



**MEÐALHÓFSREGLA**  
**VIÐ FORSJÁRSVIPTINGU**  
**- HÖND ÞÍN SKAL LEIÐA EN EKKI MEIÐA**

2012  
BA í lögfræði

Höfundur: Karen Rúnarsdóttir  
Kennitala: 170487-3469  
Leiðbeinandi: Dögg Pálsdóttir

Lagadeild  
School of Law

## Útdráttur

Friðhelgi einkalífs er varin af 71. gr. stjórnarskrárinnar. Í þeirri vernd felst að hver og einn hefur rétt til að lifa lífi sínu án afskipta hins opinbera eða annarra einstaklinga. Undir ákvæðið falla einnig friðhelgi heimilis og fjölskyldu. Í friðhelgi fjölskyldu felst að foreldrar hafa rétt á því að haga uppeldi barna sinna í samræmi við eigin lífsskoðanir og án afskipta hins opinbera. Sú takmörkun er á ákvæðinu að heimilt er vegna hagsmuna annarra að takmarka friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu ef hagsmunir annarra krefjast þess. Barnaverndarlöggjöfin byggir á þessari heimild.

Markmið barnaverndarlaga er að hverju barni séu tryggðar uppeldisaðstæður í samræmi við velferð þess. Heildstæð barnaverndarlöggjöf á Íslandi á rætur sínar að rekja til laga um vernd barna og ungmenna, nr. 43/1932. Núgildandi barnaverndarlög, nr. 80/2002, hafa að geyma þær meginreglur sem eiga að gilda um velferð barna og þær málsmeðferðarreglur sem barnaverndaryfirvöld skulu lúta í afskiptum sínum af fjölskyldum.

Sú meginregla birtist í barnaverndarlögunum að barnaverndaryfirvöld skulu gæta meðalhófs í meðferð mála sinna. Meðalhófsregla barnaverndarlaga byggir á meðalhófsreglu stjórnisýsluréttarins. Inntak meðalhófsreglunnar er að stjórnvöld skulu velja það úrræði sem vægast er og gæta hófs í beitingu þess úrræðis sem valið er.

Almennt er viðurkennd sú regla í stjórnisýsluréttinum að ef stjórnvald hefur ekki gætt að málsmeðferðarreglum skuli ákvörðun ógild. Hins vegar er talið að barnaverndarmál séu stjórnisýslumál sérstaks eðlis, en í því felst að við úrlausn mála skal hagur barnsins ávallt lagður til grundvallar. Hæstiréttur hefur staðfest þá túlkun í dómum sínum að hagur barnsins skuli ávallt ganga framur hagsmunum foreldranna, jafnvel þótt slíkt leiði til þess að ákvörðun stjórnvalds sem bersýnilegir og grófir gallar eru á, nái fram að ganga.

## **Abstract**

### **The rule of proportionality in custodial measures**

Respect for privacy, home and family life is protected by article 71 of the Constitution. Respect for family life is considered to be the right of a family to be together and to live a family life as they please. Despite the protection of article 71, it has its limitations. One of those is that childcare officials can interfere in the family life if it is done in accordance with written law and is necessary because of the rights of the child.

Whenever childcare officials find it necessary to interfere in the life of a family they need to respect the principles of proportionality.

It is commonly acknowledged that when official powers do not respect the principles of proportionality, their decision is invalid. That does not necessarily apply to these cases. If a judge finds the procedure of the childcare officials to be inadequate but the decision none the less is in the best interest of the child, the judge can determine that the decision holds. In judgments from Hæstiréttur it is clearly stated that although officials did not respect the principle of proportionality the act was in the best interest of the child and there for the decision held.

## **Formáli**

Ritgerð þessi er lokaverkefni til BA prófs í lögfræði við lagadeild Háskólans í Reykjavík. Leiðbeinandi minn var Dögg Pálsdóttir, sérfræðingur í fjölskyldu-, erfða- og heilbrigðisrétti. Ég vil þakka henni fyrir sérstaklega góða leiðsögn og ánægjulegt samstarf. Jafnframt vil ég þakka fjölskyldu minni fyrir allan þann stuðning sem þau hafa veitt mér í laganáminu.

## Efnisyfirlit

<b>Formáli .....</b>	<b>.....</b>
<b>Dómaskrá og álit umboðsmanns Alþingis.....</b>	<b>.....</b>
<b>Lagaskrá.....</b>	<b>.....</b>
<b>1. Inngangur.....</b>	<b>1</b>
<b>2. Friðhelgi einkalífs .....</b>	<b>3</b>
2. 1. Almennt um friðhelgi einkalífs.....	3
2. 2. Friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu.....	3
2. 2. 1. Friðhelgi einkalífs .....	3
2. 2. 2. Friðhelgi heimilis .....	4
2. 2. 3. Friðhelgi fjölskyldu.....	5
2. 3. Skilyrði takmarkana á friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu .....	6
<b>3. Barnaverndarlög .....</b>	<b>7</b>
3. 1. Barn.....	7
3. 2. Almennt um barnaverndarlöggjöf .....	7
3. 3. Úrræði barnaverndarlaga.....	9
3. 4. Forsjá .....	11
3. 4. 1. Hugtakið forsjá.....	11
3. 4. 2. Forsjársvipting .....	12
3. 4. 2. 1. Almennt um forsjársviptingu .....	12
3. 4. 2. 2. Ákvörðun forsjársviptingar .....	13
3. 4. 2. 3. Skilyrði forsjársviptingar.....	13
3. 5. Það sem barninu er fyrir bestu.....	15
<b>4. Meðalhófsreglan .....</b>	<b>16</b>
4. 1. Meðalhófsregla stjórnskipunarréttar .....	16
4. 2. Meðalhófsregla stjórnsluréttar .....	17
4. 2. 1. Gildissvið 12. gr. stjórnslulaga.....	18

