



**Samspil meðalhófsreglunnar og
meginreglunnar um hagsmuni barnsins við
framkvæmd barnaverndarlaga nr. 80/2002**

Fanney Finnsdóttir

2011
ML í lögfræði

Höfundur: Fanney Finnsdóttir

Kennitala: 300780-3779

Leiðbeinandi: Davíð Þór Björgvinsson

Lagadeild

School of Law

Útdráttur

Samspil meðalhófsreglunnar og meginreglunnar um hagsmuni barnsins við framkvæmd barnaverndarlaga nr. 80/2002

Í störfum sínum er barnaverndaryfirvöldum skylt að beita ráðstöfunum með hagsmuni barnsins að leiðarlíði. Við beitingu úrræða barnaverndarlaganna þurfa barnaverndaryfirvöld að fylgja meðalhófsreglu stjórnsýslulaga nr. 37/1993 og barnaverndarlaga nr. 80/2002, en samkvæmt reglunni er óheimilt að ganga lengra í beitingu þvingunarúrræða en nauðsyn ber til að ná því markmiði sem að er stefnt. Þegar barnaverndaryfirvöld þurfa að hafa afskipti af börnum og vista þau utan heimilis eða krefjast forsjársviptingar er mikilvægt að hagsmunir barnsins gangi framar hagsmunum hinna fullorðnu.

Ritgerð þessi fjallar um samspil meðalhófsreglunnar og meginreglunnar um hagsmuni barnsins við framkvæmd barnaverndarlaga. Til að varpa ljósi á hvernig þessar tvær reglur virka í framkvæmd, þegar börn eru vistuð tímabundið utan heimilis eða krafist er forsjársviptingar, voru skoðaðir dómar Hæstaréttar, héraðsdómar frá Héraðsdómi Reykjavíkur, úrskurðir kærunefndar barnaverndarmála og úrskurðir barnaverndarnefndar Reykjavíkur.

Markmið ritgerðarinnar er m.a. að svara spurningum um hvort meðalhófsreglan og meginreglan um hagsmuni barnsins vinni e.t.v. gegn hvor annarri? Ef farið er eftir meðalhófsreglunni og ætíð reynd vægari úrræði áður en barn er vistað utan heimilis, kemur það í einhverjum tilvikum niður á hagsmunum barnsins? Hvor reglan vegur þyngra við úrlausnir mála fyrir dómstólum og hjá barnaverndaryfirvöldum? Eru hagsmunir hinna fullorðnu jafnvel teknir fram yfir hagsmuni barnsins í einhverjum tilvikum?

Barnaverndaryfirvöld reyna ávallt að leita eftir samþykki foreldra og beita stuðningsúrræðum áður en þvingunarúrræðum er beitt. Dómstólar líta til þess hvort meðalhófsreglunni hafi verið fylgt áður en þeir fallast á kröfu um vistun barns utan heimilis eða kröfu um forsjársviptingu. Dómstólar hafa í sumum tilvikum látið hagsmuni barnsins ganga framar meðalhófsreglunni og samþykkt kröfu barnaverndaryfirvalda án þess að búið sé að reyna til hlítar stuðningsúrræði inni á heimili barns. Dómstólar rökstyðja niðurstöðu sína í slíkum tilvikum með vísan til hagsmuna barnsins.

Abstract

The interaction of the proportionality principle and the principle of the child's interests in the implementation of the Child Protection Act nr. 80/2002

In their work, child protection authorities are obliged to take measures with the best interests of the child in mind. In applying their resources, according to the child protection act, child protection authorities are required to follow the principle of proportionality. The aim shall be to apply the minimum measures to achieve the desired results. When child protection authorities need to intervene with families and remove children from the home it is important that the interest of the child take precedence over the interest of the adults.

This thesis examines the interplay of the principle of proportionality and the principle of the child's best interests in implementing the Child Protection Act. To shed light on how these two rules work in practice the author examined judgments of the Supreme Court, Reykjavík District Court, rulings and decisions of the Child Protection Appeals Board and the rulings of the Child protection committee in Reykjavik.

The aim of the thesis is, *i.a.* to answer questions about whether the proportionality principle and the principle of the interests of the child's may work against each other? Which principle takes priority when judges are solving cases concerning child protection? Are the interests of the adults perhaps given priority before the interests of the child in some cases?

Child protection authorities always try to seek parental consent and use of support measures before compulsion or force is imposed. The Courts consider whether the principle of proportionality has been complied with before they accept the claim from child protection authorities for placement of a child in foster care or a claim for deprivation of custody. Courts have in some cases accepted that the interest of the child should take precedence over the principle of proportionality and accepted child protection authorities' claims even though the authorities have not tried lesser measures for improvement, on the basis that it best serves the interest of the child.

Efnisyfirlit

1	Inngangur	1
2	Friðhelgi fjölskyldulífs	2
2.1	Almennt	2
2.2	Friðhelgi fjölskyldu í 71. gr. stjórnarskráinnar	3
2.3	Friðhelgi fjölskyldulífs skv. 8. gr. MSE.....	7
2.3.1	Almennt um Mannréttindasáttmála Evrópu	7
2.3.2	Friðhelgi fjölskyldulífs skv. 1. mgr. 8. gr. MSE	8
2.3.2.1	Jákvæð skylda til athafna	8
2.3.2.2	Hugtakið fjölskylda í skilningi 1. mgr. 8. gr. MSE	10
2.3.3	Skilyrði takmarkana skv. 2. mgr. 8. gr. MSE.....	10
2.3.3.1	Takmörkun verður að vera lögum samkvæm.....	11
2.3.3.2	Markmið takmörkunar verður að vera lögmætt.....	12
2.3.3.3	Takmörkun verður að vera nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi	13
2.3.3.3.1	Reglan um svigrúm til mats.....	13
2.4	Samantekt	15
3	Meginreglan um meðalhóf.....	15
3.1	Almennt	15
3.2	Meðalhófsregla stjórnsýsluréttar	16
3.2.1	Almennt.....	16
3.2.2	Bakgrunnur meðalhófsreglu ssl.....	16
3.2.3	Efni og gildissvið meðalhófsreglu ssl.....	17
3.2.3.1	Meginþættir meðalhófsreglunnar	20
3.2.3.1.1	Ákvörðun verður að vera markhæf.....	21
3.2.3.1.2	Velja ber vægasta úrræðið	21
3.2.3.1.3	Hóf verður að vera í beitingu þess úrræðis sem valið er	22
3.3	Meðalhófsregla barnaverndarlaga.....	23
3.3.1	Almennt.....	23
3.3.2	Bakgrunnur meðalhófsreglu barnaverndarlaga	24
3.3.3	Markmið meðalhófsreglu bvl. og úrræði bvl.....	26
3.3.3.1	Stuðningsúrræði	30
3.3.3.2	Þvingunarúrræði	32
3.4	Meðalhófsreglan og 8. gr. MSE.....	38
3.4.1	Meðalhófsregla í 8. gr. MSE og dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu..	39
3.5	Samantekt um meginregluna um meðalhóf	43
4	Meginreglan um hagsmuni barnsins.....	44

4.1 Almennt	44
4.2 Meginreglan um hagsmuni barnsins í 1. mgr. 4. gr. bvl.....	44
4.3 3. gr. Barnasáttmála Sameinuðu þjóðanna.....	45
4.3.1 Almennt um Barnasáttmálann	45
4.3.2 3. gr. Barnasáttmálans	47
4.3.2.1 Nánar um einstök atriði 3. greinar.....	47
4.3.2.1.1 1. mgr. 3. gr. Barnasáttmálans.....	47
4.3.2.1.2 2. mgr. 3. gr. Barnasáttmálans.....	51
4.3.2.1.3 3. mgr. 3. gr. Barnasáttmálans.....	52
4.4 Sjónarmið um það sem er barni fyrir bestu	52
4.4.1 Almennt.....	52
4.4.2 Réttindi og skyldur foreldra og réttindi barnsins til stöðugleika.....	54
4.4.3 Vernd gegn vanrækslu og ofbeldi.....	59
4.4.3.1 Vanræksla	60
4.4.3.2 Ofbeldi	61
4.4.4 Sjónarmið barnsins	63
4.5 Reglan um hagsmuni barnsins í framkvæmd	65
4.6 Samantekt	69
5 Helstu niðurstöður	70
5.1 Úrskurðir Barnaverndarnefndar Reykjavíkur	70
5.2 Dómar Héraðsdóms Reykjavíkur	71
5.3 Hæstaréttardómar	72
5.4 Úrskurðir kærunefndar barnaverndarmála.....	73
6 Lokaorð	73
Heimildaskrá.....	77
Skrár yfir lög, dóma, úrskurði og álit.....	80
Lagaskrá	80
Reglugerðir.....	80
Alþjóðlegir samningar	80
Hæstaréttardómar	81
Héraðsdómar	81
Úrskurðir kærunefndar barnaverndarmála.....	82
Úrskurðir barnaverndarnefndar Reykjavíkur.....	82
Álit umboðsmanns Alþingis.....	82
Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu.....	82

1 Inngangur

Foreldrar fara með forsjá barna sinna og annast þau og hafa mikið svigrúm til ákvarðanatöku er varðar aðbúnað þeirra og uppeldi. Afskipti barnaverndaryfirvalda af fjölskyldum eiga að heyra til undantekninga en þegar ástæða er til að ætla að hagsmunir barns séu ekki nægilega tryggðir eða velferð þess sé hætta búin er hinu opinbera skylt að grípa til ráðstafana sem tryggja hagsmuni barns.

Friðhelgi fjölskyldunnar er tryggð í 71. gr. Stjórnarskrár lýðveldisins Íslands, sbr. lög nr. 33/1944 (hér eftir stjskr.) og í 1. mgr. 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994 (hér eftir MSE). Í samningi Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins¹ (hér eftir Barnasáttmálinn) er einnig kveðið á um rétt barns til að þekkja og njóta umönnunar foreldra sinna og almennt ekki talið barni fyrir bestu að vera aðskilið frá foreldrum sínum gegn vilja þess.

Markmið barnaverndar samkvæmt barnaverndarlögum nr. 80/2002 (hér eftir bvl.) er að tryggja að börn sem búa við óviðunandi aðstæður fái nauðsynlega aðstoð. Þessu markmiði laganna fylgja barnaverndaryfirvöld eftir með þeim úrræðum sem lögin leyfa. Úrræði barnaverndarlaganna miða að því að þegar barnaverndaryfirvöld þurfa að hafa afskipti af barni séu fyrst reynd almenn úrræði til stuðnings fjölskyldu áður en gripið er til annarra úrræða. Þá skal einungis beita íþyngjandi ráðstöfunum ef lögmæltum markmiðum verður ekki náð með öðru og vægara móti. Mikilvægt er að barnaverndaryfirvöld gæti að meðalhófsreglu við beitingu valds, enda þeir hagsmunir sem málin fjalla um mjög mikilvægir.

Í barnaverndarstarfi skal ávallt beita þeim ráðstöfunum sem ætla má að barni séu fyrir bestu. Þannig skulu hagsmunir barna ávallt hafðir í fyrirrúmi við ákvarðanatöku stjórnvalda og dómstóla í barnaverndarmálum. Barnaverndaryfirvöld og dómstólar verða við úrlausn mála að hafa markmið barnaverndar í huga. Hagsmunir barnsins skulu ganga framar hagsmunum hinna fullorðnu. Barnið á rétt á vernd gegn ofbeldi og vanrækslu og á rétt á þeirri umönnun sem velferð þess krefst.

Þegar stjórnvöld og dómstólar taka ákvörðun um að barn skuli vistað utan heimilis eða krafist er forsjársviptingar fyrir dómi, er um að ræða mjög íþyngjandi ákvörðun fyrir málsaðila. Mikilvægt er að hagsmunir barnsins séu hafðir að leiðarljósi

¹ Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, 20. nóvember 1989. *Stjórnartíðindi*, C-deild, nr. 18/1992.

við slíka ákvarðanatöku og gætt sé meðalhófs. Markmið þessarar ritgerðar er að skoða samspil meðalhófsreglunnar og reglunnar um hagsmuni barnsins. Markmiðið er að skoða hvernig meðalhófsreglunni og meginreglunni um hagsmuni barnsins er fylgt í framkvæmd hjá stjórnvöldum og dómstólum þegar tekin er ákvörðun um að vista barn utan heimilis og þegar krafist er forsjársviptingar fyrir dómi.

Leitast verður við að svara spurningum um hvort meðalhófsreglan og meginreglan um hagsmuni barnsins vinni ef til vill gegn hvor annarri. Ef farið er eftir meðalhófsreglunni og ætíð reynd vægari úrræði áður en barn er vistað utan heimilis, kemur það í einhverjum tilvikum niður á hagsmunum barnsins? Hvor reglan vegur þyngra við úrlausnir mála fyrir dómstólum og hjá barnaverndaryfirvöldum? Eru hagsmunir hinna fullorðnu jafnvel teknir fram yfir hagsmuni barnsins í einhverjum tilvikum?

Við vinnslu ritgerðarinnar hafa verið skoðaðir úrskurðir barnaverndar Reykjavíkur um vistun barns utan heimilis frá árunum 2002-2010. Þá hafa verið skoðaðir dómar sem fallið hafa í héraðsdómi Reykjavíkur frá árunum 2002-2010 sem varða tímabundna vistun barns utan heimilis og kröfu um forsjársviptingu. Einnig Hæstaréttardómar sem varða tímabundna vistun barns utan heimilis og kröfu um forsjársviptingu frá árunum 2002-2010. Höfundur hefur einnig kynnt sér úrskurði kærunefndar barnaverndarmála frá árunum 2002-2009.

Ritgerðin er þannig upp byggð að í kafla tvö er fjallað um friðhelgi fjölskyldu skv. 71. gr. stjskr. og 8. gr. MSE. Í kafla þrjú er fjallað um meðalhófsreglu stjórnsýslulaga og barnaverndarlaga og meðalhófsregluna eins og hún birtist í 8. gr. MSE. Einnig verður fjallað um dóma Mannréttindadómstólsins varðandi 8. gr. MSE. Í kafla fjögur er fjallað um meginregluna um hagsmuni barnsins. Í þeim kafla er fyrst fjallað um meginregluna um hagsmuni barnsins í 1. mgr. 4. gr. bvl. og síðan um 3. gr. Barnasáttmálans. Þá verður fjallað um þau sjónarmið sem koma til skoðunar við mat á því hvað er barni fyrir bestu. Í kafla fimm eru niðurstöður og kafla sex eru lokaorð.

2 Friðhelgi fjölskyldulífs

2.1 Almennt

Friðhelgi fjölskyldunnar er varin í 71. gr. stjskr. Rétturinn til friðhelgi fjölskyldu nær til réttar foreldra til að annast um börn sín á þann hátt sem þau kjósa. Foreldrar fara

með forsjá barna sinna og það eru fyrst og fremst þeir sem bera ábyrgð á börnum sínum og ráða persónulegum högum þeirra. Á foreldrum hvílir sú skylda að annast um börn sín þannig að hagsmunir og velferð þeirra séu tryggð.²

Ákvæði 3. mgr. 76. gr. stjskr. segir að börnum skuli með lögum tryggð sú vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst. Sú skylda hvílir því á löggjafanum og stjórnvöldum að tryggja hagsmuni barns þegar velferð þess er í hættu. Til að hægt sé að tryggja það að barn njóti verndar og umönnunar þurfa stjórnvöld í sumum tilvikum að hafa afskipti af fjölskyldulífi. Í barnaverndarlögunum og barnalögunum nr. 76/2003 (hér eftir bl.) er að finna reglur sem tryggja eiga velferð og umönnun barna.

Þegar þær aðstæður skapast að foreldrar sinna ekki skyldum sínum og hagsmunir barns eru ekki nægilega tryggðir eða velferð þess er í hættu er það skylda barnaverndaryfirvalda að grípa til ráðstafana sem tryggja hagsmuni barnsins. Þarna vegast á tvö ólík sjónarmið. Annars vegar eiga foreldrar rétt á að annast um börn sín án afskipta stjórnvalda og mega sjálf ráða aðbúnaði þeirra. Hins vegar er það skylda stjórnvalda að vernda börn sem búa við óviðunandi uppeldisskilyrði.³

Í Barnasáttmálanum er byggt á því að börn eigi ákveðin réttindi og að hagsmunir barna og foreldra geti verið ólíkir. Börn eiga rétt á að þekkja foreldra sína og njóta umönnunar þeirra skv. Barnasáttmálanum. Byggt er á því að foreldrar beri ábyrgð á uppeldi barna sinna og að koma þeim til þroska, en ríkið eigi að styðja foreldra við að rækja þessar skyldur sínar. Börn skal vernda gegn hvers kyns ofbeldi og vanrækslu af hendi foreldra og aðildarríki Barnasáttmálans skulu tryggja að svo sé.⁴

Í þessum kafla verður fjallað um friðhelgi fjölskyldunnar skv. 71. gr. stjskr. og 8. gr. MSE og þær takmarkanir sem heimilar eru á réttinum til friðhelgi fjölskyldu.

2.2 Friðhelgi fjölskyldu í 71. gr. stjórnarskráinnar

Samkvæmt 71. gr. stjskr. skulu allir njóta friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu. Ákvæðið er eitt af mannréttindaákvæðum stjórnarskráinnar. Engin einhlít skilgreining er til á hugtakinu mannréttindi en með því er átt við grundvallarréttindi þegnanna.⁵ Ákvæði 71. gr. kom inn í stjórnarskrána með stjórnskipunarlögum nr.

² Davíð Þór Björgvinsson, *Barnaréttur*, Reykjavík 1995, bls. 309.

³ Sama heimild, bls. 309.

⁴ Ragnheiður Thorlacius, *Friðhelgi einkalífs: réttur barna til friðhelgi einkalífs: réttur barna til trúnaðar af hálfu opinberra starfsmanna*, Umboðsmaður barna, Reykjavík 2003, bls. 7.

⁵ Sama heimild, bls. 4.

97/1995. Í athugasemdum með frumvarpi þeirra laga segir að sú breyting sem fólst í 71. gr. hafi verið gerð með hliðsjón af 8. gr. MSE og 17. gr. Samningsins um stjórnmálaleg og borgaraleg réttindi⁶. Ákvæði 71. gr. stjskr. á að taka til sömu réttinda og framangreindir mannréttindasamningar.⁷ Með ákvæði 71. gr. var ætlunin að víkka út orðalag fyrrum 66. gr. stjskr. sem var aðeins bundið við vernd heimilis. Í reynd var það svo að einkalíf og fjölskylda nutu líka verndar samkvæmt óskráðum grundvallarreglum íslensks réttar.⁸

Hugtakið friðhelgi einkalífs er skilgreint í athugasemd með 9. gr. frumvarpsins til stjórnskipunarlagu nr. 97/1995. Þar segir að í friðhelgi einkalífs felist fyrst og fremst réttur manns til að ráða yfir lífi sínu og líkama og til að njóta friðar um lífshætti sína og einkahagi. Tilfinningalíf og tilfinningasambönd njóta einnig verndar samkvæmt ákvæðinu.⁹ Í frumvarpinu kemur fram að fleiri atriði falli undir vernd einkalífs en nefnd eru þar þótt þau séu ekki sérstaklega orðuð í greininni.¹⁰ Fræðimenn hafa skilgreint hugtakið einkalíf með þeim hætti að það sé einskonar safnheiti sem nái yfir heimili og fjölskyldu, en einnig nái það til alls sem lýtur að persónulegum högum manns.¹¹

Eitt meginntak réttarins til fjölskyldu er að fjölskyldan fái að vera saman án afskipta stjórnvalda og verði ekki aðskilin gegn vilja sínum.¹² Þannig tryggir friðhelgi fjölskyldunnar rétt foreldra til að fara sameiginlega með forsjá barna sinna og annast uppeldi þeirra án afskipta frá stjórvöldum eða öðrum.¹³ Ákvæðið nær til fjölskyldu í víðtækum skilningi og takmarkast ekki af því að fjölskyldan búi saman á heimili.¹⁴ Túlka verður ákvæði 71. gr. stjskr. þannig að börn jafnt sem fullorðnir njóti þeirrar verndar sem ákvæðið kveður á um í einka- og fjölskyldulífi, enda segir í ákvæðinu *allir* skuli njóta réttar til friðhelgi.¹⁵ Í friðhelgi fjölskyldunnar felst einnig að börn og foreldrar sem búa ekki saman fái að njóta gagnkvæms umgengnisréttar. Löggjafinn

⁶ Alþjóðasamningur um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi, 16. desember 1966. *Stjórnartíðindi*, C-deild, nr. 10/1979 og 28/1993.

⁷ *Alþingistíðindi*, A-deild, 1994-1995, bls. 2099.

⁸ Sama heimild, bls. 2099.

⁹ Sama heimild, bls. 2099.

¹⁰ Sama heimild, bls. 2101

¹¹ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur*, Reykjavík 1999, bls. 536-537.

¹² Björg Thorarensen, „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu“. Í Björg Thorarensen (form. ritstj.), *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*, Lagadeild Háskólans í Reykjavík 2005, bls. 301.

¹³ Björg Thorarensen, „Stjórnskipunarréttur“. Í Róbert R. Spanó (ritstj.), *Um lög og rétt: helstu greinar íslenskrar lögfræði*, Reykjavík 2006, bls. 88.

¹⁴ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi*, Reykjavík 2008, bls. 313.

¹⁵ Ragnheiður Thorlacius, *Friðhelgi einkalífs*, bls. 5.

skal tryggja að reglur séu til um umgengnirsrétt milli barns og foreldris sem ekki fer með forsjá þess.¹⁶

Friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu er ekki takmarkalaus. Í sumum tilvikum er nauðsynlegt að skerða þessi réttindi og er skilyrðum takmarkana lýst í 2. og 3. mgr. 71. gr. stjskr. Ákvæði 2. mgr. 71. gr. á við um rannsóknar- og þvingunaraðgerðir lögreglu í tengslum við sakamál. Samkvæmt ákvæðinu má í fyrsta lagi takmarka friðhelgi ef fyrir liggur dómsúrskurður sem heimilar það og í öðru lagi má grípa til slíkra aðgerða ef sérstök lagaheimild liggur fyrir.

Í 3. mgr. 71. gr. er almenn regla um takmarkanir á friðhelgi. Þar segir að þrátt fyrir ákvæði 1. mgr. megi með sérstakri lagaheimild takmarka réttindin ef brýna nauðsyn ber til vegna réttinda annarra. Með þessu ákvæði er löggjafanum veitt heimild til að takmarka á annan hátt friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu ef fyrir liggur brýn nauðsyn vegna réttinda annarra. Í athugasemdum með 3. mgr. 9. gr. stjórnskipunarlaga nr. 97/1995 segir að tilgangur þessarar heimildar beinist fyrst og fremst að tilvikum þar sem afskipti af heimili og fjölskyldulífi eru nauðsynleg til verndar hagsmunum barna. Velferð barna getur þannig réttlætt takmarkanir á réttindum samkvæmt 1. mgr. 71. gr. stjskr.¹⁷

Skilyrði þess að skerða megi rétt manna til að njóta fjölskyldulífs eru, samkvæmt 3. mgr. 71. gr., tvenns konar. Í fyrsta lagi verður sérstök lagaheimild að vera fyrir hendi og í öðru lagi verður brýn nauðsyn að standa til skerðingarinnar vegna réttinda annarra. Í tilvikum þegar réttindi barns kunna að krefjast afskipta stjórvalda af heimilis- eða fjölskyldulífi reynir á þessi réttindi annarra.¹⁸ Afskipti eða aðgerðir af hálfu barnaverndaryfirvalda eru með vissum hætti alltaf inngríp í friðhelgi fjölskyldunnar. Slíkt inngríp er réttlætt með þörf barns fyrir vernd og umönnun sbr. 3. mgr. 76. gr. stjskr. og 1. gr. bvl.¹⁹ Barn á að njóta verndar gegn ofbeldi og vanrækslu og réttindi þess til verndar eiga að vega þyngra en réttur foreldra til þess að halda fjölskyldu og heimili saman án afskipta stjórvalda.²⁰ Í áliti umboðsmanns Alþingis í máli nr. 66/1988 var fjallað um ákvörðun barnaverndaryfirvalda um stórfellda skerðingu á gagnkvæmum umgengnirsrétti kynforeldris og barns sem hafði verið

¹⁶ *Alþingistíðindi*, A-deild, 1994-1995, bls. 2101.

¹⁷ Sama heimild, bls. 2102.

¹⁸ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur*, bls. 542.

¹⁹ Hrefna Friðriksdóttir, „Hlutverk kærunefndar barnaverndarmála samkvæmt barnaverndarlögum nr. 80/2002.“ Í Stefán Már Stefánsson (ritstj.) *Afmælisrit: Björn P. Guðmundsson sjötugur 13. júlí 2009*, Reykjavík 2009, bls. 210.

²⁰ Björg Thorarensen, „*Stjórnskipunarréttur*“, bls. 88.

ráðstafað í fóstur. Umboðsmaður Alþingis taldi að ekki yrði hjá því komist að skerða réttinn til friðhelgi fjölskyldu, sem varinn er í stjórnarskránni og 8. gr. MSE, ef barni stafar hætta af umgengni við foreldri. Mikilsverðar ástæður verða þó að vera fyrir hendi ef skerða á þennan rétt. Séu ekki uppi slíkar aðstæður er um að ræða brot á réttinum til friðhelgi fjölskyldulífs.²¹

Friðhelgi fjölskyldunnar eru mannréttindi og við takmarkanir á mannréttindum gegnir meðalhófsreglan mikilvægu hlutverki. Mikilvægt er að stjórnvöld fari varlega og vandi alla málsméðferð þegar rétturinn til friðhelgi fjölskyldu er skertur. Dómsmál sem snúa að því hvort brotið hafi verið gegn friðhelgi fjölskyldunnar fjalla oft á tíðum um það hvort of langt hafi verið gengið við beitingu valdheimilda. Þá reynir oft á meðalhófsregluna við mat á því hvort takmörkunin er nauðsynleg.²² Við meðferð barnaverndarmála er mikilvægt að barnaverndaryfirvöld sýni fram á nauðsyn þess að takmarka rétt fjölskyldunnar til friðhelgi. Afskipti barnaverndaryfirvalda verða að vera byggð á skýrum lagaheimildum. Sýna verður fram á að þvingunarráðstafanir séu nauðsynlegar í þágu réttinda barnsins sem ætlunin er að vernda. Ítarleg ákvæði barnaverndarlaganna um málsméðferð eiga að tryggja rétt foreldra til að koma sínum sjónarmiðum á framfæri og að aldrei sé gengið lengra en nauðsyn beri til.²³

Hæstiréttur hefur gert strangar kröfur til þess að valdheimildir stjórnvalda sem skerða friðhelgi heimilis eða fjölskyldu eigi sér skýra lagastoð. Í Hrd. 147/2000 voru til umfjöllunar valdheimildir stjórnvalda til að taka barn af heimili föður á grundvelli ákvæða barnaverndarlaga. Faðir og sonur hans kröfðust skaðabóta af Ísafjarðarbæ vegna aðgerða tveggja manna sem fóru inn á heimili þeirra í nafni félagsmálayfirvalda í því skyni að koma syninum í umsjá móður hans. Hæstiréttur taldi að sú aðgerð að fara inn á heimilið til þess að ná í barnið, án undangenginni könnun á öllum aðstæðum, ætti sér ekki lagastoð. Móðirin hefði átt að leita til héraðsdómara með beiðni um að forsjá yrði komið á með aðfarargerð, sbr. 75. gr. barnalaga nr. 20/1992. Talið var að mennirnir, sem höfðu komið fram sem stjórnvald er þeir fengu inngöngu á heimilið, hefðu ekki haft valdheimild til þess. Hæstiréttur taldi að ríkar kröfur yrði að gera til þeirra sem gegna opinberum störfum, um að sýna fyllstu aðgæslu við störf sín og kanna mál til hlítar, áður en gripið er til aðgerða.

²¹ Álit Umboðsmanns Alþingis í máli nr. 66/1988. Aðgengilegt á:

<http://www.umbodsmaduralthingis.is/skyrslur/skoda.asp?Lykill=741&Skoda=Mal>

²² Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi*, bls. 297.

²³ Hrefna Friðriksdóttir, „Hlutverk kærunefndar“, bls. 210-211.

Háttsemin var talin fela í sér brot gegn 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar um friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu og 8. gr. Mannréttindasáttmálans.

2.3 Friðhelgi fjölskyldulífs skv. 8. gr. MSE

2.3.1 Almennt um Mannréttindasáttmála Evrópu

Mannréttindasáttmáli Evrópu²⁴ er mikilvægasti samningurinn sem gerður hefur verið á vettvangi Evrópuráðsins. Samningurinn tók gildi 3. september 1953 og í dag hafa 47 ríki fullgilt sáttmálann.²⁵ Sáttmálinn var fullgiltur af Íslands hálfu 19. júní 1953 og hafa átta viðaukar við samninginn jafnframt verið fullgiltir.²⁶ Mannréttindasáttmáli Evrópu var lögfestur á Íslandi með lögum nr. 62/1994 sem tóku gildi 30. maí 1994. Mannréttindasáttmálinn er þjóðréttarsamningur og við skýringu á honum eiga við almenn sjónarmið um skýringu þjóðréttarsamninga.²⁷ Í kjölfar þess að Mannréttindasáttmálinn var leiddur í lög var mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar breytt. Skýra ber ákvæði stjórnarskrárinnar til samræmis við ákvæði Mannréttindasáttmálans, jafnvel þótt orðalag þeirra falli ekki nákvæmlega saman.²⁸

Mannréttindadómstóll Evrópu (hér eftir Mannréttindadómstóllinn) hefur það hlutverk að fjalla um kærur frá aðildarríkjum og einstaklingum vegna meintra brota ríkis á ákvæðum sáttmálans. Í dómstólnum eiga nú sæti 47 dómarar²⁹, einn frá hverju aðildarríki sáttmálans. Dómendur njóta fulls sjálfstæðis í störfum sínum og eru ekki fulltrúar ríkja.³⁰

Í 8. gr. MSE er m.a. kveðið á um friðhelgi fjölskyldulífs. Börnum jafnt sem fullorðnum eru tryggð réttindi samkvæmt greininni þar sem kveðið er á um að sérhver maður njóti friðhelgi fjölskyldulífs. Í þessum kafla verður fjallað um friðhelgi fjölskyldulífs samkvæmt 8. gr. MSE.

²⁴ Samningur um verndum mannréttinda og mannfrelsис (Mannréttindasáttmáli Evrópu), 4. nóvember 1950. *Stjórnartíðindi*, A-deild, nr. 11/1954 og C-deild, nr. 58/1958, nr. 17/1967, nr. 39/1991, nr. 19/1995, nr. 20/1995 og nr. 23/1998.

²⁵ Heimasiða Evrópuráðsins, sótt þann 5. apríl 2011. Aðgengileg á:

<http://conventions.coe.int/treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=&DF=&CL=ENG>

²⁶ *Alþingistíðindi*, A-deild, 1992-1993, bls. 791.

²⁷ Davíð Þór Björgvinsson, „Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting“. Í Björg Thorarensen (form. ritstj.), *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*, Lagadeild Háskólans í Reykjavík, Reykjavík 2005, Bls. 34-35.

²⁸ *Alþingistíðindi*, A-deild, 1992-1993, bls. 802.

²⁹ Heimasiða Mannréttindadómstóls Evópu, sótt þann 5 apríl 2011. Aðgengileg á:

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/The+Court/The+Court/Judges+of+the+Court/>

³⁰ Davíð Þór Björgvinsson, „Mannréttindasáttmáli Evrópu“, bls. 34-35.

2.3.2 Friðhelgi fjölskyldulífs skv. 1. mgr. 8. gr. MSE.

Í 1. mgr. 8. gr. MSE segir að sérhver maður eigi rétt til friðhelgi einkalífs síns, fjölskyldu, heimilis og bréfaskrifta. Gildissvið 8. gr. er víðtækt og greinin er eitt opnasta ákvæði Mannréttindasáttmálans. Inntak greinarinnar hefur vaxið verulega í meðfórum Mannréttindadómstólsins á síðustu áratugum.³¹ Samkvæmt 8. gr. MSE skal fjölskyldan njóta friðhelgi og ekki er heimilt að skerða þau réttindi hennar nema að lögmæltum skilyrðum uppfylltum, sbr. 2. mgr. 8. gr. MSE. Megininntak réttarins til fjölskyldulífs skv. 8. gr. MSE er að fjölskyldan fái að vera saman án afskipta stjórvalda og verði ekki aðskilin gegn vilja sínum.³²

Markmið 8. gr. MSE er að vernda einstaklinga fyrir geðþóttaákvörðunum stjórvalda og afskiptum stjórvalda af einka-, heimilis- og fjölskyldulífi þeirra. Vernd samkvæmt 8. gr. MSE nær ekki eingöngu til aðgerða ríkisins heldur einnig til aðgerða einkaaðila, s.s. fjölmiðla. Til að tryggja réttindi samkvæmt 8. gr. MSE verða ríki að vernda friðhelgi einka-, heimilis- og fjölskyldulífs fyrir afskiptum stjórvalda og annarra. Sú regla sem birtist í 8. gr. leggur einnig jákvæða skyldu á ríki að grípa til aðgerða til verndar þeim réttindum sem kveðið er á um í greininni.³³

2.3.2.1 Jákvæð skylda til athafna

Ákvæði 8. gr. MSE nýtur ákveðinnar sérstöðu í samanburði við önnur ákvæði Mannréttindasáttmálans vegna jákvæðrar skyldu sem lögð er á aðildarríki til athafna til verndar einka-, heimilis- og fjölskyldulífi. Málum sem koma til úrlausnar hjá Mannréttindadómstólnum og varða 8. gr. MSE má skipta í two meginflokkka. Annars vegar er um að ræða mál sem fjalla um hvort ríki hafi gengið of langt í skerðingu réttinda skv. 8. gr. MSE með tilteknum aðgerðum. Hins vegar fjallar stór hluti kærumála um hina jákvæðu skyldu ríkja til athafna. Mannréttindadómstóllinn leggur þá mat á það hvort ríki hafi gripið til nægilegra ráðstafana til að tryggja að rétturinn, sem 8. gr. MSE kveður á um, verði raunhæfur og virkur.³⁴

Mannréttindadómstóllinn fjallaði um þessa jákvæðu skyldu ríkja í máli *Marckx* gegn *Belgíu*. Þar kom fram að Mannréttindadómstóllinn taldi að ákvæði 8. gr. MSE legði ekki einvörðungu neikvæða skyldu á ríki til að halda að sér höndum til verndar

³¹ Björg Thorarensen, „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu“, bls. 286-287.

