfur stefnenda eru eftirfarandi:

Aðallega að stefndu verði gert að þola ógildingu á úrskurði kærunefndar barnaverndarmála frá 19. maí 2010 þar sem barn C, sem er jafnframt barnabarn og fósturbarn þeirra A og B, X, kt. [...], var úrskurðaður í umgengni við stefnda D, kt. [...], [...]. Þá er gerð krafa um að stefndu verði dæmdir til að greiða stefnendum málskostnað að skaðlausu að mati réttarins með tilliti til gjafsóknar ef um ræðir. Þá er krafist 25,5% virðisaukaskatts á tildæmda málflutningsþóknun en stefnendur eru eigi virðisaukaskattsskyldir. **Til vara** er gerð sú krafa af hálfu stefnenda að verði eigi fallist á dómkröfur stefnenda um ógildingu úrskurðarins verði málskostnaður látinn niður falla.

Endanleg dómkrafa stefndu Reykjavíkurborgar er að hún verði sýknuð af kröfum stefnenda. Ekki er gerð krafa um málskostnað af hálfu stefndu

Reykjavíkurborgar.

Í greinargerð sakaukastefnda, D, sem lögð var fram í þinghaldi 26. janúar 2011, voru í fyrstu gerðar eftirfarandi kröfur:

„1. Í fyrsta lagi er farið fram á **frávísun** af öllum kröfum stefnenda.

2. Í öðru lagi er farið fram á **staðfestingu á því að dómsátt sbr. dskj. nr. 9 verði ekki talin vera skuldbindandi fyrir sakaukastefnda** vegna réttarfarslegs ágalla.

3. Í þriðja lagi er farið fram á að verði málinu hvorki vísað frá dómi né komist dómurinn að því að dómsátt skv. dskj. nr. 9 sé óskuldbindandi gagnvart sakaukastefnda vegna orðalags hennar, þá er **krafist staðfestingar á úrskurði kærunefndar barnaverndarmála frá 19. maí 2010, sbr. dskj. nr. 27.**“

Sakaukastefndi krefst enn fremur málskostnaðar fyrir héraðsdómi að skaðlausu samkvæmt mati dómsins eða samkvæmt síðar framlögðum málskostnaðarreikningi auk virðisaukaskatts af málskostnaði.

Í þinghaldi í málinu 28. febrúar 2011 féll sakaukastefndi frá kröfum í fyrsta og öðrum tölulíð dómkrafna sinna. Við munnlegan málflutning var af hálfu sakaukastefnda gerð sú breyting á kröfugerð hans að í stað staðfestingar á úrskurði krafðist hann sýknu af kröfum stefnenda þannig að úrskurður kærunefndar barnaverndarmála frá 19. maí 2010 stæði.

II.

Málsatvik

Mál þetta varðar X sem er nú tólf ára gamall, fæddur 15. júní 1999. Móðir hans er C sem er meðal stefnenda í máli þessu. Frá hausti 1998 var hún í sambúð með sakaukastefnda, D. Auk X fæddust á sambúðartímanum Y árið 2001 og Z árið 2002. Sambúðin var stormasöm og einkenndist meðal annars af afskiptum barnaverndaryfirvalda og lögreglu vegna eiturlyfjavanda stefnanda C og sakaukastefnda auk þess sem stefnandi C mun hafa sakað sakaukastefnda um harðræði í sinn garð og barnanna.

Sambúð stefnanda C og sakaukastefnda lauk síðla árs 2003. Börnin voru vistuð utan heimilis frá 1. til 15. desember 2003 vegna vímuefnaneyslu stefnanda C. Það var gert með samþykki stefnanda C og sakaukastefnda. Þau samþykktu síðan áframhaldandi vistun barnanna fram í febrúar 2004 eða þar til forsjárhæfnismati á þeim væri lokið. Í byrjun janúar 2004 varð ljóst að þeir aðilar sem vistuðu börnin gátu ekki haft þau lengur en til 23. janúar 2004 vegna orlofa. Þar sem stefnandi C sætti sig ekki við að börnin færu til sakaukastefnda, en fram kemur í gögnum málsins að hann hafi þá verið hættur allri fíkniefnaneyslu, var málið tekið til úrskurðar á fundi barnaverndarnefndar Reykjavíkur 27. janúar 2004. Niðurstaða úrskurðarins varð sú að börnin voru vistuð á heimili sakaukastefnda á grundvelli b-liðar 27. gr. barnaverndarlaga í einn mánuð frá 27. janúar 2004, en sú vistun var

framlengd um einn mánuð með úrskurði barnaverndarnefndar 24. febrúar 2004. Síðan í janúar 2004 hefur yngsta barnið, Z, búið hjá föður sínum, sakaukastefnda, og hann farið með forsjá hennar.

Hinn 17. febrúar 2004 höfðaði stefnandi C mál fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur þar sem faðerni barnanna X og Y var vefengt. Dómur var kveðinn upp í málinu 6. ágúst 2004 þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að D væri ekki kynfaðir barnanna. Samkvæmt dómsátt, sem gerð var á milli stefnanda C, fyrir hönd X, og E fyrir Héraðsdómi Reykjaness 8. nóvember 2004, var viðurkennt að E væri faðir drengsins.

Þrátt fyrir að sakaukastefndi væri ekki kynfaðir X og Y gerði hann þá kröfu að börnin fengju að búa áfram hjá sér, en þau höfðu verið í umsjá hans frá janúar 2003 til september 2004. Stefnandi C andmælti þessari kröfu og samþykkti, sem eini forsjáraðili barnanna, á fundi barnaverndarnefndar Reykjavíkur 21. september 2004 að þeim yrði komið fyrir í varanlegt föstur til 18 ára aldurs hjá hjónum úti á landi.

Sakaukastefndi, sem ekki var talinn eiga aðild að málinu á grundvelli niðurstöðu vefingarmálsins, kærði úrskurð barnaverndarnefndar þar að lútandi til kærunefndar barnaverndarmála. Með úrskurði sínum frá 21. október 2004 komst kærunefndin að þeirri niðurstöðu að sakaukastefndi ætti ríkra lögvarinna hagsmuna að gæta í málinu og því teldist hann eiga aðild að því. Af þeim sökum var hin kærða ákvörðun stefndu frá 21. september 2004 ógilt og málinu vísað til barnaverndarnefndar til meðferðar að nýju. Málið var endurupptekið af hálfu kærunefndar 10. desember 2004 sem úrskurðaði að nýju í því 15. sama mánaðar. Þar var kröfum sakaukastefnda vísað frá kærunefndinni.

Barnaverndarnefnd Reykjavíkur höfðaði forsjásviptingarmál árið 2005 fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur á hendur stefnanda C. Málinu lauk 2. febrúar 2005 með dómsátt milli aðila. Meginefni sáttarinnar fólst í að C veitti samþykki sitt fyrir því að barnaverndarnefnd tæki við forsjá X og Y með því skilyrði að börnunum yrði ekki komið fyrir hjá sakaukastefnda.

X dvaldi í fóstri hjá hjónum úti á landi frá september til nóvember 2004. Sú fósturráðstöfun gekk ekki eftir og fór þá drengurinn í umsjá stefnanda A, móðurömmu sinnar. Í apríl 2005 fór drengurinn að nýju í föstur sem fyrirhugað var sem varanleg fósturráðstöfun. Fósturrof varð í ágúst 2005 og fór þá drengurinn aftur til stefnanda, A og B. Með bókun barnaverndarnefndar Reykjavíkur frá 2. desember 2005 var þeim síðan falið að annast X í varanlegu fóstri til sjálfræðisaldurs.

Með úrskurði kærunefndar barnaverndarmála frá 22. júní 2006 var framangreind ákvörðun barnaverndarnefndar Reykjavíkur um fósturráðstöfun drengsins frá 2. desember 2005 ógilt og málinu vísað til meðferðar barnaverndarnefndar Reykjavíkur að nýju. Niðurstaða þessi var á því reist að það þjónaði hagsmunum X best að fara í varanlegt föstur til sakaukastefnda og var lagt fyrir stefndu Reykjavíkurborg að hlutast til um að ógilda dómsáttina frá 2. febrúar 2005 eða gera aðrar ráðstafanir sem gerðu kleift að fela sakaukastefnda föstur X. Árið 2006 höfðaði Reykjavíkurborg mál fyrir hönd barnaverndarnefndar Reykjavíkur á hendur stefnanda C og krafðist þess að ógilt væri ákvæði sáttarinnar um að X yrði ekki komið fyrir hjá sakaukastefnda. Með dómi Hæstaréttar í máli nr.

634/2006, sem kveðinn var upp 14. júní 2007, var staðfestur dómur Héraðsdóms Reykjavíkur frá 22. nóvember 2006, þar sem niðurstaðan varð sú að ekki hefði verið sýnt fram á að það þjónaði hagsmunum X að breyta því fyrirkomulagi fösturs sem þá var.