4. 2. 2. Beiting 12. gr. stjórnsýslulaga .....	18
4. 2. 2. 1. Velja ber vægasta úrræðið .....	18
4. 2. 2. 2. Gæta skal hófs í beitingu þess úrræðis sem valið er.....	20
<b>4. 3. Beiting meðalhófsreglu við töku ákvarðana um forsjárviptingu.....</b>	<b>21</b>
4. 3. 1. Almennt um meðalhófsreglu barnaverndarlaga.....	21
<b>5. Beita barnaverndaryfirvöld vægari úrræðum áður en gerð er krafa um forsjárviptingu? .....</b>	<b>22</b>
5. 1. Beiting 2. mgr. 29. gr. barnaverndarlaga .....	22
5. 2. Afleiðingar þess ef meðalhóf er brotið í málsmeðferð barnaverndaryfirvalda ....	27
<b>6. Helstu niðurstöður.....</b>	<b>31</b>
<b>7. Lokaorð .....</b>	<b>34</b>
<b>Heimildaskrá.....</b>	<b>35</b>

## **Dómaskrá og álit umboðsmanns Alþingis**

### **Dómar Hæstaréttar:**

Hrd. 24. október 1958 í máli nr. 95/1957  
Hrd. 20. febrúar 1959 í máli nr. 55/1958  
Hrd. 30. október 1968 í máli nr. 159/1968  
Hrd. 30. október 1973 í máli nr. 23/1974  
Hrd. 4. júní 1982 í máli nr. 60/1980  
Hrd. 9. janúar 1990 í máli nr. 120/1989  
Hrd. 14. apríl 1994 í máli nr. 387/1993  
Hrd. 9. október 1997 í máli nr. 435/1996  
Hrd. 17. október 1997 í máli nr. 302/1997  
Hrd. 26. mars 1999 í máli nr. 511/1998  
Hrd. 6. maí 1999 í máli nr. 426/1998  
Hrd. 2. nóvember 2000 í máli nr. 147/2000  
Hrd. 19. desember 2000 í máli nr. 125/2000  
Hrd. 15. mars 2001 í máli nr. 354/2000  
Hrd. 25. október 2001 í máli nr. 277/2001  
Hrd. 2. maí 2002 í máli nr. 177/2002  
Hrd. 27. nóvember 2003 í máli nr. 151/2003  
Hrd. 18. desember 2003 í máli nr. 172/2003  
Hrd. 28. október 2004 í máli nr. 94/2004  
Hrd. 22. september 2005 í máli nr. 49/2005  
Hrd. 2. mars 2006 í máli nr. 413/2005  
Hrd. 1. mars 2007 í máli nr. 278/2006  
Hrd. 15. mars 2007 í máli nr. 505/2006  
Hrd. 20. september 2007 í máli nr. 70/2007  
Hrd. 24. janúar 2008 í máli nr. 250/2007  
Hrd. 7. febrúar 2008 í máli nr. 382/2007  
Hrd. 12. febrúar 2009 í máli nr. 351/2008  
Hrd. 25. mars 2010 í máli nr. 169/2010  
Hrd. 28. október 2010 í máli nr. 141/2010

**Dómur héraðsdóms:**

Héraðsdómur Norðurlands eystra mánudaginn 26. desember 2011 í máli nr. E-93/2011

**Álit umboðsmanns Alþingis:**

Álit umboðsmanns Alþingis 14. september 1989 í máli nr. 68/1988

Álit umboðsmanns Alþingis 9. nóvember 2009 í máli nr. 5186/2007

**Dómar mannréttindadómstóls Evrópu:**

MDE í máli *Berrehab g. The Netherlands* (1988) Series A no 138

MDE í máli *B g. France* (1992) Series A no 232

MDE í máli *Niemietz g. Germany* (1992) Series A no 251

MDE í máli *Johansson g. Finland* App no. 10163/02 (ECtHR, 6. september 2007)



## **Lagaskrá**

### **Íslensk lög**

Barnalög, nr. 76/2003

Barnaverndarlög, nr. 80/2002

Lög um vernd barna og ungmenna, nr. 43/1932

Lög um vernd barna og ungmenna, nr. 29/1947

Lög um vernd barna og ungmenna, nr. 53/1966

Lög um vernd barna og ungmenna, nr. 58/1992

Lögræðislög, nr. 71/1997

Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944

### **Alþjóðlegir sáttmálar**

Mannréttindasáttmáli Evrópu (samþykktur 4. nóvember 1950, tók gildi 30. maí 1994) Stjtið. C, 62/1994

Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, (samþykktur 20. nóvember 1989, tók gildi 27. nóvember 1992) Stjtið. C, 18/1992

## 1. Inngangur

Í lok ársins 2011 voru einstaklingar á Íslandi undir 18 ára aldri 84.493 talsins, eða 26,4% þjóðarinnar.<sup>1</sup>

Samkvæmt íslenskum lögum eru einstaklingar undir 18 ára aldri börn og ekki lögráða sbr. 1. mgr. 3. gr. barnaverndarlaga, nr. 80/2002 (bvl.), og 1. mgr. 1. gr. lögræðislaga, nr. 71/1997 (lrl.). Þessir einstaklingar eru háðir því að forsjáraðilar þeirra hagi uppeldi þeirra í samræmi við það sem þeim er fyrir bestu sbr. 1. mgr. 4. gr. bvl.