³² Sama heimild, bls. 301.

³³ Ovey, Clare og White, Robin, *Jacobs & White: the European Convention on Human rights* (4. útgáfa), New York 2010, bls. 243.

³⁴ Björg Thorarensen, „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu“, bls. 289.

friðhelginni heldur einnig jákvæðar skyldur til að virða friðhelgi einkalífs. Að mati Mannréttindadómstólsins felst það í þessari jákvæðu skyldu ríkjanna, að aðildarríkin verði að tryggja vernd einstaklinga á þeim sviðum sem 8. gr. MSE tekur til.³⁵ Löggjöf og réttarframkvæmd verður að tryggja þessi réttindi og einnig verður að tryggja öryggi borgaranna gagnvart hvorum öðrum á sömu sviðum.³⁶

Jákvæð skylda ríkja samkvæmt 8. gr. MSE er tvenns konar. Í fyrsta lagi er um að ræða skyldu ríkja til að grípa til aðgerða til að tryggja vernd á þeim réttindum sem 8. gr. kveður á um. Í öðru lagi er um að ræða skyldu ríkja til að sjá til þess að borgararnir njóti verndar í samskiptum sín á milli. Ríki verða að haga löggjöf sinni á þann hátt að réttindi einstaklinga skv. 8. gr. MSE séu vernduð í samskiptum þeirra á milli. Ríki geta tryggt slíkt t.d. með skilvirkum viðurlögum við ofbeldi eins einstaklings í garð annars.³⁷ Í dómi Mannréttindadómstólsins í máli *X og Y* gegn *Hollandi* var deilt um hvort hollenska ríkið hefði brotið gegn friðhelgi einkalífs andlega fatlaðrar stúlku þar sem að vegna ágalla í refsilöggjöf Hollands var ekki hægt að ákæra mann fyrir nauðgun gegn stúlkunni, þar sem stúlkan gat ekki tjáð sig og ekki var tekið við kærum vegna ofbeldis nema þær kæmu beint frá fórnarlambinu sjálfu. Mannréttindadómstóllinn taldi að hollenska ríkið hefði brotið gegn jákvæðri skyldu sinni til að tryggja að allir einstaklingar hefðu árangursrík úrræði til að sækja rétt sinn gegn hvorum öðrum ef brotið væri gegn friðhelgi einkalífs þeirra.³⁸

Mannréttindadómstóllinn metur heildstætt hvort jákvæð skylda til aðgerða sé fyrir hendi í hverju tilviki fyrir sig. Matið virðist að einhverju leyi byggjast á sömu þáttum og nefndir eru í 2. mgr. 8. gr. MSE.³⁹ Í máli *Kroon o.fl.* gegn *Hollandi* kom fram að Mannréttindadómstóllinn taldi að þegar verið væri að meta hversu langt ríki ættu að ganga til að tryggja réttinn til fjölskyldulífs yrði að finna sanngjarnt jafnvægi milli hagsmuna einstaklingsins og hagsmuna ríkisins. Mannréttindadómstóllinn tók það fram að ríki nytu ákveðins svigrúms til mats á því hvernig þau uppfylltu hinar jákvæðu skyldur sínar skv. 8. gr. MSE.⁴⁰

³⁵ Dómur MDE í máli *Marckx* gegn *Belgíu* frá 13. júní 1979. Series A. 31, mgr. 31.

³⁶ Stefán Eiríksson, „Friðhelgi einkalífs, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta samkvæmt 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu“. *Úlfþjótur*, 1996 (49), bls. 382.

³⁷ Ovey, og White, *Jacobs & White*, bls. 243.

³⁸ Dómur MDE í máli *X og Y* gegn *Hollandi* frá 26. mars 1985. Series A. 91, mgr. 23.

³⁹ Stefán Eiríksson, „Friðhelgi einkalífs, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta“, bls. 384-385.

⁴⁰ Dómur MDE í máli *Kroon* gegn *Hollandi* frá 27. október 1994. Series A. 297-C, mgr. 31.

2.3.2.2 Hugtakið fjölskylda í skilningi 1. mgr. 8. gr. MSE

Til að hægt sé að vernda friðhelgi fjölskyldunnar verður að skilgreina hverjir það eru sem falla undir hugtakið fjölskylda skv. 8. gr. MSE. Í íslensku þýðingu 8. gr. MSE er notað orðalagið *friðhelgi fjölskyldu*. Fræðimenn hafa bent á að ef til vill væri betra að nota orðið fjölskyldulíf í íslensku þýðingunni í samræmi við enska samningstextann þar sem segir „*right to respect for his....family life*“.⁴¹ Hugtakið fjölskylda verður að skoða í samhengi við önnur ákvæði sáttmálans sem fjalla um fjölskyldumálefni til að komast að merkingu þess. Hugtakið er víðtækara en svo að það nái einungis yfir kjarnafjölskylduna, foreldra með börn sem búa saman.⁴² Mannréttindadómstóllinn hefur talið í dóum sínum að undir fjölskyldu falli t.d. karl og kona ásamt ósjálfráða börnum þeirra, bæði óskilgetnum börnum og ættleiddum.⁴³

Túlkun á hugtakinu fjölskyldulíf tekur ekki eingöngu til sambanda sem byggjast á hjúskap heldur getur það náð til annarra fjölskyldubanda. Mikilvægast er að skoða hvert er raunverulegt eðli sambands milli tveggja eða fleiri einstaklinga til að skera úr um hvort fjölskyldulíf hefur stofnast sem nýtur verndar ákvæðisins.⁴⁴ Í áðurnefndum dómi Mannréttindadómstólsins í máli *Marckx* gegn *Belgíu* kom fram að 8. gr. MSE geri ekki greinarmun á lögmætum og ólögmætum fjölskyldum. Að mati Mannréttindadómstólsins væri slík aðgreining ekki í samræmi við ákvæði 14. gr. MSE sem kveður á um bann við mismunun þannig að allir skuli njóta þeirra réttinda sem sáttmálinn kveður á um.⁴⁵

2.3.3 Skilyrði takmarkana skv. 2. mgr. 8. gr. MSE

Ákvæði 8.-11. gr. MSE heimila takmarkanir á réttindum og frávik frá þeim meginreglum sem annars eru orðaðar í nefndum greinum sáttmálans. Ákvæðin eru þannig uppbyggð að fyrst er kveðið á um þau réttindi sem sáttmálinn tryggir í 1. mgr. Í 2. mgr. eru síðan talin upp atriði sem réttlæta takmörkun á nefndum réttindum í 1. mgr. Tvær grunnreglur móta þessar takmarkanir. Í fyrsta lagi eru aðeins þær takmarkanir sem orðaðar eru í sáttmálanum heimilar. Í öðru lagi leiðir af 18. gr. MSE að takmarkanir á réttindum og frelsi sem heimilar eru samkvæmt sáttmálanum skuli

⁴¹ Ármann Snævarr, „Fjölskylda og fjölskyldulíf í ljósi 8 og 12. gr. mannréttindasáttmála Evrópu“. Í Katrín Jónasdóttir (ritstj.), *Afmælisrit Gaukur Jörundsson sextugur 24. september 1994*, Reykjavík 1994, bls. 55.

⁴² Björg Thorarensen, „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu“, bls. 299.

⁴³ Ovey og White, *Jacobs & White*, bls. 247-248.

⁴⁴ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi*, bls. 313-314.

⁴⁵ Dómur MDE í máli *Marckx* gegn *Belgíu* frá 13. júní 1979. Series A. 31, mgr. 31.

eigi viðhafðar í nokkru öðru skyni en þar er mælt fyrir um.⁴⁶ Mannréttindadómstóllinn notar þrónga túlkun við mat á því hvort takmörkun er heimil skv. 2. mgr. 8.-11. gr. MSE. Um er að ræða undanþágu frá mannréttindum sem Mannréttindasáttmálanum er annars ætlað að tryggja og því nauðsynlegt að túlka skilyrði til takmarkana þróngt.⁴⁷

Í 2. mgr. 8. gr. MSE er fjallað um þríþætt skilyrði takmarkana á þeim réttindum sem nefnd eru í 1. mgr. 8. gr. Þar segir að opinber stjórnvöld skuli ekki ganga á rétt þann sem nefndur er í 1. mgr. nema samkvæmt því sem lög mæli fyrir um og nauðsyn beri til í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna þjóðaröryggis, almannuheilla og efnalegrar farsældar þjóðarinnar, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu manna eða siðgæði eða réttindum og frelsi annarra. Við mat á því hvort brotið hafi verið gegn ákvæði 8. gr. MSE við túlkun og beitingu innlendra laga eða hvort stjórnvöldum aðildarríkja hafi verið heimilt að takmarka réttindin, lítur Mannréttindadómstóllinn til þeirra þriggja atriða sem lýst er í 2. mgr. 8. gr. Takmörkun verður að vera lögum samkvæm, markmið með takmörkun verður að vera lögmætt og falla að þeim atriðum sem lýst er í greininni og þá verður takmörkun að vera nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi.⁴⁸

Gagnkvæmur réttur barna og foreldra til samvista er eitt þeirra grundvallaratriða sem felst í friðhelgi fjölskyldulífs skv. 1. mgr. 8. gr. MSE. Ekki má aðskilja fjölskyldu gegn vilja þeirra sem henni tilheyra. Í dómum Mannréttindadómstólsins hefur komið fram að þegar aðgerðir ríkis hindra samvistir barna og foreldra sé um að ræða takmörkun á þeim réttindum sem kveðið er á um í 8. gr. MSE. Takmarkanir á réttinum til friðhelgi fjölskyldulífs geta síðan verið réttlætanlegar með vísan til 2. mgr. 8. gr. MSE.⁴⁹

2.3.3.1 *Takmörkun verður að vera lögum samkvæm*

Mannréttindadómstóllinn fellst ekki á að takmörkun á nefndum réttindum Mannréttindasáttmálans sé heimil nema hún sé lögum samkvæm. Í því felst annars

⁴⁶ Ovey og White, *Jacobs & White*, bls. 220.

⁴⁷ Dómur MDE í máli *Klass o.fl.* gegn *Pýskalandi* frá 6. september 1978. Series A. 28, mgr. 42.

⁴⁸ Ovey og White, *Jacobs & White*, bls. 222.

⁴⁹ Sjá t.d. dóm MDE í máli *McMichael* gegn *Bretlandi* frá 24. febrúar 1995. Series A. 307-B, mgr. 86. og dóm MDE í máli *Johansen* gegn *Noregi* frá 7. ágúst 1996. Reports 1996-III, mgr. 52.

vegar að skýrlega sé kveðið á um skerðingu í lögum viðkomandi ríkis og hins vegar að slíkar reglur séu skýrar og nákvæmar.⁵⁰

Í dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins hafa verið mótuð þrjú viðmið við mat á því hvort takmörkun sé lögum samkvæm. Í fyrsta lagi þarf takmörkun að eiga sér stoð í landsrétti ríkis. Í öðru lagi þurfa lögin að vera aðgengileg almenningi. Í þriðja lagi þurfa lögin að vera þannig úr garði gerð að einstaklingur geti metið fyrirfram hvaða afleiðingar hegðun hans hefur.⁵¹

2.3.3.2 *Markmið takmörkunar verður að vera lögmætt*

Ef Mannréttindadómstóllinn kemst að þeirri niðurstöðu að takmörkun sé lögum samkvæm skoðar hann hvort að það markmið sem takmörkunin stefnir að sé jafnframt lögmætt. Í því skilyrði felst að takmarka megi réttindi ef stefnt er að lögmætu markmiði. Takmörkun getur verið réttlætt með vísan til lögmæts markmiðs, skv. 2. mgr. 8. gr. MSE, vegna þjóðaröryggis, almannahailla, efnalegrar farsældar þjóðarinna, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu manna eða siðgæði eða réttindum og frelsi annarra.⁵² Upptalningin er tæmandi en það er tiltölulega auðvelt fyrir ríki að fella aðgerðir sínar undir eitthvert þessara atriða og Mannréttindadómstóllinn eyðir ekki löngum tíma í að greina nákvæmlega undir hvaða atriði takmörkun fellur.⁵³ Lögmætt markmið takmörkunar á friðhelgi fjölskyldulífs getur t.d. verið að vernda heilsu og réttindi barns.⁵⁴

Flest þeirra málum sem komið hafa fyrir Mannréttindadómstóllinn og varða barnavernd snúa að því hvort takmörkun sé heimil til verndar heilsu manna og siðgæði. Aðgerðir stjórvalda aðildarríkja sem skerða rétt foreldra og barna til samvista takmarka réttinn til friðhelgi fjölskyldulífs skv. 8. gr. MSE. Stjórnvöld aðildarríkja vísa yfirleitt til þess að markmið með takmörkun sé til verndar réttindum og frelsi annarra. Barnaverndarlöggjöf ríkja sem heimilar stjórnvöldum að vista barn utan heimilis er réttlætanleg ef markmið slíkrar löggjafar er að vernda réttindi barnsins.⁵⁵

⁵⁰ Davíð Þór Björgvinsson, „Mannréttindasáttmáli Evrópu“, bls. 59-61.

⁵¹ Ovey og White, Jacobs & White, bls. 223.

⁵² Davíð Þór Björgvinsson, „Mannréttindasáttmáli Evrópu“, bls. 59-61.

⁵³ Ovey og White, Jacobs & White, bls. 226-227.

⁵⁴ Dómur MDE í máli Johansen gegn Noregi frá 7. ágúst 1996. Reports 1996-III, mgr. 60.

⁵⁵ Ovey og White, Jacobs & White, bls. 227-230.

2.3.3.3 *Takmörkun verður að vera nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi*

Í skilyrðinu um að takmörkun verði að vera nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi felst tvenns konar mat. Annars vegar verður að sýna fram á að rík þjóðfélagsleg þörf sé á takmörkun og hún byggi á viðeigandi og nægilega ríkum ástæðum. Hins vegar verður að sýna fram á að takmarkanir séu ekki úr hófi miðað við þau réttmætu markmið og hagsmuni sem þær stefna að. Þannig má takmörkun ekki ganga lengra en nauðsynlegt er til þess að markmiðið sem stefnt er að náist.⁵⁶ Seinna skilyrðið er meðalhófsregla eins og hún birtist í Mannréttindasáttmálanum í tengslum við þær takmarkanir sem heimilar eru samkvæmt 8.-11. gr. MSE.⁵⁷

Mannréttindadómstóllinn hefur talið rétt að veita ríkjum ákveðið svigrúm til mats við að sýna fram á að takmörkun sé nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi. Svigrúm ríkja til mats er ekki ótakmarkað og Mannréttindadómstóllinn fer með endanlegt úrskurðarvald um hvort takmörkun á réttindum samræmist Mannréttindasáttmálanum.⁵⁸

2.3.3.1.1 Reglan um svigrúm til mats

Reglan um svigrúm til mats (*e. margin of appreciation*) er mikilvæg við skýringu og beitingu Mannréttindasáttmálans.⁵⁹ Reglan skiptir máli varðandi 8. gr. MSE að tvennu leyti. Í fyrsta lagi hefur Mannréttindadómstóllinn veitt ríkjum ákveðið svigrúm til mats þegar metið er hvort takmörkun er nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi. Í öðru lagi hafa aðildarríki svigrúm til mats á jákvæðum skyldum sínum bæði hvað varðar mat á því hvort skylda sé til athafna og einnig, þegar skylda er til athafna, hvernig best er að fara eftir henni.⁶⁰

Reglan um svigrúm til mats er til komin vegna þess að Mannréttindadómstóllinn hefur talið að stjórnvöld hvers ríkis séu í betri aðstöðu, en alþjóðlegur dómsstóll, til að mæla fyrir um nákvæm skilyrði þess að heimilt sé að takmarka réttindi sem sáttmálinn kveður á um, sem og um nauðsyn slíkra takmarkana.⁶¹ Reglan felur í sér að aðildarríkjum er veitt ákveðið svigrúm til mats á

⁵⁶ Björg Thorarensen, „Áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnarskrárákvæða“. Í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson, *Lögberg: rit Lagastofnunar Háskóla Íslands*, Reykjavík 2003, bls. 68.

⁵⁷ Ovey og White, *Jacobs & White*, bls. 232.

⁵⁸ Sama heimild, bls. 232.

⁵⁹ Davíð Þór Björgvinsson, „Mannréttindasáttmáli Evrópu“, bls. 62.

⁶⁰ Ovey, Clare, „The margin of appreciation and article 8 of the convention“, *Human rights journal*, 1998, 19 (1), bls. 10.

⁶¹ Dómur MDE í máli *Handyside* gegn *Bretlandi* frá 7. desember 1976. Series A. 24, mgr. 48.

því með hvaða hætti þau virða þau réttindi sem Mannréttindasáttmálinn mælir fyrir um. Aðildarríkin geta því haft mismunandi reglur sem tryggja þau réttindi sem Mannréttindasáttmálinn kveður á um.⁶²

Ríki hafa mismikið svigrúm til mats eftir því um hvaða réttindi er að ræða hverju sinni. Engin almenn skilgreining er til á reglunni og því er erfitt að ákvarða hvernig reglan er notuð í öllum þeim tilvikum sem upp geta komið.⁶³ Mannréttindadómstóllinn virðist veita ríkjum víðtækt svigrúm til mats þegar um er að ræða jákvæðar skyldur sem lagðar eru á ríki til að verndar friðhelgi fjölskyldulífs.⁶⁴

Mannréttindadómstóllinn virðist veita ríkjum lítið svigrúm til mats þegar réttindin sem um ræðir eru mikilvæg. Í máli X og Y gegn *Hollandi* sagði Mannréttindadómstóllinn að þó svo að ríki nytu ákveðins svigrúms til mats við val á þeim aðferðum sem það beitti til að tryggja að einkalíf einstaklinga nytí verndar gegn ágangi annarra einstaklinga, færí nákvæmt eðli slíkrar skyldu ríkisins eftir því um hvaða þætti einkalífsins væri að ræða. Ef um væri að ræða grundvallarþætti einkalífs sem mikilvægt væri að vernda þá væri svigrúm ríkja til mats á því hvernig að verndinni skyldi staðið lítið.⁶⁵

Eðli barnaverndarmála er slíkt að oft þurfa stjórnvöld í aðildarríkjum að taka mjög erfiðar og viðkvæmar ákvarðanir hratt vegna hagsmuna barnsins. Svigrúm ríkja til mats við slíka ákvarðanatöku veltur bæði á hversu mikilvægt málið sem um ræðir er og þeim hagsmunum sem í húfi eru.⁶⁶ Mannréttindadómstóllinn hefur á undanförnum árum veitt ríkjum töluvert svigrúm til mats á því hvenær vista skuli barn utan heimilis en hefur þó talið sér heimilt að endurskoða efni slíkra ákvarðana.⁶⁷ Stjórnvöld í hverju ríki fyrir sig geta verið í beinu sambandi við alla aðila máls sem setur þau í betri aðstöðu en Mannréttindadómstóllinn sem aðeins getur byggt á skriflegum gögnum málsins eftirá.⁶⁸

⁶² Davíð Þór Björgvinsson, „Mannréttindasáttmáli Evrópu“, bls. 62.

⁶³ Ovey og White, *Jacobs and White*, bls. 233.

⁶⁴ Clare Ovey, „The margin of appreciation“, bls. 11.

⁶⁵ Dómur MDE í máli X og Y gegn *Hollandi* frá 26. mars 1985. Series A. 91, mgr. 23.

⁶⁶ Ovey og White, *Jacobs & White*, bls. 232

⁶⁷ Gomien, Donna, Harris, David og Zwaak, Leo, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European social charter*, Strassborg 1996, bls. 243.

⁶⁸ Dómur MDE í máli Olsson gegn *Svíþjóð* (nr. 2) frá 27. nóvember 1992. Series A. 250, mgr. 90.

2.4 Samantekt

Friðhelgi fjölskyldulífs eru mannréttindi sem vernduð eru í stjórnarskránni og með Mannréttindasáttmálanum. Löggjafanum ber skylda til að sjá til þess að börn njóti þeirrar umönnunar sem velferð þeirra krefst. Til þess að framfylgja því markmiði sínu verða stjórnvöld að hafa afskipti af friðhelgi fjölskyldunnar ef hagsmunir barns eru í hættu. Við beitingu 71. gr. stjskr. og 8. gr. MSE þarf því að finna jafnvægi milli tveggja sjónarmiða. Annars vegar skal fjölskyldan njóta friðhelgi fjölskyldulífs og foreldrar eiga sjálfir að ráða aðbúnaði barna sinna. Hins vegar þurfa börn á sérstakri vernd að halda vegna aldurs þeirra og þroska. Mikilvægt er að við takmörkun mannréttinda sé gætt meðalhófs. Heimilt er að takmarka réttindin sem kveðið er á um í framangreindum ákvæðum að ákveðnum skilyrðum uppfylltum. Kveðið er á um þau skilyrði í 3. mgr. 71. gr. og 2. mgr. 8. gr. MSE.

3 Meginreglan um meðalhóf

3.1 Almennt

Stjórnsýslulöginn nr. 37/1993 (hér eftir ssl.) kveða á um reglur sem stjórnvöldum ber að virða við töku ákvarðana um rétt eða skyldu borgaranna, svokallaðar stjórvaldsákvarðanir. Stjórnsýslulöginn gilda um alla opinbera stjórnsýslu, hvort sem hún er í höndum ríkis, sveitarfélaga, sérstakra stofnana, sjálfstæðra stjórnsýslunefnda eða annarra aðila á þeirra vegum.⁶⁹ Lögin gilda aðeins um handhafa framkvæmdavaldsins, en hvorki um dómsvaldið né löggjafarvaldið.⁷⁰ Stjórnvald hefur í sumum tilvikum visst svigrúm til mats við töku stjórvaldsákvarðana en það er ekki þar með sagt að stjórnvald hafi algerlega frjálsar hendur við ákvarðanatökuna. Stjórnvald er við ákvarðanatöku sína bundið af lögum, málefnaleg sjónarmið þurfa að liggja að baki ákvörðuninni og gæta þarf meðalhófs.⁷¹ Í 12. gr. ssl. er að finna meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar.

Barnaverndaryfirvöld eru stjórnvald í skilningi stjórnsýslulaganna og eru við meðferð mála bundin af þeim málsmeðferðarreglum sem fram koma í lögum og sérstökum málsmeðferðarreglum sem kveðið er á um í barnaverndarlögum. Sérstaka meðalhófsreglu er að finna í 7. mgr. 4. gr. bvl. sem á við um meðferð mála hjá barnaverndaryfirvöldum. Einnig er kveðið á um meðalhóf í 2. mgr. 29. gr. bvl.

⁶⁹ Páll Hreinsson, *Stjórnsýslulöginn: skýringarrit*, Reykjavík 1994, bls. 33-34

⁷⁰ Sama heimild, bls. 43.

⁷¹ Sama heimild, bls. 147.

Vegna þess hve viðkvæm barnaverndarmál eru og hve íþyngjandi ákvarðanir barnaverndaryfirvalda eru fyrir málsaðilana, er sérstaklega mikilvægt að vanda alla málsmæðferð og fylgja meðalhófsreglunni.

Í þessum kafla verður fjallað um meðalhófsreglu stjórnsýsluréttarins og barnaverndarlaganna. Einnig verður fjallað um hvernig meðalhófsreglan birtist í 8. gr. MSE.

3.2 Meðalhófsregla stjórnsýsluréttar

3.2.1 Almennt

Um meðferð mála fyrir stjórnvöldum gilda bæði skráðar reglur í almennum lögum og óskráðar grundvallarreglur stjórnsýsluréttarins. Í íslenskum rétti hafa lengi verið viðurkenndar ýmsar ólögfestar grundvallarreglur á sviði stjórnsýsluréttarins. Með stjórnsýslulögunum nr. 37/1993, sem tóku gildi þann 1. janúar 1994, voru lögfestar nokkrar af grundvallarreglum stjórnsýsluréttarins.⁷²

Stjórnsýslulögin hafa að geyma lágmarksreglur og er stjórnvöldum því óheimilt að víkja frá ákvæðum laganna við meðferð mála þar sem lögin gilda. Lögunum er ætlað að tryggja borgurunum ákveðna réttarvernd og má hún ekki vera minni en lögin mæla fyrir um.⁷³ Í 12. gr. ssl. er meðalhófsreglan lögfest en þar er kveðið á um að stjórnvald skuli því aðeins taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögmaðu markmiði, sem að er stefnt, verður ekki náð með öðru og vægara móti. Skal þess þá gætt að ekki sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn ber til. Reglan merkir að stjórnvaldi er ekki aðeins skyld að líta til þess markmiðs sem starf þess stefnir að heldur verður einnig að taka tillit til hagsmuna og réttinda þeirra einstaklinga og lögaðila sem athafnir stjórnvaldsins og valdbeiting beinast að.⁷⁴

Í þessum kafla verður fjallað um meðalhófsreglu stjórnsýsluréttarins, bakgrunn hennar, gildissvið og efni.

3.2.2 Bakgrunnur meðalhófsreglu ssl.

Meðalhófsreglan á sér langa sögu í íslenskum rétti. Gaukur Jörundsson var fyrstur manna til þess að nefna regluna meðalhófsreglu. Hann rökstuddi val sitt á því nafni með því að í fyrsta lagi gæfi það til kynna, að stjórnvöld verði að gæta hófs í meðferð

⁷² Róbert R. Spanó, „Stjórnsýsluréttur“. Í Róbert R. Spanó (ritstj.), *Um lög og rétt: helstu greinar íslenskrar lögfræði*, Reykjavík 2006, bls. 117.

⁷³ Sama heimild, bls. 117.

⁷⁴ Róbert R. Spanó, „Stjórnsýsluréttur“, bls. 134.

valds síns, og í öðru lagi, að við ákvörðun valdmarka stjórnvalda verði að taka tillit til andstæðra hagsmuna og fara þar ákveðinn meðalveg.⁷⁵

Almenn meðalhófsregla var fyrst lögfest með 12. gr. nágildandi stjórnsýslulaga en það ákvæði er byggt á óskráðri grundvallarreglu sem gilt hafði um árabil. Fyrir setningu stjórnsýslulaganna hafði meðalhófsreglan auk þess verið lögfest á einhverjum sviðum stjórnsýsluréttarins. Þannig gilti fyrir setningu stjórnsýslulaganna meðalhófsregla um valdbeitingu löggreglu og var m.a. kveðið á um slíkt í 3. mgr. 94. gr. laga nr. 19/1991 um meðferð opinberra mála. Einnig var að finna meðalhófsreglu í 2. mgr. 4. gr. og 2. mgr. 25. gr. laga nr. 58/1992 um vernd barna og ungmenna (eldri barnaverndarlög).⁷⁶

Í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að stjórnsýslulögum nr. 37/1993 kemur fram að helsta markmiðið með setningu laganna sé að tryggja sem best réttaröryggi manna í skiptum við hið opinbera, jafnt ríki sem sveitarfélög. Þar segir að lögjin eigi að taka tillit til aðstæðna hér á landi, þau eigi að vera sem aðgengilegust fyrir almenning og starfsmenn stjórnsýslunnar og stuðla að því að málsmeðferð í stjórnsýslunni verði í senn einföld, hraðvirk og ódýr.⁷⁷ Eftir því sem umsvif hins opinbera jukust á árunum fyrir setningu stjórnsýslulaganna komu fram kröfur um aukið réttaröryggi borgaranna í skiptum þeirra við ríki og sveitarfélög, auk þess sem öll Norðurlöndin höfðu sett sér stjórnsýslulöggjöf, að Íslandi undanskildu. Við setningu stjórnsýslulaganna var höfð hliðsjón af norrænum stjórnsýslulögum, einkum þeim dönsku.⁷⁸

Meðalhófsreglan er þýðingarmikil grundvallarregla í íslenskum rétti en einnig við skýringu og framkvæmd Mannréttindasáttmálans. Þá beitir Mannréttindadómstóllinn og dómkostóll Evrópusambandsins sjónarmiðum meðalhófsreglunnar í úrlausnum sínum.⁷⁹

3.2.3 Efni og gildissvið meðalhófsreglu ssl.

Meðalhófsregla 12. gr. ssl. gildir skv. 2. mgr. 1. gr. ssl. þegar stjórnvöld taka ákvarðanir um rétt eða skyldu manna, þ.e. stjórnvaldsákvarðanir. Samkvæmt

⁷⁵ Gaukur Jörundsson, „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti“. Í Páll Skúlason (ritstj.), *Afmælisrit: Gizur Bergsteinsson níræður 18. apríl 1992*, Reykjavík 1992, bls. 222.

⁷⁶ Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“. Í Stefnán Már Stefnánsson og Viðar Már Matthiasson, *Lögberg: rit Lagastofnunar Háskóla Íslands*, Reykjavík 2003, bls. 506.

⁷⁷ *Alþingistíðindi*, A-deild, 1992-1993, bls. 3278.

⁷⁸ *Alþingistíðindi*, A-deild, 1992-1993, bls. 3281.

⁷⁹ Gaukur Jörundsson, „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti“, bls. 211-217.

meðalhófsreglunni verða stjórvöld að gæta hófs í meðferð valds síns. Stjórnvaldi er því ekki aðeins skylt að líta til þess markmiðs sem starf þess stefnir að, heldur verður einnig að taka tillit til hagsmuna og réttinda þeirra einstaklinga og lögaðila sem athafnir stjórnvaldsins og valdbeiting beinist að. Fara verður ákveðinn meðalveg á milli þessara andstæðu sjónarmiða.⁸⁰

Meðalhófsreglan er ekki algild regla sem leiðir til afdráttarlausrar niðurstöðu, heldur gefur hún til kynna ákveðin sjónarmið sem ber að beita við skýringu reglna og úrlausnir mála.⁸¹ Meðalhófsreglan hefur hvað mesta þýðingu sem takmörkun á svonefndu frjálsu mati stjórnvalda, þegar efni ákvörðunar er að einhverju leyti undir mati stjórnvalds komið.⁸² Stjórnvald á þá visst mat um það hvert efni ákvörðunar skuli vera og verður að vega og meta þau andstæðu sjónarmið sem um er að ræða.⁸³ Þegar hin andstæðu sjónarmið eru vegin og metin ber stjórvöldum að byggja slíka niðurstöðu á málefnalegum sjónarmiðum.⁸⁴

Samkvæmt lögmætisreglunni verða ákvarðanir stjórnvalda að vera í samræmi við lög og eiga sér viðhlítandi stoð í þeim. Þar sem stjórvöld eru að lögum bundin við að byggja matskenndar ákvarðanir sínar á málefnalegum sjónarmiðum, eru það aðeins málefnaleg sjónarmið sem teljast lögmæt. Það ræðst af þeirri réttarheimild sem ákvörðun verður byggð á, svo og öðrum atvikum, hvaða sjónarmið verði talin málefnaleg og þar með lögmæt.⁸⁵

Við mat á því hvert efni ákvörðunar skuli vera er stjórnvaldi óheimilt að líta til þess hvort tiltekin niðurstaða leiði til þess að komast megi hjá fyrirhafnarmeiri málsmæferð þar sem aðilum er búið aukið réttaröryggi.⁸⁶ Almennt má segja að heimildir stjórnvalds til valdbeitingar minnki í réttu hlutfalli við lagalegt mikilvægi þeirra hagsmuna sem valdbeitingin snýr að. Vægi þeirra einstaklingshagsmuna sem í húfi eru, er mismunandi. Mannréttindi einstaklinga sem varin eru af stjórnarskrá og alþjóðlegum mannréttindasáttmálum vega þungt, þá sérstaklega hagsmunir er varða frelsi manna og friðhelgi. Við slíkar kringumstæður er því sérlega mikilvægt að meðalhófsreglan sé virt.⁸⁷

⁸⁰ *Alþingistíðindi*, A-deild, 1992-1993, bls. 3294.

⁸¹ Gaukur Jörundsson, „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti“, bls. 223.

⁸² Sama heimild, bls. 223 og Páll Hreinsson, *Stjórnsýslulögin: skýringarrit*, bls. 149.

⁸³ Róbert R. Spanó, „*Stjórnsýsluréttur*“, bls. 134.

⁸⁴ Páll Hreinsson, *Stjórnsýslulögin: skýringarrit*, bls. 149.

⁸⁵ Páll Hreinsson, *Stjórnsýslulögin: skýringarrit*, bls. 126-127.

⁸⁶ Sama heimild, bls. 149.

⁸⁷ Gaukur Jörundsson, „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti“, bls. 224.