Frá því að X fór í umsjá stefnenda, A og B, hafði hann reglulega umgengni við sakaukastefnda. Hinn 4. janúar 2007 gerði barnaverndarnefnd Reykjavíkur samning við sakaukastefnda um að hann fengi umgengni við drenginn aðra hverja helgi, frá föstudegi til mánudagsmorguns. Umgengni skyldi endurskoðuð í apríl 2007 eða þegar niðurstaða Hæstaréttar lægi fyrir um framtíðardvalarstað drengsins. Umgengnin var með þessum hætti þar til í júní 2007.

Eftir að niðurstaða Hæstaréttar lá fyrir í júní 2007, gerði sakaukastefndi kröfu, með bréfi 21. ágúst 2007, um að barnaverndarnefnd Reykjavíkur stefndi málinu inn að nýju og krefðist forsjárviptingar stefnanda C svo hægt væri að framfylgja fyrrnefndri ákvörðun kærunefndar barnaverndarmála frá 22. júní 2006. A fundi barnaverndarnefndar Reykjavíkur 27. ágúst 2007 var þessari beiðni hafnað með vísan til þess að dómur Hæstaréttar fæli í sér lyktir málsins um framtíðardvalarstað drengsins. Jafnframt krafðist sakaukastefndi þess að fá umgengni við drenginn. Samkvæmt úrskurði barnaverndarnefndar Reykjavíkur, dags. 4. september 2007, var kröfu hans þar að lútandi hafnað. Niðurstaða barnaverndarnefndar byggðist á skýrri afstöðu drengsins um að hann vildi ekki vera í umgengni við sakaukastefnda og að umgengni við hann virtist ekki hafa góð áhrif á drenginn. Því var talið að slík umgengni væri andstæð högum hans og þörfum, sbr. 3. mgr. 74. gr. barnaverndarlaga.

Sakaukastefndi kærði ákvörðun barnaverndarnefndar Reykjavíkur til kærunefndar barnaverndarmála, sem kvað upp úrskurð í málinu 27. febrúar 2008. Þar var úrskurði barnaverndarnefndar hrundið og málinu vísað aftur til meðferðar hennar. Niðurstaða kærunefndarinnar byggðist einkum á því að afstaða fösturforeldra X, stefnenda A og B, til umgengni við sakaukastefnda virtist hafa breyst til batnaðar frá því að úrskurður barnaverndarnefndar hafði verið kveðinn upp. Þar virðist einnig hafa ráðið miklu að afar mikilvægt væri að systkinin, X og Z, nytu umgengni hvort við annað. Auk þess mætti ekki fyllilega ráða af málsgögnum hver raunverulegur vilji drengsins væri til umgengni við sakaukastefnda. Til að ráða bót á því taldi kærunefndin nauðsynlegt að sálfræðingur ræddi við drenginn um afstöðu hans til umgengni.

Niðurstaða sálfræðimats, dags. 1. júlí 2008, sem aflað var í kjölfar úrskurðar kærunefndar, varð sú að það þjónaði ekki hagsmunum drengsins að gengið yrði gegn skýrri og afdráttarlausri afstöðu hans um að hann vildi ekki umgengni við sakaukastefnda. Meðal annars með vísan til umrædds sálfræðimats hafnaði barnaverndarnefnd Reykjavíkur hinn 9. september 2008 kröfu sakaukastefnda um umgengni.

Vorið 2009 munu aftur hafa komist á samskipti milli X og sakaukastefnda í kjölfar þess að sonur stefnenda, A og B, flutti í næsta hús við sakaukastefnda. Hittust þá systkinin á leikvelli við húsin og mun X hafa fengið að fara inn með systur sinni. Mun þetta hafa endurtekið sig í nokkur skipti. Ekki voru gerðar athugasemdir við þessi samskipti af hálfu Barnaverndar Reykjavíkur.

Með tölvubréfi 24. ágúst 2009 fór sakaukastefndi formlega fram á að fá umgengni við X að nýju. Í framhaldi af því fór starfsmaður Barnaverndar Reykjavíkur á fósturheimili X um haustið 2009 til að ræða einslega við hann um afstöðu hans til slíkrar umgengni. Í dagál frá 18. september 2009, þar sem greint er frá viðtalinu, kemur fram að útskýrt hafi verið fyrir drengnum af hverju starfsmaðurinn væri kominn til að ræða við hann. Segir þar að X hafi strax sagst vilja hitta Z, systur sína. Hafi honum þá verið greint frá því að sakaukastefndi vildi fá að hitta hann. Hafi X þá hugsað sig aðeins um og síðan greint frá því að hann vildi hitta hann „einu sinni í viku“. Hafi honum þá verið gerð grein fyrir því að hann þyrfti ekki að hitta hann og að mikilvægt væri að hann segði hvað hann vildi en ekki það sem hann héldi að aðrir vildu. Um viðbrögð X við því segir orðrétt í dagálnum: „Virtist hann skilja það og ítrekaði að hann vildi hitta D einu sinni í viku, „kannski tvisvar“.“ Enn fremur kemur fram í dagálnum að rætt hafi verið um það hvernig það hefði verið að hitta sakaukastefnda aftur í vor og sumar. Hafi X gefið „lítið út á það“. Þeir hafi „farið saman og keypt afmælisgjöf handa honum, sem var byssa og líka fengið pening“. Í lok dagálsins kemur fram að hann hafi virst „ánægður með þetta“.

Í greinargerð stefndu kemur fram að á meðferðarfundi starfsmanna Barnaverndar Reykjavíkur 21. september 2009 hafi verið lögð fram bókun þess efnis að í ljósi framangreinds vilja drengsins til umgengni væru rök fyrir því að henni yrði komið á til reynslu í þrjú skipti. Bókunin var send til sakaukastefnda og stefnenda, A og B, fósturforeldra drengsins. Á fundi fósturforeldranna með starfsmönnum Barnaverndar Reykjavíkur 5. október 2009 kom fram að þau vildu ekki vera til samvinnu um umgengni með þessum hætti. Þó lögðu þau til í lok fundarins að ef sakaukastefndi væri reiðubúinn til að ræða málið við þau þá myndu þau íhuga að samþykkja umgengni.

Sakaukastefndi hitti síðan stefnendur, A og B, á fósturheimili drengsins 26. október 2009. Náðist þar samkomulag um umgengni drengsins við sakaukastefnda í eitt skipti. Samkvæmt gögnum málsins var ákveðið að hún færi fram laugardaginn 31. október frá 13.30 til 16.30 og að óboðað eftirlit yrði á tímabilinu. Gekk þetta fyrirkomulag eftir og fór starfsmaður Barnaverndar Reykjavíkur á heimili sakaukastefnda meðan á umgengni stóð. Samkvæmt dagál, sem starfsmaðurinn ritaði í kjölfar heimsóknarinnar, virtist drengurinn í jafnvægi. Kemur þar fram að hann hafi leikið við systur sína og leitað til sakaukastefnda þegar við átti. Hann hafi verið mikið að teikna og teiknað bæði myndir fyrir systur sína og sakaukastefnda. Hafi börnin virkað kát og glöð.

Gögn málsins bera með sér að starfsmaður Barnaverndar Reykjavíkur hafi verið í samskiptum við aðila eftir þetta til að kanna hvort samkomulag gæti orðið um frekari umgengni. Kemur þar fram að stefnendur, A og B, hafi verið því andvíg.

Málið var tekið fyrir á fundi Barnaverndarnefndar Reykjavíkur 15. desember 2009. Í niðurstöðu nefndarinnar kemur fram að sakaukastefndi hafi krafist þess að fá umgengni aðra hverja helgi frá skólalokum á föstudegi til upphafs skóladags á mánudegi. Stefnendur, A og B, hafi ekki verið sátt við þá kröfu og þau telji umönnun ábótavant í umgengni. Þá kemur þar fram að X hafi lýst því viðhorfi sínu að hann vildi hitta sakaukastefnda og Z systur sína. Síðan er bókað: „Starfsmönnum er falið að gera samkomulag við D um umgengni til reynslu í þrjú skipti, einu sinni

í mánuði í fjórar klukkustundir í senn. Starfsmaður Barnaverndar Reykjavíkur sækir drenginn á fósturheimilið og fari með aftur að lokinni umgengni. Honum er heimilt að gefa X jólagjöf.“ Þá var starfsmanni nefndarinnar falið að ræða við drenginn um líðan hans í umgengni við sakaukastefnda og kanna afstöðu hans til frekari umgengni. Næðist ekki samkomulag um frekari umgengni eftir þessi þrjú skipti skyldi málið lagt fyrir að nýju.