Börn eru sérstaklega viðkvæmur hópur einstaklinga sem eru háðir vernd þeirra sem eru eldri og reyndari. *Hönd þín skal leiða en ekki meiða* er nokkuð lýsandi fyrir þær reglur sem lúta að barnavernd.<sup>2</sup> Tilgangur og markmið barnaverndarlöggjafar á Íslandi er að stuðla að heilbrigðu og góðu umhverfi fyrir börn þar sem þau geta þroskast og dafnað í samræmi við þarfir þeirra. Eðli máls samkvæmt eru heimilisaðstæður jafn mismunandi og heimilin eru mörg. Samkvæmt íslenskum lögum nýtur fjölskyldan friðhelgi samkvæmt 71. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944 (stjskr.). Í ákvæðinu felst að fjölskyldan hefur rúma heimild til þess að ráða því hvernig heimilisaðstæðum er háttað, réttur foreldra til þess að fara með forsjá barna sinna og réttur barna til þess að alast upp hjá foreldrum sínum.<sup>3</sup>

Barnaverndarlöggjöfin felur í sér takmörkun á friðhelgi fjölskyldunnar. Í 3. mgr. 71. gr. stjskr. er kveðið á um að heimilt sé að takmarka friðhelgi fjölskyldunnar með skýrri lagaheimild og að takmarkanir séu nauðsynlegar vegna hagsmuna annarra. Í lögskýringargögnum með ákvæðinu segir að heimild til takmörkunar á ákvæðinu sé nauðsynleg meðal annars vegna barnaverndar.<sup>4</sup>

Staðreyndin er sú að ekki öll börn fá viðeigandi uppeldi. Þegar hagar barna er í hættu vegna vankanta á uppeldi þeirra reynir á barnaverndarlöggjöfina sem veitir hinu opinbera heimild til þess að grípa inn í heimilisaðstæður.<sup>5</sup> Vegna þess að fjölskyldan nýtur friðhelgi samkvæmt 71. gr. stjskr. ber hinu opinbera að gæta sérstaks meðalhófs þegar þvinga skal fram aðgerðir, sem eru andstæðar vilja foreldranna. Það þvingunarúrræði barnaverndarlaga sem lengst gengur er forsjásvipting samkvæmt 1. mgr. 29. gr. laganna.

Í þessari ritgerð verður leitast við að gera grein fyrir þeim reglum sem gilda um friðhelgi fjölskyldunnar og forsjásviptingar í íslensku réttarkerfi. Þeim spurningum sem

---

<sup>1</sup> Hagstofa Íslands, Mannfjöldi 1. jan. 2012 (*Hagstofa Ísland 7. febrúar 2012*) <<http://www.hagstofa.is>> skoðað 2. maí 2012.

<sup>2</sup> „Herferð Evrópuráðsins - börn og ofbeldi“ (*Umboðsmaður barna*) <[http://www.barn.is/adalsida/hond\\_thin\\_skal\\_leida\\_en\\_ekki\\_meida/](http://www.barn.is/adalsida/hond_thin_skal_leida_en_ekki_meida/)> skoðað 6. apríl 2012.

<sup>3</sup> Alþt. 1994-1995, A-deild, 2102.

<sup>4</sup> Alþt. 1994-1995, A-deild, 2102.

<sup>5</sup> Alþt. 1994-1995, A-deild, 2102.

leitast verður við að svara er hvort barnaverndaryfirvöld beiti vægari úrræðum áður en krafa um forsjársviptingu er gerð og afleiðingar þess ef meðalhóf er brotið í málsmeðferð barnaverndaryfirvalda. Einnig verður varpað ljósi á það hvaða áhrif meginregla, 1. mgr. 4. gr. bvl., um að gera skuli það sem barninu er fyrir bestu, hefur á niðurstöðu dómstóla, hafi meðalhóf verið brotið.

Ritgerðinni er skipt í sjö kafla. Í fyrsta kafla eru inngangsorð ritgerðarinnar sem varpa ljósi á efnistöð og gerð er grein fyrir rannsóknar spurningum.

Í öðrum kafla er fjallað almennt um friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu samkvæmt 71. gr. stjkskr. Fjallað er í sjálfstæðum undirköflum um friðhelgi einkalífs, friðhelgi heimilis og friðhelgi fjölskyldunnar. Einnig eru tekin saman skilyrði takmarkana samkvæmt 3. mgr. 71. gr. stjkskr. og reifaðir valdir dómar þar sem reynir á gildissvið ákvæðisins.

Í þriðja kafla er fjallað almennt um barnavernd á Íslandi. Fjallað er um sögu barnaverndarlöggjafar á Íslandi og hverjir það eru sem teljast börn samkvæmt íslenskum lögum. Þá er fjallað um þau úrræði sem barnaverndaryfirvöld geta gripið til þegar nauðsyn krefur. Fjallað er um hugtakið forsjá og skilyrði forsjársviptingar. Reifaðir eru valdir dómar þar sem reynir á skilyrði forsjársviptingar. Einnig er gerð grein fyrir meginreglunni um að gera skuli það sem barninu er fyrir bestu og reifaðir dómar þar sem dómstólar hafa lagt regluna til grundvallar niðurstöðu sinni.

Í fjórða kafla er fjallað almennt um meðalhófsreglu í íslenskum rétti. Gerð er grein fyrir meðalhófsreglu stjórnskipunarréttar, stjórnsluréttar og barnverndarréttar. Leitast er við að fjalla með ítarlegum hætti um inntak reglunnar og afleiðingu þess ef stjórnvöld virða ekki meðalhóf í málsmeðferð sinni.

Í fimmta kafla er leitast við að svara spurningunni hvort barnaverndaryfirvöld gæti meðalhófs í málsmeðferð sinni og hvaða afleiðingar það hefur á kröfu um forsjársviptingu hafi reglan verið brotin. Reifaðir eru dómar sem fallið hafa frá gildistöku núgildandi barnaverndarlaga. Einnig er leitast við að rannsaka áhrif meginreglunnar, um að gera skuli það sem barninu er fyrir bestu, á niðurstöðu kröfu um forsjársviptingu, hafi meðalhófsregla verið brotin í málsmeðferð barnaverndaryfirvalda.

Í sjötta kafla er leitast við að gera grein fyrir helstu niðurstöðum ritgerðarinnar.

Í sjöunda kafla eru lokaorð ritgerðarinnar tekin saman.