Meginreglan sem 12. gr. ssl. er byggð á hefur víðtækara gildissvið en ákvæði 12. gr. sjálft og verður ekki gagnályktað út frá því að stjórnvöld þurfi ekki að gæta hófs í öðrum tilvikum en þeim sem 12. gr. nær til.⁸⁸ Hin óskráða grundvallarregla sem 12. gr. ssl er byggð á er víðtæk og gildir t.d. um setningu stjórnvaldsfyrirmæla. Þá virðist einnig geta reynt á hina óskráðu grundvallarrenglu á sviði stjórnskipunarréttar.⁸⁹

Ef stjórnvald brýtur gegn meðalhófsreglunni við ákvarðanatöku getur það leitt til þess að ákvörðunin sé ógildanleg. Ekki má nota harkalegri úrræði en efni standa til eða ganga lengra í beitingu þess úrræðis sem valið er en nauðsynlegt er til að ná því markmiði sem stefnt er að.⁹⁰ Þótt ákvörðun sé ógildanleg verða borgararnir að virða ákvörðunina þar til hún hefur fengist ógilt af þar til bæru stjórnvaldi. Dómstólar geta einnig ógilt ákvörðun stjórnvalds að kröfu aðila sem ákvörðun snertir. Oft eru lögvarðir hagsmunir ekki lengur til staðar þegar mál kemur fyrir dómstóla en þá er hægt að krefjast viðurkenningar á því að stjórnvaldi hafi verið óheimilt að grípa til þeirra aðgerða á þann hátt sem gert var. Verði aðili fyrir tjóni vegna brots á meðalhófsreglunni geta þeir átt rétt til bóta.⁹¹

Annmarkar á málsmöferð í barnaverndarmálum geta í sumum tilvikum leitt til ógildingar á ákvörðunum barnaverndaryfirvalda. Sem dæmi um slíkt má nefna Héraðsdóm Reykjavíkur nr. U-4/2006 og Héraðsdóm Reykjavíkur nr. U-13/2010. Í báðum þessum málum felldi héraðsdómur úr gildi úrskurð barnaverndarnefndar um vistun barns utan heimilis vegna þess að ekki hafði verið gætt að andmælarétti aðila sbr. 13. gr. ssl. Þá sagði héraðsdómur að aðgerðirnar sem um ræddi væru íþyngjandi fyrir aðila og þeim mjög í óhag og ekki talðar nauðsynlegar. Hvorugir þessir úrskurða héraðsdóms voru kærðir til Hæstaréttar.

Kærunefnd barnaverndarmála hefur hrundið úrskurðum barnaverndarnefndar vegna þess að ekki var gætt að málsmöferðarreglum stjórnsýslulaga. Í úrskurði kærunefndar barnaverndarmála nr. 1/2006 var ákvörðun barnaverndarnefndar um umgengni kynforeldra við son sinn, sem var í varanlegu fóstri, hrundið vegna þess að ekki hafði verið gætt að andmælarenglu 13. gr. ssl. Í úrskurði kærunefndar barnaverndarmála nr. 7/2008 var kærð ákvörðun barnaverndarnefndar um að veita kærendum ekki leyfi til að taka börn í fóstur. Kærunefndin taldi ljóst að ekki hefðu

⁸⁸ Páll Hreinsson, *Stjórnsýslulöggin: skýringarrit*, bls. 148.

⁸⁹ Sama heimild, bls. 148.

⁹⁰ Sama heimild, bls. 159.

⁹¹ Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“, bls. 532.

legið fyrir fullnægjandi upplýsingar þegar ákvörðun barnaverndarnefndar var tekin og því væri ekki lagður viðhlítandi grundvöllur að ákvörðuninni. Þessi málsmeðferð barnaverndarnefndar braut gegn rannsóknarreglu stjórnsýslulaga á svo veigamikinn hátt að óhjákvæmilegt var að fella úr gildi ákvörðun nefndarinnar og vísa málínu til löglegrar meðferðar að nýju.

Aðilar að barnaverndarmáli geta átt rétt til skaðabóta ef brotið er á málsmeðferðarreglum stjórnsýslulaganna. Í Hrd. 435/1996 taldi Hæstiréttur að ákvörðun barnaverndarnefndar um að framlengja vistun stúlkua á meðferðarheimili hefði verið ómarkviss og gengið lengra en nauðsyn bar til. Jafnframt taldi dómurinn að ekki hefði verið gætt að meðalhófsreglu 12. gr. ssl. og 3. mgr. 4. gr. eldri barnaverndarlaga. Þar sem úrskurðurinn var ekki talinn reistur á nægilega traustum grunni átti stúlkan rétt á bótum skv. 26. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993.

Eðli barnaverndarmála er slíkt að ekki er alltaf víst að ákvörðun barnaverndaryfirvalda sé ógilt þó svo að barnaverndaryfirvöld brjóti gegn meginreglum stjórnsýsluréttar við málsmeðferð. Þegar ákveðið er hvort ógilda skuli ákvörðun verður að taka tillit til hagsmunu þeirra barna sem verið er að vinna með. Hrd. 172/2003 og Hrd. 511/1998 eru dæmi um að Hæstiréttur hafi látið ákvörðun barnaverndaryfirvalda standa, með vísan til hagsmunu barnsins, jafnvel þótt málsmeðferð hafi verið talin haldin alvarlegum annmörkum. Nánar verður fjallað um þessa dóma Hæstaréttar í kafla 4.5 hér á eftir.

3.2.3.1 Meginþættir meðalhófsreglunnar

Í athugasemdum með frumvarpi því er varð að stjórnsýslulögum má ráða að löggjafinn geri ráð fyrir að meðalhófsreglan sé þríþætt. Í fyrsta lagi verður efni íþyngjandi ákvörðunar sem stjórnvald tekur að vera til þess fallið að þjóna lögmætu markmiði sem að er stefnt. Í öðru lagi verður stjórnvald, ef það stendur frammi fyrir því að fleiri en eitt úrræði geti þjónað því markmiði sem að er stefnt, að velja það úrræði sem er vægast. Í þriðja lagi er byggt á því að gæta verði hófs í beitingu þess úrræðis sem valið hefur verið og ekki megi ganga lengra en nauðsyn ber til við beitingu þess.⁹² Hér á eftir er frekari umfjöllun um þessa þrjá þætti meðalhófsreglunnar.

⁹² Alþingistíðindi, A-deild, 1992-1993, bls. 3294-3295.

3.2.3.1.1 Ákvörðun verður að vera markhæf

Í 1. málsl. 12. gr. ssl. felst í fyrsta lagi að efni íþyngjandi ákvörðunar, sem stjórnvald tekur, verður að vera til þess fallið að þjóna lögmætu markmiði sem stefnt er að.⁹³ Ákvörðun verður með öðrum orðum að vera markhæf. Þetta þýðir þó ekki að markmiðinu verði að ná að fullu. Íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun sem er ekki til þess fallin að ná því markmiði sem að er stefnt er ólögmæt. Aðili sem verður fyrir tjóni af slíkri ákvörðun getur átt rétt til bóta.⁹⁴

Ef aðstæður breytast á þann hátt að ákvörðun stjórnvalds sem upprunalega var lögmæt og gild en nær ekki lengur því markmiði sem stefnt var að, hefur stjórnvald heimild til að afturkalla ákvörðunina, sbr. 1. tl. 25. gr. ssl. Í slíkum tilvikum getur aðili máls einnig átt rétt á að fá málið endurupptekið, sbr. 2. tl. 1. mgr. 24. gr. ssl. Ef stjórnvald vill hins vegar ekki afturkalla eða fella niður slíka ákvörðun ætti að vera hægt að fá hana ógilta með dómi á grundvelli 12. gr. ssl.⁹⁵

3.2.3.1.2 Velja ber vægasta úrræðið

Ef stjórnvald hefur val á milli tveggja eða fleiri úrræða sem geta þjónað því markmiði sem stefnt er að, skal velja það úrræði sem vægast er.⁹⁶ Stjórnvaldi er óheimilt að taka íþyngjandi ákvörðun ef hægt er að ná því markmiði sem stefnt er að án þess að íþyngja málsaðila. Hér stendur valið í raun á milli þess að stjórnvald haldi að sér höndum eða grípi til aðgerða.⁹⁷

Þegar ekki verður hjá því komist að taka íþyngjandi ákvörðun ber stjórnvaldi að velja það úrræði sem er vægast. Stjórnvaldi er óheimilt að misbeita valdi sínu við val á úrræði til úrlausnar máls með því að láta valið ráðast af því að komast megi hjá fyrirhöfn. Þannig má val á úrræði ekki ráðast af því hvort úrræðið sem valið er hafi í för með sér meiri kostnað og fyrirhöfn fyrir stjórnvaldið.⁹⁸

Því þungbærari og meira íþyngjandi sem ákvörðun stjórnvalds er og því meiri skerðingu sem ákvörðun hefur í för með sér fyrir málsaðila, þeim mun strangari kröfur verður að gera til sönnunar á nauðsyn skerðingarinnar.⁹⁹ Þegar verið er að

⁹³ Sama heimild, bls. 3294.

⁹⁴ Sjá t.d. Hrd. 435/1996.

⁹⁵ Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“, bls. 509.

⁹⁶ Alþingistíðindi, A-deild, 1992-1993, bls. 3294.

⁹⁷ Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“, bls. 510.

⁹⁸ Sama heimild, bls. 511.

⁹⁹ Gaukur Jörundsson, „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti“, bls. 223. Sjá einnig Hrd. 302/1997.

takmarka mannréttindi með stjórnvaldsákvörðun hvílir sönnunarbyrðin á stjórnvaldi. Stjórnvaldið þarf að sýna fram á að málsatvik hafi verið með þeim hætti að önnur vægari úrræði hafi ekki komið til greina til að ná því lögmæta markmiði sem stefnt var að.¹⁰⁰

Ef aðstæður eru með þeim hætti að ekki verður fyrirséð hvaða úrræði muni helst koma að notum við að ná því markmiði sem að er stefnt leiðir meðalhófsreglan til þess að fyrst í stað beri að grípa til vægari úrræða sem almennt verði talin geta komið að gagni, áður en gripið er til róttækari og harkalegri úrræða.¹⁰¹ Eðlilegt samband verður að vera á milli þess úrræðis sem beitt er og þess markmiðs sem að er stefnt.¹⁰²

3.2.3.1.3 Hóf verður að vera í beitingu þess úrræðis sem valið er

Eftir að stjórnvald hefur valið vægasta úrræðið til að ná því markmiði sem að er stefnt verður einnig að gæta hófs við beitingu þess úrræðis. Hóf verður að vera í beitingu þess úrræðis sem valið er, miðað við þá hagsmuni sem eru í húfi, og ekki má ganga lengra en nauðsynlegt er.¹⁰³

Stjórnvaldi er við ákvarðanatöku skylt að vega og meta þau andstæðu sjónarmið sem vegast á í máli og fara milliveginn þeirra á milli. Slíkt mat er ekki alltaf auðvelt, en löggjöf á einstökum sviðum og meginreglur laga geyma þó oft vísbendingar um vægi hagsmunu.¹⁰⁴ Þannig er stjórnvaldi óheimilt að líta einungis til þeirra þjóðfélagslegu hagsmunu sem verið er að vernda og þess markmiðs sem starf þeirra stefnir að. Stjórnvald verður einnig að taka tillit til hagsmunu og réttinda þeirra einstaklinga og lögaðila sem athafnir stjórnvaldsins og valdbeiting beinist að.¹⁰⁵

Beiting úrræða á þann veg að sem minnst tjón verði af fyrir málsaðila hefur oft í för með sér aukið umstang og kostnað fyrir stjórnvald. Vega þarf og meta annars vegar hversu veigamiklir hagsmunirnir eru fyrir borgarana og hins vegar að taka tillit til þess að greið og virk stjórnsýsla er nauðsynleg. Stjórvöld á sumum sviðum verða að afgreiða mikinn fjölda mála sem almennt kallar á festu í stjórnsýsluframkvæmd. Í

¹⁰⁰ Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“, bls. 512.

¹⁰¹ Páll Hreinsson, *Stjórnsýslulöginn: skýringarrit*, bls. 152.

¹⁰² Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“, bls. 518.

¹⁰³ *Alþingistíðindi*, A-deild, 1992-1993, bls. 3294.

¹⁰⁴ Páll Hreinsson, *Stjórnsýslulöginn: skýringarrit*, bls. 154.

¹⁰⁵ *Alþingistíðindi*, A-deild, 1992-1993, bls. 3294.

einstökum tilvikum er því stundum óhjákvæmilegt að slíkt verði á kostnað sanngirni.¹⁰⁶

3.3 Meðalhófsregla barnaverndarlag

3.3.1 Almennt

Samkvæmt 1. mgr. 2. gr. bvl. er það meðal annars markmið laganna að tryggja að börn sem búa við óviðunandi aðstæður fái nauðsynlega aðstoð. Þar segir einnig að leitast skuli við að ná markmiðum laganna með því að styrkja fjölskyldur í uppeldishlutverki sínu og beita úrræðum til verndar einstökum börnum þegar það á við. Á grundvelli barnaverndarlaganna ber barnaverndaryfirvöldum skylda til að grípa til aðgerða til verndar börnum þegar foreldrar eða aðrir forráðamenn standa sig ekki í uppeldishlutverki sínu. Afskipti barnaverndaryfirvalda skerða stjórnarskrárvarin réttindi fjölskyldunnar. Farið er inn á valdsvið foreldra sem eiga að fá að ráða persónulegum högum barns síns. Ákvæði barnaverndarlaganna um afskipti barnaverndaryfirvalda af friðhelgi fjölskyldulífs eru eins og áður sagði byggð á því að slík takmörkun sé nauðsynleg til að tryggja vernd barna, sbr. 3. mgr. 71. gr. og 3. mgr. 76. gr. stjskr. Þau úrræði sem barnaverndaryfirvöld geta gripið til, til verndar börnum, er að finna í VI. kafla laganna sem fjallar um ráðstafanir barnaverndarnefnda.

Barnaverndarmál eru stjórnsýslumál og flestar þær ákvarðanir sem teknar eru við málsmeðferð eru stjórnvaldsákvarðanir. Almennar reglur III. kafla ssl. gilda um barnaverndarmál en við töku ákvarðana ber barnaverndaryfirvöldum auk þess að fara eftir sértækum kröfum barnaverndarlagaga, reglugerða og reglna.¹⁰⁷ Í VIII. kafla bvl. er að finna reglur um málsmeðferð fyrir barnaverndarnefnd. Í 38. gr. bvl. er kveðið á um að um könnun barnaverndarmáls og málsmeðferð fyrir barnaverndarnefnd gildi ákvæði stjórnsýslulaga með þeim frávikum sem greinir í lögunum sjálfum. Málsmeðferðarreglurnar gilda einnig þegar barnaverndarnefnd undirbýr og tekur ákvörðun um málshöfðun fyrir dómi til að koma fram ráðstöfunum skv. 28., 29. og 37. gr. bvl. Reglugerð nr. 56/2004 gildir um málsmeðferð fyrir barnaverndarnefnd og reglugerð nr. 804/2004 gildir um fóstur.

¹⁰⁶ Gaukur Jörundsson, „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti“, bls. 223- 224.

¹⁰⁷ Bryndís S. Guðmundsdóttir og Jón Björnsson, „Staðlar fyrir vistun eða fóstur barna á vegum barnaverndaryfirvalda“, bls. 17. 4. apríl 2011. Barnaverndarstofa, Reykjavík 2008. Aðgengileg á: www.bvs.is/files/file660.pdf

Meðalhófsreglan gegnir einkar mikilvægu hlutverki í barnaverndarmálum þar sem um er að ræða skerðingu á mikilvægum mannréttindum. Auk meðalhófsreglunnar í 12. gr. ssl. sem farið var yfir hér að framan er að finna sérstaka meðalhófsreglu í barnaverndarlögunum.

Í þessum kafla verður fjallað um meðalhófsreglu barnaverndarlaganna, bakgrunn hennar, markmið og efni. Þá verður fjallað um þau úrræði sem barnaverndaryfirvöld búa yfir til verndar börnum og hvernig gæta verður meðalhófs við beitingu slíkra úrræða.

3.3.2 Bakgrunnur meðalhófsreglu barnaverndarlaga

Meðalhófsregla hefur lengi verið lögfest í löggjöf um barnaverndarmálefni. Í 3. mgr. 4. gr. eldri barnaverndarlaga¹⁰⁸ kom fram meðalhófsregla. Þar sagði að barnaverndarnefndir skyldu beita þeim úrræðum samkvæmt lögum sem best ættu við hverju sinni og heppilegust þættu til að tryggja hagsmuni og velferð barns. Barnaverndarnefndir gátu skv. eldri barnaverndarlögum úrskurðað um töku barns af heimili og dvöl á fósturheimili eða uppeldisstofnun ef önnur úrræði þættu ekki henta til að ná þeim markmiðum sem sett voru fram í lögunum.

Í 17. gr. eldri barnaverndarlaga sagði að foreldrum bæri að gegna forsjár- og uppeldisskyldum við börn sín svo sem best hentar hag og þörfum barna. Þar sagði einnig að barnaverndarnefnd væri skylt að aðstoða foreldra við að gegna foreldraskyldum sínum, en grípa til viðeigandi úrræða samkvæmt lögnum ef nauðsyn bæri til. Í 3. ml. 1. mgr. 17. gr. eldri barnaverndarlaga var kveðið á um að gæta þyrfti meðalhófs við úrræði barnaverndarnefnda, með því að gæta þess að almenn úrræði til stuðnings við fjölskyldu yrðu reynd áður en gripið væri til þvingunarúrræða. Meðalhófsregla kom einnig fram í 2. mgr. 25. gr. eldri barnaverndarlaga þar sem sagði að úrskurður um forsjársviptingu skyldi aðeins kveðinn upp að ekki væri unnt að beita öðrum aðgerðum til úrbóta skv. 21. gr. og 24. gr. eða slíkar aðgerðir hefðu verið fullreyndar án nægilegs árangurs.

Barnaverndarlög nr. 80/2002 tóku gildi þann 1. júní 2002. Um var að ræða nokkuð gagnera endurskoðun á lögunum, sérstaklega reglum um ákvarðanatöku, úrskurði og málskot í barnaverndarmálum.¹⁰⁹ Með lögunum voru meginreglur í barnaverndarstarfi lögfestar sérstaklega, sbr. 4. gr. bvl. Í 7. mgr. 4. gr. bvl. er lögfest

¹⁰⁸ Lögum nr. 58/1992 um vernd barna og ungmenna.

¹⁰⁹ Hrefna Friðriksdóttir, „Hlutverk kærunefndar barnaverndarmála“, bls. 195.

meðalhófsregla sem segir að barnaverndaryfirvöld skuli eftir föngum gæta þess að almenn úrræði til stuðnings fjölskyldu séu reynd áður en gripið er til annarra úrræða. Þar segir einnig að barnaverndaryfirvöld skuli ávallt miða við að beitt sé vægustu ráðstöfunum til að ná því markmiði sem að er stefnt. Ennfremur kemur þar fram að aðeins skuli gert ráð fyrir íþyngjandi ráðstöfunum að lögmæltum markmiðum verði ekki náð með öðru og vægara móti. Regla þessi er í samræmi við meðalhófsreglu 12. gr. ssl. Í frumvarpi því sem varð að barnaverndarlögunum nr. 80/2002 segir að sérstök ástæða sé til að hafa meðalhófsregluna að leiðarljósi í barnaverndarmálum. Afskipti barnaverndaryfirvalda af málefnum barns og fjölskyldu þess séu oftar en ekki afar viðkvæmt mál. Af því leiðir það sjónarmið að sérstakar ráðstafanir af hálfu barnaverndaryfirvalda séu því aðeins réttlætanlegar að nauðsyn beri til vegna hagsmuna barnsins.¹¹⁰

Í barnaverndarlögum nr. 80/2002 er einnig lögfest meðalhófsregla í 2. mgr. 29. gr. bvl. Þar segir að kröfu um svíptingu forsjár skuli því aðeins gera að ekki sé unnt að beita öðrum og vægari úrræðum til úrbóta eða slíkar aðgerðir hafi verið reyndar án viðunandi árangurs. Meðalhófsreglan í 29. gr. bvl. byggir einnig á meðalhófsreglu stjórnsýsluréttarins og er í samræmi við hana. Krafa um forsjársvíptingu er mjög íþyngjandi úrræði fyrir forsjáraðila barns og því þótti löggjafanum mikilvægt að setja sérstaka meðalhófsreglu í ákvæði 2. mgr. 29. gr. bvl. Skilyrði fyrir forsjársvíptingu voru orðuð með svipuðum hætti í eldri barnaverndarlögum og ekki var gert ráð fyrir að túlkun þeirra og framkvæmd breyttist með setningu laganna. Í frumvarpinu sem varð að lögunum segir að ekki sé gert ráð fyrir að skilyrðin verði túlkuð rýmra af hálfu barnaverndarnefndanna en áður var gert þótt úrlausnarvaldið hverfi til dómstóla. Í samræmi við þetta er áréttar 2. mgr. 29. gr. að kröfu um svíptingu forsjár skuli því aðeins gera að ekki sé unnt að beita öðrum mildari úrræðum til úrbóta eða slíkar ráðstafanir hafi verið reyndar án viðunandi árangurs. Dómari metur hvort skilyrðum 1. mgr. 29. gr. er fullnægt og er hann við það mat ekki á neinn hátt bundinn af mati barnaverndaryfirvalda á þörf fyrir forsjársvíptingu.¹¹¹

¹¹⁰ *Alþingistíðindi*, A-deild, 2001-2002, bls. 1812.

¹¹¹ Sama heimild, bls. 1839-1840.

3.3.3 Markmið meðalhófsreglu bvl. og úrræði bvl.

Sé hagsmunum barns ógnað og velferð þess hætta búin verða barnaverndaryfirvöld að beita úrræðum barnaverndarlaga með það að markmiði að vernda barnið. Mikilvægt er að málsméðferð barnaverndaryfirvalda sé vönduð og í samræmi við meðalhófsregluna skulu barnaverndaryfirvöld aldrei beita úrræðum sem eru meira íþyngjandi en þarf til að ná þeim markmiðum sem að er stefnt. Af orðalagi 7. mgr. 4. gr. bvl. má ráða að fjölskylda barns gegni lykilhlutverki í uppeldi þess og barnaverndarstarf skuli fyrst og fremst miða að því að styrkja það hlutverk fjölskyldunnar. Slíkt er í samræmi við almennt viðurkenndar grundvallarreglur um friðhelgi fjölskyldu og einkalífs, sbr. 1. mgr. 71. gr. stjskr., 8. gr. MSE og Barnasáttmálann.¹¹²

Í 12. gr. bvl. er kveðið á um hlutverk barnaverndarnefnda. Hlutverk þeirra er þríþætt. Í fyrsta lagi eftirlit, sem felst í að kanna aðbúnað og uppeldisskilyrði barns og meta þarfir barns sem ætla má að búi við óviðunandi uppeldisskilyrði. Í öðru lagi felst hlutverk barnaverndarnefnda í beitingu þeirra úrræða sem löginn kveða á um til verndar barni og er það skylda nefnda að beita úrræðunum eftir því sem best þykir til að tryggja hagsmuni og velferð barns. Í þriðja lagi er kveðið á um önnur verkefni sem barnaverndarnefndum er falið að lögum.

Barnaverndarmál eru að vissu leyti ólík öðrum stjórnsýslumálum. Þegar barnaverndaryfirvöld beita þeim úrræðum sem þau búa yfir til verndar barni er það oft án vilja þeirra aðila sem um ræðir. Afstaða aðila mál ræður ekki úrslitum um upphaf mál, afdrif þess eða málalok. Efni mál og sá tími sem það mun taka er óljós við upphaf og meðferð mál. Algengt er að hver ráðstöfunin eða ákvörðunin taki við af annari. Ákvarðanir barnaverndaryfirvalda íþyngja aðilum málars mismikið og það reynir á mismunandi skyldur og heimildir barnaverndarnefnda og aðila málars eftir því hvert efni ákvörðunar er. Mikilvægt er að barnaverndaryfirvöld missi ekki sjónar á hagsmunum barnsins í samskiptum við foreldra en einnig þurfa barnaverndaryfirvöld að virða friðhelgi fjölskyldunnar.¹¹³

Ákvarðanir um rétt og/eða skyldu horfa oft við með ólíkum hætti út frá sjónarhorni foreldris annars vegar og barns hins vegar. Barnaverndarnefndir hafa heimildir til að taka íþyngjandi ákvarðanir og því hefur verið lögð rík áhersla á að

¹¹² Sama heimild, bls. 1812.

¹¹³ Hrefna Friðriksdóttir, „Hlutverk kærunefndar barnaverndarmála“, bls. 202

tryggja vandaða stjórnsýslu, málsméðferð og réttaröryggi.¹¹⁴ Það er oft vandmeðfarið að finna jafnvægi milli vilja foreldra annars vegar og réttinda barnsins til verndar hins vegar. Því er mikilvægt er að unnið sé eftir ströngum málsméðferðarreglum í barnaverndarmálum og skiptir þar meðalhófsreglan meginmáli.

Auk meðalhófsreglunnar er mikilvægt að gætt sé að öðrum málsméðferðarreglum við meðferð barnaverndarmála fyrir stjórnvöldum og dómstólum. Í X. kafla bvl. er kveðið á um málsméðferð fyrir dómi. Þar segir í 3. mgr. 55. gr. að ávallt skuli gefa barni kost á að tjá sig um mál sem það varðar. Í Hrd. 192/2008 og Hrd. 682/2008, sem báðir vörðuðu kröfu um tímabundna vistun barns utan heimilis, skv. 27. gr. bvl., ómerkti Hæstiréttur niðurstöðu héraðsdóms vegna þess að dómurinn taldi að ekki hefði verið gætt ákvæða 3. mgr. 55. gr. bvl. Hæstiréttur tók fram í niðurstöðu sinni að gefa ætti barni kost á að tjá sig um mál áður en leyst væri úr því fyrir dómi og að eðli málsins samkvæmt og með hliðsjón af 2. mgr. 46. gr. bvl. væri þessi skylda bundin við að barn væri talið hafa aldur og þroska til að tjá sig um málið.

Barnaverndaryfirvöld standa frammi fyrir því erfiða verkefni að meta hvort ákveðin atriði er varða umönnun og aðbúnað barns geri það að verkum að fjalla eigi um málið sem barnaverndarmál. Lagaákvæði barnaverndarlaganna undirstrika sérstöðu barnaverndarmála miðað við mál sem verið er að fjalla um á öðrum grunni, s.s. lög um félagsþjónustu sveitarfélaga. Barnaverndarstofa hefur gefið út handbók sem ætluð er til leiðbeiningar fyrir barnaverndarnefndir í daglegum störfum þeirra.¹¹⁵

Mál berast yfirleitt til barnaverndaryfirvalda með tilkynningum frá þeim sem starfa með börnum, s.s. í leikskólum, grunnskólum og ungbarnaeftirliti, frá löggreglu eða frá almenningi. Rúmlega helmingur allra tilkynninga berst barnaverndaryfirvöldum frá löggreglu.¹¹⁶ Berist barnaverndarnefndum tilkynningar um að líkamlegri eða andlegri heilsu barns eða þroska geti verið hætta búin vegna vanrækslu, vanhæfni eða framferðis foreldra, áreitni eða ofbeldis af hendi annarra eða eigin hegðunar þess, skal hún taka afstöðu til þess án tafar, og eigi síðar en innan sjö daga frá því henni berst tilkynning eða upplýsingar, hvort ástæða sé til að hefja könnun á málinu, sbr. 1. mgr. 21. gr. bvl. Ákvörðun um að hefja könnun skal

¹¹⁴ Sama heimild, bls. 210

¹¹⁵ Barnaverndarstofa, „Handbók barnaverndarstofu, 1. kafla: Barnavernd samkvæmt ákvæðum barnaverndarlagar nr. 80/2002“. 4. apríl 2011. Aðgengileg á: <http://bvs.is/?m=4&ser=299>

¹¹⁶ Halla Björk Marteinsdóttir (ritstj.), „Ársskýrsla 2008-2009“, Barnaverndarstofa, Reykjavík 2011, bls. 63. 6. maí 2011. Aðgengileg á: <http://bvs.is/files/file920.pdf>

ekki tekin nema rökstuddur grunur sé um að tilefni sé til. Sýna þarf þeim sem málið varðar fyllstu nærgætni og könnun má ekki vera umfangsmeiri en nauðsyn krefur. Könnun málss á að snúast um barnið og hagsmuni þess og ekki er alltaf vist að hagsmunir barnsins falli að hagsmunum hinna fullorðnu.¹¹⁷ Mál telst barnaverndarmál þegar barnaverndarnefnd hefur tekið formlega ákvörðun um að hefja könnun, sbr. 5. mgr. 21. gr. bvl.

Í 22. gr. bvl. segir að markmið með könnun málss sé að afla nauðsynlegra upplýsinga um aðstæður barns og meta þörf fyrir úrræði samkvæmt ákvæðum laganna í samræmi við hagsmuni og þarfir barns. Fyrsta skrefið með könnun málss er að boða foreldra í viðtal með formlegum hætti. Á þann hátt er undirstrikað að hér er um að ræða formleg og opinber afskipti sem fylgja ákveðnu ferli og málsmeðferð. Foreldrar eiga þess þá kost að undirbúa sig fyrir fundinn. Liður í könnun málss er að ræða við barnið sjálft. Barnaverndarnefnd er heimilt að tala við barnið og fylgjast með hegðun þess í leikskóla eða grunnskóla en skal það jafnan gert með samþykki eða vitnesku foreldra ef barn er yngra en 12 ára. Heimilt er að fylgjast með hegðun barns og ræða við það, án vitnesku foreldra, þó barn hafi ekki náð 12 ára aldri ef rannsóknarhagsmunir mæla með því að slíkt sér gert, sbr. 4. mgr. 21. gr. bvl. Sé slíkt gert án vitnesku foreldra skal þeim þá tilkynnt um það eins fljótt og hægt er. Þetta á nær eingöngu við ef um er að ræða grun um að barn sé beitt líkamlegu- eða kynferðislegu ofbeldi og búi með meintum geranda.¹¹⁸

Dómstólar gera strangar kröfur um að reglum 21. gr. bvl. um málsmeðferð sé fylgt. Í áðurnefndu máli Héraðsdóms Reykjavíkur nr. U-4/2006 var ógiltur úrskurður barnaverndarnefndar um vistun barns utan heimilis. Barnaverndarnefndin taldi að sér hefði verið heimilt að ræða við barnið án vitundar föður þess þar sem grunur lék á líkamlegu ofbeldi af hálfu föður. Niðurstaða héraðsdóms var sú að ekki hefði verið gætt að 21. gr. bvl. um málsmeðferð. Barnaverndarnefndinni hefði ekki verið heimilt, vegna ríkra rannsóknarhagsmunu, að fresta því að upplýsa föðurinn um að borist hefði tilkynning vegna stúlkunnar og rætt við hana án hans vitundar. Þá átti faðirinn þess ekki kost að neyta andmælaréttar síns skv. 47. gr. bvl. þar sem barnaverndarnefndin tilkynnti honum ekki, í fundarboði sem honum var sent, að til stæði að börnin yrðu tekin úr hans umsjá. Héraðsdómur taldi að ekki hefði verið nauðsynlegt að grípa til jafn íþyngjandi aðgerða og að taka börnin úr umsjá föðurins

¹¹⁷ Barnaverndarstofa, „Handbók barnaverndarstofu, 11. kafli: Könnun málss“. 4. apríl 2011.

¹¹⁸ Sama heimild, 11. kafli: Könnun málss.

og því var fallist á kröfu hans um að fella úrskurð barnaverndarnefndarinnar úr gildi. Barnaverndaryfirvöld verða því að gæta vel að því að fylgja málsméðferðarreglum laganna eigi dómstólar ekki að fella úrskurði þeirra úr gildi.

Í 2. mgr. 23. gr. segir að ef könnun málsmáls leiðir í ljós að þörf sé á beitingu sérstakra úrræða samkvæmt bvl. skuli barnaverndarnefnd, í samvinnu við foreldra og eftir atvikum barn sem náð hefur 15 ára aldrí, gera skriflega áætlun um frekari meðferð málsmáls. Hafa skal samráð við yngri börn eftir því sem aldur þeirra og þroski gefur tilefni til. Áætlun skal gerð til ákveðins tíma og endurskoðuð eftir þörfum. Lykilatriði við gerð áætlunar er að samvinna náist við alla sem að málínu koma til að markmið áætlunar náist frekar og árangur sjáist af því starfi sem unnið er.¹¹⁹ Með því að ná samvinnu við foreldra um áætlun málsmáls er líklegra að markmið meðalhófsreglu barnaverndarlaganna náist, að styrkja fjölskyldur í uppeldishlutverki sínu.¹²⁰ Barnaverndarnefnd skal því í daglegu starfi sínu leggja áherslu á stuðningshlutverk sitt og beitingu meðalhófs. Barnaverndarnefnd skal hafa svigrúm til að beita vægari úrræðum áður en gripið er til þvingunar.¹²¹

Samvinna við foreldra barns er í flestum tilvikum lykillinn að farsælli lausn barnaverndarmáls. Samvinnan þarf að vera virk allt frá því að könnun málsmáls hefst og þar til máli er lokið. Samstarfið felur í sér að hlustað sé á skoðanir og hugmyndir foreldra, að tekið sé tillit til þeirra að því marki sem það þjónar hagsmunum barnsins, að foreldrum sé kunnugt um fyrirætlanir barnaverndarnefndar og að þeir fái aðgang að þeim gögnum sem tillögur og ákvarðanir byggja á. Í undantekningartilvikum eru aðstæður þannig að samvinna við foreldra er ekki talin þjóna hagsmunum barnsins. Slíkar aðstæður geta t.d verið uppi þegar foreldri sem barn dvelur hjá er grunað um að beita það líkamlegu eða kynferðislegu ofbeldi.¹²²

Í VI. kafla bvl. er að finna þær ráðstafanir sem barnaverndarnefndir geta beitt sé það talið nauðsynlegt til að tryggja barni sem býr við óviðunandi aðstæður nauðsynlega aðstoð. Áætlun um meðferð málsmáls getur annað hvort verið áætlun um stuðningsúrræði við barnið og fjölskylduna eða þvingunarúrræði. Úrræðin í barnaverndarlögunum eru annars vegar flokkuð eftir því hvort veita eigi stuðninginn til barnsins og/eða fjölskyldu inni á heimili barnsins eða hvort beita þurfi úrræðum utan heimilis með því að vista barnið á fóstur- eða meðferðarheimili. Hins vegar eru

¹¹⁹ Sama heimild, 12. kafli: Áætlun um meðferð málsmáls.