Stefnendum, A og B, sem og sakaukastefnda mun hafa verið send umrædd bókun barnaverndarnefndar og bréf þar sem kom fram að umgengni yrði dagana 10. janúar, 7. febrúar og 7. mars 2010. Sakaukastefndi gerði samning um framangreinda tilhögun. Þegar starfsmaður Barnaverndar Reykjavíkur hafði samband við stefnendur, A og B, greindu þau frá því að þau gætu ekki samþykkt umgengni drengsins við sakaukastefnda. Væri drengurinn mjög erfiður og umgengni myndi gera illt verra. Því myndu þau ekki afhenda drenginn til umgengni 10. janúar 2010.

Málið var tekið fyrir á fundi barnaverndarnefndar Reykjavíkur 9. febrúar 2010. Þar sem ekki náðist samkomulag milli aðila um umgengni var málið tekið til úrskurðar sama dag, sbr. 3. mgr. 74. gr. barnaverndarlaga. Í úrskurði nefndarinnar er því slegið föstu að sakaukastefndi teljist vera nákominn X, sbr. 74. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002, og því gæti hann sóst eftir umgengni. Þá sé það mat nefndarinnar að það sé ekki andstætt hagsmunum drengsins að hafa umgengni og halda tengslum við D. Þá séu það ótvíræðir hagsmunir hans að fá að hitta systur sína reglulega. Þó að þau hafi ekki hist reglulega í meira en tvö ár séu þau tengd tilfinningaböndum og séu allir aðilar sammála um að það sé þeim afar mikilvægt að hittast. Varð niðurstaðan sú að X hefði umgengni við sakaukastefnda í þrjú skipti til reynslu. Yrði umgengni einu sinni í mánuði í fjórar klukkustundir í senn á heimili sakaukastefnda. Myndi starfsmaður Barnaverndar Reykjavíkur sækja drenginn á fósturheimilið og skila honum þangað aftur.

Fósturforeldrar drengsins kærðu þennan úrskurð til kærunefndar barnaverndarmála 8. mars 2010. Hinn 19. maí 2010 kvað kærunefndin upp úrskurð í málinu og þar var hinn kærði úrskurður staðfestur. Í niðurstöðukafla úrskurðar kærunefndarinnar kemur fram að fallist sé á að sakaukastefndi teljist nákominn drengnum samkvæmt 74. gr. barnaverndarlaga. Þó beri ávallt að horfa til þess hvort umgengni teljist til hagsbóta fyrir barn. Í úrskurðinum er síðan vísað til þess að um tvö ár væru liðin frá mati sálfræðings þar sem lagst hafi verið eindregið gegn umgengni þeirra. Umgengni hefði verið milli þeirra frá vorinu 2009 án þess að um formlega umgengni hefði verið að ræða. Þá vísaði kærunefndin til þess að álit starfsmanns Barnaverndar, sem fylgst hefði með umgengni í október 2009, benti til þess að hún hefði gengið vel. Mætti ráða að mestu vandkvæðin væru „tengd samskiptum D og fósturforeldrana“ en þau virtust einkennast af „stöðugri tortryggni“. Þar virtust hvorki sakaukastefndi né stefnendur, A og B, „vilja gefa nokkuð eftir“. Þá vísar kærunefndin til þess að í gögnum málsins komi fram að vilji X stæði til þess að hitta systur sína og sakaukastefnda í umgengni. Síðan segir orðrétt: „Þegar litið er til þess sem og höfð hliðsjón af því að umgengni sú sem ákveðin er með hinum kærða úrskurði er aðeins til reynslu og í fá skipti, er það mat kærunefndar barnaverndarmála að rétt sé að gefa X tækifæri til að njóta þeirrar umgengni.“ Kom enn fremur fram að samskiptaörðugleikar aðila þættu ekki nægjanleg ástæða til þess að rjúfa tengsl milli drengsins og sakaukastefnda um ókomna tíð.

Gögn málsins bera með sér að reynt hafi verið að koma á umgengni í samræmi við úrskurð barnaverndarnefndar laugardaginn 21. ágúst 2010 en án árangurs.

III.

1. *Málsástæður og lagarök stefnenda*

Í stefnu er vísað til málavaxta eins og þeir eru raktir hér að ofan um upphaf sambúðar stefnanda, C, og sakaukastefnda, D. Vísa stefnendur til þess að grundvöllur fyrir því að móðir barnanna hafi afsalað sér forsjá yfir þeim með dómsáttinni frá 2005 hafi verið það ófrávíkjanlega skilyrði að börnunum yrði ekki ráðstafað með neinum hætti til sakaukastefnda. Hafi Hæstiréttur hafnað því að fella umrætt skilyrði úr gildi þar sem ekki hefði verið sýnt fram á að högum drengsins X væri betur komið í höndum sakaukastefnda heldur en fósturforeldranna. Stefnandi C reisir aðild sína að málinu á fyrrgreindri dómsátt. Hún telur að með úrskurði barnaverndarnefndar Reykjavíkur, sem hafi verið staðfestur með úrskurði kærunefndar barnaverndarmála 19. maí 2010, sé farið á svig við forsendur og skilyrði hennar í dómsáttinni og niðurstöðu Hæstaréttar. Byggir hún á því að res judicata áhrif leiði sjálfkrafa til þess að umrædd stjórnvöld séu bundin af dómsáttinni og niðurstöðu Hæstaréttar, sbr. 116. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991.

Stefnendur taka fram að með fóstursamningi 13. janúar 2006 hafi stefnendum máls þessa, þeim A og B, verið falið að fara með daglega umsjá drengsins X og ráða persónulegum högum hans í samráði við barnaverndarnefnd. Skyldu þau gegna umsjár- og uppeldisskyldum sínum eftir því sem best hentaði högum X og þörfum og hafa samráð við hann áður en persónulegum málefnum hans yrði ráðið til lykta. Drengurinn hafi átt sérlega erfitt en hann sé greindur með alvarleg hegðunarvandamál og ADHD svo eitthvað sé nefnt. Hafi fósturforeldrarnir náð að ala drenginn upp og veita honum það skjól og stuðning sem nauðsynlegt sé til að hann nái þroska. Á fósturheimilinu njóti drengurinn ástúðar og atlætis og þar hittu hann móður sína C, stefnanda máls þessa, reglulega. Auk þess heimsæki hann hana einu sinni í mánuði á heimili hennar og sambýlismanns hennar en stefnandi C hafi verið reglusöm og algjörlega án neyslu vímuefna síðastliðin tvö ár. Hún stefni að því að endurheimta forsjá yfir X og búa honum öruggt heimili.

Í stefnu er á því byggt að X vilji sjálfur ekki vera í umgengni við sakaukastefnda. Með endurteknum kröfum um umgengni hafi sakaukastefndi hins vegar hleypt tilveru og heimilislífi drengsins í uppnám og kallað fram reiði og sárindi. Kært sé með X og systkinum hans og vilji hann einvörðungu hitta þau, þar á meðal Z, sem sakaukastefndi hafi forsjá yfir. Um þessi atriði vísa stefnendur einkum til sálfræðimats frá 1. júlí 2008.

Stefnendur telja að úrskurður kærunefndar barnaverndarmála frá 19. maí 2010 gangi þvert gegn vilja og hagsmunum X. Hann sé lítt rökstuddur haldbærum rökum og telja stefnendur að fullnægjandi rannsókn á málinu hafi alls ekki farið fram eins og ákvæði 1. mgr. 41. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002 og 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 bjóði. Telja þau að kærunefndin hafi látið hagsmuni og væntingar

sakaukastefnda fyrst og fremst ráða för. Í þessu sambandi vísa stefnendur til þess að þeir sem telji sig nákomna barni eigi samkvæmt 2. mgr. 74. gr. barnaverndarlaga einungis rétt til umgengni við barnið ef það er til hagsbóta fyrir það. Í athugasemdum með frumvarpi því, sem hafi orðið að barnaverndarlögum nr. 80/2002, segi meðal annars að við ákvörðun um umgengni verði barnaverndarnefnd að meta hagsmuni og þarfir barns í hverju máli og gæta þess að umgengni sé í samræmi við markmið með fósturi. Þá segi að markmið fósturs sé að jafnaði að barn aðlagist og tilheyri fósturfjölskyldu. Viðurkennt sé að hagsmunir barns kunni við slíkar aðstæður að krefjast þess að umgengni sé takmörkuð en að sama skapi áréttað að hagsmunir barnsins skuli ráða ferðinni í hverju tilviki. Því telja stefnendur að væntingar og „réttur“ hins nákomna samkvæmt 74. gr. laganna megi sín lýtis í samanburði við hagsmuni viðkomandi barns.

Stefnendur mótmæla því sem fram komi í úrskurði kærunefndarinnar að einhver umgengni hafi verið milli drengsins og sakaukastefnda frá vorinu 2009. Telja þau fráleitt að tala um einhverja „umgengni“ frá þeim tíma, þó að X og systir hans hafi leikið sér saman. Þau samskipti geti ekki réttlætt að drengurinn sé knúinn til reglulegrar umgengni við sakaukastefnda. Telja stefnendur að engri eiginlegri umgengni hafi verið til að dreifa frá því úrskurður barnaverndarnefndar Reykjavíkur hafi gengið 4. september 2007.