## 2. Friðhelgi einkalífs

### 2. 1. Almenn um friðhelgi einkalífs

Samkvæmt 71. gr. stjkskr. skulu allir njóta friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu. Inntak ákvæðisins er að hver maður hefur rétt til þess að ráða yfir lífi sínu og líkama. Njóta friðar um lífshætti sína og einkahagi og tilfinningalíf. Samskipti og tilfinningasambönd við aðra skuli einnig njóta verndar fyrir afskiptum hvort heldur annarra einstaklinga eða stjórnvalda. Upprunalegt markmið ákvæðisins var að veita vernd gegn geðþótttaafskiptum stjórnvalda af heimilislífi borgaranna.<sup>6</sup> Í ákvæðinu felst skylda löggjafans að setja viðhlítandi reglur sem vernda borgarana, ekki einungis gagnvart afskiptum hins opinbera heldur einnig vegna afskipta borgaranna innbyrðis.<sup>7</sup>

Friðhelgi einkalífs nýtur einnig verndar 8. gr. mannréttindasáttmáli Evrópu (samþykktur 4. nóvember 1950, tók gildi 30. maí 1994) Stjtið. C, 62/1994 (MSE). Túlkun Mannréttindadómstóls Evrópu (MDE) á ákvæðinu hefur verið rúm en samkvæmt viðurkenndri meginreglu í íslenskum rétti ber að skýra íslenskan rétt til samræmis þjóðarrétti sbr. Hrd. 9. janúar 1990 í máli nr. 120/1989 þar sem talið var að ákvæði í íslenskum lögum samræmdust ekki ákvæðum MSE um réttláta málsmeðferð og voru löginn því að vettugi virðandi.<sup>8</sup> Af þessu leiðir að túlka ber 71. gr. stjkskr. til samræmis við 8. gr. MSE.

### 2. 2. Friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu.

#### 2. 2. 1. Friðhelgi einkalífs

Samkvæmt 71. gr. stjkskr. og 8. gr. MSE felur friðhelgi einkalífs í sér að hver maður hefur rétt á að ráða einkalífi sínu án afskipta annarra. Samkvæmt lögskýringargögnum með 71. gr. er gildissviði ákvæðisins ætlað að vera rúmt og ekki er hægt að telja upp, svo tæmandi sé, hvaða réttindi falla þar undir.<sup>9</sup>

Samkvæmt lögskýringargögnum með 71. gr. stjkskr. er inntak friðhelgi einkalífs að hver og einn ráði yfir lífi sínu og líkama og njóti friðar um lífshætti sína og einkahagi.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 285.

<sup>7</sup> Alþt. 1994-1995, A-deild, 2100.

<sup>8</sup> Björg Thorarensen, „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“, í Björg Thorarensen o.fl. (ritsj.), *Mannréttindasáttmáli Evrópu: meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt* (Mannréttindastofnun Háskóla Íslands, Lagadeild Háskólans í Reykjavík 2005) 287; Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 286; Hér má einnig nefna fjölda annarra dóma sem fallið hafa um ólík sakarefni svo sem Hrd. 19. desember 2005 í máli nr. 125/2000, oft nefnt *Öryrkjamálið*.

<sup>9</sup> Alþt. 1994-1995, A-deild, 2100; Dómur MDE í máli *Johansson g. Finland* App no. 10163/02 (ECtHR, 6. september 2007) þar sem fjallað var um rétt foreldra til að nefna barn sitt og ráða þannig auðkenni þess. Dómstólinn komst að þeirri niðurstöðu að rétturinn til að velja barni sínu nafn félli undir 1. mgr. 8. gr. MSE.

<sup>10</sup> Alþt. 1994-1995, A-deild, 2099.

Í Hrd. 22. september 2005 í máli nr. 49/2005 komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að nauðgun fæli í sér brot á friðhelgi einkalífs. Hæstiréttur taldi að sökum þess að árásarmaðurinn svipti fórnarlamb sitt forræði á eigin líkama á meðan á nauðguninni stóð, hefði árásarmaðurinn gerst sekur um brot á friðhelgi einkalífs. Í Hrd. 30. október 1968 í máli nr. 159/1968 heimilaði Hæstiréttur lögbann á útgáfu *Læknatals* þar sem tilgreina átti líffræðilega foreldra kjörbarna læknis gegn vilja hans. Talið var að slík birting bryti gegn friðhelgi einkalífs læknisins og kjörbarna hans, sjá einnig dóm MDE í máli *B g. France* (1992) Series A no 232, mgr. 59, þar sem viðurkennt var að breyta ætti opinberum upplýsingum um kyn einstaklings eftir kynskiptiaðgerð til þess að vernda einkalíf viðkomandi. Æra manna nýtur einnig verndar ákvæðanna sbr. Hrd. 1. mars 2007 í máli nr. 278/2006 þar sem Hæstiréttur taldi að fullyrðingar sem settar voru fram í fjölmiðlum fælu í sér ærumeiðandi aðdróttanir og brytu þannig gegn friðhelgi einkalífs.

Tilfinningalíf fólks, samskipti og tilfinningasambönd við aðra njóta einnig sérstakrar verndar gagnvart afskiptum annarra einstaklinga eða stjórnvalda sbr. Hrd. 30. október 1973 í máli nr. 23/1974 þar sem Hæstiréttur viðurkenndi að tilfinningasambönd væru vernduð af friðhelgi einkalífs, dómurinn féllst þó ekki á að tilfinningasamband við hund nyti verndar.<sup>11</sup>

### 2. 2. 2. Friðhelgi heimilis

Samkvæmt orðalagi 1. mgr. 71. gr. stjkskr. og 1. mgr. 8. gr. MSE nýtur heimilið friðhelgi. Samkvæmt lögskýringargögnum með 1. mgr. 71. gr. stjkskr. er ákvæðinu ætlað að hafa rúmt gildissvið.<sup>12</sup>

Túlkunin á hugtakinu heimili sem almennt er lögð til grundvallar er að heimilið sé sá staður þar sem einstaklingur dvelur reglulega og geymir sínar persónulegu eigur.<sup>13</sup> Ákvæðin ná einnig til annarra svæða þar sem maður hefur rétt til einkalífs svo sem bifreiða, húsvagna, tjalda og vinnuaðstöðu sbr. MDE í máli *Niemietz g. Germany* (1992) Series A no 251, mgr. 24, þar sem dómstóllinn viðurkenndi að friðhelgi heimilis næði einnig yfir vinnuaðstöðu.<sup>14</sup>

Eignarhald er ekki skilyrði þess að vernd ákvæðisins gildi, heldur fer það eftir umráðum sbr. Hrd. 14. apríl 1994 í máli nr. 387/1993 þar sem Hæstiréttur taldi að faðir hafi

---

<sup>11</sup> Alþt. 1994-1995, A-deild, 2099.