¹²⁰ Sama heimild, 12. kafli: Áætlun um meðferð málsmáls.

¹²¹ Sama heimild, 1. kafli: Barnavernd samkvæmt ákvæðum barnaverndarlagas nr. 80/2002.

¹²² Sama heimild, 10. kafli: Samvinna í barnaverndarmálum.

úrræðin flokkuð eftir því hvort um sé að ræða samstarf við foreldra og/eða barn, þegar við á, eða hvort beita þurfi þvingun.¹²³ Slík flokkun felur í sér þrenns konar úrræði (i) úrræði með samþykki foreldra, (ii) úrræði án samþykkis foreldra með úrskurði barnaverndarnefndar og (iii) úrræði án samþykkis foreldra með úrskurði dómistóls.

Úrræði barnaverndarnefnda samkvæmt lögnum eru þannig uppbyggð að fyrst skal beita úrræðum skv. 23., 24., og 25, gr. bvl. en þau miða að því að samvinna við foreldra náist um úrlausn máls. Ef þau úrræði duga ekki til og ekki næst að eiga samvinnu við foreldra heimila barnaverndarlögin beitingu ákveðinna þvingunarúrræða skv. 26. og 27. gr. bvl. Í sumum tilvikum er nauðsynlegt að beita úrræðum án samþykkis foreldrís. Markmiðið með slíku úrræði er að barn fái þann stuðning sem því er talinn nauðsynlegur þrátt fyrir að forsjáraðilar séu því andvíg. Í samræmi við meðalhófsregluna skal aldrei beita úrræði án samþykkis nema að vægari úrræði hafi verið reynd og ekki boríð tilætlaðan árangur eða þá að sýnt þyki að vægari úrræði muni ekki duga. Barnaverndarnefnd verður að meta sérstaklega hvort vægara úrræði tryggi hagsmuni barnsins og mæti þörfum þess með viðunandi hætti.

3.3.3.1 Stuðningsúrræði

Stuðningsúrræði miða að því að fyrst skuli reynt að ná tökum á vandanum með því að skapa viðunandi aðstæður innan fjölskyldu, á heimili barns, með samþykki foreldra. Í áætlun um stuðningsúrræði þarf að koma fram hvert sé markmiðið með þeim úrræðum sem gripið er til. Áætlun um stuðningsúrræði eru fyrst og fremst gerð í samvinnu við foreldri og barn.¹²⁴

Í 24. gr. bvl. er kveðið á um vægustu úrræði sem barnaverndarnefndir geta beitt hafi könnun máls leitt í ljós að þörf sé á að bregðast við og veita barni aðstoð. Greinin hefur að geyma upptalningu úrræða sem miðast við að barn búi áfram á heimili sínu og unnt er að beita með samþykki foreldra. Þarna er um að ræða úrræði eins og að leiðbeina foreldrum um uppeldi og aðbúnað barns, útvega barni eða fjölskyldu tilsjónarmann eða aðstoða foreldra við að leita sér meðferðar vegna veikinda eða vímunefnavanda. Í 2. mgr. 24. gr. segir svo að barnaverndarnefnd geti með samþykki foreldra og án sérstaks úrskurðar beitt þeim úrræðum sem kveðið er

¹²³ Sama heimild, 13. kafli: Stuðningsúrræði.

¹²⁴ Sama heimild, 13. kafli: Stuðningsúrræði.

á um í 26. gr. bvl. Samkvæmt greinargerð með frumvarpi því sem varð að barnaverndarlögunum er ekki um að ræða tæmandi talningu á þeim úrræðum sem barnaverndarnefnd getur beitt. Þannig getur barnaverndarnefnd með samþykki foreldra beitt öðrum úrræðum sem ekki eru sérstaklega nefnd ef þau þykja henta, enda sé það á færi barnaverndarnefndar að beita þeim og þau rúmist innan þeirra heimilda sem barnaverndarnefnd hefur.¹²⁵

Ákvæði 25. gr. bvl. hefur að geyma ákvæði um úrræði utan heimilis þegar foreldrar og barn sem hefur náð 15 ára aldri samþykka slíkt. Barnaverndarnefnd getur þannig með samþykki foreldra eða barns annað hvort tekið við forsjá eða umsjá barns og ráðstafað því í fóurst eða vistað barn utan heimilis á heimili eða stofnun. Hér er um að ræða úrræði sem eru annars eðlis og ganga lengra en þau úrræði sem mælt er fyrir um í 24. gr. Í 2. mgr. 25. gr. er lögð áhersla á að ráðstafanir skv. 1. mgr. skuli eigi standa lengur en þörf krefur, þær skuli að jafnaði vera tímabundnar og sæta reglulegri endurskoðun. Þetta er í samræmi við markmið laganna um að styrkja uppeldishlutverk fjölskyldunnar og það almenna sjónarmið að hagsmunir barns séu alla jafna best tryggðir með því að það alist upp hjá foreldrum sínum. Ákvæðið er einnig í samræmi við almenna meðalhófsreglu, sbr. 7. mgr. 4. gr.¹²⁶

Af lestri úrskurða barnaverndarnefndar Reykjavíkur má sjá að barnaverndarnefndin reynir ávallt að fá foreldra til samvinnu við sig og beitir úrræðum með samþykki foreldra áður en tekin er ákvörðun um vistun barns utan heimilis skv. 27. gr. bvl. Þá eru í flestum tilvikum reynd stuðningsúrræði inni á heimili barns áður en til vistunar utan heimilis kemur, nema slíkt sé sannanlega ekki í þágu hagsmuna þess barns sem um ræðir. Í tveimur tilvikum vistaði barnaverndarnefnd Reykjavíkur barn utan heimilis án undangengins stuðnings inni á heimili fjölskyldu. Í öðru tilvikinu var uppi grunur um kynferðisofbeldi af hendi föður inni á heimili og því kröfðust hagsmunir barnsins þess að það yrði vistað annars staðar. Í hinu tilvikinu var uppi grunur um líkamlegt ofbeldi af hendi foreldra og það því ekki talið öruggt fyrir börnin að dvelja áfram á heimilinu með foreldrúnunum. Hagsmunir barnanna sem um ræddi í þessum tilvikum voru taldir krefjast þess að börnin yrðu vistuð utan heimilis án þess að búið væri að reyna stuðningsúrræði inni á heimilinu. Barnaverndarnefndin vistaði börnin fyrst utan heimilis með samþykki foreldranna en

¹²⁵ *Alþingistíðindi*, A-deild, 2001-2002, bls. 1835.

¹²⁶ Sama heimild, bls. 1837.

þegar þeir samþykktu slíka vistun ekki lengur úrskurðaði barnaverndarnefndin um vistun utan heimilis í two mánuði.¹²⁷ Barnaverndarnefnd Reykjavíkur fylgir ekki meðalhófsreglunni strangt eftir í þessum tveimur tilvikum. Telja má að barnaverndarnefndin hafi metið það svo að vægari úrræði myndu ekki vera til þess fallin að ná því markmiði sem að var stefnt, sem var að vernda börnir fyrir ofbeldi.

Í þeim tilvikum sem mál fara fyrir Hæstarétt metur rétturinn hvort meðalhófsreglan hafi verið brotin og kannar hann þá hvort vægari úrræði til stuðnings fjölskyldu hafi verið reynd áður en gripið var til þvingunarúrræða. Í Hrd. 169/2010 staðfesti Hæstiréttur þá ákvörðun héraðsdóms að fella úr gildi úrskurð barnaverndarnefndar um vistun barns utan heimilis. Í forsendum héraðsdómsins sagði að barnaverndarnefndin ætti að geta náð því lögmælda markmiði sínu að tryggja öryggi barnsins á heimilinu með öflugu eftirliti, s.s. boðuðum og óboðuðum heimsóknum á heimilið og með því að styrkja móðurina og sambýlismann hennar í uppeldishlutverkinu með fræðslu og beinum stuðningi. Hæstiréttur taldi að barnaverndarnefndin hefði brotið meðalhófsregluna þar sem ekki hefðu verið reynd stuðningsúrræði inni á heimili barnsins áður en barnið var vistað utan heimilis. Barnaverndarnefndin taldi að töluverðar líkur væru á því að barnið hefði verið beitt ofbeldi innan veggja heimilisins af hendi sambýlismanns móðurinnar. Þrátt fyrir það taldi Hæstiréttur að ekki væri þörf á að vista barnið utan heimilis. Samkvæmt þessum dómi tekur Hæstiréttur strangt á því að meðalhófsreglunni sé fylgt eftir og búið sé að reyna til hlítar stuðningsúrræði áður en gripið er til þvingunarúrræða. Barnaverndarnefndin taldi að vægari úrræði hafi ekki verið tæk til þess að ná því markmiði sem að var stefnt og ekki væri hægt að tryggja barninu fullnægjandi vernd með vægari úrræðum. Deila má um hvort þetta hafi verið rétt niðurstaða hjá Hæstarétti ef markmið barnaverndarlaga um að vernda börn er haft í huga.

3.3.3.2 *Þvingunarúrræði*

Barnaverndlöginn heimila ákveðin þvingunarúrræði þegar talið er að hagsmunir barns verði ekki tryggðir á annan hátt. Markmið þvingunarúrræða er að barn fái þann stuðning sem því er talinn nauðsynlegur þrátt fyrir að forsjáraðilar og jafnvel barnið sjálft séu því andvíg. Aldrei skal beita úrræðum án samþykkis nema vægari úrræði hafi verið reynd og þau ekki borið tilætlaðan árangur eða þá að sýnt sé fram á að

¹²⁷ Sjá úrskurð barnaverndarnefndar Reykjavíkur frá 30. júní 2009 og úrskurð barnaverndarnefndar Reykjavíkur frá 9. febrúar 2010.

þau muni ekki duga.¹²⁸ Barnaverndarnefndir fara með úrskurðarvald varðandi þvingunarráðstafanir sem taldar eru varða minni hagsmuni en þvingunarráðstafanir sem eru meira íþyngjandi er skylt að bera undir dómstóla.¹²⁹ Úrskurðum barnaverndarnefnda varðandi þvingunarráðstafanir er svo unnt að skjóta til kærunefndar barnaverndarmála.¹³⁰

Í 26. gr. bvl. er kveðið á um úrræði sem barnaverndarnefnd er heimilt að grípa til án samþykkis og gegn vilja foreldra. Þarna er um að ræða úrræði sem miðast við að barn búi áfram á heimili sínu og er ákvæðið að hluta til sambærilegt við ákvæði 24. gr. Tekið er fram að úrræðin sem greinin mælir fyrir um eigi við ef úrræði skv. 24. og 25. gr. hafi ekki skilað árangri eða eftir atvikum að barnaverndarnefnd hafi komist að þeirri niðurstöðu að þau séu ófullnægjandi. Þetta er í samræmi við meðalhófsregluna þar sem ávallt skal fyrst beita þeim úrræðum sem skemmt ganga.¹³¹

Ákvæði 27. gr. fjallar um það þegar barn er vistað utan heimilis með úrskurði barnaverndarnefndar án samþykkis foreldrís og/eða barns sem náð hefur 15 ára aldri. Barnaverndarnefnd getur kveðið á um vistun barns utan heimilis í allt að two mánuði ef brýnir hagsmunir barns mæla með því. Ef vistun barns þarf að standa lengur verður nefndin að afla sér dómsúrskurðar. Tveir mánuðir þykja hæfilegur tími til að meta stöðu og þarfir barns, taka ákvörðun um hvort barn skuli snúa heim eða nauðsyn þess að grípa til annarra ráðstafana, svo sem vistunar til frekari meðferðar.¹³² Í 2. mgr. 27. gr. er tekið fram að foreldrum eða barni sem náð hefur 15 ára aldri sé heimilt að bera ákvörðun barnaverndarnefndar á grundvelli a. og b. liðar undir dóm. Í þessu felst að þótt barnaverndarnefnd geti sjálf, án atbeina dómstóla, með úrskurði kveðið á um þessar ráðstafanir, eiga foreldrar eða barn sem náð hefur 15 ára aldri alltaf rétt á að bera þær undir dómstóla, enda þótt þeim sé ekki ætlað að standa lengur en two mánuði.¹³³

Í 28. gr. bvl. segir að bera verði kröfu um vistun barns utan heimilis undir dómstóla eigi vistunin að standa lengur en two mánuði. Eðlilegt er að gera ráð fyrir úrskurði dómara við slíkar aðstæður. Ákvörðun um vistun barns utan heimilis felur í sér að foreldrar eru sviptir rétti til að ráða persónulegum högum barna sinna um

¹²⁸ Barnaverndarstofa, „Handbók barnaverndarstofu, 14. kafli: Þvingunarúrræði“. 4. apríl 2011.

¹²⁹ Hrefna Friðriksdóttir, „Hlutverk kærunefndar barnaverndarmála“, bls. 203.

¹³⁰ Alþingistíðindi, A-deild, 2001-2002, bls. 1802.

¹³¹ Alþingistíðindi, A-deild, 2001-2002, bls. 1837-1838.

¹³² Sama heimild bls. 1838-1839.

¹³³ Sama heimild bls. 1838-1839.

lengri tíma. Vistun skal aldrei standa lengur en nauðsyn krefur. Hæfilegt þykir að miða við að vistun geti staðið í allt að 12 mánuði í senn. Ef þörf er talin á að vistun standi lengur ber að afla dómsúrskurðar að nýju.¹³⁴ Til grundvallar vistunar barns utan heimilis í allt að 12 mánuði, verður auk heimildar frá dómara, að liggja fyrir áætlun barnaverndarnefndar þar sem fram kemur þörf og markmið með vistun, sbr. 23. og 33. gr. bvl. Nauðsynlegt er að barnaverndarnefnd leggi fram slíka áætlun og gerð hennar byggi á sérþekkingu barnaverndarnefndar á greiningu vandamála. Eftir að barn er vistað utan heimilis er það skylda barnaverndarnefndar að fylgjast vel með aðbúnaði og líðan barns og því hvort ráðstöfunin nái tilgangi sínum, sbr. 76. gr. og 3. mgr. 80. gr. bvl.¹³⁵ Vistun barns utan heimilis foreldra á að vera tímabundið úrræði sem skal miða að því að sameina fjölskylduna á ný síðar.¹³⁶

Samkvæmt 29. gr. bvl. getur barnaverndarnefnd krafist þess fyrir dómi að foreldrar, annað eða bæði, skuli svipt forsjá barns. Nánari skilyrði eru sett fram í a.-d. lið 1. mgr. 29. gr. og nægir að eitt þeirra sé uppfyllt. Skilyrðin eru: (a) að daglegri umönnun, uppeldi eða samskiptum foreldra og barns sé alvarlega ábótavant, (b) að barni sem er sjúkt eða fatlað sé ekki tryggð viðeigandi meðferð, þjálfun eða kennsla, (c) að barni sé misþyrmrt, misboðið kynferðislega eða megi þola alvarlega andlega eða líkamlega áreitni eða niðurlægingu á heimilinu og (d) að fullvist sé að líkamlegri eða andlegri heilsu barns eða þroska þess sé hætta búin sökum þess að foreldrar þess séu augljóslega vanhæfir til að fara með forsjána, svo sem vegna vímuefnaneyslu, geðrænna truflana, greindarskorts eða að breytni foreldra sé líkleg til að valda barni alvarlegum skaða. Úrræði skv. 29. gr. tekur þannig til barns sem býr við vanrækslu, verður fyrir ofbeldi, fær ekki nauðsynlega meðferð og þjálfun og barns sem er í hættu vegna vanhæfni foreldra. Í 2. mgr. 29. gr. bvl. er áréttar að kröfu um svíptingu forsjár skuli aðeins gera að ekki sé unnt að beita öðrum mildari úrræðum til úrbóta eða slíkar ráðstafanir hafi verið reyndar án viðunandi árangurs. Þarna er kveðið sérstaklega á um að gætt sé að meðalhófsreglu.¹³⁷

Forsjársvipting er mest íþyngjandi úrræðið sem barnaverndaryfirvöld geta gripið til. Til að dómari fallist á forsjársviptingu verður að hafa reynt á önnur og vægari úrræði áður og vera ljóst að þau úrræði muni ekki ná þeim markmiðum sem

¹³⁴ Sama heimild, bls. 1839.

¹³⁵ Hrefna Friðriksdóttir, „Hlutverk dómstóla samkvæmt ákvæðum barnaverndarlaga nr. 80/2002“. Í Pétur Kr. Hafstein (ritstj.), *Guðrúnarbók: afmælisrit til heiðurs Guðrúnu Erlendsdóttur 3. maí 2006*, Reykjavík 2006, bls. 301-302.

¹³⁶ Davíð Þór Björgvinsson, *Barnaréttur*, bls. 330.

¹³⁷ Alþingistíðindi, A-deild, 2001-2002, bls. 1839-1840.

stefnt er að. Dómarar virðast leggja mikla áherslu á meðalhófsregluna og samþykkja ekki forsjársiptingu nema aðrar aðgerðir hafi verið reyndar áður.¹³⁸ Frá setningu barnaverndarlaganna árið 2002 hafa átta mál verið kærð til Hæstaréttar sem varða kröfu barnaverndaryfirvalda um forsjársiptingu foreldra. Í sjö af átta málum taldi Hæstiréttur skilyrðum fyrir forsjársiptingu samkvæmt 29. gr. bvl. fullnægt. Í dómunum var ávallt vísað til þess að meðalhófsreglu hafi verið fullnægt með því að vægari úrræði hafi verið reynd en þau ekki komið að gagni og að hagsmunir barnanna krefjist þess að foreldrar þeirra séu sviptir forsjá.¹³⁹

Hæstiréttur hafnaði kröfu barnaverndaryfirvalda um forsjársiptingu í Hrd. 382/2007 á grundvelli þess að horft hefði verið framhjá úrræði 28. gr. bvl. um vistun barns utan heimilis í 12 mánuði þegar krafa var gerð um forsjársiptingu. Málsatvik voru þau að stúlka hafði verið tekin úr umsjá móður sinnar um miðjan september 2006 með neyðarráðstöfun sbr. 31. gr. bvl. Upp úr miðjum nóvember 2006 ritaði móðirin undir yfirlýsingu þess efnis að hún samþykkti vistun barnsins utan heimilis í 12 mánuði. Að mati barnaverndaryfirvalda var ekki forsenda fyrir því að láta reyna á 12 mánaða vistun barnsins utan heimilis móðurinnar skv. 28. gr. bvl. eftir að löggregla og barnaverndaryfirvöld þurftu að hafa afskipti af móðurinni meðan hún var með barnið í umgengni hjá sér í byrjun febrúar 2007. Barnaverndaryfirvöld ákváðu því að krefjast forsjársiptingar. Hæstiréttur sagði að samkvæmt 29. gr. bvl. skyldi aðeins gera kröfu um svíptingu forsjár ef ekki væri unnt að beita öðru og vægara úrræði. Slíkt vægara úrræði væri að finna í 28. gr. bvl. þar sem segir að heimilt væri að úrskurða um vistun barns utan heimilis í allt að 12 mánuði í senn. Dómurinn taldi að horft hefði verið framhjá þessu ákvæði við meðferð málsins. Brotið hafi verið á meðalhófsreglu með því að láta ekki þessa 12 mánuði, sem móðirin hafði sjálf fallist á, líða áður en krafist var forsjársiptingar. Móðurinni hafi ekki verið veitt að fullu tækifæri til að halda vímuefnabindindi og búa barninu viðunandi uppeldisskilyrði. Af þessum dómi má ráða að Hæstiréttur gerir strangar kröfur til þess að búið sé að láta fullreyna á vægari úrræði áður en fallist er á kröfu barnaverndaryfirvalda um forsjársiptingu. Þetta er í samræmi við það að vistun barns utan heimilis skuli miða að því að vera tímabundið úrræði og reyna skuli eins og hægt er að vinna í því að foreldrar og börn geti búið saman aftur að vistun utan heimilis lýkur.

¹³⁸ Íris Erlingsdóttir, „Framkvæmd vistunar barna utan heimilis á árunum 1992-2010: málsmeðferðarreglur“, ML-ritgerð við lagadeild Háskólans í Reykjavík 2010, bls. 59.

¹³⁹ Sjá Hæstaréttardóma: Hrd. 94/2004, Hrd. 413/2005, Hrd. 505/2006, Hrd. 70/2007, Hrd. 250/2007, Hrd. 351/2008, Hrd. 141/2010.

Ákvæði 30. gr. bvl. kveður á um úrræði barnaverndarnefndar vegna þungaðra kvenna. Ef þunguð kona stofnar heilsu og lífi ófædds barns síns í hættu með lífneri sínu getur barnaverndarnefnd beitt úrræðum bvl. í samráði við hana og eftir atvikum gegn vilja hennar en með samráði við forsjáraðila hennar. Samkvæmt 2. mgr. 30. gr. bvl. getur barnavernd krafist þess að þunguð kona verði svipt sjálfræði samkvæmt ákvæðum lögræðislaga í því skyni að koma konunni til aðhlynningar og meðferðar á viðeigandi stofnun. Á hverju ári koma tilkynningar til barnaverndaryfirvalda um áhyggjur af heilsu eða lífi ófædds barns.¹⁴⁰ Í Hrd. 697/2010 félst meirihluti Hæstaréttar á að vista barn utan heimilis á grundvelli b. liðar 27. gr. bvl. Í forsendum héraðsdóms, sem staðfestur var af Hæstarétti, er tekið fram að afskipti af móðurinni hafi staðið frá því á meðgöngutíma vegna þess hve illa hún sinnti mæðraeftirliti. Barnaverndaryfirvöld höfðu reynt að veita móðurinni stuðning á meðgöngu og eftir að barnið kom í heiminn en slíkt ekki borið árangur. Héraðsdómur og Hæstiréttur félust á vistun barnsins utan heimilis strax eftir að barnið losnaði af spítala eftir fæðinguna. Í þessum Hæstaréttardómi virðist það eiga þátt í niðurstöðu málsins að búið var að hafa afskipti af móðurinni á meðgöngu á grundvelli 30. gr. bvl. og Hæstiréttur telur því að meðalhófsreglunni hafi verið fylgt, þó svo að ekki hafi verið búið að reyna stuðningsúrræði inni á heimili barnsins áður.

Samkvæmt 31. gr. bvl. er heimilt að grípa til neyðarráðstöfunar án undangenginnar málsmeðferðar ef ljóst þykir að barni stafi hætta af því að fara eftir reglum um málsmeðferð. Dæmi um aðstæður þar sem reynt getur á ákvæði um neyðarráðstöfun skv. 31. gr. eru til dæmis þegar barnaverndarstarfsmaður er kallaður út með lögreglu á heimili þar sem er mikil vímuefnaneysla eða ofbeldi, barn er í reiðileysi og hefur þörf fyrir að komast í öryggi.¹⁴¹ Þegar barnaverndarnefnd Reykjavíkur úrskurðar um vistun barns utan heimilis hefur oft, áður en til úrskurðar barnaverndarnefndar kemur, reynt á ákvæði 31. gr. bvl. og búið er að vista barn utan heimilis með neyðarráðstöfun. Dæmi um slíkt er úrskurður barnaverndarnefndar Reykjavíkur frá 8. febrúar 2005 þar sem barnaverndarstarfsmenn fóru inn á heimili móður og tóku barn hennar þaðan en móðirin var í annarlegu ástandi vegna vímuefnaneyslu og barnið, þá fjögurra mánaða, lá sofandi með höfuðið undir þykri sæng. Barnaverndarstarfsmenn mátu aðstæður þá á þann veg að beita þyrfti úrræði

¹⁴⁰ Halla Björk Marteinsdóttir, „Ársskýrsla Barnaverndarstofu 2008-2009“, bls. 64.

¹⁴¹ Barnaverndarstofa, „Handbók Barnaverndarstofu, 14. kafli: Þvingunarúrræði“. 4. apríl 2011.

31. gr. bvl. til verndar hagsmunum barnsins sem þeir töldu hafa verið í lífshættu í umsjá móður sinnar.

Af uppbyggingu laganna má sjá að mjög mikilvægt er að meðalhófs sé gætt við alla ákvarðanatöku barnaverndaryfirvalda. Vistun barns utan heimilis, án samþykkis foreldra, er mjög íþyngjandi aðgerð og því skal ekki grípa til hennar án þess að fyrst hafi verið reynd önnur vægari úrræði. Mikið er lagt upp úr samstarfi og samráði við foreldra áður en önnur úrræði eru reynd gegn vilja þeirra. Þetta er í samræmi við meðalhófsregluna og það að ávallt skuli beita þeim ráðstöfunum sem vægastar eru áður en gripið er til róttækari aðgerða.

Mat á því hvort að búið sé að fullnægja meðalhófsreglunni og reyna til þrautar vægari úrræði áður en beitt er íþyngjandi úrræðum er oft erfitt. Í Hrd. 420/2004 staðfestu tveir af þremur Hæstaréttardómum héraðsdóm þar sem krafa barnaverndarnefndar um vistun barns utan heimilis var samþykkt. Meirihluti Hæstaréttar taldi að meðalhófsreglunni hefði verið fylgt og búið væri að sýna fram á að vægari úrræði myndu ekki duga til að ná þeim markmiðum sem stefnt væri að. Móðir barnanna hafði ekki sýnt samstarfsvilja við barnaverndarnefnd þau ár sem afskipti af henni og börnum hennar stóðu yfir og því var ekki hægt, að mati meirihlutans, að beita vægari úrræðum en vistun barns utan heimilis. Einn Hæstaréttardómari skilaði sératkvæði í þessu málí og taldi að meðalhófsregla 12. gr. ssl. hefði verið brotin. Niðurstaða hans var byggð á því að ekki hefðu verið reynd vægari úrræði sem kveðið væri á um í 26. gr. bvl. og barnaverndarnefndinni væri skyld að reyna slík úrræði áður en tekin væri ákvörðun um vistun barnanna utan heimilis. Móðirin hafði lýst sig reiðubúna til samvinnu við barnaverndarnefnd eftir að ákvörðun um málshöfðun var tekin og dómarinn taldi að sú leið væri vænlegri til árangurs fyrir börnin og móður þeirra. Dómarinn taldi ákvörðun barnaverndarnefndar, um að skilja börnin frá móður sinni gegn vilja þeirra allra, afar íþyngjandi og því hefði verið rétt að leita vægari úrræða til að bregðast við vandanum.

Sami dómarí skilaði sératkvæði í Hrd. 697/2010 þar sem hann var ósammála meirihluta Hæstaréttar um að fallast á kröfu barnaverndarnefndar um vistun barns utan heimilis. Dómarinn taldi að vægari úrræði hefðu verið tiltæk, þar sem ekki var búið að reyna stuðningsúrræði inni á heimili barnsins, sem hugsanlega væru líklegrir til varanlegs árangurs fyrir barnið og móðurina. Dómarinn taldi að með vísan til 7. mgr. 4. gr. bvl. sem og meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar, samkvæmt 12. gr. ssl., að ekki skyldi beita heimildum 27. gr. bvl. um vistun barns utan heimilis, fyrr en að

fullreyndu úrræði samkvæmt 26. gr. laganna. Ekki hafi verið sýnt fram á að stuðningsúrræði inni á heimili dygðu ekki til.

Af framangreindum dóum Hæstaréttar má sjá að mat á því hvort gengið hafi verið nógu langt í að reyna vægari úrræði skv. barnaverndarlögunum áður en gripið er til þvingunarúrræða er mismunandi milli dómara. Hæstiréttur virðist þó í flestum tilvikum gera strangar kröfur til þess að meðalhófsreglunni sé fylgt og reynd séu stuðningsúrræði áður en gripið er til þvingunarúrræða.

3.4 Meðalhófsreglan og 8. gr. MSE

Hugtakið meðalhóf er hvergi nefnt berum orðum í Mannréttindasáttmálum né í viðaukum hans. Meðalhófsreglan er þó talin mikilvæg regla við skýringu og beitingu ákvæða sáttmálans.¹⁴² Meðalhófsreglan skiptir meginmáli þegar kemur að skýringu á ákvæðum 8-11. gr. MSE þar sem takmarkanir á réttindum eru heimilar.¹⁴³ Mannréttindadómstóllinn hefur stuðst við sjónarmið um meðalhóf við mat á því hvort takmarkanir séu nauðsynlegar í lýðræðislegu þjóðfélagi.¹⁴⁴ Í meðalhófsreglu Mannréttindasáttmálans felst að mati Mannréttindadómstólsins annars vegar að „*finna verði viðeigandi jafnvægi milli öndverðra hagsmunu og hins vegar að takmarkanir á þeim grundvallarréttindum sem sáttmálinn verndar séu ekki úr hófi miðað við þau réttmætu markmið og hagsmuni sem þær stefna að*“¹⁴⁵. Meðalhófsreglan felur í sér að skerðing réttinda má ekki ganga lengra en nauðsynlegt er til þess að ná því réttmæta markmiði sem að er stefnt með skerðingunni.¹⁴⁶

Meðalhófsregla Mannréttindasáttmálans er ekki reist á þeim þremur þáttum sem meðalhófsregla 12. gr. ssl. er byggð á.¹⁴⁷ Mannréttindadómstóllinn hefur hingað til ekki notað fastmótaðar og staðlaðar aðferðir til að meta hvort meðalhófs hafi verið gætt. Meðalhófsreglan birtist með mismunandi hætti eftir því hvert samhengið er og hvaða réttindi eru til skoðunar hverju sinni. Þegar dómstóllinn metur hvort gætt hafi verið meðalhófs er aðallega athugað hvort sanngjarnt samband sé á milli þeirra leiða

¹⁴² McBride, Jeremy, „Proportionality and the European Convention on Human rights“. Í Ellis, Evelyn (ritstj.), *The principle of Proportionality in the Law of Europe*, Oxford 1999, bls. 23.

¹⁴³ Björg Thorarensen, „Áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnarskrárákvæða“, bls. 65.

¹⁴⁴ van Dijk, Pieter, van Fried, Hoof, van Rijn, Arjen og Zwaak, Leo, *Theory and practice of the European Convention on Human rights*, 4. útgáfa, Antwerpen 2006, bls. 747.

¹⁴⁵ Björg Thorarensen, „Áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnarskrárákvæða“, bls. 65.

¹⁴⁶ Davíð Þór Björgvinsson, Mannréttindasáttmáli Evrópu: Meginatriði, skýring og beiting. Bls. 64.

¹⁴⁷ Björg Thorarensen, „Áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnarskrárákvæða“, bls. 65.

sem beitt er og þess markmiðs sem sóst er eftir. Einnig er skoðað hvort það sé sanngjarnt jafnvægi milli almennra hagsmuna og þeirra einstaklingshagsmuna sem í húfi eru.¹⁴⁸ Beiting meðalhófsreglunnar fléttast saman við regluna um svigrúm til mats og er erfitt að lýsa henni á stuttan og einfaldan hátt. Meðalhófsreglan hefur mest gildi við skýringu þeirra ákvæða sem sáttmálinn veitir svigrúm til takmarkana við. Þá er einkum litið til þess að takmörkun sé nauðsynleg og hvort gengið hafi verið of langt við takmarkanir á réttindum.¹⁴⁹

3.4.1 Meðalhófsregla í 8. gr. MSE og dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu

Í íslenskri réttarframkvæmd og fræðikenningum er sú regla viðurkennd að skýra skuli ákvæði landsréttar til samræmis við þjóðréttarskuldbindingar.¹⁵⁰ Í frumvarpi því sem varð að lögnum nr. 62/1994 um Mannréttindasáttmála Evrópu segir að það sé á valdi íslenskra dómstóla og stjórnvalda að skýra ákvæði Mannréttindasáttmálans sjálfstætt, þar á meðal þau ákvæði sem ekki væri að finna fordæmi um frá Mannréttindanefndinni eða Mannréttindadómstólnum, og beita þeim við úrlausn mála.¹⁵¹ Rétt er að líta á dómsúrlausnir Mannréttindadómstólsins sem fordæmi við skýringu og beitingu sáttmálans með svipuðum hætti og fordæmi íslenskra dómstóla við skýringu og beitingu landsréttar.¹⁵²

Barnaverndarmál eru viðkvæm og varðar efnið mannréttindi sem varin eru í stjórnarskránni og Mannréttindasáttmálanum. Dómafördæmi Mannréttindadómstólsins hafa þýðingu við skýringu á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinna fyrir íslenskum dómstólum í málum er varða barnavernd. Aðilar að barnaverndarmálum vísa oft til 8. gr. MSE máli sínu til stuðnings og einnig hefur verið vísað til dómafördæma Mannréttindadómstólsins. Dæmi um slíkt er í áðurnefndum Hrd. 172/2003 þar sem foreldrar sem sviptir höfðu verið forsjá barna sinna vísuðu til dóms Mannréttindadómstólsins í máli *Olsson* gegn *Svíþjóð* (nr. 1) máli sínu til stuðnings.