Stefnendur mótmæla öllum fullyrðingum um að X vilji hitta sakaukastefnda. Hið rétta sé að vilji hans standi til þess að hitta systur sína. Fullyrðingar um vilja X í úrskurði kærunefndarinnar séu reistar á óformlegu samtali almenns starfsmanns Barnaverndar Reykjavíkur við X á heimili hans og fósturforeldranna haustið 2009. Um leið og starfsmaður Barnaverndar Reykjavíkur hafi yfirgefið fósturheimilið hafi drengurinn gefið sig að fyrra bragði á tal við ömmu sína, stefnanda A, og sagt henni hvað þeim hafi farið á milli. Hafi hann tekið skýrt fram að hann hafi sagst vilja hitta sakaukastefnda til að geta hitt systur sína. Hann vildi ekki hitta sakaukastefnda heldur leika við systur sína en til þess að svo gæti orðið þyrfti hann að hitta sakaukastefnda. Drengurinn hafi ávallt síðan þverneitað að vilja hitta sakaukastefnda. Hafi fósturforeldrar komið þessari afstöðu drengsins skýrt á framfæri við barnaverndarnefnd Reykjavíkur við fyrirtöku málsins þann 9. febrúar sl. og síðar við meðferð málsins eins og gögn málsins beri með sér. Gagnrýna stefnendur að stefnda hafi ekki hlutast til um að taka sérfræðilega skýrslu af drengnum áður en málefni hans og umgengni voru tekin til meðferðar með afdrifaríkum afleiðingum fyrir drenginn sjálfan og stefnendur máls þessa.

Stefnendur vísa sérstaklega til þess að Hæstiréttur Íslands hafi komist að þeirri niðurstöðu í dómi sínum frá 14. júní 2007 í máli nr. 634/2006 að ekki hefði verið sýnt fram á að högum drengsins væri betur komið í höndum sakaukastefnda. Athygli er vakin á því að í úrskurði barnaverndarnefndar frá 4. september 2007 hafi kröfum sakaukastefnda um umgengni við X verið hafnað meðal annars vegna dóms Hæstaréttar í málinu. Til að úrskurðir barnaverndaryfirvalda á árinu 2010 fái staðist gegn dómi Hæstaréttar telja stefnendur að nýjar og breyttar aðstæður eða nýjar rannsóknarskýrslur hefðu þurft að liggja fyrir með afdráttarlausri afstöðu drengsins til umgengni við sakaukastefnda. Hefði þurft að leiða í ljós að það þjónaði hagsmunum X að fara í umgengni til sakaukastefnda, sbr. 4. mgr. 116. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991, en þar segi að dómur hafi fullt sönnunargildi um þau málsatvik sem í honum greini þar til hið gagnstæða sé sannað. Stefnendur telja að öll rannsóknin, sem fram hafi farið af hálfu barnaverndaryfirvalda, hafi falist í

óformlegu spjalli almenns starfsmanns Barnaverndar Reykjavíkur haustið 2009 við drenginn án allrar aðkomu sálfræðinga eða annarra sérfræðinga. Telja stefnendur að úrskurður barnaverndaryfirvalda frá árinu 2010 á báðum stjórnarsýslustigum sé markleysa í ljósi umræddrar niðurstöðu Hæstaréttar Íslands. Hafi barnaverndaryfirvöld ákveðið að skella skollaeyrum við upplýstum skoðunum um vilja drengsins, sem fósturforeldrar hafi ítarlega komið á framfæri við þau, bæði við fyrrgreinda fyrirtöku í málinu þann 9. febrúar 2010, sbr. einnig bréf lögmanns stefnenda til Barnaverndarnefndar Reykjavíkur vegna málsins, dags. 19. janúar 2010. Þá vísa stefnendur til kæru þeirra til kærunefndar barnaverndarmála dags. 8. mars 2010 og loks bréfs lögmanns stefnenda til kærunefndarinnar 10. júní 2010

Stefnendur telja að í ljósi framangreinds blasi við að úrskurður barnaverndaryfirvalda í málinu standist ekki. Ekki hafi verið fylgt reglum um rannsóknarskyldu stjórnvalds áður en ákvörðun er tekin eins og 1. mgr. 41. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002 og 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 þjóði. Þá benda stefnendur á ákvæði 116. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991, einkum 4. mgr. varðandi þýðingu fyrrnefnds dóms Hæstaréttar Íslands í máli nr. 634/2006. Stefnendur telja í ljósi niðurstöðu Hæstaréttar, og þeirrar staðreyndar að rannsókn í málinu hafi verið svo stórlega áfátt af hálfu barnaverndaryfirvalda, að það leiði til þess að úrskurður barnaverndaryfirvalda í málinu sé markleysa. Stefnendur vísa til reglugerðar nr. 804/2004 um fóstur, einkum 4. mgr. 3. gr., meðal annars hvað varðar markmið varanlegs fósturs til að tryggja umönnun, öryggi og stöðugleika í lífi barns til frambúðar, 25. gr., einkum 4. og 5. mgr. varðandi skyldu barnaverndarnefnda til að kanna viðhorf fósturforeldra áður en ákvörðun sé tekin um umgengni og að við slíka ákvörðun skuli tekið mið af því hvað þjóni hagsmunum barnsins best með það fyrir augum að ná því markmiði sem að sé stefnt í fóstrinu. Enn fremur er vísað til meginreglna barnaverndarstarfs og að beita skuli þeim ráðstöfunum sem ætla megi að sé barni fyrir bestu, sbr. einkum 1., 2. og 4. gr. barnaverndarlaga um að barnaverndaryfirvöld skuli taka tillit til sjónarmiða og óska barna við ákvörðun um málefni þeirra.

Stefnendur telja að ekki hafi verið sýnt fram á það með rökum að hag drengsins sé betur borgið með umgengni við sakaukastefnda. Þvert á móti komi fram í gögnum málsins að X sé sérlega viðkvæmur fyrir breytingum, sé greindur með alvarleg hegðunarvandkvæði og því brýnt að skapa ró og festu við umönnun og uppeldi hans, sbr. úrskurð kærunefndar barnaverndarmála frá 27. febrúar 2008.

Stefnendur telja enn fremur fráleitt að sakaukastefndi geti eftir það sem á undan sé gengið talist drengnum nákominn í skilningi 74. gr. barnaverndarlaga. Engri umgengni hafi verið til að dreifa undanfarin þrjú ár. Þá verði að telja óheppilegt í ljósi djúpstæðs ágreinings milli stefnenda máls þessa og sakaukastefnda að neyða barnið í umgengni við hann, sem drengurinn vilji ekki fara í og sýnt hafi verið fram á að sé álagsvaldandi þáttur í lífi hans, sbr. greinargerð barnaverndarnefndar Reykjavíkur frá 4. september 2007. Er því haldið fram í stefnu og sakaukastefnu að ágreiningur þessi sé meðal annars kominn til út af því ofbeldi og harðræði sem stefnandi C og börnin hafi orðið fyrir af hálfu sakaukastefnda meðan á sambúð þeirra hafi staðið á sínum tíma. Um það er meðal annars vísað til lögregluskýrslu frá 28. nóvember 2002 og greinargerðar sálfræðings frá 23. október 2006.

Stefnendur vísa til reglugerðar nr. 804/2004 um fóstur, sjónarmiða í barnarétti um að ávallt skuli hafa hag barns að leiðarljósi og barnaverndarlaga nr. 80/2002 einkum 1. gr., 2. gr. og 4. gr., 1. mgr. 41. gr., 65. gr., 1. mgr. 69. gr. og 74. gr. sem og rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Stefnendur vísa enn fremur til laga um meðferð einkamála nr. 91/1991, einkum 18. gr. um samaðild og þá 116. gr., stjórnsýslulaga nr. 37/1993 einkum 10. gr. Varðandi málskostnað vísa stefnendur til 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 og til laga um virðisaukaskatt nr. 50/1988 með síðari breytingum en stefnendur eru eigi virðisaukaskattsskyldir.

2. *Málsástæður og lagarök stefndu, Reykjavíkurborgar*

Í greinargerð stefndu er aðild stefnanda C mótmælt. Þar er vísað til þess að hún hafi ekki átt aðild að málinu á stjórnsýslustigi. Þá hafi hún sem forsjársvipt foreldri engan almennan rétt til íhlutunar um málefni barnsins og eigi þar af leiðandi ekki aðild að ákvörðunum um frekari ráðstafanir sem gerðar séu í þágu þess. Í máli þessu sé á engan hátt fjallað um umgengnisrétt hennar við X. Því eigi hún ekki einstaklegra, verulegra, beinna eða lögvarinna hagsmuna að gæta í málinu. Dómsátt stefnanda C og stefndu frá 2. febrúar 2005 breyti engu um þetta, enda sé þar einungis kveðið á um að drengnum verði ekki komið fyrir í varanlegu fóstri hjá sakaukastefnda. Það girði ekki fyrir að X fái notið réttar samkvæmt 74. gr. barnaverndarlaga til umgengni við sakaukastefnda. Því séu res judicata áhrif dómsáttarinnar ekki fyrir hendi við úrlausn þessa máls.