<sup>12</sup> Alþt. 1994-1995, A-deild, 2100.

<sup>13</sup> Alþt. 1994-1995, A-deild, 2100.

<sup>14</sup> Alþt. 1994-1995, A-deild, 2100.

ekki getað veitt lögreglu heimild til að leita í herbergi sonar síns þar sem herbergið nyti verndar 1. mgr. 71. gr. stjkskr. sem dvalarstaður sonarins.<sup>15</sup>

Ekki er skilyrði að um einstakling sé að ræða, heldur ná ákvæðin jafnt til einstaklinga sem og lögpersóna sbr. Hrd. 2. maí 2002 í máli nr. 177/2002 þar sem Hæstiréttur viðurkenndi að hlutafélag nyti sömu verndar og einstaklingur sbr. 1. mgr. 71. gr. stjkskr.

Samkvæmt lögskýringargögnum með ákvæðinu er sú vernd sem ákvæðið veitir tvennskonar. Einstaklingi verður ekki gert að sæta húsleit án sérstakrar heimildar og verður ekki skyldaður til þess að fara af heimili sínu. Þessi réttindi takmarkast þó af eignarréttarreglum.<sup>16</sup>

### 2. 2. 3. Friðhelgi fjölskyldu

Í 8. gr. MSE er kveðið á um friðhelgi fjölskyldulífs (e. family life). Orðalagið er í raun rýmra en orðalag 1. mgr. 71. gr. stjkskr. um friðhelgi fjölskyldu. Hugtakið fjölskylda í 1. mgr. 71. gr. stjkskr. hefur verið skýrt rúmt og nær utan um allt fjölskyldulíf líkt og 8. gr. MSE gerir.<sup>17</sup> Markmið ákvæðisins er að tryggja rétt fjölskyldunnar til þess að vera saman, rétt einstaklinga til að stofna fjölskyldu og rétt foreldra til að sjá um uppeldi barna sinna án utanaðkomandi afskipta.<sup>18</sup>

Samkvæmt lögskýringargögnum með 71. gr. stjkskr. er með hugtakinu fjölskylda átt við fjölskyldutengsl í víðtækum skilningi og er þar nefnt sem dæmi samband barns og foreldris sem ekki fer með forsjá þess.<sup>19</sup> Í dómaframkvæmd mannréttindadómstólsins má sjá að inntak hugtaksins fjölskyldulíf er náð samband tveggja eða fleiri einstaklinga og ekki er gerð krafa um sérstaka samsetningu fjölskyldunnar eða form tengingar. Einungis er gerð krafa um raunverulegt samband sbr. dómur MDE í máli *Berrehab g. The Netherlands* (1988) Series A no 138, mgr. 21, þar sem samband fráskilins föður við dóttur sína, sem bjó hjá móðurömmu sinni, var talið njóta verndar friðhelgi fjölskyldunnar.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Alþt. 1994-1995, A-deild, 2100; Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 310.

<sup>16</sup> Alþt. 1994-1995, A-deild, 2100.

<sup>17</sup> Ármann Snævarr, „Fjölskylda og fjölskyldulíf í ljósi 8. og 12. gr. mannréttinasáttmála Evrópu“, í Katrín Jónasdóttir o.fl. (ritstj.), *Afmælisrit. Gaukur Jörundsson sextugur* (Bókaútgáfa Orators 1997) 55.

<sup>18</sup> Alþt. 1994-1995, A-deild, 2100; Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 310.

<sup>19</sup> Alþt. 1994-1995, A-deild, 2100.

<sup>20</sup> Björg Thorarensen, „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“, í Björg Thorarensen o.fl. (ritstj.), *Mannréttinasáttmáli Evrópu: meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt* (Mannréttindastofnun Háskóla Íslands, Lagadeild Háskólans í Reykjavík 2005) 300.

## 2. 3. Skilyrði takmarkana á friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu

Skilyrði takmarkana á friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu eru tilgreind í 3. mgr. 71. gr. stjkskr. en þar segir að heimilt sé með sérstakri lagaheimild að takmarka friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu ef brýna nauðsyn ber til vegna réttinda annarra.

Samkvæmt lögskýringargögnum með ákvæðinu er tilgangur 3. mgr. 71. gr. stjkskr. meðal annars að veita yfirvöldum heimild til þess að hlutast til um heimilislíf þegar vernda þarf hagsmuni barna.<sup>21</sup>

Í ákvæðinu er gerð krafa um skýra heimild fyrir takmörkunum í settum lögum frá Alþingi eða með undangengnum dómsúrskurði sem byggir á slíkum lögum. Lagaheimildin þarf að vera nægilega skýr og fyrirsjáanleg svo hægt sé að byggja á henni sbr. Hrd. 27. nóvember 2003 í máli nr. 151/2003 þar sem Hæstiréttur komst að þeirri niðurstöðu að ekki væri heimilt að skrá persónulegar sjúkraupplýsingar nema að fyrir lægi skýr heimild í settum lögum frá Alþingi. Hæstiréttur tók fram að ekki væri nóg að slík heimild væri sett með reglugerð eða verklagsreglum.

Af þessu leiðir að heimilt er að takmarka mannréttindi sem njóta verndar 71. gr. stjkskr. en til grundvallar þarf að liggja skýr lagaheimild frá Alþingi.