¹⁴⁸ van Dijk, Pieter og van Hoof, G.J.H., *Theory and practice of the European convention on human rights*, 3. útgáfa, Haag 1998, bls. 81.

¹⁴⁹ Davíð Þór Björgvinsson, „Mannréttindasáttmáli Evrópu“, bls. 64.

¹⁵⁰ Davíð Þór Björgvinsson, „Beiting Hæstaréttar Íslands á lögnum um Mannréttindasáttmála Evrópu“, *Tímarit Lögfræðinga*, 2003, 53(4), bls. 348.

¹⁵¹ *Alþingistíðindi*, A-deild, 1993-1994, bls. 801.

¹⁵² Davíð Þór Björgvinsson, „EES-samningurinn og Mannréttindasáttmáli Evrópu sem réttarheimildir í íslenskum landsrétti“, *Útljótur: Afmælisrit 50 ára*, 1997, bls. 91-92.

Foreldrum og börnum er tryggður réttur til samveru með 8. gr. MSE. Þegar stjórnvöld ákveða að skerða þann rétt sem kveðið er á um í 8. gr. verður fullnægjandi lagaheimild að liggja til grundvallar og þjóðfélagsnauðsyn eins og lýst er í 2. mgr. 8. gr. MSE. Við slíkar aðgerðir verður að vera eðlilegt hlutfall milli aðferðar og þess þjóðfélagslega markmiðs sem að er stefnt.¹⁵³

Þegar stjórnvöld vista barn utan heimilis er eins og áður sagði um að ræða takmörkun á réttinum til friðhelgi fjölskyldulífs sem í sumum tilvikum er réttlætanleg með vísan til þeirra atriða er koma fram í 2. mgr. 8. gr. MSE. Mannréttindadómstóllinn hefur sagt að sú ákvörðun stjórnvalda að vista barn utan heimilis foreldra sé í eðli sínu aðgerð sem takmarkar réttinn til friðhelgi fjölskyldulífs. Til að slík úrræði séu heimil verður ákvörðun að vera byggð á þeim sjónarmiðum sem koma fram í 2. mgr. 8. gr. MSE.¹⁵⁴

Vistun barns utan heimilis er meðal alvarlegustu og mest íþyngjandi afskipta stjórnvalda af fjölskyldulífi og því er mikilvægt að hægt sé að sýna fram á að sérstaklega ríkar ástæður séu fyrir slíkum ráðstöfunum þrátt fyrir að ríki hafi ákveðið svigrúm til mats. Stjórnvöld í aðildarríki verða að sýna fram á að vægari úrræði dugi ekki til að ná því markmiði sem stefnt er að og að beiting úrræðanna sé ekki þungbærari en nauðsynlegt er. Verið er að skerða mikilvæg mannréttindi og áhrif meðalhófsreglunnar eru því mikil.¹⁵⁵ Mannréttindadómstóllinn leggur ríka skyldu á aðildarríki að sýna fram á að skerðing á friðhelgi fjölskyldulífs sé lögmæt. Til þess að takmörkun teljist lögmæt verður að fylgja meðalhófsreglunni. Aðgerðir ríkis verða að vera í samræmi við það markmið sem að er stefnt og mega ekki ganga lengra en þarf til að ná því markmiði.¹⁵⁶ Geti stjórnvöld ríkja ekki sýnt fram á að aðgerðir þeirra séu nauðsynlegar og í samræmi við þau markmið sem stefnt er að telur Mannréttindadómstóllinn að ekki hafi verið gætt meðalhófs. Aðgerðir þar sem gengið er of langt við takmarkanir á friðhelgi fjölskyldulífs eru ekki lögmætar og því er um að ræða brot á 8. gr. MSE.¹⁵⁷

Flest þeirra mála sem koma fyrir Mannréttindadómstólinn og varða barnavernd koma til kasta dómsólsins vegna þess að foreldrar telja að ekki hafi

¹⁵³ Árman Snævarr, „Fjölskylda og fjölskyldulíf“, bls. 68.

¹⁵⁴ Dómur MDE í máli *Kutzner* gegn *Þýskalandi* frá 26. febrúar 2002. Reports of Judgments and Decisions 2002-I, mgr. 59-60.

¹⁵⁵ Björg Thorarensen, „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu“, bls. 303-304.

¹⁵⁶ van Dijk o.fl., *Theory and practice of the European Convention on Human rights*, bls. 747.

¹⁵⁷ Dómur MDE í máli *Margareta og Roger Anderson* gegn *Svíþjóð* frá 25. febrúar 1992. Series A. 226-A, mgr. 96.

verið tekið nægjanlegt tillit til þarfa þeirra áður en tekin var ákvörðun í máli. Þá telja foreldrar í flestum tilvikum að stjórnvöld í aðildarríki hafi gengið of langt með aðgerðum sínum og meðalhófsregla hafi verið brotin. Mannréttindadómstóllinn á oft í vandræðum með að meta staðreyndir mála vegna þess hve langur tími er liðinn frá því að ákvörðun í máli var tekin.¹⁵⁸ Mannréttindadómstóllinn telur það ekki hlutverk sitt að koma í stað innlendra stjórnvalda og segja til um hvenær skilyrðum fyrir ákvörðunum stjórnvalda er fullnægt. Mannréttindadómstóllinn metur ákvarðanir stjórnvalda aðildarríkja í ljósi ákvæða sáttmálans en endurskoðar slíkar ákvarðarnir ekki að efninu til. Mannréttindadómstóllinn telur það því í höndum stjórnvalda aðildarríkja að taka ákvarðanir um forsjá barna og umgengni en metur hvort brotið hafi verið á 8. gr. MSE með slíkum ákvörðunum.¹⁵⁹

Við mat á því hvort takmörkun á rétti til friðhelgi fjölskyldulífs skv. 8. gr. MSE sé lögmæt skoðar Mannréttindadómstóllinn hvort málsmeðferðin hafi verið nægilega vönduð og hvort réttaröryggi aðila hafi verið tryggt. Þá er skoðað hvort meðalhófsreglunni hafi verið fylgt og hvort rannsókn á nauðsyn vistunar utan heimilis hafi verið ítarleg og fullnægjandi. Mikilvægt er að málsmeðferð sé vönduð og ákvarðanir séu teknar á grundvelli ítarlegrar könnunar máls þar sem þeir hagsmunir sem um ræðir eru miklir.¹⁶⁰

Eins og áður sagði skal vistun barns utan heimilis ávallt vera tímabundin lausn og mikilvægt er að gerðar séu ráðstafanir sem miða að því að sameina fjölskyldu á nýjan leik.¹⁶¹ Í máli *Olsson* gegn *Svíþjóð* (nr. 1) taldi Mannréttindadómstóllinn að brotið hefði verið gegn friðhelgi fjölskyldulífs skv. 8. gr. MSE með framkvæmd ákvörðunar um vistun barna utan heimilis. Um var að ræða þrjú börn sem öll voru sett á sitthvort fósturheimilið. Fósturheimilin voru langt frá hvort öðru og einnig langt frá heimili foreldra barnanna. Mannréttindadómstóllinn sagði að aðgerðir ríkja ættu að miða að því að fjölskyldur væru sameinaðar á nýjan leik. Með því að vista börnin á fósturheimilum þar sem foreldrarnir áttu þess lítinn kost að geta umgengist börnin taldi Mannréttindadómstóllinn að verið væri að brjóta á réttinum til friðhelgi fjölskyldulífs þar sem slík tilhögun færí í bága við markmiðið um að sameina

¹⁵⁸ Stefán Eiríksson, „Friðhelgi einkalífs, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta“, bls. 399.

¹⁵⁹ Dómur MDE í máli *Hokkanen* gegn *Finnlandi* frá 23. september 1994. Series A. 299-A, mgr. 55 og dómur MDE í máli *Sahin* gegn *Pýskalandi* frá 8. júlí 2003, mgr. 64. Aðgengilegur á: www.echr.coe.int

¹⁶⁰ Stefán Eiríksson, „Friðhelgi einkalífs, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta“, bls. 399.

¹⁶¹ Björg Thorarensen, „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu“, bls. 303-304.

fjölskylduna aftur síðar. Takmörkunin varð ekki réttlætt með vísan til þess að hún væri nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi.¹⁶²

Mannréttindadómstóllinn hefur talið að fullreyna þurfi hvort takast muni að breyta aðstæðum innan fjölskyldu til hins betra og reyna allar þær ráðstafanir sem mögulegar eru til að gera foreldrum kleift að annast um börn sín áður en forsjársvipting verður endanleg.¹⁶³ Ef aðstæður á heimili foreldra breytast og batna svo þær teljast vera viðunandi fyrir barn skulu stjórnvöld aðildarríkja vinna að því markmiði að barn flytji aftur inn á heimili til foreldra sinna. Í máli *Eriksson* gegn *Svíþjóð* taldi Mannréttindadómstóllinn að stjórnvöld í Svíþjóð hefðu brotið gegn 8. gr. MSE með ákvörðun sinni um að vista barn áfram utan heimilis þó svo að aðstæður á heimili móður hefðu breyst til hins betra. Barnið hafði verið vistað á fósturheimili eins mánaðar gamalt vegna ófullnægjandi heimilisaðstæðna. Mannréttindadómstóllinn taldi að ekki hefði verið gætt meðalhófs við ákvörðun stjórnvalda og að ríkið hefði farið út fyrir þau mörk sem það hafði til svigrúms til mats.¹⁶⁴

Þó svo það eigi að vera markmið með vistun barns utan heimilis að foreldrar nái tökum á vanda sínum og heimilisaðstæðum svo hægt sé að sameina fjölskyldur aftur síðar er það ekki alltaf talið barninu fyrir bestu að snúa aftur heim. Mannréttindadómstóllinn hefur talið að ef markmið aðgerðar er að vernda hagsmuni barnsins og það sé barninu ekki fyrir bestu að snúa aftur heim til foreldra þá sé ekki um að ræða brot á 8. gr. MSE þó svo að fjölskyldur séu þá ekki sameinaðar á nýjan leik.¹⁶⁵

Börn eru oft vistuð utan heimilis vegna þess að þau búa við óviðunandi aðstæður. Stjórnvöld verða að sýna fram á að aðstæðurnar séu sannanlega óviðunandi. Það eitt og sér að barn geti mögulega alist upp við óviðunandi aðstæður er ekki næg ástæða til að réttlæta það að barn sé tekið úr umsjá foreldra sinna. Í máli *K og T* gegn *Finnlandi* var barn vistað utan heimilis foreldra strax við fæðingu. Mannréttindadómstóllinn taldi að þar sem að slík aðgerð væri mjög íþyngjandi þyrftu að vera mjög ríkar ástæður fyrir hendi til að slíkt inngríp væri réttlætanlegt. Mannréttindadómstóllinn taldi það skyldu finnskra stjórnvalda að skoða hvort minna íþyngjandi leiðir hefðu verið færar til að tryggja öryggi barnsins. Stjórnvöld í Finnlandi

¹⁶² Dómur MDE í máli *Olsson* gegn *Svíþjóð* (nr. 1) frá 24. mars 1988. Series A. 130, mgr. 81-83.

¹⁶³ Dómur MDE í máli *Hokkanen* gegn *Finnlandi* frá 23. september 1994. Series A. 299-A, mgr. 55

¹⁶⁴ Dómur MDE í máli *Eriksson* gegn *Svíþjóð* frá 22. júní 1989. Series A. 156, mgr. 71.

¹⁶⁵ Dómur MDE í máli *Olsson* gegn *Svíþjóð* (nr. 2) frá 27. nóvember 1992. Series A. 250, mgr. 79, 84 og 87.

höfðu ekki reynt neinar aðrar leiðir til að vernda barnið og því gátu þau ekki réttlætt aðgerðirnar með vísan til nauðsynjar í lýðræðislegu þjóðfélagi.¹⁶⁶

Við mat Mannréttindadómstólsins á því hvort málsmeðferð hafi verið réttlát og nægilega vönduð er auk meðalhófsreglunnar einnig horft til þess hvort foreldrum hafi verið veitt aðild að máli. Aðilar máls verða að hafa tækifæri til að koma sínum sjónarmiðum á framfæri hjá því stjórnvaldi sem ákvörðun tekur í málinu.¹⁶⁷ Ef aðilar máls hafa ekki tækifæri til að koma sjónarmiðum sínum á framfæri er um að ræða brot á málsmeðferð og þ.a.l. brot á 8. gr. MSE.¹⁶⁸ Aðilar máls eiga einnig rétt á að fá aðgang að gögnum máls.¹⁶⁹

Mannréttindadómstóllinn tekur mið af ákvæðum Barnasáttmálans við mat á því hvort stjórnvöld í aðildarríki hafi brotið gegn ákvæðum Mannréttindasáttmálans.¹⁷⁰ Mannréttindadómstóllinn hefur vísað til 9. gr. Barnasáttmálans í dóum sem snúa að vernd á friðhelgi fjölskyldulífs skv. 8. gr. MSE.

3.5 Samantekt um meginregluna um meðalhóf

Ákvarðanir barnaverndaryfirvalda eru stjórnvaldsákvarðanir og um þær gilda stjórnsýslulögin en einnig þær sérreglur sem koma fram í barnaverndarlögunum. Ef ákvörðun barnaverndaryfirvalda er ekki í samræmi við málsmeðferðarreglur laganna er unnt að ógilda slíka ákvörðun með dómi. Barnaverndarmál eru þess eðlis að óvist er að hagsmunir barnsins séu þeir að ákvörðun sé ógilt og verður að hafa það í huga. Meginmarkmið barnaverndarlaga er að gera foreldrum kleift að hafa börn sín hjá sér með því að styrkja fjölskyldur í uppedishlutverki sínu. Þessu markmiði laganna fylgja barnaverndaryfirvöld eftir með því að fara eftir reglunni um meðalhóf og ávallt reyna vægari úrræði í upphafi áður en gripið er til alvarlegri þvingunarúrræða. Ef unnt er skal ávallt reyna að fá foreldra til samvinnu við barnaverndaryfirvöld og reyna úrræði með samþykki foreldra áður en reynd eru önnur úrræði. Meðalhófsreglan skiptir miklu máli við málsmeðferð barnaverndaryfirvalda vegna þess að viðfangsefnið er mjög viðkvæmt. Vistun barns

¹⁶⁶ Dómur MDE í máli *K og T* gegn *Finnlandi* frá 12. júlí 2001. Reports of Judgments and Decisions 2001-VII, mgr. 168.

¹⁶⁷ Björg Thorarensen, „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu“, bls. 304.

¹⁶⁸ Dómur MDE í máli *Olsson* gegn *Svíþjóð* (nr. 1) frá 24. mars 1988. Series A. 130, mgr. 83.

¹⁶⁹ Dómur MDE í máli *McMichael* gegn *Bretlandi* frá 24. febrúar 1995. Series A. 307-B, mgr. 91-93.

¹⁷⁰ Dómur MDE í máli *Sahin* gegn *Þýskalandi* frá 8. júlí 2003, mgr. 64. Aðgengilegur á: www.echr.coe.int

utan heimilis skal alltaf vera tímabundin aðgerð og markmið hennar á ávallt að vera það að sameina fjölskyldur aftur þegar aðstæður á heimilinu eru orðnar viðunandi.

4 Meginreglan um hagsmuni barnsins

4.1 Almennt

Barnaverndarlöggjöfinni er ætlað að standa vörð um hagsmuni barna og því sem þeim er fyrir bestu og er það skylda hins opinbera að grípa til aðgerða til verndar barni, sinni foreldrar ekki skyldum sínum nægilega.¹⁷¹ Það sem barninu er fyrir bestu er lögskýringarsjónarmið sem lagt er til grundvallar lögskýringu í barnarétti.¹⁷² Sjónarmiðið um það sem barninu er fyrir bestu kemur bæði fram í barnalögum og barnaverndarlögum.

Með barnaverndarlögum nr. 80/2002 var í 1. mgr. 4. gr. lögfest meginreglan um að ávallt skuli beita þeim ráðstöfunum sem ætla má að séu barni fyrir bestu. Reglan um það sem er barninu fyrir bestu kemur einnig fyrir í barnalögunum en þar segir í 2. mgr. 34. gr. að dómari ákveði hjá hvoru foreldri forsjá barns verði, *eftir því sem barni er fyrir bestu*. Meginreglan í barnaverndarlögunum á rætur sínar að rekja til 3. gr. Barnasáttmálans. Ákvæði 3. gr. Barnasáttmálans kveður á um að hagsmunir barnsins skuli vera hafðir í fyrirrúmi við ákvarðanatöku, bæði hjá stjórnvaldi og hjá dómstólum.

Almennt er það talið barni fyrir bestu að alast upp í umsjá foreldra sinna og er sá réttur barns verndaður í Stjórnarskránni, Mannréttindasáttmálanum og Barnasáttmálanum. Sinni foreldrar ekki forsjárskyldum sínum og barn býr við ofbeldi eða vanrækslu geta hagsmunir barns verið fólgir í því að vera vistaðir utan heimilis foreldra. Ef hagsmunir foreldra og barns rekast á skulu hagsmunir barnsins ganga framar hagsmunum foreldra og ávallt skal taka mið af því sem er barni fyrir bestu við slíka hagsmunaárekstra.¹⁷³

4.2 Meginreglan um hagsmuni barnsins í 1. mgr. 4. gr. bvl.

Sú almenna grundvallarregla er sett fram í 1. mgr. 4. gr. bvl. að í barnaverndarstarfi skuli jafnan beita þeim ráðstöfunum sem ætla má að barni séu fyrir bestu og hagsmunir barna skulu ávallt hafðir í fyrirrúmi í starfsemi barnaverndaryfirvalda.

¹⁷¹ Davíð Þór Björgvinsson, *Barnaréttur*, bls. 312.

¹⁷² Þýr Halla Steingrímsdóttir, „Það sem barninu er fyrir bestu“, *Úlfþjótur*, 2004, 57(2), bls. 174.

¹⁷³ *Alþingistíðindi*, A-deild, 2001-2002, bls. 1811 og Björg Thorarensen, „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu“, bls. 301

Í frumvarpi því sem varð að núgildandi barnaverndarlögum segir að hér sé um að ræða grundvallarreglu barnaréttar. Reglan vísar til sjálfstæðs réttar barnsins þar sem hagsmunir þess skulu skipa öndvegi. Í frumvarpinu er sérstaklega áréttar að ef hagsmunir barns og hinna fullorðnu eru andstæðir skulu hagsmunir hinna fullorðnu víkja fyrir hagsmunum barnsins.¹⁷⁴

Barnaverndaryfirvöld hafa þó ekki sjálfstæðar heimildir til að grípa til ráðstafana sem þau telja í þágu hagsmuna barns. Barnaverndaryfirvöld eru við beitingu reglunnar bundin við þau úrræði sem löginn gera ráð fyrir og heimila. Reglan skiptir máli við skýringu barnaverndarlaganna og beitingu þeirra og ávallt skal hafa hana í huga.¹⁷⁵

Hæstiréttur hefur í mörgum dóum sínum vísað til þess að hagsmunir barns krefjist þess að foreldri sé svípt forsjá þess eða barn sé vistað utan heimilis tímabundið.¹⁷⁶ Mannréttindadómstóllinn hefur í dóum sínum tekið fram að hagsmunir barns skuli ganga framar hagsmunum foreldra. Barn á þannig rétt á því að alast upp við viðunandi aðstæður og ef hagsmunir foreldra og barns rekast á skal taka hagsmuni barnsins fram yfir hagsmuni foreldranna.¹⁷⁷

4.3 3. gr. Barnasáttmála Sameinuðu þjóðanna

4.3.1 Almennt um Barnasáttmálann

Í Barnasáttmálanum eru réttindi barna skilgreind sem mannréttindi. Börn eru viðkvæmari en fullorðnir fyrir ytri aðstæðum, berskjaldaðri gagnvart misnotkun og ofbeldi og eiga ekki jafn auðvelt og fullorðnir með að hafa áhrif á nánasta umhverfi sitt. Þess vegna þurfa börn á sérstakri vernd og umönnun að halda og er það einmitt grundvöllur sérstaks sáttmála um börn. Barnasáttmálinn endurspeglar þá sýn á réttarstöðu barna að börn skuli samhliða því að njóta umhyggju og sérstakrar verndar, vera virkir þátttakendur í þjóðfélaginu sem sjálfstæðir einstaklingar með réttindi og ábyrgð sem hæfir aldri þeirra og þroska.¹⁷⁸

Með fullgildingu Barnasáttmálans skuldbinda aðildarríkin sig að alþjóðalögum til að tryggja börnum innan sinnar lögsögu öll þau réttindi sem kveðið er á um í

¹⁷⁴ Alþingistíðindi, A-deild, 2001-2002, bls. 1811.

¹⁷⁵ Sama heimild, bls. 1811.

¹⁷⁶ Sjá t.d Hrd. 94/2004 og Hrd. 413/2005.

¹⁷⁷ Dómur MDE í máli *Juppala gegn Finnlandi* frá 2. desember 2008, mgr. 41. Aðgengilegur á: www.echr.coe.int

¹⁷⁸ Þórhildur Líndal, *Barnasáttmálinn: Rit um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt lagaumhverfi*, Reykjavík 2007, bls. 6.

sáttmálanum. Í Barnasáttmálanum er að finna skýr ákvæði um upplýsingaskyldu aðildarríkja sáttmálans um framkvæmd hans gagnvart alþjóðlegum eftirlitsaðila, Nefnd Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins (hér eftir Barnaréttarnefndin).¹⁷⁹

Barnasáttmálinn skiptist í þrjá hluta auk inngangs. Fyrsti hlutinn samanstendur af 1.-41. gr. Þær tilgreina rétt barna og skyldur aðildarríkja sáttmálans gagnvart börnum. Annar hluti, 42.-45. gr. fjallar um upplýsingaskyldu hvers aðildarríkis gagnvart almenningi og Barnaréttarnefndinni, bæði um inntak sáttmálans og framkvæmd hans í viðkomandi ríki. Í þriðja hluta, 46.-54. gr., er að finna fyrirmæli um formleg atriði sem lúta að sáttmálanum sjálfum.¹⁸⁰

Barnasáttmálinn var undirritaður fyrir Íslands hönd þann 26. janúar 1990, með fyrirvara um fullgildingu. Samningurinn tók gildi gagnvart Íslandi þann 27. nóvember 1992.¹⁸¹ Í skýrslu sinni um framkvæmd Barnasáttmálans hér á landi frá árinu 2003 fagnaði Barnaréttarnefndin því að reglan um það sem barninu er fyrir bestu hafi verið lögfest í 1. mgr. 4. gr. bvl.¹⁸²

EKKI hefur verið talið nauðsynlegt að öll ríki lögfesti Barnasáttmálann í heild sinni. Í íslenskum rétti er byggt á kenningum um tvíeðli landsréttar og þjóðaréttar. Landsréttur og þjóðaréttur eru tvö aðgreind réttarkerfi þar sem alþjóðlegar skuldbindingar teljast ekki til réttarheimilda landsréttar nema þegar þeim hefur verið veitt sérstakt lagagildi.¹⁸³ Barnaréttarnefndin hefur árétt að mikilvægi þess að í þeim aðildarríkjum sáttmálans þar sem byggt er á kenningum um tvíeðli verði sett lög að vera í samræmi við ákvæði Barnasáttmálans. Þrátt fyrir að ekki þurfi að innleiða Barnasáttmálann í heild sinni í lög aðildarríkja hefur verið talið að sjónarmiðið um það sem er barninu fyrir bestu í 3. gr. Barnasáttmálans og réttur barnsins til að tjá sig í 12. gr. Barnasáttmálans verði að koma skýrt fram í lögum aðildarríkja.¹⁸⁴

¹⁷⁹ Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, 20. nóvember 1989. *Stjórnartíðindi*, C-deild, nr. 18/1992.

¹⁸⁰ Þórhildur Líndal, *Barnasáttmálinn*, bls. 7.

¹⁸¹ Sama heimild, bls. 8.

¹⁸² Sama heimild, bls. 15.

¹⁸³ Björg Thorarensen og Pétur Leifsson, *Kaflar úr þjóðarétti. Handrit til kennslu við lagadeild Háskóla Íslands*, Reykjavík 2005, bls. 12.

¹⁸⁴ Börnerådet DK, Umboðsmaður Barna IS, Barneombudet N og Barnombudsmannen S, „The best interest of the child in our time: a discussion paper on the concept of the best interest of the child in a Nordic perspective“, 1999, bls. 33-34. Aðgengileg á: http://www.barneombudet.no/sfiles/2/50/4/file/best_of_the_child.pdf

4.3.2 3. gr. Barnasáttmálans

Í 3. gr. Barnasáttmálans er mælt fyrir um að það sem barninu sé fyrir bestu skuli vera í forgangi við alla ákvarðanatöku sem snertir börn. Hér er um að ræða eina af grundvallarreglum Barnasáttmálans og Barnaréttarnefndin hefur lagt sérstaka áherslu á þetta ákvæði. Grundvallarreglur Barnasáttmálans eru fjórar og auk 3. gr. eru þær jafnræðisreglan í 2. gr., rétturinn til lífs, afkomu og þroska í 6. gr. og virðing fyrir sjónarmiðum barnsins í 12. gr.¹⁸⁵

Við túlkun annarra ákvæða sáttmálans skal ætíð hafa í huga hvað er barni fyrir bestu. Þó skal ekki ganga svo langt í túlkunum að þær breyti afdráttarlausum ákvæðum sáttmálans. Ákvæði 1. mgr. 3. gr. gegnir sérlega mikilvægu hlutverki við aðstæður þar sem önnur og sértækari ákvæði Barnasáttmálans eiga ekki við.¹⁸⁶

Ákvæði 1. mgr. 3. gr. Barnasáttmálans er mjög almennt orðað og gildissvið greinarinnar víðtækt. Ákvæðið nær því ekki eingöngu til aðgerða ríkisins heldur einnig til aðgerða einkaaðila, sem merkir að bæði ríkið og einkaaðilar verða að taka mið af því sem er barninu fyrir bestu við ákvarðanatöku sína.¹⁸⁷ Mikilvægt er að aðildarríkin, bæði opinberir aðilar sem og einkaaðilar, geri sér skýra grein fyrir áhrifum gerða sinna á börn svo börnin og uppbygging barnvænlegs samfélags fái forgang.¹⁸⁸ Ákvæðið nær ekki eingöngu til ákvarðana sem teknar eru varðandi eitt ákveðið barn heldur einnig til aðgerða sem snúa að börnum almennt.¹⁸⁹ Ákvæðið tekur þannig til einstaks barns, tiltekins hóps barna og jafnvel allra barna innan lögsögu ríkis, allt eftir aðstæðum hverju sinni.¹⁹⁰

Ákvæði 2. og 3. mgr. 3. gr. gegna einnig mikilvægu hlutverki. Þar er kveðið á um að aðildarríki skuldbindi sig til að tryggja börnum þá vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst og að stofnanir sem hafa með höndum barnaverndarmál skuli starfa í samræmi við ákveðnar reglur.

4.3.2.1 Nánar um einstök atriði 3. greinar

4.3.2.1.1 1. mgr. 3. gr. Barnasáttmálans

Ákvæði 1. mgr. 3. gr. Barnasáttmálans kveður á um að það sem barni er fyrir bestu skuli ávallt hafa forgang þegar félagsmálastofnanir á vegum hins opinbera eða

¹⁸⁵ Þórhildur Líndal, *Barnasáttmálinn*, bls. 13.

¹⁸⁶ Sama heimild, bls. 13.

¹⁸⁷ Börnerådet DK o.fl. „The best interest of the child in our time“, bls. 15.

¹⁸⁸ Þórhildur Líndal, *Barnasáttmálinn*, bls. 13.

¹⁸⁹ Börnerådet DK o.fl. „The best interest of the child in our time“, bls. 15.

¹⁹⁰ Þórhildur Líndal, *Barnasáttmálinn*, bls. 14.

einkaaðila, dómstólar, stjórnvöld eða löggjafarstofnanir gera ráðstafanir sem varða börn.

Meginreglan um að það sem barni er fyrir bestu skuli hafa forgang kom fyrst fram í yfirlýsingum réttindi barnsins sem samþykkt var á allsherjarþingi Sameinuðu þjóðanna þann 20. nóvember 1959¹⁹¹ og hana var einnig að finna í Samningnum um afnám allrar mismununar gagnvart konum¹⁹² frá árinu 1979.¹⁹³ Við gerð Barnasáttmálans var ekki skilgreint hvað fælist í orðalaginu „barni fyrir bestu“. Þá hefur Barnaréttarnefndin ekki skilgreint inntak reglunnar í ákvörðunum sínum né lagt fram neinn almennan mælikvarða því til grundvallar. Það verður því að meta út frá aðstæðum hverju sinni hvað er barni fyrir bestu.¹⁹⁴

Barnaréttarnefndin leggur mikla áherslu á að Barnasáttmálinn sé órjúfanleg heild og að greinar hans tengist innbyrðis, ekki síst grundvallarreglurnar fjórar (2., 3., 6. og 12. gr.). Inntak þeirra skiptir miklu máli þegar meta á hvort og þá hvernig það sem er barni fyrir bestu er haft að leiðarljósi í málum sem varða börn. Þannig eiga bann við mismunun, rétturinn til lífs, afkomu og þroska og virðing fyrir sjónarmiðum barnsins öll þátt í því að meta hvað er barni fyrir bestu við ákveðnar aðstæður og hvað er börnum fyrir bestu almennt.¹⁹⁵

Grunnhugsun Barnasáttmálans er að barn ber að virða sem einstakling með eigin skoðanir og tilfinningar og því skuli tryggð sérstök vernd og réttindi. Ríki geta ekki túlkað ákvæði Barnasáttmálans um það sem er barni fyrir bestu um of í skjóli menningarlegs afstæðis. Þannig er ekki hægt að neita barni um réttindi sem því eru tryggð í Barnasáttmálanum með vísan til þess sem barni er fyrir bestu.¹⁹⁶ Við mat á því hvað er barni fyrir bestu verður að taka tillit til skammtíma og langtíma áhrifa þeirra aðgerða sem beitt er. Þannig skal auk grundvallarreglnanna fjögurra taka tillit til settra laga í hverju aðildarríki fyrir sig, sem og rannsókna og þekkingar sem fyrir liggur um málefni barna.¹⁹⁷

Í íslensku útgáfu Barnasáttmálans segir að það sem er barni fyrir bestu skuli „ávallt hafa forgang“. Í enska frumriti sáttmálans segir: „*the best interest of the child*

¹⁹¹ Á ensku: Declaration of the Rights of the Child frá 1959.

¹⁹² Samningur um afnám allrar mismununar gagnvart konum, 18. desember 1979. Stjórnartíðindi , C-deild, 5/1985.

¹⁹³ Hodgkin, Rachel og Newell, Peter, *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child (IHCRC)*, Fully revised edition, Unicef New York 2002, bls. 41.

¹⁹⁴ Sama heimild, bls. 42.

¹⁹⁵ Sama heimild, bls. 42.

¹⁹⁶ Sama heimild, bls. 42.

¹⁹⁷ Þórhildur Líndal, *Barnasáttmálinn*, bls. 14.

shall be a primary consideration“. Þannig hefur það sem er barni fyrir bestu ekki ófrávíkjanlegan forgang samkvæmt orðalagi frumtextans. Hagsmunir barnsins eru ekki alltaf eini þátturinn sem þarf að huga að. Sú staða gæti til að mynda komið upp að hagsmunir barnsins og önnur mannréttindi skarist, eða hagsmunir eins barns séu ekki samrýmanlegir hagsmunum annars barns. Þá þarf að vega og meta mikilvægi hvers um sig.¹⁹⁸ Barnaréttarnefndin hefur sagt að ávallt skuli taka til greina sjónarmiðið um það sem er barni fyrir bestu og láta það vega þungt við ákvarðanatöku.¹⁹⁹ Ef einstaka greinar Barnasáttmálans rekast á skal ávallt hafa hagsmuni barnsins að leiðarljósi. Hagsmunir barnsins skulu vera hafðir að leiðarljósi við lagasetningu, stjórnvaldsákvarðanir og allar aðrar ákvarðanir sem snerta börn.²⁰⁰ Séu hagsmunir barns ekki látnir ganga framar öðrum réttindum verður að gera grein fyrir ástæðum þess og rökstyðja slíka ákvörðun með sannfærandi hætti.²⁰¹ Annað er í ósamræmi við ákvæði Barnasáttmálans.²⁰²

Orðalagið „*skal ávallt hafa forgang þegar félagsmálastofnanir á vegum hins opinbera eða einkaaðila, dómstólar, stjórnvöld eða löggjafarstofnanir gera ráðstafanir varðandi börn*“ gefur til kynna að hagsmunir barnsins skuli vera hafðir að leiðarljósi á mjög breiðu sviði. Greinin tekur ekki einungis til opinberra stofnana heldur einnig til stofnana á vegum einkaaðila sem hafa með málefni barna að gera. Greinin á heldur ekki eingöngu við fjölskyldumálefni heldur gildir hún á öllum sviðum samfélagsins sem varðað geta börn.²⁰³

Barnaréttarnefndin hefur ítrekað að fara eigi eftir 3. gr. Barnasáttmálans þegar gerðar eru viðeigandi ráðstafanir á sviði löggjafar og stjórnsýslu, svo og á öðrum vettvangi, til að réttindi þau sem viðurkennd eru í Barnasáttmálanum komi til framkvæmda, sbr. 4. gr. Barnasáttmálans. Þegar gerðar eru ráðstafanir eða áætlunar sem varða börn ætti ávallt að hafa að leiðarljósi regluna um hagsmuni barnsins. Mikilvægt er að nægilegt fé sé veitt til stofnana sem hafa málefni barna undir höndum. Barnaréttarnefndin leggur áherslu á að til séu ákveðin verklagsferli innan

¹⁹⁸ Hodgkin og Newell, *IHCRC*, bls. 42-43.