Stefnda reisir kröfu sína um sýknu á því að umræddur úrskurður kærunefndar barnaverndarmála hafi fengið lögformlega málsmeðferð og sé gildur að lögum. Við uppkvaðningu hans og málsmeðferð alla hafi verið gætt meðalhófs, rannsóknarregla stjórnsýsluréttarins og barnaverndarlaga hafi verið virt, auk þess sem ekki hafi verið gengið gegn ákvæðum dómsáttar frá 2. febrúar 2005. Þá hafi við uppkvaðningu úrskurðarins einungis verið horft til atriða sem þjónuðu hagsmunum og þörfum X og séu drengnum til hagsbóta svo sem lög mæli fyrir um.

Stefnda mótmælir öllum málsástæðum stefnanda sem röngum og ósönnuðum.

Um málsástæður stefnanda er lúta að dómsátt frá 2. febrúar 2005 og dómi Hæstaréttar frá 14. júní 2007 í máli nr. 634/2006 áréttar stefnda að dómsáttin og umræddur dómur taki einungis til varanlegrar fósturráðstöfunar X til sakaukastefnda og girði því að engu leyti fyrir ákvörðun um umgengni. Þá bendir stefnda á að nýjar og breyttar aðstæður liggi fyrir í málinu, sbr. breytta afstöðu drengsins til umgengni. Að mati stefndu eigi úrskurður frá 4. september 2007 ekki lengur við í þessu samhengi. Að öðru leyti vísar stefnda til umfjöllunar um aðild hér að framan.

Stefnda byggir á því að skilyrði 74. gr. barnaverndarlaga hafi verið fullnægt til að fallast á umgengni sakaukastefnda og X í þrjú skipti til reynslu. Þau lagaákvæði sem komi hér fyrst til skoðunar sé 1. mgr. 70. gr. barnaverndarlaga sem mæli fyrir um rétt barns í fóstri á umgengni við kynforeldra sína eða aðra sem teljist vera því nákomnir samkvæmt því sem nánar sé kveðið á um í 74. gr. sömu laga. Samkvæmt

70. gr. barnaverndarlaga sé gerður sá áskilnaður að umgengni verði að samrýmast hagsmunum barns. Samkvæmt 1. mgr. 74. gr. barnaverndarlaga eigi barnið rétt á umgengni við kynforeldra sína og aðra sem séu því nákomnir. Með umgengni sé átt við samveru og önnur bein samskipti barns við kynforeldra eða aðra nákomna, s.s. í gegnum síma, bréfaskipti og þess háttar, sbr. 1. mgr. 74. gr. barnaverndarlaga. Telur stefnda að samkvæmt umræddum ákvæðum þurfi að uppfylla tvö skilyrði til að heimila umgengni barns í fóstri við nákominn aðila. Í fyrsta lagi þurfi viðkomandi aðili að teljast vera nákominn í skilningi 1. mgr. 74. gr. barnaverndarlaga. Í annan stað verði slík umgengni að þjóna hagsmunum og þörfum barns og samrýmast þeim markmiðum sem stefnt sé að með ráðstöfun barns í fóstur, auk þess sem slík umgengni verði að vera barni til hagsbóta, sbr. 2. mgr. 74. gr. sömu laga.

Stefnda tekur fram að með orðinu „nákomnir“ sé ekki endilega átt við skyldmenni barns, heldur geti aðrir fallið hér undir, t.d. nánir vinir fjölskyldu o.fl. Samkvæmt úrskurði kærunefndar barnaverndarmála frá 21. október 2004 og 19. maí 2010 teljist sakaukastefndi óumdeilanlega vera nákominn X í skilningi ákvæðis 1. mgr. 74. gr. barnaverndarlaga. Sú niðurstaða byggist á þeim sjónarmiðum að sakaukastefndi hafi haft umsjá drengsins frá fæðingu til fimm ára aldurs og hafi X litið á hann sem föður sinn þennan mikilvæga tíma á tengslamyndunarskeiði hans. Það að X hafi ekki haft umgengni við sakaukastefnda frá árinu 2007 til vorsins 2009 breyti engu þar um, enda ryðji slíkt tengslaröf ekki burt þeim mikilvægu tengslum sem áður hafi verið komið á. Úrskurður kærunefndar barnaverndarmála frá 19. maí 2010 staðfesti að sakaukastefndi teljist enn vera nákominn X í skilningi barnaverndarlaga og tekur stefnda undir þessi sjónarmið kærunefndarinnar.

Stefnda telur enn fremur ótvírætt að hagsmunir og þarfir X mæli með umgengni við sakaukastefnda. Í viðtali við starfsmann Barnaverndar Reykjavíkur hinn 18. september 2009 hafi drengurinn afdráttarlaust látið þá afstöðu sína í ljós að hann vildi hitta sakaukastefnda. Í sama viðtali hafi X tjáð að hann vildi einnig hitta systur sína, Z. X hafi á þeim tíma haft umgengni við sakaukastefnda og Z í nokkur skipti vorið og sumarið 2009. Af gögnum málsins megi ráða að X hafi lýst ánægju sinni með þá samveru en almennt sé viðurkennt að það hvernig barn bregðist við umgengni sé eitt af því sem skipti mestu máli við ákvörðun um hvort það skuli vera umgengni og í hversu miklum mæli. Enn fremur liggi fyrir að stefnendur, A og B, hafi veitt drengnum leyfi til þessarar umgengni og ekki gert athugasemdir við það að X færi í nokkur skipti inn á heimili sakaukastefnda til samveru með honum og Z. Þá hafi stefnendur, A og B, haft frumkvæði að því að formleg umgengni hafi verið skipulögð og komist á í eitt skipti 31. október 2009. Ekki verði annað ráðið af gögnum málsins en að aðilar hafi verið ánægðir með umgengnina, enda hafi stefnandi A ekki tekið því illa að áframhald yrði á umgengni fyrr en sakaukastefndi hafi hafnað tillögu hennar um að Z kæmi næst í heimsókn á fósturheimili X. Hugarfarsbreytingu stefnenda, A og B, í þessum efnum virðist þannig eingöngu mega rekja til synjunar sakaukastefnda á framangreindri tillögu stefnanda A en ekki til þess að umgengni X við sakaukastefnda hafi á einhvern hátt ekki gengið vel eða haft neikvæð eða skaðleg áhrif á drenginn. Þvert á móti staðfesti gögn málsins hið gagnstæða að mati stefndu.

Með vísan til framanritaðs mótmælir stefnda alfarið fullyrðingum í stefnu þess efnis að drengurinn vilji ekki hitta sakaukastefnda, heldur einungis systur sína. Þá vísar stefnda því algerlega á bug að umgengni X við sakaukastefnda hafi hleypt heimilislífi og tilveru drengsins í uppnám og valdið honum sárindum og reiði. Að

mati stefnda sé um að ræða einhliða frásögn stefnenda sem hafi ekkert sönnunargildi í málinu og síst að því leyti sem hún njóti ekki sérstaks stuðnings í öðrum gögnum málsins.

Stefnda hafnar því að málið hafi ekki verið rannsakað með fullnægjandi hætti. Í því sambandi bendir stefnda á að umrædd ákvörðun sé í eðli sínu tímabundin og því gildi reglur um rannsóknarskyldu í samræmi við það. Í lögum sé ekki mælt fyrir um hvaða gögn þurfi að afla til að taka ákvörðun um umgengni barns við nákominn aðila, heldur sé mat á því hvort lagaskilyrði séu uppfyllt þar að lútandi falið barnaverndarnefnd, sbr. 4. mgr. 74. gr. barnaverndarlaga. Mat stefndu í þessu máli sé það að við meðferð málsins hafi vilji drengsins til umgengni verið kannaður með fullnægjandi hætti og þá beri málgögn með sér að sakaukastefndi teljist vera nákominn X í skilningi 74. gr. barnaverndarlaga. Þá hafi verið aflað viðhorfa stefnenda, fósturforeldra drengsins, til fyrirhugaðrar umgengni, auk þess sem legið hafi fyrir að sú umgengni sem þegar hafði átt sér stað hefði gengið vel og komist á fyrir samþykki og vilja allra málsaðila. Að mati stefndu séu því skilyrði sem umrædd 74. gr. setji fyrir umgengni barns í fóstri við nákominn aðila fyllilega uppfyllt.