Samkvæmt 2. ml. 3. mgr. 71. gr. stjkskr. verða takmarkanir á friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu að vera til verndar réttindum annarra. Ákvæðið er túlkað til samræmis við 2. mgr. 8. gr. MSE en þar segir að heimilt sé með skýrri lagaheimild að takmarka friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu vegna þjóðaröryggis, almannaheilla eða efnahagslegrar farsældar þjóðarinnar, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu manna eða siðgæði eða réttindum og frelsi annarra.<sup>22</sup>

Áskilnaður er gerður í 3. mgr. 71. gr. stjkskr. um brýna nauðsyn vegna réttinda annarra. Í orðalaginu felst að aðeins skuli grípa til íþyngjandi aðgerða þegar lögmætu markmiði, sem að er stefnt, verður ekki náð með öðru eða vægara móti sbr. Hrd. 15. mars 2001 í máli nr. 354/2000 þar sem tollgæslan opnaði fjórar póstsendingar til þess að nálgast vörureikninga svo hægt væri að reikna virðisaukaskatt. Sóknaraðili taldi að ólöglegt væri að opna með reglubundnum hætti póstsendingar og skipti í því samhengi engu máli í hvaða tilgangi það var gert. Hæstiréttur féllst á þau sjónarmið og taldi að aðgerðir tollgæslunnar hafi strítt gegn meðalhófsreglu og 71. gr. stjkskr.

<sup>21</sup> Alþt. 1994-1995, A-deild, 2102.

<sup>22</sup> Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 296.

### **3. Barnaverndarlög**

#### **3. 1. Barn**

Samkvæmt 1. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, (samþykktur 20. nóvember 1989, tók gildi 27. nóvember 1992) Stjútíð. C, 18/1992 (barnasáttmálinn) nær hugtakið barn yfir hvern þann einstakling sem ekki hefur náð 18 ára aldri nema að lögræðisaldur sé lægri í aðildarríkinu og skal þá sá aldur gilda. Samkvæmt 1. mgr. 1. gr. Irl. verða menn lögráða 18 ára. Börn eru skilgreind í 1. mgr. 3. gr. bvl. sem einstaklingar undir 18 ára aldri. Einnig er gengið út frá því í barnalögum, nr. 76/2003 (bl.) að barn sé einstaklingur undir 18 ára aldri sbr. 3. mgr. 55. gr. bl., 3. mgr. 57. gr. bl., 1. mgr. 61. gr. bl. og 1. mgr. 62. gr. bl.<sup>23</sup>

#### **3. 2. Almenn um barnaverndarlöggjöf**

Í 3. mgr. 77. gr. stjtskr. er kveðið á um að í lögum skuli tryggja börnum þá vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst. Fyrirmynd ákvæðisins er 2. mgr. 3. gr. barnasáttmálans. Ákvæðinu er ætlað að áréttta sérstaklega skyldur stjórnvalda til að setja lög og reglur og grípa til annarra aðgerða sem stefna að því að tryggja velferð barna á öllum sviðum.

Frá upphafi hafa lög á sviði barnaverndar fjallað um vernd barna og ungmenna. Markmið löggjafar á þessu sviði er að tryggja börnum sem þess þurfa, ýmist vegna heimilisaðstæðna eða háttsemi eða ástands þeirra sjálfra, nauðsynlega aðstoð.<sup>24</sup>

Fyrstu heildarlögin á sviði barnaverndar á Íslandi voru lög um vernd barna og ungmenna, nr. 43/1932. Fyrir þann tíma voru dreifð ákvæði í almennri löggjöf sem kváðu á um barnavernd.<sup>25</sup>

Lögin frá 1932 mæltu fyrir um stofnun þess grunns sem íslensk barnavernd byggir enn á, meðal annars stofnun barnaverndarnefnda í 1. gr. laganna og þá meginreglu að foreldrar fari með forsjá barna sinna, sem má lesa úr I. kafla laganna. Markmið laganna var að veita barnaverndarnefnd heimild til þess að fylgjast með uppeldi barna undir 16 ára aldri og gæta þess að börnum væri ekki ofgert í vinnu.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Upptalin ákvæði barnalaga eiga við um framfærsluskyldu foreldra.

<sup>24</sup> „Réttindi barna“ (Mannréttindastofa Íslands) <<http://www.humanrights.is/mannrettindi-og-island/hopar/born/>> skoðað 31. mars 2012.

<sup>25</sup> Alþt. 1932, A-deild, 403-404.

<sup>26</sup> Alþt. 1932, A-deild, 403-408.



Í lögnum frá 1932 var heimild fyrir barnaverndarnefnd að grípa til þvingunarúrræða. Í 9. gr. laganna var kveðið á um heimild nefndar til að ráðstafa barni utan heimilis þegar þörf krafði. Ákvæðið er að nokkru sambærilegt því sem birtist nú í 29. gr. bvl.

Ekki er bein skírskotun til meðalhófsreglu í lögnum frá 1932 enda reglan þá óþekkt. Má þó finna vísi að meðalhófsákvæði í 1. mgr. 10. gr. laganna. Í greinagerð með lögnum segir við skýringu ákvæðisins að grípa verði til aðgerða sem kveðið er á um í 9. gr. laganna þegar leiðbeiningar og aðvaranir hafa reynst árangurslausar og velferð barnsins sé hættu búin, eða rangt væri að fresta framkvæmdum.<sup>27</sup> Einnig má sjá meðalhófsreglu í 7. gr. laganna en þar segir í 4. tl. að nefndinni beri að leitast við að hafa góða samvinnu við foreldra, sérstaklega þegar fjarlægja á barn af heimili.<sup>28</sup>

Lög um vernd barna og ungmenna nr. 29/1947 tóku við af lögum nr. 43/1932 en nokkuð þótti skorta á ákvæði síðarnefndu laganna. Af lögskýringargögnum má ráða að helsta breytingin hafi verið að yfirbarnaverndarnefnd var lögð niður og Barnaverndarráð Íslands stofnað, auk þess sem sett voru ítarlegri ákvæði um starfsemi ráðsins en áður var að finna um yfirbarnaverndarnefnd.<sup>29</sup> Aðrar breytingar voru óverulegar.