¹⁹⁹ Börnerådet DK o.fl. „The best interest of the child in our time“, bls. 15.

²⁰⁰ Petrén, Alfild og Himes, James, *Children's rights: Turning principles into practice*, Stokkhólmur 2000, bls. 34.

²⁰¹ Hodgkin og Newell, *IHCRC*, bls. 43.

²⁰² Þórhildur Líndal, *Barnasáttmálinn*, bls. 14.

²⁰³ Sama heimild, bls. 14.

stjórnsýslunnar sem miða að því að hagsmunir barna séu tryggðir á sem bestan hátt.²⁰⁴

Barnaréttarnefndin hefur lagt ríka áherslu á að 3. gr. Barnasáttmálans og aðrar grundvallarreglur hans skuli koma fram í lögum aðildarríkja og taka eigi tillit til þeirra við alla ákvarðanatöku. Barnaréttarnefndin hefur bent á að reglan um hagsmuni barnsins skuli vera þannig í lögum aðildarríkja að einstaklingar geti byggt rétt á henni fyrir dómstólum. Algengt er að finna regluna í lögum sem snúa að ákvarðanatöku um einstakt barn t.d. í barnaverndarlögum.²⁰⁵ Sem fyrr segir er reglan sérstaklega lögfest bæði í barnalögum og barnaverndarlögum. Í íslenskri skólalöggjöf er auk þess að finna afbrigði reglunnar um það sem er barni fyrir bestu sem tekur til allra barna. Í lögum um grunnskóla nr. 91/2008 segir í 1. mgr. 2. gr., þar sem fjallað er um markmið laganna, að grunnskóli skuli leitast við að haga störfum sínum í sem fyllstu samræmi við *stöðu og þarfir nemenda og stuðla að alhliða þroska, velferð og menntun hvers og eins*. Í lögum nr. 90/2008 um leikskóla segir í 1. mgr. 2. gr. að í leikskólum skuli *velferð og hagur barna vera hafður að leiðarljósi í öllu starfi*.

Til að ákvarðanir stjórvalda séu í samræmi við það sem er barninu fyrir bestu verður að fara fram nákvæm greining á þeim þáttum sem skipta máli og mat á því hvað er barninu fyrir bestu áður en ákvörðun er tekin. Ef niðurstaðan er sú að taka eigi tillit til annarra þátta en þess sem er barni fyrir bestu skal eins og áður sagði rökstyðja það með fullnægjandi hætti.²⁰⁶

Barnasáttmálinn hefur að geyma almennar leiðbeiningar um hvað það er sem er barni fyrir bestu en ekki nákvæma skilgreiningu á hugtakinu. Hvert aðildarríki verður að útfæra nánar hvað átt er við með orðalaginu „*barni fyrir bestu*“. Það er gert í gegnum löggjöfina, reglugerðir og stjórvaldsfyrirmæli. Rannsóknir sem varða börn og þeirra eigin reynsla gefa mikilvægar vísbendingar um þekkingu í þeim tilgangi að skilgreina hvað er barni fyrir bestu.²⁰⁷ Í kafla 4.4. hér á eftir er nánar fjallað um þá þætti sem koma til skoðunar við mat á því hvað er barni fyrir bestu.

²⁰⁴ Hodgkin og Newell, *IHCRC*, bls. 43-45.

²⁰⁵ Sama heimild, bls. 45-46.

²⁰⁶ Börnerådet DK o.fl. „The best interest of the child in our time“, bls. 16.

²⁰⁷ Sama heimild, bls. 17.

4.3.2.1.2 2. mgr. 3. gr. Barnasáttmálans

Í 2. mgr. 3. gr. Barnasáttmálans segir að með hliðsjón af réttindum og skyldum foreldra eða annarra sem bera ábyrgð að lögum á börnum, skuldbindi aðildarríki sig til að tryggja börnum þá vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst og í því skyni skuli gera allar nauðsynlegar ráðstafanir á sviði löggjafar og stjórnsýslu. Greinin segir að taka verði tillit til réttinda og skyldna foreldra og annarra sem eru að lögum ábyrgir fyrir barni. Í 9. gr. Barnasáttmálans er fjallað um aðskilnað barns frá foreldrum og þar segir að aðildarríki skuli tryggja að barn sé ekki skilið frá foreldrum sínum gegn vilja þeirra, nema þegar lögbær stjórnvöld ákveði samkvæmt viðeigandi lögum og reglum um málsméðferð að aðskilnaður sé nauðsynlegur með tilliti til hagsmuna barnsins, enda sé sú ákvörðun háð endurskoðun dómsstóla.

Af lestri ákvæðanna má ráða að barn skuli ekki skilið frá foreldrum sínum nema slíkt sé nauðsynlegt með tilliti til hagsmuna barnsins. Þurfi að aðskilja barn og foreldra er mikilvægt að það sé gert með hagsmuni barnsins að leiðarljósi og að lögbær stjórnvöld taki slíka ákvörðun.²⁰⁸ Skylda aðildarríkja til að tryggja umönnun og velferð barna er ekki skilgreind neitt frekar. Ljóst er af lestri ákvæðisins að við ráðstafanir á sviði löggjafar og stjórnsýslu skal tekið tillit til réttinda og skyldna foreldra og annarra sem bera ábyrgð á barni að lögum. Ríki verða að vera með ákveðið velferðarkerfi sem virkar sem öryggisnet þegar foreldrar eða forráðamenn geta ekki eða vilja ekki vernda barn. Þannig tryggja ríki velferð barns við allar kringumstæður.²⁰⁹

Orðalag 2. mgr. 3. gr. tekur af öll tvímæli um það að engum málamiðlunum verði við komið og aðildarríki eigi að grípa til *allra* nauðsynlegra ráðstafana á sviði löggjafar og stjórnsýslu til að tryggja börnum þá vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst. Í 3. mgr. 76. gr. stjskr. er að finna sambærilegt ákvæði 2. mgr. 3. gr. Barnasáttmálans. Ákvæði 3. mgr. 76. gr. stjskr. kom inn í stjórnarskrána með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995 og í athugasemdum með frumvarpi til þeirra laga segir að ákvæðið sæki m.a. fyrirmynnd í 3. gr. Barnasáttmálans. Þar kemur einnig fram að með ákvæðinu sé einkum gert ráð fyrir að leggja þá skyldu á löggjafann að setja lög sem veiti börnum vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst.²¹⁰ Í 1. gr.

²⁰⁸ Hodgkin og Newell, *IHCRC*, bls. 47.

²⁰⁹ Sama heimild, bls. 46.

²¹⁰ *Alþingistíðindi*, A-deild, 1994-1995, bls. 2110.

bvl. er kveðið á um réttindi barns og skyldur foreldra og þar kemur fram að börn eigi rétt á vernd og umönnun.

Ákvæðið í stjórnarskránni er mikilvægt þar sem það undirstrikar að vernd barna skuli vera í fyrirrúmi og að réttindi annarra geti þurft að víkja ef hagsmunir barns krefjast þess.²¹¹ Þetta ákvæði er eina ákvæði stjórnarskrárinnar þar sem tilteknum hópi er veitt ákveðin vernd en erfitt er að skilgreina hvaða verndar og umönnunar velferð barna krefst. Við mat á því vegast á þau sjónarmið að annars vegar sé það barni fyrir bestu að vera hjá foreldrum sínum og fjölskyldu en hins vegar að ekki sé hægt að láta slæman aðbúnað og meðferð barna afskiptalausa.²¹²

4.3.2.1.3 3. mgr. 3. gr. Barnasáttmálans

Í 3. mgr. 3. gr. segir að aðildarríki skuli sjá til þess að stofnanir þar sem börnum skal veitt umönnun og vernd starfi í samræmi við reglur sem þar til bær stjórnvöld hafa sett, einkum um öryggi, heilsuvernd og fjölda og hæfni starfsmanna, svo og um tilhlýðilega yfirumsjón. Þannig verða að vera til reglur fyrir stofnanir, þjónustu og aðstöðu fyrir börn og ríkið verður að tryggja að þessum reglum sé fylgt eftir með ákveðnu eftirliti með aðilunum. Greinin nær ekki eingöngu til stofnana sem ríkið hefur sett á fót heldur einnig til stofnana sem reknar eru af einkaaðilum. Reglurnar verða að vera samræmdar og mega ekki mismuna aðilum, sbr. 2. gr. Barnasáttmálans, og verða þær jafnframt að vera í samræmi við aðrar greinar Barnasáttmálans.²¹³

Framkvæmd 3. mgr. 3. gr. felur í sér að aðildarríki verða að gera breytingar á lagaumhverfi sínu og tryggja það að í settum lögum og reglugerðum sé að finna reglur fyrir slíkar stofnanir og þjónustu, hvort sem um er að ræða stofnanir sem reknar eru af ríkinu eða einkaaðila.²¹⁴

4.4 Sjónarmið um það sem er barni fyrir bestu

4.4.1 Almennt

Skoða verður Barnasáttmálann í heild sinni til að finna út hvað sé barni fyrir bestu samkvæmt honum og setja verður önnur ákvæði hans í samhengi við 3. gr.²¹⁵ Þannig má sjá að það er t.d. barni fyrir bestu að: fá menntun (28. gr.), vera í

²¹¹ Barnaverndarstofa, „Handbók barnaverndarstofu 3. kafli: Nokkur grundvallaratriði í barnaverndarstarfi“. 4. apríl 2011.

²¹² Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur*, bls. 617-618.

²¹³ Hodgkin og Newell, *IHCRC*, bls. 47.

²¹⁴ Sama heimild, bls. 48.

²¹⁵ Börnerådet DK o.fl. „The best interest of the child in our time“, bls. 16.

tengslum við fjölskyldu sína (8. gr.), og þekkja og vera hugsað um af foreldrum sínum (7. gr.). Það er barni ekki fyrir bestu að: verða fyrir ofbeldi (19. gr.), að vera aðskilið frá foreldrum sínum (9. gr.) o.s.frv.²¹⁶

Viðmiðið um það hvað er barni fyrir bestu er breytilegt frá einum tíma til annars og frá einu samfélagi til annars og því hefur hvorki verið talið aeskilegt né gerlegt að reyna að skilgreina ákveðin alþjóðleg viðmið um það sem er barni fyrir bestu.²¹⁷ Þegar verið er að meta hvað er barni fyrir bestu verður alltaf að miða við hvern og einn einstakling og meta hverjar aðstæður sjálfstætt.²¹⁸ Það sem er barni fyrir bestu er einnig breytilegt eftir þroska barns og menningu þess samfélags sem barnið býr í.²¹⁹ Hvað barni er fyrir bestu endurspeglast oft í lögum aðildarríkja. Rannsóknir á málefnum barna auka við þekkingu og vitneskju um börn og málefni þeirra. Skoðanir barnanna sjálfra gefa einnig vísbendingu um það hvað sé barni fyrir bestu. Við mat á því hvað er barni fyrir bestu verður að taka tillit til skammtíma og langtíma áhrifa þeirra aðgerða sem beitt er.²²⁰

Barnaréttarnefndin hefur bent á þrenns konar mismunandi hagsmunárekstra sem geta komið upp þegar metið er hvaða hagsmuni skuli hafa að leiðarljósi við ákvarðanatöku stjórnvalda. Í fyrsta lagi þegar hagsmunir tveggja eða fleiri barna rekast á. Í öðru lagi þegar hagsmunir barns eru ekki í samræmi við óskir foreldra eða forráðamanna. Í þriðja lagi þegar árekstrar verða milli hagsmuna barns eða barna og annarra samfélagslegra hagsmuna.²²¹ Barnasáttmálinn veitir ekki einhlít svör um það hvernig leysa beri úr slíkum árekstrum milli mismunandi aðila. Oft er það viðkvæmt og erfitt að vega og meta hvaða hagsmunir skipta mestu máli og eiga að ráða niðurstöðu máls. Hagsmunir barns skulu þó hafðir að leiðarljósi við alla ákvarðanatöku sem varðar velferð þess.²²²

Í greinargerð með frumvarpi því sem varð að gildandi barnalögum er í athugasemdum við 34. gr. drepið á ýmis þau atriði sem á reynir og koma til skoðunar þegar dómarí þarf að taka ákvörðun um hjá hvoru foreldri forsjá barns skuli vera. Dómara ber að taka ákvörðun um forsjá barns eftir því sem barni er fyrir bestu og við mat á því geta eftirtalin atriði gefið vísbendingar um hvað það er: 1. Tengsl barns við

²¹⁶ Petrén og Himes, *Children's rights*, bls. 35.

²¹⁷ Börnerådet DK o.fl. „The best interest of the child in our time“, bls. 16.

²¹⁸ Sama heimild, bls. 34.

²¹⁹ Petrén og Himes, *Children's rights*, bls. 34.

²²⁰ Þórhildur Líndal, *Barnasáttmálinn*, bls. 14.

²²¹ Petrén og Himes, *Children's rights*, bls. 36.

²²² Sama heimild, bls. 38.

hvort foreldri um sig. 2. Dagleg umönnun og umsjá barns. 3. Persónulegir eiginleikar og hagir hvors foreldris um sig og svo barnsins. 4. Óskir barns. 5. Kyn og aldur barns. 6. Systkinahópur. 7. Húsnæðismál. 8. Liðsinni vandamanna hvors foreldris um sig. 9. Breyting á umhverfi. 10. Umgengni barns og forsjárlauss foreldris.²²³ Ætla má að sum þessara sjónarmiða geti einnig gefið stjórnvöldum og dómstólum vísbendingar um það hvað sé barni fyrir bestu við aðrar kringumstæður en þær sem kveðið er á um í barnalögnum. Gagnlegt gæti verið fyrir barnaverndaryfirvöld og dómstóla að líta til þessara þátta við ákvörðun á því hvort krefjast skuli vistunar barns utan heimilis og hvernig slík vistun verði þá framkvæmd. Þannig getur það skipt máli að stíá ekki í sundur systkinum og einnig er mikilvægt að barn búi við ákveðinn stöðugleika.

Við mat á því hvað er barni fyrir bestu er rétt að horfa til þess að það er bæði réttur og skylda foreldra og réttur barns að fá að búa saman og umgangast hvort annað. Stöðugleiki í uppvexti barns skiptir máli og barn á rétt á því að búa við þroskavænleg uppedisskilyrði og vera verndað fyrir ofbeldi og vanrækslu. Einnig er mikilvægt að hlusta á skoðanir barnsins og taka tillit til þess við ákvarðanatöku. Þetta eru þau sjónarmið sem helst þarf að líta til þegar metið er hverjir séu hagsmunir barns og hvað því sé fyrir bestu. Hér á eftir kemur umfjöllun um hvert og eitt þessara atriða.

4.4.2 Réttindi og skyldur foreldra og réttindi barnsins til stöðugleika

Foreldrar fara með forsjá barna sinna og í því felast ákveðin réttindi en einnig hvíla á foreldrum vissar skyldur. Hugtakið forsjá er þríþætt. Í fyrsta lagi er um að ræða rétt foreldra, í öðru lagi skyldur foreldra og í þriðja lagi rétt barnsins.²²⁴

Í V. kafla barnalaganna er kveðið á um foreldraskyldur og inntak forsjár. Af lestri 28. gr. bl., sem fjallar um inntak forsjár, má sjá hverjar eru skyldur foreldra. Þar er talið upp í sjö málsgreinum hvað felst í því að hafa forsjá barns. Þar segir í 1. mgr. að foreldrum beri að annast barn sitt og sýna því umhyggju og virðingu og gegna forsjár- og uppedisskyldum sínum svo sem best hentar hag barns og þörfum. Þá er í 2. mgr. kveðið á um að forsjá barns feli í sér skyldu foreldra til að vernda barn sitt gegn andlegu og líkamlegu ofbeldi og annarri vanvirðandi háttsemi. 3. mgr. fjallar um skyldu foreldra til að stuðla að því að barn fái menntun og lögmæta fræðslu. Í 4. mgr.

²²³ Alþingistíðindi, A-deild, 2002-2003, bls. 921-922.

²²⁴ Davíð Þór Björgvinsson, Barnaréttur, bls. 171

er kveðið á um rétt foreldra til að ráða persónulegum högum barns og ákveða búsetustað þess. 5. mgr. segir svo að barn eigi rétt á forsjá foreldra sinna, annars eða beggja, uns það verður sjálfráða og eru þeir forsjárskyldir við það. Af þessu má sjá að það eru fyrst og fremst foreldrar sem ráða hag barna sinna og taka ákvarðanir sem snerta hagsmuni þeirra.

Í dómsmálum sem varða barnavernd er stundum vísað til forsjárskyldna foreldra. Dæmi um slíkt er Héraðsdómur Reykjavíkur nr. U-3/2004 þar sem dómurinn rökstuddi heimild til vistunar barns utan heimilis m.a. með vísan til þess að móðir barnanna hefði við uppeldi þeirra ekki gætt þeirra skyldna sem lagðar væru á foreldra og forsjáraðila í 28. gr. barnalaga.

Í 1. gr. bvl. er kveðið á um réttindi barna og skyldur foreldra. Þar segir í 1. mgr. að börn eigi rétt á vernd og umönnun og að þau skuli njóta réttinda í samræmi við aldur sinn og þroska. Í 2. mgr. 1. gr. bvl. er svo kveðið á um að allir þeir sem hafa uppeldi og umönnun barna með höndum skuli sýna þeim virðingu og umhyggju og óheimilt sé með öllu að beita börn ofbeldi eða annarri vanvirðandi háttsemi. Þá ber foreldrum að sýna börnum sínum umhyggju og nærfærni og gegna forsjár- og uppeldisskyldum við börn sín með hagsmuni þeirra og þarfir að leiðarljósi. Foreldrum ber að búa börnum sínum viðunandi uppeldisaðstæður og gæta velfarnaðar þeirra í hvívetna. 2. mgr. 1. gr. bvl. kom inn í lögini með lögum nr. 52/2009. Breytingunni var ætlað að tryggja stöðu barna gagnvart foreldrum og forsjáraðilum og tiltaka með skýrum hætti að líkamlegar og andlegar refsingar gagnvart börnum séu óheimilar og refsivert athæfi.²²⁵ Einnig er kveðið á um rétt barna til að þekkja foreldra sína og njóta umönnunar í 7. gr. Barnasáttmálans. Ákvæði 9. gr. Barnasáttmálans verndar svo rétt barna til að vera ekki aðskilin frá foreldrum sínum.

Í 3. mgr. 4. gr. bvl. er kveðið á um að barnaverndarstarf skuli stuðla að stöðugleika í uppvexti barna. Í barnaverndarstarfi skal ávallt hafa að leiðarljósi að sem minnst röskun verði á lífi barns. Því ber að leitast við að styðja og styrkja fjölskylduna með þeim úrræðum sem lögini mæla fyrir um. Aðeins skal beita úrræðum sem lengra ganga þegar sýnt er að hin vægari úrræði komi ekki að haldi. Ávallt skal þó hafa það að leiðarljósi að hagsmunum og þörfum barnsins sé gætt.²²⁶ Barnaverndaryfirvöld eiga að nota úrræði laganna til að styðja og styrkja fjölskyldur til að foreldrar geti sinnt uppeldis- og umönnunarskyldum sínum. Með því getur barnið

²²⁵ Alþingistíðindi, A-deild, 2008-2009, bls. 4020-4021.

²²⁶ Alþingistíðindi, A-deild, 2001-2002, bls. 1811-1812.

búið áfram á heimili sínu með foreldrum sínum. Foreldrar eru þá aðstoðaðir við að gera uppeldisaðstæður barnsins viðunandi með það að leiðarljósi að það sé barni fyrir bestu að vera í umsjá foreldra sinna og að stöðugleiki ríki í uppvexti þeirra. Í áðurnefndum Hrd. 169/2010 rökstyður héraðsdómur þá niðurstöðu sína að fella úr gildi úrskurð barnaverndarnefndar um vistun barns utan heimilis í two mánuði með vísan til þess að það sé barninu fyrir bestu að það fái að dvelja hjá móður sinni og stjúpföður undir öflugu eftirliti barnaverndarnefndar og að með því móti sé stuðlað að stöðugleika í uppvexti barnsins.

Barnaverndaryfirvöld veita foreldrum aðstoð inni á heimili með það að markmiði að styrkja fjölskyldur í uppeldishlutverki sínu og efla færni foreldra til að hugsa um börnin sín. Á undanförnum árum hefur áhersla aukist á það á Vesturlöndum að reyna að efla færni foreldra og þjálfa þá.²²⁷ Í tilmælum Evrópuráðsins um stefnu til eflingar foreldrahæfni²²⁸ er foreldrahæfni skilgreind sem hegðun foreldra og gildismat sem byggist á því sem barninu er fyrir bestu. Í því felst að ala barn upp án ofbeldis og setja barni mörk þannig að barnið nái sem bestum mögulegum þroska. Með foreldrahæfni geta barnaverndaryfirvöld skilið betur þarfir barns á hverju þroskaskeiði og skyldur foreldra til þess að uppfylla þessar þarfir. Ef barnaverndaryfirvöld þurfa að hafa afskipti af fjölskyldum skal ávallt miða við hag barnsins og skoða í því sambandi rétt barnsins og þarfir, sem fram koma í Barnasáttmálanum.²²⁹

Samkvæmt tilmælum Evrópuráðsins um foreldrahæfni er það *réttur barns* að foreldrar sjái því fyrir öruggu umhverfi og sinni grunnþörfum þess. Í öðru lagi á barn rétt á því að foreldrar þess veiti því nærandi stuðning sem svarar þörf þess fyrir tilfinningalega næringu, öryggi og að því finnist það eiga heima í fjölskyldunni. Í þriðja lagi eiga foreldrar að veita barni kjölfestu og skýra fyrir því hvað er viðeigandi hegðun og vera barni góð fyrirmund. Í fjórða lagi á barn rétt á að foreldrar láti það njóta viðurkenningar, hlusti á það og veiti því andsvör. Í fimmta lagi á barn rétt á því að

²²⁷ Tekið af heimasíðu Barnaverndarstofu, 15. apríl 2011. Aðgengileg á:
<http://bvs.is/?s=9&m=1&id=342>

²²⁸ Recommendation Rec (2006) 19 of the Committee of Ministers to member states on policy to support positive parenting.

²²⁹ Tilmæli Evrópuráðsins til aðildarríkjanna nr. 19/2006 um stefnu til eflingar foreldrahæfni, „Foreldrahæfni í Evrópu samtímans: leiðbeiningar handa fagfólk“ , bls. 1. Aðgengilegt á:
<http://www.bvs.is/files/file515.pdf>

foreldrar eflí sjálfsvitund þess og stuðli með því að sjálfsstjórn þess og sjálfsaga og auki hæfni þess til að hafa áhrif á skoðanir og hegðun annarra.²³⁰

Í tilmælum Evrópuráðsins um foreldrahæfni kemur fram að það sé *ábyrgð foreldra* að; sjá barni fyrir grunnþörfum t.d. næringu, húsaskjóli og læknispjónustu, að tryggja öryggi barnsins og vernda það gegn hættum, tryggja að tilfinningalegum þörfum barns sé fullnægt, örva barnið til náms og lærðoms, veita barninu leiðsögn og setja því mörk og tryggja barninu traust fjölskyldulíf.²³¹

Tilmæli Evrópuráðsins leggja áherslu á jákvæðar uppeldisaðferðir og aga án ofbeldis. Með því að kenna foreldrum betri leiðir til þess að ala upp börn sín er hægt að stuðla að því að börn geti verið í umsjá foreldra sinna. Markmiðið er að barn njóti samvista við foreldra sína. Þannig eru réttindi barns og foreldris vernduð og stuðlað að stöðugleika í uppvexti barns.

Stundum geta hagsmunir barns verið fólgir í því að það sé vistað utan heimilis. Það er t.d. óviðunandi að barn búi við aðstæður þar sem velferð þess er hætta búin vegna ofbeldis eða annarrar slíkrar háttsemi. Ákvarðanir barnaverndaryfirvalda geta verið í bága við vilja foreldra og skal þá vilji þeirra víkja fyrir hagsmunum barnsins.²³² Sé hagsmunum barns hætta búin skal reglan um stöðugleika í lífi barns ekki ganga framar þörf barnsins til verndar.

Eins og áður kom fram hefur Mannréttindadómstóllinn talið að vistun barns utan heimilis skuli vera tímabundin lausn og miða skuli að því að sameina fjölskyldur aftur þegar aðstæðurnar sem ollu því að barn var vistað utan heimilis og stefndu heilsu barns og þroska í hættu hafi lagast. Þegar aðgerðir stjórnvalda miða að því að sameina fjölskylduna aftur er unnið með það að leiðarlíði að það sé börnum fyrir bestu að alast upp við stöðugleika og með foreldrum sínum.²³³

Ef langur tími hefur liðið frá því að barn var vistað utan heimilis og barnið er ekki í góðum tengslum við foreldra sína er það ekki endilega alltaf barninu fyrir bestu að fara aftur til foreldranna. Hafi barn myndað tengsl við fósturforeldra sína og líður vel í fóstri lítur Mannréttindadómstóllinn svo á að þörf barnsins fyrir stöðugleika sé mikilvægari en réttindi foreldranna samkvæmt 8. gr. MSE. Þá er hægt að réttlæta takmörkun á friðhelgi fjölskyldulífs með vísan til þess að þörf barnsins fyrir

²³⁰ Sama heimild, bls. 2-3.

²³¹ Sama heimild, bls. 3-4.

²³² Börnerådet DK o.fl. „The best interest of the child in our time“, bls. 41.

²³³ Dómur MDE í máli *Kutzner* gegn *Þýskalandi* frá 26. febrúar 2002. Reports of Judgments and Decisions 2002-I, mgr. 66-67.

stöðugleika falli undir skilyrði 2. mgr. 8. gr. um að vera nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi.²³⁴

Í máli *Olsson* gegn *Svíþjóð* (nr. 2) höfðu sænsk stjórnvöld meinað foreldrum að taka börn sín af fósturheimilum eftir að ákvörðun um vistun utan heimilis hafði verið felld úr gildi. Ennfremur höfðu stjórnvöld takmarkað verulega umgengni foreldra við börnin. Rökin sem færð voru fyrir þessum ákvörðunum af hálfu sænskra stjórnvalda voru einkum þau að þessi breyting á högum barnanna kynni að valda þeim varanlegu heilsutjóni þar sem þeim liði vel á fósturheimilunum og þau hefðu myndað sterk tengsl við fósturforeldra sína. Mannréttindadómstóllinn taldi að ekki hefði verið brotið gegn 8. gr. MSE með því að banna foreldrúnunum að taka börnin af fósturheimilunum. Talið var að markmið aðgerða stjórnvalda í *Svíþjóð* væri lögmætt og vísaði Mannréttindadómstóllinn í því sambandi til hagsmuna og velferðar barnanna.²³⁵

Í Hrd. 196/1997 kemur glögglega í ljós hversu mikil áhersla er lögð á stöðugleika í uppvexti barna, hvort sem sá stöðugleiki fæst með því að börn búi á heimili foreldra undir þeirra forsjá eða eru vistuð utan heimilis. Í málinu taldi Hæstiréttur rétt að svipta móður forsjá barna sinna þar sem að stuðningur barnaverndarnefndar hefði ekki borið nægjanlegan árangur. Í dómnum segir: „*Til þess að uppeldið megi lánast, verða þeir, sem það eiga að annast, að hafa forsjá barnanna, svo að þeim gefist kostur á að setja þeim nauðsynleg mörk og ráða dvalarstað þeirra. [...] Við þessar aðstæður verða réttindi áfrýjanda sem foreldris að víkja fyrir brýnum þörfum barna hennar til stöðugleika og andlegs þroska.*“²³⁶ Hæstiréttur veitti fósturforeldrum barnanna forsjá þeirra til að hægt væri að stuðla að stöðugleika í uppvexti barnanna.

Meginreglan á að vera sú að barn í fóstri umgangist kynforeldra sína nema slíkt sé andstætt þörfum þess. Kveðið er á um rétt barns til umgengni við kynforeldra í 1. mgr. 74. gr. bvl. Í Hrd. 511/1998 hafnaði Hæstiréttur kröfu móður um að úrskurður barnaverndaryfirvalda um forsjársviptingu yrði felldur úr gildi. Hæstiréttur féllst á varakröfu móðurinnar um að felldur yrði úr gildi úrskurður barnaverndaryfirvalda um inntak umgengnisréttar hennar við son sinn, enda var ekki

²³⁴ Dómur MDE í máli *Kutzner* gegn *Þýskalandi* frá 26. febrúar 2002. Reports of Judgments and Decisions 2002-I, mgr. 66-67. Dómur MDE í máli *Keegan* gegn *Írlandi*, frá 26. maí 1994. Series A. 290, mgr. 55

²³⁵ Dómur MDE í máli *Olsson* gegn *Svíþjóð* (nr. 2) frá 27. nóvember 1992. Series A. 250, mgr. 79, 84 og 87.

²³⁶ Sjá Hrd. 196/1997. Kafli V.

talið að sýnt hefði verið fram á nauðsyn þess að takmarka umgengnina svo mjög sem gert hafði verið. Að mati Hæstaréttar á að reyna að viðhalda tengslum milli barns og kynforeldris þegar barn er í fóstri enda er það réttur barnsins að umgangast foreldra sína.

Á grundvelli 2. mgr. og 4. mgr. 74. gr. bvl. er heimilt að úrskurða að foreldri njóti ekki umgengnisréttar ef sérstök atvik valda því að umgengni barns við foreldra sé andstæð hag þess og þörfum. Í úrskurði kærunefndar barnaverndarmála nr. 13/2009 kærði faðir úrskurð barnaverndarnefndar Reykjavíkur um að hann hefði engan umgengnisrétt við barn sitt í fóstri. Var það mat kærunefndarinnar að það þjónaði á engan hátt hagsmunum barnsins að umgangast kynföður sinn og að slík umgengni gæti beinlínis stofnað í hættu hagsmunum þess og raskað því öryggi og ró sem það hafi öðlast í fóstrinu. Úrskurður barnaverndarnefndar var því staðfestur.

4.4.3 Vernd gegn vanrækslu og ofbeldi

Foreldrum ber að gegna forsjár- og uppeldisskyldum eftir því sem best hentar hag barns og þörfum. Áhersla er lögð á að foreldrar sýni barni sínu umhyggju og nærfærni. Í uppeldisstarfi eiga foreldrar að beita umræðum og leiðbeiningum en ekki líkamlegum refsingum.²³⁷

Það sem barni er fyrir bestu er nátengt þörf barnsins fyrir vernd og umönnum. Börn ber að vernda fyrir ofbeldi, misnotkun, vanrækslu og hvers konar annarri niðrandi háttsemi. Misnotkun og slæm meðferð á barni er ekki einkamál foreldranna heldur félagslegt vandamál og stjórnvöldum ber skylda til að vernda börn gegn slíku.²³⁸ Á árum áður var það ekki óalgent að foreldrar notuðu líkamlegar refsingar til að aga börn sín. Í dag eru aftur á móti flestir sammála um að ekki skuli beita barn ofbeldi og líkamlegum refsingum. Löggjöf allra Norðurlandanna leggur t.a.m. bann við líkamlegum refsingum.²³⁹

Í dóum Mannréttindadómstólsins hefur einnig komið fram að börn skuli eiga rétt á vernd ríkisins fyrir ofbeldi af hálfu foreldra eða annarra. Hagsmunir barnsins

²³⁷ Anni G. Haugen, „Beiting úrræða í barnaverndarmálum, mörkin milli stuðnings og þvingunar og ákvörðunarferlið. Hlutur Íslands í norrænni samanburðarrannsókn.“ Barnaverndarstofa, ritröð 1, 2004, bls. 5. Aðgengileg á: <http://bvs.is/files/file149.pdf>

²³⁸ Börnerådet DK o.fl. „The best interest of the child in our time“, bls. 28.