Þá bendir stefnda á að það beri að takmarka rannsókn við það mál sem til úrlausnar sé hverju sinni. Almennt sé viðurkennt að mál teljist nægilega rannsakað þegar þeirra upplýsinga hafi verið aflað sem nauðsynlegar séu til þess að hægt sé að taka efnislega rétta ákvörðun í því. Stefnda hafi eins og áður greini aflað upplýsinga um afstöðu X til umgengni við sakaukastefnda. Hafi sá háttur verið hafður á að starfsmaður Barnaverndar Reykjavíkur, sem þekki drenginn vel, hafi rætt einslega við hann og brýnt fyrir honum að tjá einungis vilja sinn þar að lútandi. Að mati stefndu hafi sú upplýsingaöflun verið fullnægjandi, enda hafi legið fyrir að ef tekin yrði ákvörðun um að heimila umgengni þá yrði sú ákvörðun tímabundin og einungis til reynslu, auk þess sem umgengni yrði undir eftirliti. Þá hafi legið fyrir að í upphafi hafi stefnendur, fósturforeldrar drengsins, verið hlynntir umgengni.

Stefnda vísar enn fremur til þess að við afmörkun á því hversu ítarlega beri að rannsaka mál verði að hafa málshraðareglu 1. mgr. 9. gr. stjórnarsýslulaga í huga. Miðað við þau gögn sem legið hafi fyrir í málinu og breytta afstöðu X til umgengni frá því sem verið hafði, sbr. til dæmis sálfræðimat dags 1. júlí 2008, og jafnframt breytta afstöðu stefnenda, fósturforeldra drengsins, áður en málefni Z hafi blandast inn í málið, hafi stefnda ekki talið þörf á að afla skýrslu frá sérfræðingi til að kanna afstöðu og vilja X frekar. Stefnda bendir á að það beri að forðast að draga mál á langinn með því að afla umsagna og gagna sem lítil þörf sé á. Þá bendir stefnda á að ekki sé lögboðið að afla umsagna sérfræðinga, t.d. sálfræðings, þegar gögn málsins nægi til að upplýsa mál að fullu.

Stefnda bendir einnig á að þegar um sé að ræða bráðabirgðaráðstafanir, eins og ákvörðun um umgengni í þrjú skipti, sem sé ákvörðun sem sé aðeins ætlað að gilda tímabundið til reynslu, verði ekki gerðar jafn strangar kröfur um rannsókn til undirbúnings slíkrí ákvörðun. Loks er bent á að sálfræðimat frá 1. júlí 2008 sé tveggja ára gamalt og mæli einungis fyrir um afstöðu drengsins á þeim tíma er það hafi verið unnið. Mótmælir stefnda því að þetta sálfræðimat hafi nú sönnunargildi um vilja drengsins til umgengni.

Stefnda vísar einnig til þess að leitað hafi verið viðhorfa stefnenda, fösturforeldra drengsins, til umgengni við sakaukastefnda, eins og mælt sé fyrir um í 3. mgr. 74. gr. barnaverndarlaga. Við þá athugun hafi stefndur, A og B, í fyrstu verið nokkuð jákvæð og samþykkt eina umgengni í október 2009 sem hafi gengið eftir. Eftir að sakaukastefndi ljáði ekki máls á því að systir X, Z, kæmi til stefnenda, A og B, telur stefnda að hugarfarsbreyting hafi orðið hjá þeim til málsins. Telur stefnda að hana megi fyrst og fremst rekja til synjunar sakaukastefnda á tillögu stefnenda um að systir X kæmi næst til þeirra en verði ekki rakin til hagsmuna eða þarfa X sjálfs eða að slík umgengni kunni að vera drengnum óhagstæð. Ekki sé hægt að taka mark á viðhorfum fösturforeldra gangi þau bersýnilega gegn hagsmunum barnsins. Telur stefnda að viðhorf stefnenda til umgengni í máli þessu gangi gegn raunverulegum vilja X og hagsmunum og þörfum drengsins. Þessum málum, sem lúti hvort sínu lagaumhverfi, sé blandað saman af þeirra hálfu með afar ósanngjörnum hætti að mati stefndu.

Stefnda hafnar því alfarið að af hálfu barnaverndaryfirvalda hafi væntingar sakaukastefnda verið láttnar ganga fram hagsmunum og þörfum X. Í því sambandi bendir stefnda á að í 2. og 3. mgr. 65. gr. barnaverndarlaga og 4. tl. 3. gr. reglugerðar nr. 804/2004 um föstur sé mælt fyrir um að með varanlegu föstri sé átt við að föstur haldist þar til forsjárskyldur falli niður samkvæmt lögum og fari fösturforeldrar þá að jafnaði með forsjárskyldur nema annað þyki betur henta hagsmunum og þörfum barns að mati barnaverndarnefndar. Þá segi í niðurlagi ákvæðisins að markmið varanlegs fösturs sé að tryggja barni til frambúðar umönnun, stöðugleika og öryggi innan fösturfjölskyldu. Þannig beri fösturforeldrum að tryggja barni uppeldi og umönnun innan fösturfjölskyldu svo sem best henti hagsmunum þess og þörfum. Þá skuli fösturforeldrar sýna barni umhyggju og leitast við að efla andlegan og líkamlegan þroska þess.

Að mati stefndu verði framangreindum markmiðum, sem eigi við um varanlegt föstur X, betur náð með því að veita drengnum tækifæri til að njóta réttar til umgengni við sakaukastefnda og í leiðinni að njóta samvasta við systur sína. Í Stöðlum fyrir vistun eða föstur barna á vegum barnaverndaryfirvalda, sem Barnaverndarstofa hafi gefið út árið 2008, komi fram að það standist ekki gæðakröfur 10. staðals ef umgengni barns í föstri við nákomna sé takmörkuð með óþörfum eða ólögmætum hætti. Enn fremur segi í 10. staðli að barnaverndarnefnd hafi ekki heimild til að takmarka rétt barns til umgengni við nákomna ef umgengni sé talin barninu til hagsbóta. Matið á því hvað sé barni til hagsbóta liggi þannig hjá barnaverndarnefnd, sbr. 4. mgr. 74. gr. barnaverndarlaga. Þá komi fram í athugasemdum við ákvæðið í frumvarpi sem varð að barnaverndarlögum, að sterk rök þurfi að vera fyrir því að barnaverndarnefnd hafni nákomnum umgengni með öllu. Að mati stefndu sé umgengni X við D í þrjú skipti til reynslu til hagsbóta fyrir drenginn og af þeim sökum sé því alfarið mótmælt að slík ákvörðun, sem sé tímabundin og til reynslu, geti á einhvern hátt gengið í berhögg við framangreind markmið varanlegs fösturs drengsins.

Þá bendir stefnda á 22. gr. reglugerðar um föstur þar sem kveðið sé á um að fösturforeldrum beri að annast barn sem sé fóstiað hjá þeim með umhyggju og virðingu, auk þess sem fösturforeldrum beri að haga umsjár- og forsjárskyldum með þeim hætti að best henti hag og þörfum föstur barnsins. Enn fremur bendir stefnda á ákvæði 3. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, sbr. lög

nr. 18/1992, en þar sé kveðið á um að það sem sé barni fyrir bestu skuli ávallt hafa forgang þegar barnaverndaryfirvöld geri ráðstafanir sem varði börn. Loks reisir stefnda málatilbúnað sinn á sjónarmiðum um stöðugleika, en það sé eitt mikilvægasta atriðið í tengslum við umgengnisrétt. Með stöðugleika sé átt við að það sé samhengi milli fortíðar, nútíðar og framtíðar. Umgengni barns við kynforeldra eða aðra nákomna úr fortíðinni geti hjálpað barni að halda samhenginu á milli fortíðar, nútíðar og framtíðar. Loks vísar stefnda til ákvæðis 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994, sem kveði á um rétt til verndar fjölskyldulífs og falli umgengnisréttur þar undir.

Með vísan til alls framanritaðs telur stefnda að umgengni X við sakaukastefnda þjóni hagsmunum drengsins og þörfum hans, auk þess að vera honum tvímælalaust til hagsbóta, sbr. 74. gr. barnaverndarlaga. Vísar stefnda þar til skýrs vilja drengsins og þess að gögn málsins beri með sér að drengurinn hafi haft jákvæða upplifun af þeirri umgengni sem hafði átt sér stað á árinu 2009 og í byrjun árs 2010. Sé þá jafnframt litið til þess að með umgengni við sakaukastefnda fái X einnig notið samvista við systur sína, Z.