Ný lög um vernd barna og ungmenna voru sett árið 1966 með lögum nr. 53/1966. Í lögskýringargögnum með lögnum kemur fram að helsta breytingin á lögnum hafi verið vandaðri málsmeðferð og rökstuðningur barnaverndaryfirvalda. Einnig var uppsetningu laganna breytt og þau gerð ítarlegri.<sup>30</sup> Nýmæli var að finna í 3. mgr. 16. gr. laganna en þar er kveðið á um meginregluna, að gera skuli það sem barninu er fyrir bestu.<sup>31</sup>

Lög um vernd barna og ungmenna nr. 53/1966 giltu fram til ársins 1992 en þá tóku við ný lög um vernd barna og ungmenna, lög nr. 58/1992.

Í lögnum nr. 58/1992 urðu þó nokkrar breytingar. Samkvæmt lögskýringargögnum voru helstu breytingarnar þær að yfirstjórn barnaverndarmála var flutt yfir til félagsmálaráðuneytisins í stað menntamálaráðuneytisins.<sup>32</sup> Starfssviði barnaverndarráðs var breytt þannig að það fari einungis með fullnaðarúrskurðarvald í barnaverndarmálum. Barnaverndarumdæmi voru stækkuð, skýrari ákvæði voru sett um skyldur barnaverndaryfirvalda gagnvart börnum og ungmennum og ítarlegri ákvæði voru sett um fóstur. Þá var uppsetning laganna gerð skýrari, réttarstaða barna og ungmenna skilgreind betur og felld brott ákvæði um skoðun kvikmynda sem höfðu verið í fyrri lögum um vernd barna og

---

<sup>27</sup> Alþt. 1932, A-deild, 407.

<sup>28</sup> Alþt. 1932, A-deild, 405.

<sup>29</sup> Alþt. 2001-2002, A-deild, 1796.

<sup>30</sup> Alþt. 1964, A-deild, 180.

<sup>31</sup> Alþt. 1964, A-deild, 184-185.

<sup>32</sup> Velferðarráðuneytið í dag.

ungmenna.<sup>33</sup> Síðari breytingar á lögunum frá 1992 fólu meðal annars í sér að skilgreining á börnum breyttist frá því að vera fram til 16 ára aldurs í það að vera fram til 18 ára aldurs. Á sama tíma var heiti laganna breytt úr *Lög um vernd barna og ungmenna í Barnaverndarlög*.<sup>34</sup>

Núgildandi barnaverndarlög, nr. 80/2002, leystu lög nr. 58/1992 af hólmi. Ýmsar breytingar voru gerðar á lögunum, meðal annars stofnun kærunefndar barnaverndarmála, nýmæli um afskipti barnaverndarnefnda af þunguðum konum, nýmæli um að Barnaverndarstofa skuli eiga rétt á upplýsingum úr sakaskrá um þá einstaklinga sem hafa hlotið refsidóm fyrir brot gegn börnum auk þess sem löggin voru gerð ítarlegri.<sup>35</sup> Helstu nýmæli laganna koma fram í 4. gr. og 29. gr. bvl. Í 4. gr. eru dregnar saman helstu meginreglur sem leggja ber til grundvallar í öllu barnaverndarstarfi og mikilvægt þykir að skýrt sé kveðið á um í sjálfum lagatextanum. Með þessu er lögð áhersla á réttindi barna og önnur þau grundvallarsjónarmið sem barnaverndaryfirvöldum ber að hafa að leiðarljósi í störfum sínum. Reglur þessar hafa lengi verið viðurkenndar sem grundvallarreglur í barnaverndarstarfi. Ákvæði 4. gr. felur því fyrst og fremst í sér breytingu að því er varðar framsetningu þessara reglna en síður efnisbreytingar.<sup>36</sup>

Í 29. gr. bvl. er kveðið á um að úrskurðarvald í málum vegna sviptingar forsjár flyst frá barnaverndarnefndum til dómstóla. Veitir þetta meðal annars foreldrum tækifæri til þess að bera undir dómstóla ákvörðun barnaverndarnefndar og barnaverndarnefnd skal leita úrlausnar héraðsdómara til að koma fram þvingunarráðstöfunum.<sup>37</sup>

### 3. 3. Úrræði barnaverndarlaga

Í VI. kafla barnaverndarlaganna er að finna heimildir barnaverndaryfirvalda til afskipta af uppeldi barna. Samkvæmt greinagerð með lögunum er kaflinn flokkaður eftir því hvort samþykki aðila liggja fyrir eða hvort beita þurfi þvingunarúrræðum. Einnig er gerður greinarmunur á því hvort um er að ræða stuðningsaðgerðir við heimilið eða hvort gripið sé til þess að fjarlægja barn af heimili.<sup>38</sup> Í 29. gr. laganna er kveðið á um forsjársviptingu. Ákvæðin sem koma á undan eru vægari og ber barnaverndaryfirvöldum því að leitast við að beita þeim áður en gripið er til forsjársviptingar sbr. 2. mgr. 29. gr. bvl.

<sup>33</sup> Alpt. 1991-1992, A-deild, 4053-4054.

<sup>34</sup> Alpt. 2001-2002, A-deild, 1797.

<sup>35</sup> Alpt. 2001-2002, A-deild, 1802-1806.

<sup>36</sup> Alpt. 2001-2002, A-deild, 1802.

<sup>37</sup> Alpt. 2001-2002, A-deild, 1804.

<sup>38</sup> Alpt. 2001-2002, A-deild, 1833.

Í þessum kafla verður leitast við að gera grein fyrir vægari úrræðum barnaverndarlaga en forsjársviptingu samkvæmt 29. gr. bvl.