²³⁹ Sama heimild, bls. 28.

felast m.a. í að vernda það fyrir ofbeldi og þeir hagsmunir skulu ganga framar rétti foreldra til fjölskyldulífs.²⁴⁰

4.4.3.1 Vanræksla

Í vanrækslu felst að umönnun barns er ábótavant og foreldrar stefna hagsmunum barns endurtekið í hættu með sinnuleysi sínu.²⁴¹ Vanræksla skiptist í þrjá flokka. Í fyrsta lagi er um að ræða líkamlega vanrækslu. Þá getur verið um það að ræða að fæði, klæði eða hreinlæti er ábótavant. Í öðru lagi er um að ræða vanrækslu varðandi umsjón og eftirlit. Dæmi um slíka vanrækslu er þegar barn er skilið eftir á stað þar sem lífi þess og heilsu er stefnt í hættu. Í þriðja lagi er um að ræða tilfinningalega, sálræna eða hugræna vanrækslu. Dæmi um slíkt er þegar forsjáraðili bregst seint eða illa við þörfum barns síns.²⁴²

Flest þeirra mála sem koma fyrir héraðsdóm og Hæstarétt vegna kröfu um tímabundna vistun utan heimilis eða forsjárstíptingu varða vanrækslu foreldra vegna langvarandi vímuefnaneyslu. Barn hefur þá í mörgum tilvikum búið við áralanga vanrækslu og á orðið við mikla andlega vanlíðan og hegðunarferfiðleika að stríða. Málsatvik í Héraðsdómi Reykjavíkur U-1/2003 er gott dæmi um það hvernig vanræksla hefur áhrif á börn og hversu mikið þarf oft að vera búið að ganga á til að fá börn vistuð utan heimilis. Málsatvik voru þau að móðir þriggja ára drengs var í mikilli vímuefnaneyslu. Barnaverndarnefnd hafði haft afskipti af henni frá árinu 2001, eða allt frá fimm mánaða aldri drengsins. Barnaverndarnefndin taldi móðurina ófæra um að axla ábyrgð á og sinna þörfum sonar síns. Af þeim sökum hafði hann frá fæðingu verið vistaður fimm sinnum utan heimilis. Drengurinn hafði m.a. orðið vitni að móður sinni ganga berserksgang á heimili þeirra og skera föður hans ítrekað með hníf. Vanræksla móðurinnar hafði gríðarleg áhrif á sáarlíf drengsins og varð hegðun drengsins svo erfið að honum var vísað úr leikskóla. Barnaverndarnefndin lagði til við móðurina að hún færi í viðurkennda áfengismeðferð og héldi vímuefnabindindi eftir það. Móðirin vildi ekki samþykkja það og því krafðist barnaverndarnefndin þess fyrir dómi að drengurinn yrði vistaður utan heimilis í 12 mánuði, enda var það að mati

²⁴⁰ Dómur MDE í máli *Juppala* gegn *Finnlandi* frá 2. desember 2008, málsg. 41. Aðgengilegur á: www.echr.coe.int

²⁴¹ Freydís Freysteinsdóttir, „Ófullnægjandi umönnun og uppeldisskilyrði barna: ofbeldi og vanræksla“, *Uppeldi*, 13(4), 2000, bls. 51.

²⁴² Freydís Freysteinsdóttir, „Skilgreiningar og flokkun á misfellum á umönnun og uppeldisskilyrðum barna“. Í Friðrik H. Jónsson, *Rannsóknir í félagsvísindum IV*, erindi flutt á ráðstefnu í febrúar 2003, Félagsvísindadeild Háskóla Íslands, Háskólaútgáfan 2003, bls. 183-186.

nefndarinnar sá lágmarkstími sem þurfti til að sjá hvort móðirin héldi vímuefnabindindi sitt. Dómurinn féllst ekki á kröfu barnaverndarnefndarinnar. Dómarinn taldi að ekki hefði verið sýnt fram á, með þeim gögnum sem lögð voru fyrir dóminn, að högum móðurinnar, þar með talið vímuefnaneyslu, hafi verið þannig háttað að réttlætanlegt væri að vista son hennar lengur utan heimilis hennar en þegar var orðið. Úrskurðurinn var ekki kærður til Hæstaréttar. Mál þessa drengs kom aftur fyrir dómstóla rúmlega ári síðar. Í Hrd. 413/2005 staðfesti Hæstiréttur héraðsdóm þar sem fallist var á kröfu barnaverndarnefndar um forsjársviptingu móðurinnar. Drengurinn hafði eftir úrskurð héraðsdóms, árið 2004, farið aftur til móður sinnar. Móðirin féll á vímuefnabindindi þremur mánuðum eftir að hún fékk drenginn til sín. Í þetta sinn féllst héraðsdómur á kröfu barnaverndarnefndar um forsjársviptingu með vísan til þess að drengurinn hefði þörf fyrir stöðugleika í uppvexti og betri umönnun en hann hefði búið við hingað til.

Rannsóknir hafa sýnt að langtíma vanræksla hefur alvarleg áhrif á barn, svo alvarleg að barnið getur beðið varanlegan skaða. Algengt er að börn sem alast upp við líkamlega og tilfinningalega vanrækslu þroskist ekki eðlilega og greind þeirra er oft undir meðallagi. Börn sem búa við vanrækslu eiga oft við félagsleg og andleg vandamál að stríða, svo sem kvíða og þunglyndi. Flest þeirra barna sem búa við langvarandi vanrækslu sýna hegðunarvanda. Þá hafa langtímarannsóknir sýnt að börn sem alin eru upp við vanrækslu eru líklegrar til þess að eiga við vímuefnavanda að stríða, fremja oft afbrot og flosna upp úr skóla.²⁴³

Mikilvægt er að koma í veg fyrir að barn búi við vanrækslu í langan tíma til að hægt sé að koma í veg fyrir að það bíði varanlegan skaða af slíku. Með því að hafa hagsmuni barnsins að leiðarljósi ættu börn ekki að þurfa að búa við vanrækslu þar sem hagsmunir barnsins til verndar gegn slíku eiga að ganga framar hagsmunum foreldranna.

4.4.3.2 Ofbeldi

Eins og áður hefur verið vikið að var gerð breyting á 2. mgr. 1. gr. bvl. með lögum nr. 52/2009. Í barnaverndarlögunum er nú skýrt kveðið á um að óheimilt sé með öllu að beita barn ofbeldi eða annarri vanvirðandi háttsemi. Í Hrd. 506/2008 var niðurstaða dómsins sú að í 1. mgr. 99. gr. barnaverndarlagha hefði ekki verið lagt fortakslauast

²⁴³ Miller-Perrin, Cindy L. og Perrin, Robin D., *Child maltreatment: an introduction* (2. útgáfa), London 2007, bls. 185-191.

bann við því að foreldri eða annar maður með samþykki foreldrís beiti barn líkamlegum aðgerðum til að bregðast við óþægð. Hæstiréttur taldi að refsinæmi slíkrar háttsemi væri háð því að aðgerð þess sem beitir barn líkamlegum refsingum yrði að vera til þess fallin að skaða barnið andlega eða líkamlega. Lögum nr. 52/2009 er m.a. ætlað að bregðast við þessum dómi. Sú breyting að taka fram að fortakslaust bann sé við því að beita börn ofbeldi er til þess fallin að veita börnum frekari vernd en áður var gert og er í samræmi við ákvæði Barnasáttmálans.²⁴⁴

Ákvæði 19. gr. Barnasáttmálans gerir kröfu um vernd barna gegn hvers kyns líkamlegu og andlegu ofbeldi, hvort sem barnið er í umsjá foreldra eða annarra. Um er að ræða meginreglu sem tengist réttinum til lífs og að það skuli eftir fremsta megni tryggt að börn megi lifa og þroskast, sbr. 6. gr. Barnasáttmálans.²⁴⁵ Barnaréttarnefndin hefur skilgreint líkamlegar refsingar sem allar þær refsingar þar sem beitt er líkamlegu valdi með það að markmiði að valda einhverjum sársauka eða óþægindum, sama hversu smávægilegum. Undir það falli meðal annars að slá barn, þ.m.t. löðrunga, lemja og rassskella, ýmist með hendi eða öðru. Barnaréttarnefndin hefur undirstrikað að andlegt ofbeldi sé einnig ofbeldi sem vernda þurfi barn fyrir. Þannig þarf ekki líkamlega snertingu til að refsing eða háttsemi teljist grimmileg og/eða vanvirðandi, heldur er nóg að hóta barni eða hræða það, gera lítið úr barni eða niðurlægja það.²⁴⁶

Hægt er að skipta ofbeldi í þrjá flokka. Í fyrsta lagi er um að ræða tilfinningalegt, sálrænt eða hugrænt ofbeldi. Forsjáraðili leggur það þá í vana sinn að koma fram við barn á ómanneskjulegan eða niðurlægjandi hátt. Í öðru lagi er um að ræða líkamlegt ofbeldi þegar forsjáraðili meiðir barn sitt viljandi. Mikilvægt er að ganga úr skugga um hvort meiðslin séu viljandi og hvort foreldri gat séð það fyrir að hann myndi meiða barnið. Dæmi um líkamlegt ofbeldi er þegar forsjáraðili slær barn, kýlir það, sparkar í það, brennir það eða hristir. Í þriðja lagi er um að ræða kynferðislegt ofbeldi.²⁴⁷

Rannsóknir hafa sýnt að það hefur skaðleg áhrif á andlega heilsu barna að verða þolendur ofbeldis en einnig að búa við óbeint ofbeldi. Þannig hefur það neikvæð áhrif á börn að búa á heimilum þar sem annað foreldrið beitir hitt foreldrið

²⁴⁴ Alþingistíðindi, A-deild, 2008-2009, bls. 4020-4021.

²⁴⁵ Þórhildur Líndal, *Barnasáttmálinn*, bls. 38.

²⁴⁶ Hodgkin og Newell, *IHCRC*, bls. 260-261.

²⁴⁷ Freydís Freysteinsdóttir, „Skilgreiningar og flokkun á misfellum“, bls. 186-189.

ofbeldi.²⁴⁸ Börn sem búa við ofbeldi eiga oft við þunglyndi og kvíða að stríða og sýna oft mikil hegðunarvandamál. Á unglingsárum aukast líkurnar á því að þessi börn sýni áhættuhegðun.²⁴⁹

Af lestri yfir úrskurði barnaverndar Reykjavíkur má sjá að barnaverndarnefndin bregst hart við þegar um er að ræða grun um að börn verði fyrir ofbeldi innan veggja heimilisins. Börn eru án tafar vistuð utan heimilis í slíkum tilvikum þótt ekki sé búið að reyna stuðningsaðgerðir inni á heimili. Dæmi um slíkt má nefna dóm Héraðsdóms Reykjavíkur nr. U-2/2010. Málsatvik voru þau að grunur lék á að mjög ung börn hefðu verið beitt ofbeldi innan veggja heimilisins sem orsakaði fleiri en eitt beinbrot hjá báðum börnum. Báðir foreldrar höfðu réttarstöðu grunaðra í rannsókn löggreglu. Niðurstaða héraðsdóms var sú að reglunni um meðalhóf hefði verið fullnægt þar sem búið var að vista börnin utan heimilis með samþykki móðurinnar áður en til úrskurðar barnaverndarnefndar um vistun utan heimilis kom. Í þessu máli höfðu ekki verið reynd stuðningsúrræði inni á heimili enda talið að slík úrræði dygðu ekki til að tryggja öryggi barnanna. Hagsmunir barnanna voru látnir ráða niðurstöðu málsins. Þessi dómur er ekki í samræmi við niðurstöðu Hæstaréttar í Hrd. 169/2010 sem nefndur var hér að framan. Þar var talið að stuðningsúrræði inni á heimili dygðu til að vernda barn gegn því að verða fyrir frekara ofbeldi innan veggja heimilisins. Barnaverndaryfirvöld í báðum málum brugðust þó skjótt við og kröfðust þess að börnin yrðu vistuð utan heimilis vegna þess að hagsmunir barnsins yrðu ekki tryggðir á annan hátt.

Samkvæmt íslenskum lögum og Barnasáttmálanum eiga börn ófrávíkjanlegan rétt til verndar gegn ofbeldi. Þegar grunur vaknar um að börn séu beitt ofbeldi af foreldrum verða barnaverndaryfirvöld að bregðast við með skjótum hætti til að koma barninu úr þeim aðstæðum.

4.4.4 Sjónarmið barnsins

Mat á því sem er barni fyrir bestu byggist á mati á öllum aðstæðum og ekkert eitt atriði vegur þar almennt þyngra en önnur. Taka þarf tillit til þátta eins og kyns, aldurs, þroska og einstaklingsgetu hvers barns áður en ákvörðun er tekin. Þessir þættir geta oft sagt til um hvað barni er fyrir bestu. Í 2. mgr. 4. gr. bvl. er kveðið á um að mikilvægt sé að taka tillit til sjónarmiða og óska barns eftir því sem aldur þess og

²⁴⁸ Hodgkin og Newell, *IHCRC*, bls. 260.

²⁴⁹ Perrin og Perrin, *Child maltreatment*, bls. 90

þroski gefur tilefni til. Reglan í 2. mgr. 4. gr. bvl. er ekki miðuð við að barn hafi náð tilteknum aldri heldur verður rétturinn ríkari með vaxandi þroska. Ákvæðið er í samræmi við 12. gr. Barnasáttmálans.²⁵⁰

Samkvæmt 12. gr. Barnasáttmálans skal barn alltaf eiga kost á að tjá sig um mál er það varðar og koma sínu sjónarhorni á framfæri. Hinir fullorðnu verða að horfa á heiminn í gegnum augu barnsins og hlusta á það til að geta sagt til um og greint sjónarhorn barnsins. Þó skal ekki leggja þá skyldu á barn að tjá sig um mál þegar það vill það alls ekki. Sumar aðstæður eru barni mjög erfiðar og taugatrekkjandi og því ekki rétt að leggja á það skyldu til að tjá sig um mál ef það er andvígત því. Einnig er mikilvægt að börn fái allar þær upplýsingar um mál sem það varðar. Upplýsingarnar verða þó að vera í samræmi við aldur barns og þroska. Barnið verður einnig að fá að vita hverjar séu afleiðingar mismunandi ákvarðana sinna.²⁵¹

Oft er erfitt að greina vilja barnsins og getur hann verið breytilegur eftir því í hvaða aðstæðum barn er eða í kringum hvaða fólk það er. Það er þó mikilvægt að barnið fái að tjá sig þegar verið að er ákveða hvað er því fyrir bestu. Réttur barnsins til að láta skoðanir sínar í ljós er ekki bundinn neinum aldursmörkum. Börn geta myndað sér skoðun allt frá unga aldri.²⁵² Með auknum aldri og þroska ætti sjónarmið barnsins að skipta meira máli. Ávallt skal þó taka mið af því sem barn segir en taka skal tillit til aldurs þess og þroska.²⁵³ Vilji barnsins endurspeglast í því hvernig barnið skynjar veröldina og aðstæðurnar sem það er í. Þetta er hin huglæga afstaða barnsins.²⁵⁴

Rannsóknir auka þekkingu samfélagsins á þörfum og viðhorfum barna. Þegar safnað er saman gögnum um börn og þroska þeirra fást betri upplýsingar sem leiðbeint geta um það hverjar eru þarfir þeirra og hvernig þau hugsa. Slíkar rannsóknir hjálpa þannig til við mat á því hver raunverulegur vilji barns er og hvað því sé fyrir bestu. Rannsóknir á sviði sálfræði, líffræði og erfðafræði veita sýn inn í hugarheim barns og hver þroski þeirra og geta á mismunandi aldri er.²⁵⁵ Þegar teknar eru ákvarðarnir sem snerta börn með hagsmuni þeirra að leiðarljósi er mikilvægt að hafa í huga slíkar rannsóknir.

²⁵⁰ *Alþingistíðindi*, A-deild, 2001-2002, bls. 1811.

²⁵¹ Börnerådet DK o.fl. „The best interest of the child in our time“, bls. 39-40.

²⁵² Þórhildur Líndal, *Barnasáttmálinn*, bls. 27.

²⁵³ Petrén og Himes, *Children's rights*, bls. 36.

²⁵⁴ Börnerådet DK o.fl. „The best interest of the child in our time“, bls. 26.

²⁵⁵ Sama heimild, bls. 26-27.

Mannréttindadómstóllinn hefur vísað til vilja barnsins til stuðnings niðurstöðum sínum.²⁵⁶ Hæstiréttur hefur einnig vísað til vilja barnsins og að taka skuli mið af honum, sérstaklega eftir því sem barnið eldist. Í áðurnefndum Hrd. 217/2010 vísaði héraðsdómur, sem staðfestur var af Hæstarétti með vísan til forsendna hans, til þess að einarður vilji 17 ára stúlku sé að vera vistuð á fósturheimili. Að teknu tilliti til vilja stúlkunnar og aldurs hennar taldi dómurinn að rétt væri að verða við kröfum barnaverndarnefndar um vistun stúlkunnar utan heimilis.

Í áðurnefndum Hrd. 420/2004 skilaði einn dómarí sératkvæði þar sem hann vildi ekki staðfesta úrskurð um tímabundna vistun barna utan heimilis, m.a. með vísan til þess að börnin sem um ræddi lýstu yfir mjög eindregnum vilja sínum til að vera ekki vistuð utan heimilis móður sinnar. Dómarinn taldi að ákvörðun sem tekin væri gegn vilja þeirra allra væri of íþyngjandi og þungbær fyrir móður og börn.

Vilji barnsins skiptir því miklu við mat á því hvernig leysa skuli úr málum sem varða börn. Barn á samkvæmt 3. mgr. 55. gr. bvl. að eiga rétt á að tjá sig við meðferð máls fyrir dómi. Stjórnvöld og dómstólar ættu því ávallt að meta það hverjir séu hagsmunir barnsins og hvað því sé fyrir bestu út frá sjónarmiði þeirra sjálfra, að teknu tilliti til aldurs þeirra og þroska. Hagsmunir barns eru best tryggðir ef barnið fær að koma sínum sjónarmiðum á framfæri og tekið er tillit til þeirra við ákvarðanatöku.²⁵⁷

4.5 Reglan um hagsmuni barnsins í framkvæmd

Í álti Umboðsmanns Alþingis í máli nr. 661/1992 kom fram að ef stjórnvöld eða dómstólar ætla að skerða réttinn til friðhelgi fjölskyldulífs verði að byggja slíka ákvörðun á greinagóðum rökstuðningi með tilvísun til lagaákvæða sem við eiga. Almenn staðhæfing um það, hvað sé barni fyrir bestu, án frekari útskýringar sé ekki nægjanlegur rökstuðningur.²⁵⁸

Mannréttindadómstóllinn hefur vísað til Barnasáttmálans í dóum sínum og talið að ekki sé um að ræða brot á 8. gr. MSE ef ákvarðanir stjórnvalda eru teknar með hagsmuni barns að leiðarljósi.²⁵⁹ Stjórnvöldum í aðildarríkjum

²⁵⁶ Dómur MDE í málunum *Bronda gegn Ítalíu*, frá 9. júní 1998. Reports, 1998-IV, mgr. 62.

²⁵⁷ Börnerádet DK o.fl. „The best interest of the child in our time“, bls. 17.

²⁵⁸ Álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 661/1992. Aðgengilegt á:

<http://www.umbodsmaduralthingis.is/skýrslur/skoda.asp?Lykill=42&Skoda=Mal>

²⁵⁹ Þórður Líndal, „Skýrsla um dóma Mannréttindadómstóls Evrópu þar sem vísað er til Barnasáttmála Sameinuðu þjóðanna o.fl.“, Forsætisráðuneytið 2007. Aðgengilegt á:

Mannréttindasáttmálans er því heimilt að takmarka friðhelgi fjölskyldulífs með vísan til þess að takmörkunin sé nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna hagsmuna barns.²⁶⁰ Að mati Mannréttindadómstólsins verða stjórnvöld aðildarríkja að sýna fram á að hagsmunir barns hafi verið í húfi og að nauðsynlegt hafi verið að takmarka friðhelgi fjölskyldulífs, til þess að ákvörðun sé réttlætanleg með vísan til þess að takmörkun hafi verið barninu fyrir bestu.²⁶¹

Þó svo að meginreglan sé sú að ávallt skuli reyna að beita stuðningsúrræðum inni á heimili barns áður en gripið er til þvingunarúrræða er slíkt ekki alltaf gerlegt með tilliti til hagsmuna barnsins. Hæstiréttur hefur fallist á vistun barns utan heimilis þó svo að ekki hafi verið látið reyna á stuðningsúrræði innan veggja heimilisins áður. Í áðurnefndum Hrd. 697/2010 féllst meirihluti Hæstaréttar á kröfu um að vista nýfætt barn utan heimilis án þess að reynd hefðu verið stuðningsúrræði inni á heimili fyrst. Meirihluti dómsins taldi að sýnt hefði verið fram á að móðirin væri óhæf til að sinna forsjárskyldum sínum. Reynt hefði verið að veita henni stuðning á meðan barnið dvaldi á spítalanum eftir fæðinguna (í 7 vikur) en hún ekki þegið þá aðstoð sem henni bauðst. Hæstiréttur taldi heimilt að vista barnið utan heimilis og tók mið af hagsmunum barnsins í niðurstöðu sinni en ekki því að ekki hefðu verið reynd vægari úrræði áður.

Hæstiréttur hefur í niðurstöðum sínum vísað til hagsmuna barns og fallist á vistun barns utan heimilis á grundvelli þess að slíkt væri nauðsynlegt með tilliti til hagsmuna þess barns sem um ræddi. Í áðurnefndum Hrd. 217/2010 krafðist barnaverndarnefnd þess að stúlka yrði vistuð utan heimilis á grundvelli þess að brýnir hagsmunir hennar krefðust þess. Stúlkan bar föður sinn sökum um alvarlegt kynferðislegt ofbeldi gegn sér. Ekki var gefin út ákæra á hendur föðurnum þar sem sönnunarstaða málsins fullnægði ekki skilyrðum laga um meðferð sakamála um líkindi til sakfellingar. Barnaverndarnefndin taldi samt sem áður að nauðsynlegt væri að vista stúlkuna utan heimilis þar sem rétt væri að láta hana njóta vafans um að ásakanir hennar á hendur föður hennar væru á rökum reistar. Í héraðsdómi, sem staðfestur var af Hæstarétti, var fallist á kröfu barnaverndarnefndarinnar um vistun stúlkunnar utan heimilis í sex mánuði og vísaði dómurinn til 1. gr. og 4. gr. bvl.

http://www.forsaetisraduneyti.is/media/Skyrslur/Skyrsla_um_doma_Mannrettindadomstols_Europu.pdf

²⁶⁰ Merrills, John Graham og Robertson, Arthur Henry, *Human rights in Europe: a study of the European Convention on Human rights* (4. útgáfa), Manchester 2001, bls. 147.

²⁶¹ Dómur MDE í málinu *Bronda* gegn *Ítalíu*, frá 9. júní 1998. Reports 1998-IV, málgr. 59 og 62. og dómur MDE í máli *Söderbäck* gegn *Svíþjóð*, frá 28. október 1998. Reports 1998-VII, mgr. 26.

Meginreglan er sú að sé málsméðferðarreglum og/eða efnisreglum stjórnsýslulaga ekki fylgt sé unnt að ógilda ákvörðun stjórnvalds. Þessi meginregla sætir takmörkunum í barnaverndarmálum þar sem það eru ekki alltaf hagsmunir barnsins að ákvörðun stjórnvalds sé ógilt jafnvel þótt réttum málsméðferðarreglum hafi ekki verið fylgt í öllum atriðum.²⁶² Í áðurnefndum Hrd. 172/2003 staðfesti Hæstiréttur niðurstöðu héraðsdóms um að þrátt fyrir annmarka á málsméðferð barnaverndarnefndar skyldi ákvörðun um forsjársvoptingu halda gildi sínu. Í rökstuðningi héraðsdómsins segir: „*Barnaverndarmál hafa hins vegar þá sérstöðu að þrátt fyrir alvarlega annmarka á málsméðferð og ákvárdanatöku barnaverndar-yfirvalda verður fyrst og fremst að líta til hagsmunu þeirra barna, sem hlut eiga að máli, en þeir vega þyngra en hagsmunir foreldranna. Við slíkar aðstæður getur komið til þess að réttindi foreldra verði að víkja fyrir brýnum þörfum barnanna til stöðugleika, eftir það rót sem verið hefur í uppeldi þeirra.*²⁶³“ Hæstiréttur féllst á með héraðsdómi að með tilliti til framtíðar barnanna væri óverjandi að raska hag þeirra og að það væri þeim fyrir bestu að ekki yrði gerð breyting á forsjá þeirra. Dómurinn felur fyrst og fremst í sér að líta verði til hagsmunu þeirra barna sem málið varðar og meta hvort ógilding ákvörðunar sé barni fyrir bestu.

Í Hrd. 511/1998 hafnaði Hæstiréttur því að ógilda úrskurð barnaverndarnefndar um forsjársvoptingu, þó svo að úrskurðurinn væri haldinn annmörkum, með vísan til hagsmunu barnsins. Héraðsdómur féllst á kröfu foreldra um að ógild væri ákvörðun barnaverndarráðs um forsjársvoptingu. Dómurinn taldi að slíkir annmarkar hefðu verið á málsméðferð að það ætti að valda ógildingu á úrskurðinum. Hæstiréttur komst að gagnstæðri niðurstöðu og taldi að breyting á forsjá barnsins myndi hafa í för með sér að heilsu þess og þroska væri hætta búin. Hæstiréttur vísaði til 1. gr. þágildandi barnaverndarlaga sem sagði að í barnaverndarstarfi skyldi jafnan taka upp það ráð sem ætla mætti að barni væri fyrir bestu og stuðlaði að stöðugleika í uppvexti þess. Hæstiréttur taldi að réttindi móðurinnar sem foreldris yrðu að víkja fyrir þeirri nauðsyn að sonur hennar byggi við heillavænleg uppeldisskilyrði.

Í Hrd. 402/2000 féllst Hæstiréttur á að skilyrði fyrir forsjársvoptingu væri uppfyllt á grundvelli hagsmunu barnsins. Héraðsdómur hafði ógilt úrskurð barnaverndaryfirvalda um forsjársvoptingu þar sem hann taldi að ekki hefðu verið

²⁶² Þýrí Halla Steingrímsdóttir, „Það sem barninu er fyrir bestu“, bls. 185.

²⁶³ Sjá Hrd. 172/2003. Kafli XXIII.

fullreynð önnur vægari úrræði. Hæstiréttur taldi að forsjársviptingin ætti að standa. Í dóminum segir: „*Pegar aðstæður stefndu eru virtar í heild þykir fram komið að mikil áhætta fyrir sálarheill og þroska telpunnar væri tekin með því að hún færi aftur á heimili foreldra sinna. Í ljósi þessa verður að taka undir það álit barnaverndaráðs að hagsmunum og þörfum telpunnar sé ekki borgið á heimili foreldra hennar. Nægjanlega þykir fram komið að ekki verði beitt vægari úrræðum en forsjársviptingu, en telpan býr nú við proskavænlegar aðstæður.*“²⁶⁴

Hæstiréttur lætur í þeim dóum sem nefndir eru hér að framan hagsmuni barnsins ganga framar hagsmunum foreldranna. Þó svo að það sé mikilvægt að fara eftir ströngum málsméðferðarreglum barnaverndarlaga og stjórnsýslulaga, sérstaklega meðalhófsreglunni, þar sem afskipti af málefnum fjölskyldna eru alltaf viðkvæm, láta dómstólar hagsmuni barnsins vega þungt í niðurstöðum mála. Þá virðist Hæstiréttur ganga ívið lengra en héraðsdómur í því að taka hagsmuni barnsins fram yfir brot á málsméðferðarreglum.

Kærunefnd barnaverndarmála hefur ógilt ákvörðun barnaverndarnefndar um val á fósturforeldrum með vísan til hagsmuna barnsins. Í úrskurði kærunefndar barnaverndarmála nr. 6/2002 var kærð ákvörðun barnaverndarnefndar um vistun drengs í fóstri hjá móðurforeldrum sínum. Föðurforeldrar drengsins höfðu einnig sóst eftir því að fá drenginn til sín í fóstur. Að mati kærunefndarinnar var ákvörðun barnaverndarnefndarinnar um að vista drenginn hjá móðurforeldrum hans ekki í samræmi við meginreglu barnaverndarlaga um að í barnaverndarstarfi skuli beita þeim ráðstöfunum sem ætla megi að barni séu fyrir bestu, sbr. 1. mgr. 4. gr. bvl. Kærunefndin ógilti því úrskurð barnaverndarnefndarinnar. Þetta var niðurstaða kærunefndarinnar þó svo að 17 mánuðir hefðu liðið frá því að drengurinn flutti til móðurforeldranna og hann hefði myndað sterk og traust tengsl við heimilið og fyrir lægi að þar hefði verið vel hugsað um hann og hann notið ástríkis. Í þessu máli horfði kærunefndin til þess að drengnum hefði verið fyrir bestu að vera vistaður á heimili föðurforeldra frá upphafi. Minna virðist vera horft til hagsmuna drengins þann dag sem ákvörðun um ógildingu er tekin. Drengurinn missti báða foreldra sína og hafði búið við stöðugleika í heimili móðurforeldra í 17 mánuði eftir það. Þarna má deila um hvort að hagsmunir hinna fullorðnu hafi verið látnir ganga framar

²⁶⁴ Sjá Hrd. 402/2000. Kafli II.

hagsmunum barnsins hjá kærunefndinni þar sem svo langur tími hafði liðið frá því barnið var vistað hjá móðurforeldrum sínum.

Kærunefnd barnaverndarmála ógilti einnig ákvörðun barnaverndarnefndar um val á fósturforeldrum í úrskurði nr. 9/2005. Málsatvik voru þau að barnaverndarnefnd vildi svipta móður barna forsjá þeirra. Barnaverndarnefndin og móðirin gerðu með sér dómsátt þar sem hún fíllst á forsjársviptingu að því skilyrði uppfylltu að stjúpfaðir barnanna fengi ekki að taka þau í fóstur. Stjúpfaðirinn kærði ákvörðun barnaverndarnefndarinnar um að velja hann ekki til að taka börnin í fóstur. Kærunefndin taldi að með því að ganga til sáttar við móðurina, á meðan stjúpfaðirinn taldi að umsókn hans um að gerast fósturfaðir væri í réttum farvegi, hefði barnaverndarnefndin brotið verulega í bága við reglur stjórnsýslulaga nr. 37/1993, meðal annars meðalhófsreglu laganna, reglu um upplýsingarétt aðila, andmælarétt og reglu um leiðbeiningaskyldu stjórvalda. Annmarkar á málsmæðferð barnaverndarnefndar ollu ógildi ákvörðunar nefndarinnar. Kærunefndin taldi það verulegt álitamál hvort hagsmunir barnanna hefðu verið hafðir að leiðarljósi við gerð framangreindrar sáttar. Kærunefndin taldi að barnaverndarnefndin ætti að hlutast til um að fá dómsáttinni hnekkt með dómi, sbr. 110. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991, enda væri það gert með hagsmuni barnanna í huga. Hér virðist barnaverndarnefndin ekki hafa haft hagsmuni barnanna að leiðarljósi. Stjúpfaðirinn hafði alið börnin upp sem sín eigin og haft forsjá þeirra með móður frá fæðingu þeirra. Börnin þekktu hann því vel og hefði það verið þeim fyrir bestu að fá að fara í varanlegt fóstur til hans. Þannig hefði verið stuðlað að stöðugleika í uppeldi barnanna.

4.6 Samantekt

Barnaverndaryfirvöldum, dómstólum og öðrum ber ávallt að taka mið af því sem er barni fyrir bestu við ákvarðanatöku er varðar börn. Það er almennt talið barni fyrir bestu að vera í umsjá foreldra sinna. Barnaverndaryfirvöld eiga því að byrja á því að reyna úrræði inni á heimili barns í samvinnu við foreldra. Með því að leita lausna innan veggja heimilisins ríkir stöðugleiki í uppeldi barns sem er því mikilvægur. Nái slík úrræði ekki tilgangi sínum og barn býr við óviðunandi aðstæður, þar sem foreldrar geta ekki né vilja sinna skyldum sínum og barn er vanrækt, verður að bregðast við með tilliti til hagsmuna barnsins.

Barn hefur rétt á því að búa ekki við vanrækslu eða ofbeldi innan veggja heimilisins og það er barnaverndarfirvalda að vernda börn gegn slíku. Vernd barna gegn ofbeldi er ófrávíkjanlegur réttur þeirra. Barn á rétt á að tjá sig um mál er það varðar og koma sjónarmiðum sínum á framfæri og taka skal tillit til sjónarmiða barnsins við ákvarðanatöku. Þegar gætt er að því hvað er barni fyrir bestu við ákvarðanatöku er best að hlusta á sjónarmið barnsins sjálfss og fara eftir þeim ef unnt er. Þannig eru hagsmunir barnsins best tryggðir.

5 Helstu niðurstöður

Að gefnu samþykki barnaverndarnefndar Reykjavíkur fékk höfundur leyfi Persónuverndar til að kynna sér úrskurði barnaverndarnefndar Reykjavíkur um vistun barns utan heimilis frá árunum 2002-2010. Vegna viðkvæmra persónuupplýsinga sem fram koma í úrskurðunum þurfti höfundur að lesa þá í húsakynnum barnaverndar Reykjavíkur. Höfundur fékk einnig aðgang að málaskrá Héraðsdóms Reykjavíkur og kynnti sér þar úrskurði og dóma í barnaverndarmálum, bæði sem vörðuðu tímabundna vistun barns utan heimilis og einnig kröfur um forsjársviptingu. Þá kynnti höfundur sér alla dóma Hæstaréttar er vörðuðu kröfu um tímabundna vistun barns utan heimilis og forsjársviptingu sem féllu á tímabilinu 2002-2010. Einnig tók höfundur með nokkra áhugaverða dóma sem féllu fyrir gildistöku barnaverndarlaganna árið 2002. Þá fékk höfundur aðgang að úrskurðum kærunefndar barnaverndarmála frá árunum 2002-2009. Í þessum kafla verða dregnar saman helstu niðurstöður.

5.1 Úrskurðir Barnaverndarnefndar Reykjavíkur

Barnaverndarnefnd Reykjavíkur úrskurðaði um vistun barns utan heimilis í 83 tilvikum á árunum 2002-2010.

Úrskurðirnir skiptust þannig eftir árum:

Tafla 1.