Stefnda telur það heldur ekki ganga gegn hagsmunum X að hafa umgengni og halda tengslum við sakaukastefnda. Að mati stefndu séu hagsmunir drengsins ótvírætt þeir að fá að hitta systur sína, Z, reglulega. Þrátt fyrir að systkinin hafi ekki hist reglulega í um tvö ár séu þau engu að síður tengd tilfinningaböndum og óumdeilt sé að það sé þeim afar mikilvægt að hittast. Það eina sem mæli gegn umgengni X við D sé andstaða stefnenda, fósturforeldra drengsins. Mat stefndu sé því að þó að það geti reynst drengnum erfitt að fara í umgengni í ljósi andstöðu stefnenda, fósturforeldra hans, þá liggi engu að síður fyrir fullnægjandi rök fyrir því að umgengni verði komið á til reynslu, m.a. í því skyni að freista þess að viðhalda tengslum á milli X og Z. Samskiptaörðugleikar stefnenda og sakaukastefnda séu ekki nægileg ástæða til þess að rjúfa tengsl milli X og sakaukastefnda um ókomna tíð.

Stefnda vísar til barnaverndarlaga nr. 80/2002, laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, ákvæða stjórnslulaga nr. 37/1993, reglugerðar nr. 804/2004 um fóstur, sbr. 4. tl. 3. gr. og 4. gr. reglugerðarinnar. Jafnframt vísar stefnda til reglugerðar nr. 56/2004 um málsmeðferð fyrir barnaverndarnefnd og til ákvæða Staðla fyrir vistun eða fóstur barna á vegum barnaverndaryfirvalda, útg. af Barnaverndarstofu árið 2008. Loks vísar stefnda til mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. 8. gr. laga nr. 62/1994, og Samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, sbr. lög nr. 18/1992, einkum ákvæði 3. gr. samningsins.

3. Málsástæður og lagarök sakaukastefnda, D

Í greinargerð sakaukastefnda mótmælir hann sérstaklega aðild stefnanda C að máli þessu. Með því að afsala sér forsjá yfir X telur sakaukastefndi að hún hafi afsalað sér öllum réttindum til að taka ákvarðanir fyrir hönd sonar síns og því eigi hún engan rétt á að vera aðili að dómsmáli sem lýtur að réttindum kynsonar síns, sbr. 3. mgr. 33. gr. barnaverndarlaga.

Sakaukastefndi tekur fram að öll börnin, sem fæðst hafi á sambúðartíma hans og stefnanda C, hafi verið meira eða minna hjá honum í tæpa tíu mánuði eftir að upp úr sambúðinni slitnaði. Þá hafi hann í raun borið meginábyrgð á uppeldi X meðan á sambúðinni hafi staðið. Hafi sakaukastefndi ávallt litið á X sem son sinn, enda sé hann föðurkenndur við hann og skírður í höfuðið á afa sakaukastefnda. Sakaukastefndi tekur fram að hann hafi verið metinn hæfur samkvæmt foreldramati barnaverndaryfirvalda til að hafa forsjá yfir börnum sínum.

Þeim ummælum í stefnu að drengurinn hafi ekki viljað hafa nein samskipti við sakaukastefnda, heldur eingöngu systur sína, mótmælir sakaukastefndi sem tilhæfulausum og röngum. Í því sambandi vísar sakaukastefndi meðal annars til tengslaprófs sem sálfræðingur hafi unnið árið 2006.

Sýknukröfuna byggir sakaukastefndi á 1. mgr., sbr. 2. mgr., 74. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002, þar sem sakaukastefndi teljist vera nákominn aðili í skilningi umrædds lagaákvæðis. Sakaukastefnda hafi verið veitt þau réttindi að vera skilgreindur nákominn aðili samkvæmt úrskurðum kærunefndar barnaverndarmála, dags. 21. október 2004 og 19. maí 2010. Óumdeilt sé að sakaukastefndi teljist vera nákominn aðili og njóti hann réttinda í máli þessu samkvæmt því. Um sjónarmið að baki lagaákvæðum 1. mgr., sbr. 2. mgr., 74. gr. laga nr. 80/2002 vísar hann að öðru leyti til greinargerðar stefndu, Reykjavíkurborgar.

Sakaukastefndi telur að tengsl hans við X séu óumdeild en sakaukastefndi sé eini faðirinn sem hann hafi þekkt og átt auk þess sem sakaukastefndi hafi í raun verið eina foreldrið sem drengurinn hafi haft sér til stuðnings fyrstu ár lífs síns. Tengsl milli sakaukastefnda og drengsins séu óumdeild. Enda þótt sakaukastefndi sé ekki blóðfaðir drengsins þá sé hann í raun faðir hans. Með vísan til þessa sé þess krafist að úrskurður kærunefndar frá 19. maí 2010 fái að standa óraskaður þannig að réttindi hans sem nákomins aðila verði staðfest, sbr. úrskurð kærunefndar barnaverndarmála dags. 21. október 2004 og 19. maí 2010, á grundvelli 74. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002, einkum 1., sbr. 2. mgr. fyrrnefnds lagaákvæðis.

Sakaukastefndi vísar til ákvæða laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, einkum 18., 110. og 116. gr. laganna og barnaverndarlaga nr. 80/2002, einkum 74. gr. og annarra ákvæða eftir því sem við á, reglugerðar nr. 804/2004 um föstur, mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994, og samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, sbr. lög nr. 18/1992. Um málskostnað vísar sakaukastefndi til 129. gr., sbr. 130. gr. laga nr. 91/1991 og þar sem sakaukastefndi er ekki virðisaukaskattsskyldur aðili þá er krafist 25,5% virðisaukaskatts ofan á málskostnaðarreikning.

IV.

Niðurstaða

Undir rekstri málsins voru lögð fram gögn af hálfu stefndu sem gefa til kynna að drengurinn X hafi átt samverustundir með sakaukastefnda og systur sinni eftir að mál þetta var höfðað, annars vegar í desember 2010 og hins vegar á þrettándanum

2011. Hafi sú samvera verið með samþykki stefnanda A.

Við aðalmeðferð málsins gaf B aðilaskýrslu. Þá gáfu Elísabet Jóna Jónsdóttir og Helga Jóna Sveinsdóttir, starfsmenn Barnaverndar Reykjavíkur, skýrslu í málinu. E, kynfaðir X, gaf einnig skýrslu fyrir dómi.

Í málinu krefjast stefnendur ógildingar á úrskurði kærunefndar barnaverndarmála frá 19. maí 2010. Ekki er krafist ógildingar á úrskurði barnaverndarnefndar Reykjavíkur frá 9. febrúar 2010, sem staðfestur var með fyrrgreindum úrskurði kærunefndar. Ef fallist yrði á kröfu stefnanda bæri kærunefndinni að endurskoða að nýju hinn kærða úrskurð barnaverndarnefndar. Ekki er því ástæða til að draga í efa að stefnendur geti átt lögvarða hagsmuni af því að hnekkja úrskurði hins æðra stjórnvalds þó að það haggi ekki úrskurði hins lægra setta stjórnvalds.

Meðal málsástæðna stefnanda er að barnaverndaryfirvöldum hafi verið óheimilt að ákveða umgengni sakaukastefnda og drengsins X vegna skilyrðis í dómsátt sem stefnandi C gerði við stefndu 2. febrúar 2005. Í ljósi þessarar málsástæðu verður ekki fallist á með stefndu og sakaukastefnda að stefnandi C eigi ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn sakarefnisins og geti því ekki átt aðild að málinu. Fallist er á að stefnandi C eigi samlagsaðild í máli þessu með öðrum stefnendum í samræmi við heimild í 1. mgr. 19. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

Með dómsáttinni samþykkti stefnandi C að stefnda tæki við forsjá tveggja barna hennar, Y og X, með því skilyrði að þeim yrði ekki „komið fyrir hjá“ sakaukastefnda. Ljóst er af gögnum málsins að áður en dómsáttin var gerð freistaði sakaukastefndi þess að báðum börnunum yrði ráðstafað í fóstur til sín. Þá leitaði hann eftir því að X færi í varanlegt fóstur til sín allt þar til niðurstaða Hæstaréttar lá fyrir í júní 2007. Enn fremur liggur fyrir að sakaukastefndi naut eftir að dómsáttin var gerð reglulegrar umgengni við X allt þar til niðurstaða Hæstaréttar í fyrrgreindu máli lá fyrir. Ekki verður séð að á þeim tíma hafi því verið hreyft að það stangaðist á við skilyrði dómsáttarinnar. Af forsendum hæstaréttardómsins verður enn fremur ráðið að í því máli hafi verið gengið út frá því að skilyrðið lyti að varanlegri fósturráðstöfun. Með hliðsjón af orðalagi dómsáttarinnar og því sem að framan greinir verður að telja að skilyrði hennar nái ekki til umgengni samkvæmt 70. gr. og 74. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002. Þegar af þeirri ástæðu verður ekki fallist á þá málsástæðu stefnanda að barnaverndarnefnd Reykjavíkur og kærunefnd barnaverndarmála hafi verið bundin af dómsáttinni og niðurstöðu Hæstaréttar frá 14. júní 2007 í máli nr. 634/2006 á þann hátt sem stefnendur halda fram, þegar fyrrgreind stjórnvöld tóku afstöðu til beiðni sakaukastefnda um umgengni við X.