Árið 2002	3	Árið 2007	14
Árið 2003	5	Árið 2008	13
Árið 2004	11	Árið 2009	12
Árið 2005	4	Árið 2010	13
Árið 2006	8	Samtals	83

Flest börnin sem um ræðir voru ekki vistuð utan heimilis í fyrsta skipti með úrskurði barnaverndarnefndar heldur höfðu foreldrar áður samþykkt vistun barns utan heimilis. Afskipti barnaverndarnefndar höfðu í flestum tilvikum staðið í langan tíma, en það fór m.a. eftir aldri barnsins, og yfirleitt höfðu verið reynd önnur og vægari úrræði áður en barnaverndarnefnd úrskurðaði um vistun utan heimilis. Barnaverndarnefnd reyndi ávallt að fá foreldra til samvinnu við sig áður en úrskurðað var í málum. Þá hafði barnaverndarnefnd reynt, í þeim tilvikum sem foreldrar fengust til slíks, stuðningsúrræði inni á heimili í langflestum tilvikum.

Höfundur fann aðeins two úrskurði þar sem ekki höfðu verið reynd stuðningsúrræði inni á heimili áður en til úrskurðar kom. Í þeim málum lék grunur á líkamlegu og/eða kynferðislegu ofbeldi af hálfu foreldra sem börnin bjuggu hjá. Í þeim tilvikum taldi barnaverndarnefndin að það væru hagsmunir barnanna að vera vistuð utan heimilis tafarlaust og að öðruvísi væri ekki hægt að tryggja öryggi þeirra.

Barnaverndarnefndin brást mun fyrr við og krafðist vistunar barns utan heimilis ef um var að ræða grun um ofbeldi en þegar barn bjó við vanrækslu. Mörg barnanna sem barnaverndarnefndin hafði afskipti af höfðu búið við vanrækslu í fjölda ára vegna langvarandi vímuefnanotkunar foreldra. Foreldrar fengu í mörgum tilvikum fjölda tækifæra til að fara í vímuefnameðferð og halda vímuefnabindindi. Börnin voru þá vistuð utan heimilis með eða án samþykkis foreldra. Dæmi var um foreldri sem fór í tíu vímuefnameðferðir á þremur árum.

5.2 Dómar Héraðsdóms Reykjavíkur

Í málaskrá Héraðsdóms Reykjavíkur voru þann 14. apríl 2010 skráð 21 mál er vörðuðu forsjársviptingu á tímabilinu 2002-2010. Héraðsdómur samþykkti kröfur barnaverndarnefndar um forsjársviptingu í 15 tilvikum. Fimm málum lauk með dómsátt og eitt mál var fellt niður.

Mál er vörðuðu tímabundna vistun barns utan heimilis voru 55. Í 27 tilvikum féllst héraðsdómur á kröfu barnaverndarnefndar um tímabundna vistun utan heimilis. 11 mál voru felld niður og dómsátt náðist í 14 tilvikum. Héraðsdómur hafnaði kröfu barnaverndarnefndar um tímabundna vistun utan heimilis í þremur tilvikum.

Af þessum niðurstöðum héraðsdóms má sjá að dómurinn telur að barnaverndarnefnd Reykjavíkur hafi fylgt málsméðferðarreglum stjórnsýslulaga og barnaverndarlaga og féllst því í flestum tilvikum á kröfu barnaverndarnefndar um

vistun utan heimilis eða kröfu um forsjársvoftingu. Barnaverndarnefndin hefur þá gætt meðalhófs og reynt til hlítar stuðningsúrræði inni á heimili barnanna.

Í þeim málum þar sem ekki var fallist á kröfu barnaverndarnefndar um tímabundna vistun utan heimilis, var í tveimur tilvikum um að ræða brot á andmælareglu og í einu tilviki var ekki talið sýnt fram á að hagsmunir barnsins krefðust þess að vista þyrti það utan heimilis.

5.3 Hæstaréttardómar

Á tímabilinu 2002-2010 komu fyrir Hæstarétt 18 mál sem vörðuðu tímabundna vistun barns utan heimilis. Hæstiréttur féllst á kröfu barnaverndaryfirvalda um tímabundna vistun utan heimilis í 15 málum. Í tveimur af þessum 15 málum skilaði einn dómari sératkvæði og vildi ógilda úrskurð barnaverndarnefndar um vistun barns utan heimilis eða hafna kröfu um slíkt. Í þremur af þessum 15 málum stytти Hæstiréttur tímann sem vistun skyldi standa yfir og féllst ekki á jafn langa vistun utan heimilis og barnaverndaryfirvöld kröfðust. Í tveimur tilvikum ómerkti Hæstiréttur úrskurði héraðsdóms og sendi málið aftur heim til aðalmeðferðar vegna þess að ekki hafði verið gætt að 3. mgr. 55. gr. bvl. um rétt barnsins til að tjá sig um mál fyrir dómi. Hæstiréttur hafnaði kröfu barnaverndaryfirvalda um tímabundna vistun barns utan heimilis í einu tilviki, Hrd. 169/2010.

Á tímabilinu 2002-2010 komu fyrir Hæstarétt átta mál er vörðuðu forsjársvoftingu. Í sjö þeirra féllst Hæstiréttur á kröfu barnaverndaryfirvalda um forsjársvoftingu. Hæstiréttur hafnaði kröfu um forsjársvoftingu í einu máli, Hrd. 382/2007.

Ef horft er á niðurstöður í þeim málum sem koma fyrir Hæstarétt má sjá að í langflestim tilvikum samþykkir Hæstiréttur kröfur barnaverndaryfirvalda. Barnaverndaryfirvöld virðast því almennt séð fylgja málsméðferðarreglum stjórnsýslulaga og barnaverndarlaga. Í flestum tilvikum er gætt meðalhófs og búið er að reyna vægari úrræði áður en krafist er vistunar barns utan heimilis. Hæstiréttur hefur einnig í nokkrum tilvikum vísað til hagsmunna barnsins og talið að nauðsynlegt sé að vista barn utan heimilis til verndar hagsmunum þess og önnur og vægari úrræði muni ekki ná því markmiði.

5.4 Úrskurðir kærunefndar barnaverndarmála

Á árunum 2002-2009 úrskurðaði kærunefnd barnaverndarmála í 35 málum sem bárust nefndinni. Flest málanna fyrir kærunefndinni, eða 23, vörðuðu umgengni milli kynforeldra og barns í fóstri. Önnur mál er bárust kærunefndinni voru vegna ákvörðunar barnaverndarnefndar um að rifta fóstursamningi, ágreiningur um val á fósturforeldrum, ákvörðun um fósturlaun fósturforeldra, ákvörðun barnaverndarnefndar um að hafna gerð nýs fóstursamnings, kæra frá fósturforeldri vegna þess að barn átti að fara aftur til móður og kæra vegna ákvörðunar barnaverndarnefndar um að grípa þyrfti til úrræða að lokinni könnun máls. Þá barst nefndinni eitt mál er varðaði ákvörðun Barnaverndarstofu um að hafna að gefa út leyfi til að taka börn í fóstur.

Kærunefndin staðfesti úrskurði barnaverndarnefnda í 23 tilvikum. Í 10 tilvikum var úrskurði barnaverndarnefnda hrundið. Í þeim tilvikum sem kærunefndin hratt úrskurði barnaverndarnefnda mat nefndin það svo að barnaverndarnefndir hefðu brotið á meginreglum barnaverndarlaga og málsmeðferðarreglum stjórnsýslulaga. Í sumum tilvikum var um að ræða brot á málsmeðferðarreglum, t.d. meðalhófsreglu, en í öðrum tilvikum var talið að hagsmunir barns hefðu ekki verið hafðir að leiðarljósi við ákvörðun barnaverndarnefnda. Einu máli var vísað frá kærunefndinni.

6 Lokaorð

Barnaverndarmál eru erfið og flókin mál og þar vegast á sjónarmið um friðhelgi fjölskyldunnar og skylda barnaverndaryfirvalda til að vernda börn. Friðhelgi fjölskyldu eru mikilvæg mannréttindi og því er nauðsynlegt að fylgja ströngum málsmeðferðarreglum laga og reglugerða þegar þau eru skert. Það er almennt álitíð barni fyrir bestu að vera í umsjá foreldra sinna og foreldrum er veitt ákveðið svigrúm til ákvarðanatöku er varðar börn sín.

Markmið barnaverndarlaganna er að vernda börn. Því markmiði fylgja barnaverndaryfirvöld eftir með því að beita úrræðum laganna. Við beitingu úrræðanna verður að hafa meðalhófsregluna í huga. Aldrei skal ganga lengra en nauðsynlegt er til að ná því markmiði sem stefnt er að. Markmið meðalhófsreglu barnaverndarlaganna er að styðja foreldra í uppeldishlutverki sínu svo að fjölskyldan geti verið saman. Samvinna við foreldra er lykillinn að farsælli lausn, bæði fyrir barn og foreldri. Þetta markmið meðalhófsreglunnar er í samræmi við meginregluna um

að hagsmunir barnsins skuli vera hafðir að leiðarljósi við ákvarðanatöku, þar sem það er talið vera barni fyrir bestu að vera í umsjá foreldra sinna.

Þegar hagsmunir barns og foreldris fara ekki saman og barn þarf á vernd að halda vegna vanhæfni foreldra til að sinna forsjárskyldum sínum geta meðalhófsreglan og meginreglan um hagsmuni barnsins rekist á. Þegar barn býr við óviðunandi aðstæður er það skylda barnaverndaryfirvalda að bregðast við til verndar barninu. Barn á rétt á því að þurfa ekki að búa við ofbeldi og vanrækslu og barnaverndaryfirvöldum ber að beita úrræðum laganna til þess að koma í veg fyrir slíkt. Barnaverndaryfirvöld og dómstólar geta því í einhverjum tilvikum þurft að víkja frá meðalhófsreglunni. Þannig eru það ekki alltaf hagsmunir barns sem býr við ofbeldi eða vanrækslu að reynd séu stuðningsúrræði inni á heimili þess áður en til vistunar utan heimilis kemur. Búi barn við ofbeldi og vanrækslu í langan tíma hefur það skaðleg áhrif á líf þess og heilsu.

Við mat á því hvor reglan ætti að vega þyngra fyrir dómstólum verður að líta til þess að friðhelgi fjölskyldu er háð takmörkunum samkvæmt 3. mgr. 71. gr. stjskr. og 2. mgr. 8. gr. MSE. Heimilt er að skerða friðhelgina ef réttindi barns krefjast þess. Réttur barna til verndar gegn ofbeldi og vanrækslu er án takmarkana, sbr. 1. gr. bvl. og 3. mgr. 76. gr. stjskr. Ekki er heimilt undir neinum kringumstæðum að beita börn ofbeldi. Barnaverndaryfirvöld og dómstólar verða að tryggja að börn njóti þessarar verndar. Hagsmunir barnsins eiga að ganga framar hagsmunum foreldris og því ætti meginreglan um að hafa skuli hagsmuni barnsins að leiðarljósi að ganga framar meðalhófsreglunni í slíkum tilvikum. Þá getur verið nauðsynlegt að vista barn utan heimilis án þess að reynd hafi verið stuðningsúrræði inni á heimili þess, enda eru önnur úrræði ekki alltaf til þess fallin að ná því markmiði sem stefnt er að, að vernda barnið.

Þegar ákvarðanir eru teknar með það sem er barni fyrir bestu að leiðarljósi verður að rökstyðja slíkt á grundvelli þeirra sjónarmiða sem fram koma hér að framan um það hvað komi til skoðunar við mat á því hvað sé barni fyrir bestu. Almenn staðhæfing um hvað sé barni fyrir bestu er ekki nóg. Þannig skulu barnaverndaryfirvöld rökstyðja kröfur sínar fyrir dómstólum með tilvísun til þess að vernda þurfi barn gegn ofbeldi eða vanrækslu, stuðla þurfi að stöðugleika í lífi barns eða að eindreginn vilji barnsins sé að búa ekki á heimili foreldra sinna. Með þetta að leiðarljósi geta stjórnvöld og dómstólar tekið ákvarðanir í ljósi þess sem talið er vera barni fyrir bestu.

Dómstólar samþykkja í flestum tilvikum kröfur barnaverndaryfirvalda um tímabundna vistun barns utan heimilis eða kröfu um forsjársvoiptingu. Barnaverndaryfirvöld hafa þá, að mati dómstóla, fullnægt meðalhófsreglunni og búið er að reyna önnur vægari úrræði áður en krafa kemur fyrir dóm. Það má velta því fyrir sér hvort barnaverndaryfirvöld fari í öllum tilvikum nögu snemma af stað með kröfur sínar. Ef barn hefur búið við óviðunandi aðstæður, vegna vanrækslu, í langan tíma getur það haft alvarlegar afleiðingar í för með sér. Barnaverndaryfirvöld eiga að vernda börn og því væri kannski eðlilegt að þau færu fyrir af stað með mál fyrir dómstóla þar sem krafist væri vistunar utan heimilis til að vernda barn. Slíkt hefði þá samt óneitanlega í för með sér að ekki væri búið að reyna jafn lengi að ná samvinnu við foreldra og reyna stuðningsúrræði inni á heimili barns í langan tíma. Dómstólar myndu þá kannski í fleiri tilvikum hafna kröfu barnaverndaryfirvalda um vistun barns utan heimilis en nú er gert vegna þess að ekki væri búið að fullnægja meðalhófsreglunni. Af lestri úrskurða barnaverndarnefndar Reykjavíkur mátti sjá að þegar um er að ræða vímuefnaneyslu foreldra og vanrækslu þeirra af þeim sökum tekur það mjög langan tíma fyrir barnaverndarnefndina að krefjast þess fyrir dómi að barn sé vistað tímabundið utan heimilis eða forsjársvoiptingar. Börnin hafa í flestum tilvikum búið við áralanga vanrækslu og verið vistuð utan heimilis með eða án samþykki foreldra í fjölmörg skipti áður en krafa er gerð um forsjársvoiptingu. Börnin bera þess oft merki að hafa búið við vanrækslu í of langan tíma og slíkar afleiðingar eru oft ekki afturkræfar. Barnaverndarnefndin tekur harðar á því þegar uppi er grunur um ofbeldi af hálfu foreldra og krefst fyrir vistunar utan heimilis eða forsjársvoiptingar.

Dómstólar hafa fallist á að barn skuli vistað utan heimilis án þess að stuðningsúrræði hafi verið reynd inni á heimili með vísan til þess að hagsmunir barnsins krefjist þess. Í þeim tilvikum sem slíkt var gert var um að ræða grun um að börnin hefðu orðið fyrir alvarlegu ofbeldi af hendi foreldra eða annarra inni á heimili þeirra. Hæstiréttur taldi þá að það væri börnunum fyrir bestu að vera vistuð utan heimilis vegna þess að ekki væri hægt að vernda þau nægilega á annan hátt. Þá hefur Hæstiréttur hafnað því að ógilda úrskurði barnaverndaryfirvalda, sem haldnir eru alvarlegum annmörkum við málsmæðferð, vegna þess að það væru ekki hagsmunir barns að úrskurðurinn væri ógiltur.

Í Hrd. 169/2010 var meðalhófsreglunni gefið mikið vægi. Dómurinn taldi að hægt væri að vernda barn gegn ofbeldi innan veggja heimilisins, þó svo að miklar líkur væru á því að barnið hefði hlotið lífshættulega áverka af hendi stjúpföður síns,

með eftirliti barnaverndarnefndar með heimilinu. Engin barnaverndarnefnd á landinu getur haft eftirlit með barni allan sólarhringinn. Foreldrar eða aðrir forráðamenn beita barn ekki ofbeldi á meðan eftirlitsmaður barnaverndarnefndar er á staðnum. Af þessari ástæðu er niðurstaða Hæstaréttar vafasöm. Erfitt er að komast hjá því að túlka dóminn öðruvísi en svo að í honum vegi hagsmunir barnsins minna en meðalhófsreglan og hagsmunir hinna fullorðnu. Má í því sambandi nefna að móðurinni stóð til boða að fá barnið til sín flytti hún út af heimilinu frá stjúpföðurnum, en hún féllst ekki á það. Í þessu máli vísaði barnaverndarnefndin til þeirrar frumskyldu sinnar að tryggja öryggi barns. Barnaverndarnefndin taldi að engin vægari úrræði væru tæk til að tryggja hagsmuni barnsins og að ógerningur væri að tryggja öryggi þess eingöngu með því að hafa eftirlit með heimilinu. Hæstiréttur hefði að mati höfundar átt að fallast á þessa röksemdafærslu barnaverndarnefndarinnar.

Það er erfitt að segja til um hvort reglan vegur þyngra, meðalhófsreglan eða meginreglan um hagsmuni barnsins. Matið á því hvort reynt hafi verið nóg og hvort búið sé að fullnægja meðalhófsreglunni án þess að það komi niður á hagsmunum barnsins getur verið snúið. Á heildina litið virðast dómstólar, barnaverndaryfirvöld og kærunefnd barnaverndarmála vinna með hagsmuni barnsins að leiðarljósi og taka ákvarðanir í samræmi við það sem talið er að barni sé fyrir bestu. Hvort sem það er þá að barn skuli vera áfram í umsjá foreldra sinna eða vistað utan heimilis.

Barnaverndaryfirvöld reyna ávallt að leita eftir samþykki foreldra og beita stuðningsúrræðum áður en þvingunarúrræðum er beitt. Dómstólar líta til þess hvort meðalhófsreglunni hafi verið fylgt áður en þeir fallast á kröfu um vistun barns utan heimilis eða kröfu um forsjársviptingu. Dómstólar hafa í sumum tilvikum látið hagsmuni barnsins ganga framar meðalhófsreglunni og samþykkt kröfu barnaverndaryfirvalda án þess að búið væri að reyna til hlítar stuðningsúrræði inni á heimili. Í þeim tilvikum hafa vægari úrræði ekki dugað til að tryggja barninu vernd.

Í ákveðnum tilvikum virðist þó of langt gengið í að tryggja samveru fjölskyldunnar og þá á kostnað öryggis og verndar barnsins. Ganga má út frá því að stundum séu aðstæður þannig að vægari úrræði séu ekki til þess fallin að ná því meginmarkmiði barnaverndarlagu að tryggja börnum þá vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst. Þetta verða stjórnvöld og dómstólar að hafa í huga og láta þá hagsmuni barnsins ganga framar meðalhófsreglunni í þeim tilvikum.

Heimildaskrá

Anni G. Haugen, „Beiting úrræða í barnaverndarmálum, mörkin milli stuðnings og þvingunar og ákvörðunarferlið. Hlutur Íslands í norrænni samanburðarrannsókn.“

Barnaverndarstofa, ritröð 1, Reykjavík 2004. Aðgengileg á:

<http://bvs.is/files/file149.pdf>

Alþingistíðindi, A-deild, 2008-2009.

Alþingistíðindi, A-deild, 2002-2003.

Alþingistíðindi, A-deild, 2001-2002.

Alþingistíðindi, A-deild, 1994-1995.

Alþingistíðindi, A-deild, 1992-1993.

Ármann Snævarr, „Fjölskylda og fjölskyldulíf í ljósi 8 og 12. gr. mannréttindasáttmála Evrópu“. Í Katrín Jónasdóttir (ritstj.), *Afmælisrit: Gaukur Jörundsson sextugur 24. september 1994*, Reykjavík 1994.

Barnaverndarstofa, „Handbók barnaverndarstofu“. 4. apríl 2011. Aðgengileg á:
<http://bvs.is/?m=4&ser=299>

Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi*, Reykjavík 2008.

Björg Thorarensen, „Stjórnskipunarréttur“. Í Róbert R. Spanó (ritstj.), *Um lög og rétt: helstu greinar íslenskrar lögfræði*, Reykjavík 2006.

Björg Thorarensen, „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“. Í Björg Thorarensen (form. ritstj.), *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*, Lagadeild Háskólans í Reykjavík, Reykjavík 2005.

Björg Thorarensen og Pétur Leifsson, *Kaflar úr þjóðarétti. Handrit til kennslu við lagadeild Háskóla Íslands*, Reykjavík 2005.

Björg Thorarensen, „Áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnskrárákvæða“. Í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson, *Lögberg: rit Lagastofnunar Háskóla Íslands*, Reykjavík 2003.

Bryndís S. Guðmundsdóttir og Jón Björnsson, „Staðlar fyrir vistun eða fóstur barna á vegum barnaverndaryfirvalda“. 4. apríl 2011. Barnaverndarstofa, Reykjavík 2008.
Aðgengilegt á: www.bvs.is/files/file660.pdf

Börnerådet DK, Umboðsmaður Barna IS, Barneombudet N og Barnombudsmannen S, „The best interest of the child in our time: a discussion paper on the concept of the best interest of the child in a Nordic perspective“, 1999. Aðgengileg á:
http://www.barneombudet.no/sfiles/2/50/4/file/best_of_the_child.pdf

Heimasíða Evrópuráðsins, sótt þann 5. apríl 2011. Aðgengileg á:
<http://conventions.coe.int/treaty/Commun/CercheSig.asp?NT=005&CM=&DF=&CL=ENG>

Davíð Þór Björgvinsson, „Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting“. Í Björg Thorarensen (form. ritstjórnar), *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*, Lagadeild Háskólans í Reykjavík, Reykjavík 2005.

Davíð Þór Björgvinsson, „Beiting Hæstaréttar Íslands á lögunum um Mannréttindasáttmála Evrópu“, *Tímarit Lögfræðinga*, 2003, 53(4).

Davíð Þór Björgvinsson, „EES-samningurinn og Mannréttindasáttmáli Evrópu sem réttarheimildir í íslenskum landsrétti“, *Úlfþjótur: Afmælisrit 50 ára*, 1997.

Davíð Þór Björgvinsson, *Barnaréttur*, Reykjavík 1995.

Freydís Freysteinsdóttir, „Skilgreiningar og flokkun á misfellum á umönnun og uppeldisskilyrðum barna“. Í Friðrik H. Jónsson (ritstj.), *Rannsóknir í félagsvísindum IV*, erindi flutt á ráðstefnu í febrúar 2003, Félagsvísindadeild Háskóla Íslands, Háskólaútgáfan 2003.

Freydís Freysteinsdóttir, „Ófullnægjandi umönnun og uppeldisskilyrði barna: ofbeldi og vanræksla“, *Uppeldi*, 13(4), 2000.

Gaukur Jörundsson, „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti“. Í Páll Skúlason (ritstj.), *Afmælisrit: Gizur Bergsteinsson níræður 18. apríl 1992*, Reykjavík 1992.

Gomien, Donna, Harris, David og Zwaak, Leo, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European social charter*, Strassborg 1996.

Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur*, Reykjavík 1999.

Halla Björk Marteinsdóttir (ritstj.), „Ársskýrla 2008-2009“, Barnaverndarstofa, Reykjavík 2011. 6. maí 2011. Aðgengileg á: <http://bvs.is/files/file920.pdf>

Heimasíða Mannréttindadómstóls Evrópu, sótt þann 5 apríl 2011.
<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/The+Court/The+Court/Judges+of+the+Court/>

Hodgkin, Rachel og Newell, Peter, *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child (IHCRC)*, Fully revised edition, Unicef New York 2002.

Hrefna Friðriksdóttir, „Hlutverk kærunefndar barnaverndarmála samkvæmt barnaverndarlögum nr. 80/2002“. Í Stefán Már Stefánsson (ritstj.), *Afmælisrit: Björn Þ. Guðmundsson sjötugur 13. júlí 2009*, Reykjavík 2009.

Hrefna Friðriksdóttir, „Hlutverk dómstóla samkvæmt ákvæðum barnaverndarlaga nr. 80/2002“. Í Pétur Kr. Hafstein (ritstj.), *Guðrúnarbók: afmælisrit til heiðurs Guðrúnu Erlendsdóttur 3. maí 2006*, Reykjavík 2006.

Íris Erlingsdóttir, „Framkvæmd vistunar barna utan heimilis á árunum 1992-2010: málsméðferðarreglur“, ML-ritgerð við lagadeild Háskólans í Reykjavík, 2010.

McBride, Jeremy, „Proportionality and the European Convention on Human rights“. Í Ellis, Evelyn (ritstj.), *The principle of Proportionality in the Law of Europe*, Oxford 1999.

Merrills, John Graham og Robertson, Arthur Henry, *Human rights in Europe: a study of the European Convention on Human rights* (4. útgáfa), Manchester 2001.

Miller-Perrin, Cindy L. og Perrin, Robin D., *Child maltreatment: an introduction* (2. útgáfa), London 2007, bls. 185-191.

Ovey, Clare og White, Robin, *Jacobs & White: the European Convention on Human rights* (4. útgáfa), New York 2010.

Ovey, Clare, „The margin of appreciation and article 8 of the convention“, *Human rights journal*, 1998, 19 (1).

Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“. Í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson, *Lögberg: rit Lagastofnunar Háskóla Íslands*, Reykjavík 2003.

Páll Hreinsson, *Stjórnsýslulöggin: skýringarrit*, Reykjavík 1994.

Petrén, Alfhild og Himes, James, *Children's rights: Turning principles into practice*, Stokkhólmur 2000.

Ragnheiður Thorlacius, *Friðhelgi einkalífs: réttur barna til friðhelgi einkalífs: réttur barna til trúnaðar af hálfu opinberra starfsmanna*, Umboðsmaður barna, Reykjavík 2003.

Róbert R. Spanó, „Stjórnsýsluréttur“. Í Róbert R. Spanó (ritstj.), *Um lög og rétt: helstu greinar íslenskrar lögfræði*, Reykjavík 2006.

Stefán Eiríksson, „Friðhelgi einkalífs, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta samkvæmt 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu“. *Úlfjótur*, 1996 (49).

Tilmæli Evrópuráðsins til aðildarríkjanna nr. 19/2006 um stefnu til eflingar foreldrahæfni, „Foreldrahæfni í Evrópu samtímans: leiðbeiningar handa fagfólk“.
Aðgengilegt á: <http://www.bvs.is/files/file515.pdf>

van Dijk, Pieter, van Fried, Hoof, van Rijn, Arjen og Zwaak, Leo, *Theory and practice of the European Convention on Human rights*, 4. útgáfa, Antwerpen 2006.

van Dijk, Pieter og van Hoof, G.J.H., *Theory and practice of the European convention on human rights*, 3. útgáfa, Haag 1998.

Þórhildur Líndal, *Barnasáttmálinn: Rit um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins með vísun í íslenskt laegaumhverfi*, Reykjavík 2007.

Þórþildur Líndal, „Skýrsla um dóma Mannréttindadómstóls Evrópu þar sem vísað er til Barnasáttmála Sameinuðu þjóðanna o.fl.“, Forsætisráðuneytið 2007. Aðgengileg: http://www.forsaetisraduneyti.is/media/Skyrslur/Skyrsla_um_doma_Mannrettindadomstols_Evropu.pdf

Þyrí Halla Steingrímsdóttir, „Það sem barninu er fyrir bestu“, *Úlfjótur*, 2004, 57(2).

Skrár yfir lög, dóma, úrskurði og álit

Lagaskrá

Lög um grunnskóla nr. 91/2008

Lög um leikskóla nr. 90/2008

Barnalög nr. 76/2003

Barnaverndarlög nr. 80/2002

Lög um mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994

Stjórnsýslulög nr. 37/1993

Barnaverndarlög nr. 58/1992 (eldri barnaverndarlög)

Lög um meðferð opinberra mála nr. 19/1991

Lög um Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944

Frumvarp til laga nr. 52/2009 um breytingu á barnaverndarlögum nr. 80/2002, með síðari breytingum

Frumvarp til barnalaga nr. 76/2003

Frumvarp til barnaverndarlaga nr. 80/2002

Frumvarp til stjórnskipunarlagu nr. 97/1995 um breytingu á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944, með síðari breytingum

Frumvarp til stjórnsýslulaga nr. 37/1993

Reglugerðir

Reglugerð nr. 56/2004 um málsmeðferð fyrir barnaverndarnefnd

Reglugerð nr. 804/2004 gildir um fóstur.

Alþjóðlegir samningar

Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, 20. nóvember 1989.
Stjórnartíðindi, C-deild, nr. 18/1992.

Samningur um afnám allrar mismununar gagnvart konum, 18. desember 1979.
Stjórnartíðindi, C-deild, 5/1985.

Alþjóðasamningur um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi, 16. desember 1966.
Stjórnartíðindi, C-deild, nr. 10/1979 og 28/1993.

Samningur um verndum mannréttinda og mannfrelsis (Mannréttindasáttmáli Evrópu), 4. nóvember 1950. *Stjórnartíðindi*, A-deild, nr. 11/1954 og C-deild, nr. 58/1958, nr. 17/1967, nr. 39/1991, nr. 19/1995, nr. 20/1995 og nr. 23/1998.

Hæstaréttardómar

Hrd. 697/2010, frá 23. desember 2010.

Hrd. 217/2010, frá 17. maí 2010.

Hrd. 169/2010, frá 25. mars 2010.

Hrd. 141/2010, frá 28. október 2010.

Hrd. 682/2008, frá 16. janúar 2010.

Hrd. 506/2008, frá 22. janúar 2009.

Hrd. 351/2008, frá 12. febrúar 2009.

Hrd. 192/2008, frá 23. apríl 2008.

Hrd. 382/2007, frá 7. febrúar 2008.

Hrd. 250/2007, frá 24. janúar 2008.

Hrd. 70/2007, frá 20. september 2007.

Hrd. 505/2006, frá 15. mars 2007.

Hrd. 413/2005, frá 2. mars 2006.

Hrd. 420/2004, frá 28. október 2004.

Hrd. 94/2004, frá 28. október 2004.

Hrd. 172/2003, frá 18. desember 2003.

Hrd. 402/2000, frá 8. febrúar 2001.

Hrd. 147/2000, frá 2. nóvember 2000.

Hrd. 511/1998, frá 26. mars 1999.

Hrd. 302/1997, frá 17. október 1997.

Hrd. 196/1997, frá 12. júní 1997.

Hrd. 435/1996, frá 9. október 1997.

Héraðsdómar

Héraðsdómur Reykjavíkur. nr. U-13/2010, frá 19. janúar 2011.

Héraðsdómur Reykjavíkur. nr. U-2/2010, frá 6. apríl 2010.

Héraðsdómur Reykjavíkur. nr. U-4/2006, frá 27. júní 2006.

Héraðsdómur Reykjavíkur. nr. U-3/2004, frá 4. október 2004.

Héraðsdómur Reykjavíkur. nr. U-1/2003, frá 28. janúar 2004.

Úrskurðir kærunefndar barnaverndarmála

Úrskurður nr. 13/2009, frá 23. september 2009.

Úrskurður nr. 7/2008, frá 8. október 2008.

Úrskurður nr. 1/2006, frá 7 júní 2006.

Úrskurður nr. 9/2005, frá 11. nóvember 2005.

Úrskurður nr. 6/2002, frá 6. október 2003.

Úrskurðir barnaverndarnefndar Reykjavíkur

Úrskurður frá 9. febrúar 2010

Úrskurður frá 30. júní 2009

Úrskurður frá 8. febrúar 2005

Álit umboðsmanns Alþingis

Álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 661/1992. Aðgengilegt á:

<http://www.umbodsmaduralthingis.is/skyrslur/skoda.asp?Lykill=42&Skoda=Mal>

Álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 66/1988. Aðgengilegt á:

<http://www.umbodsmaduralthingis.is/skyrslur/skoda.asp?Lykill=741&Skoda=Mal>

Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu

Dómur MDE í máli *Juppala* gegn *Finnlandi* frá 2. desember 2008. Aðgengilegur á:
www.echr.coe.int

Dómur MDE í máli *Sahin* gegn *Pýskalandi* frá 8. júlí 2003. Aðgengilegur á:
www.echr.coe.int

Dómur MDE í máli *Kutzner* gegn *Pýskalandi* frá 26. febrúar 2002. Reports of
Judgments and Decisions 2002-I.

Dómur MDE í máli *K og T* gegn *Finnlandi* frá 12. júlí 2001. Reports of Judgments
and Decisions 2001-VII.

Dómur MDE í máli *Söderbäck* gegn *Svíþjóð* frá 28. október 1998. Reports 1998-VII.

Dómur MDE í máli *Bronda* gegn *Ítalíu* frá 9. júní 1998. Reports 1998-IV.

Dómur MDE í máli *Johansen* gegn *Noregi* frá 7. ágúst 1996. Reports 1996-III.

Dómur MDE í máli *McMichael* gegn *Bretlandi* frá 24. febrúar 1995. Series A. 307-B.

Dómur MDE í máli *Hokkanen* gegn *Finnlandi* frá 23. september 1994. Series A. 299-A.

Dómur MDE í máli *Kroon* gegn *Hollandi* frá 27. október 1994. Series A. 297-C.

Dómur MDE í máli *Keegan* gegn *Írlandi* frá 26. maí 1994. Series A. 290.

Dómur MDE í máli *Olsson* gegn *Svíþjóð* (nr. 2) frá 27. nóvember 1992. Series A.
250.

Dómur MDE í máli *Margareta og Roger Anderson* gegn Svíþjóð frá 25. febrúar 1992.
Series A. 226-A, málsgr. 96.

Dómur MDE í máli *Eriksson* gegn Svíþjóð frá 22. júní 1989. Series A. 156.

Dómur MDE í máli *Olsson* gegn Svíþjóð (nr. 1) frá 24. mars 1988. Series A. 130.

Dómur MDE í máli *X og Y* gegn Hollandi frá 26. mars 1985. Series A. 91.

Dómur MDE í máli *Marckx* gegn Belgíu frá 13. júní 1979. Series A. 31.

Dómur MDE í máli *Handyside* gegn Bretlandi frá 7. desember 1976. Series A. 24.