Í málinu liggur fyrir að X fæddist meðan sakaukastefndi var í sambúð með móður drengsins, stefnanda C. Sambúð þeirra lauk síðla árs 2003 þegar drengurinn var fjögurra ára. Á sambúðartímanum bjó X hjá þeim og verður að leggja til grundvallar að sakaukastefndi hafi verið grunlaus um að drengurinn væri ekki sonur hans allt þar til upp úr sambúðinni slitnaði og stefnandi C höfðaði mál til vefengingar á faðerni drengsins. Frá janúar 2004 til september sama ár var X í umsjá sakaukastefnda ásamt systur sínum. Eins og fram hefur komið naut sakaukastefndi einnig reglulegrar umgengni við X fram á mitt ár 2007. Systir X, Z, býr hjá föður sínum, sakaukastefnda, og fyrir liggur að drengurinn hefur frá vori

2009 komið nokkrum sinnum í heimsókn til þeirra og verið í samskiptum við þau. Í ljósi þess sem að framan greinir, og með hliðsjón af því að tengslarof milli X og sakaukastefnda eru jafn skammvinn og raun ber vitni, er ekki forsenda til að draga í efa þá niðurstöðu barnaverndaryfirvalda að sakaukastefndi teljist nákominn drengnum í skilningi 70. gr. og 74. gr. barnaverndarlaga.

Eins og rakið er í úrskurði þeim sem stefnendur krefjast ógildingar á getur sá sem telst vera nákominn barni sem er í fóstri og barnið ekki átt tilkall til umgengni samkvæmt 70. gr. og 74. gr. barnaverndarlaga nema hún verði talin vera til hagsbóta fyrir barnið, sbr. 2. mgr. 74. gr. laganna. Um það á barnaverndarnefnd úrskurðarvald, sbr. 4. mgr. sama ákvæðis. Við mat á því hvort fallast eigi á umgengni ber barnaverndarnefnd að sjá til þess að upplýsingar um þau atriði sem þýðingu hafa um hagsmunum barnsins að þessu leyti liggja fyrir áður en ákvörðun er tekin, sbr. 1. mgr. 41. gr. barnaverndarlaga og 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Rannsóknin má þó ekki vera umfangsmeiri en nauðsyn krefur og skal henni hraðað svo sem kostur er, sbr. 2. mgr. 41. gr. barnaverndarlaga og 9. gr. stjórnarsýslulaga.

Fyrir liggur að X hafði lýst andstöðu sinni við að fara í umgengni til sakaukastefnda í ágúst 2007, þegar starfsmaður barnaverndarnefndar ræddi við drenginn um áframhaldandi umgengni við hann. Þá var X átta ára gamall. Í ljósi afstöðu hans, og þar sem umgengni þeirra á milli virtist ekki hafa góð áhrif á drenginn, var beiðni sakaukastefnda um umgengni hafnað með úrskurði 4. september 2007. Eftir að kærufélag barnaverndarmála hafði felld þennan úrskurð úr gildi aflaði barnaverndarnefnd mats sálfræðings á afstöðu X til umgengni við sakaukastefnda og hvort slík umgengni þjónaði hagsmunum drengsins. Samkvæmt mati Ingbórs Bjarnasonar sálfræðings frá 1. júlí 2008 kom mjög skýrt og ítrekað fram hjá drengnum að hann vildi ekki umgengni við sakaukastefnda. Kemur fram í greinargerð sálfræðingsins að drengurinn hafi skýrt frá því að hann væri hræddur við sakaukastefnda. Taldi sálfræðingurinn það ekki þjóna hagsmunum drengsins að gengið yrði gegn óskum hans. Barnaverndarnefnd komst að sömu niðurstöðu í úrskurði 9. september 2008 og hafnaði kröfu sakaukastefnda um umgengni.

Þegar sakaukastefndi lagði að nýju fram beiðni í ágúst 2009 um umgengni við X a, og málið var rannsakað af hálfu barnaverndarnefndar, var drengurinn orðinn tíu ára gamall. Í því ljósi og þar sem hann hafði lýst eindreginni andstöðu við umgengni við sakaukastefnda aðeins rúmu ári áður er ljóst að afla varð upplýsinga um hvort afstaða hans til mögulegrar umgengni þeirra hefði breyst, sbr. meginreglu 2. mgr. 4. gr. og 2. mgr. 46. gr. barnaverndarlaga.

Eins og rakið er í kafla II var afstöðu X til þessa atriðis leitað með því að starfsmaður barnaverndarnefndar Reykjavíkur, félagsráðgjafi með tveggja áratuga langa starfsreynslu af barnaverndarmálum, ræddi einslega við hann. Upplýst er að umræddur starfsmaður hafði þá haft mál tengd X til umfjöllunar síðan 2007 og þekkti drenginn vel. Niðurstöðu samtals þeirra er lýst í dagál sem starfsmaðurinn skráði og er efni hans rakið í kafla II. Ekki verður annað séð en að þessi aðferð, sem viðhöfð var til að leita eftir afstöðu drengsins, hafi fullnægt almennum kröfum rannsóknarreglu 1. mgr. 41. gr. barnaverndarlaga og 10. gr. stjórnarsýslulaga. Er þá sérstaklega litið til þess að í viðtalinu gaf drengurinn skýrt til kynna við umræddan starfsmann að hann væri orðinn mun jákvæðari til umgengni við sakaukastefnda. Þá skiptir hér enn fremur máli að til álita kom að veita sakaukastefnda aðeins umgengni í nokkur skipti til reynslu. Stjórnvaldi ber ekki að afla umsagnar utan að

komandi sérfræðings við ákvörðunartöku af þessu tagi nema að nauðsyn krefji, sbr. 2. mgr. 41. gr. barnaverndarlaga og málshraðareglu 9. gr. stjórnarsýslulaga. Með hliðsjón af því verður ekki fallist á með stefnendum að nauðsynlegt hafi verið að taka „sérfræðilega skýrslu“ af drengnum um afstöðu hans áður en ákvörðunin var tekin eins og stefnendur byggja á.

Fyrir barnaverndarnefnd og kæruneftndinni lágu enn fremur upplýsingar um umgengni sakaukastefnda og X í eitt skipti í lok október 2009, en eins og áður er rakið fór fram óboðað eftirlit af hálfu Barnaverndar Reykjavíkur meðan á þeirri umgengni stóð. Gáfu upplýsingar starfsmanns sem annaðist eftirlitið ekki annað til kynna en að samskipti sakaukastefnda og drengsins hafi þá verið eðlileg og drengurinn virkað í jafnvægi. Einnig lágu fyrir upplýsingar um aukin samskipti milli X og systur hans sem og sakaukastefnda frá vori 2009 auk annarra upplýsinga um aðdraganda málsins.

Eins og fram hefur komið varð niðurstaðan sú að samþykkja umgengni í þrjú skipti til reynslu. Að fenginni þeirri reynslu verður að ætla að traustari grunnur skapist til að meta hagsmuni X af reglulegri umgengni við sakaukastefnda og þá hvort slík umgengni komi niður á þörf hans fyrir reglu og stöðugleika í umhverfi sínu.

Í ljósi þess sem að framan greinir verður að telja að aflað hafi verið þeirra upplýsinga sem þörf var á til að unnt væri að meta hagsmuni X af þessari tímabundnu ráðstöfun áður en ákvörðun var tekin. Að virtum þeim gögnum verður ekki talið að stefnendur hafi sýnt fram á að sú niðurstaða kæruneftndar barnaverndarmála, að slík umgengni sé til hagsbóta fyrir drenginn sér í lagi til að viðhalda tengslum systkinanna, stangist á við fyrirmæli barnaverndarlaga eða sé að öðru leyti haldin verulegum annmarka. Þannig hefur ekki verið sýnt fram á að þarfir og hagsmunir drengsins hafi með ákvörðun þessari verið virtir að vettugi eins og stefnendur hafa haldið fram. Ekki er því efni til að fallast á kröfu stefnenda um að ógilda úrskurðinn. Leiðir það til þess að sýkna ber stefndu og sakaukastefnda af kröfum stefnenda.

Stefnda krefst ekki málskostnaðar. Með vísan til 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 ber stefnendum að greiða sakaukastefnda í sameiningu málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn 450.000 krónur.

Ásmundur Helgason héraðsdómari kveður upp dóm þennan.

D Ó M S O R Ð :

Stefnda, Reykjavíkurborg, og sakaukastefndi, D, eru sýknuð af kröfum stefnenda, A, B og C.

Stefnendur greiði í sameiningu sakaukastefnda 450.000 krónur í málskostnað.

Ásmundur Helgason.