Í 24. gr. bvl. er kveðið á um úrræði með samþykki foreldra. Samkvæmt lögskýringargögnum með lögunum hefur greinin, sem unnt er að beita með samþykki foreldra, að geyma upptalningu úrræða sem miðast við að barn búi áfram á heimili sínu. Tekið er fram í 2. mgr. ákvæðisins að upptalningin er ekki tæmandi.<sup>39</sup> Samþykki foreldris sem barn býr hjá nægir til að ráðstöfunin teljist samþykkt og þarf því ekki samþykki foreldris sem barnið býr ekki hjá sbr. 3. mgr. ákvæðisins.<sup>40</sup>

Í 25. gr. bvl. er kveðið á um úrræði utan heimilis með samþykki foreldra og barns sem náð hefur 15 ára aldri, sbr. 1. mgr. 25. gr. laganna. Í 1. mgr. ákvæðisins kemur fram að barnaverndarnefnd geti tekið við forsjá eða umsjá barns og ýmist ráðstafað því í fóstur samkvæmt a-lið eða vistað barn á vistheimili, meðferðarheimili eða stofnun samkvæmt b-lið. Samkvæmt lögskýringargögnum þykir eðlilegt að skipa þessum úrræðum sérstaka grein þar sem úrræði utan heimilis eru annars eðlis en þau sem kveðið er á um í 24. gr. bvl.<sup>41</sup>

Í 2. mgr. ákvæðisins er kveðið á um meðalhóf í beitingu úrræðisins og er það í samræmi við 7. mgr. 4. gr. bvl.<sup>42</sup> Í 3. mgr. ákvæðisins er kveðið á um rétt barna sem ekki hafa náð 15 ára aldri til að tjá sig um yfirvofandi ráðstöfun.<sup>43</sup> Í 4. mgr. ákvæðisins er kveðið á um að ef foreldrar búa ekki saman þarf samþykki beggja að koma til.<sup>44</sup>

Í 26. gr. bvl. er kveðið á um úrræði sem barnaverndarnefnd getur gripið til án samþykkis og gegn vilja foreldra. Þessi úrræði miðast við að barn sé áfram á heimili sínu. Samkvæmt lögskýringargögnum á úrræðið við ef ekki hefur reynst árangursríkt eða ófullnægjandi að notast við úrræði 24. eða 25. gr. bvl.<sup>45</sup> Úrræðin eru sbr. a - d-liður 1. mgr. 26. gr. eftirfarandi: eftirlit með heimili, fyrirmæli um aðbúnað og umönnun, láta aðilum sem koma að daglegu lífi barns í té upplýsingar og banna för barns úr landi. Í 2. mgr. ákvæðisins er kveðið á um meðalhóf í beitingu úrræðisins og 3. mgr. ákvæðisins kveður á um rétt foreldra til að kæra úrskurðinn til kærunefndar barnaverndarmála.

Ákvæðið er í samræmi við 7. mgr. 4. gr. bvl.

Í 27. gr. bvl. er kveðið á um heimildir barnaverndarnefndar til að úrskurða um vistun barns utan heimilis í tilvikum þegar ekki liggur fyrir samþykki foreldris og/eða barns sem náð

<sup>39</sup> Alpt. 2001-2002, A-deild, 1835.

<sup>40</sup> Alpt. 2001-2002, A-deild, 1836.

<sup>41</sup> Alpt. 2001-2002, A-deild, 1836-1837.

<sup>42</sup> Alpt. 2001-2002, A-deild, 1837.

<sup>43</sup> Alpt. 2001-2002, A-deild, 1837.

<sup>44</sup> Alpt. 2001-2002, A-deild, 1837.

<sup>45</sup> Alpt. 2001-2002, A-deild, 1838.

hefur 15 ára aldri með sömu skilyrðum og fram koma í 26. gr. bvl.<sup>46</sup> Í a-lið 1. mgr. ákvæðisins er heimild til þess að kveða á um að barn skuli vera kyrrt á þeim stað sem það dvelst í allt að tvo mánuði. Samkvæmt lögskýringargögnum er átt við þær aðstæður ef foreldrar hafa samþykkt ráðstafanir samkvæmt 1. mgr. 25. gr. bvl.<sup>47</sup> Í b-lið 1. mgr. ákvæðisins er kveðið á um heimild til töku barns af heimili í allt að tvo mánuði til þess að tryggja öryggi barnsins, heilbrigði þess eða framkvæma nauðsynlega rannsókn. Samkvæmt lögskýringargögnum með ákvæðinu er gert ráð fyrir að unnt sé að grípa til allra þeirra úrræða sem lögin mæla fyrir um eftir því sem talið er henta barni best hverju sinni.<sup>48</sup>

### 3. 4. Forsjá

#### 3. 4. 1. Hugtakið forsjá

Samkvæmt skilgreiningu Davíðs Þórs Björgvinssonar er hugtakið „forsjá“ þrjúþætt: í fyrsta lagi felur það í sér rétt foreldra til að ráða persónulegum högum barns, í öðru lagi felur það í sér foreldraskyldur og í þriðja lagi felur það í sér rétt barnsins til forsjár foreldra sinna.<sup>49</sup> Fjallað verður um hvern þátt hér að neðan.

Í fyrsta lagi birtist sú meginregla í 2. mgr. 1. gr. bvl. að foreldrum ber að gegna forsjár- og uppeldisskyldum í samræmi við hag barnsins. Í lögskýringargögnum með ákvæðinu kemur fram að þessi meginregla sé í samræmi við grundvallarreglur allrar löggjafar er varðar börn.<sup>50</sup> Sú meginregla er lögfest í barnalögum að foreldrar fari með forsjá barna sinna. Forsjain felur ekki einungis í sér rétt foreldra, heldur einnig skyldur þeirra ef svo ber undir. Þessi meginregla kemur einnig fram í 1.-8. mgr. 28. gr. bl. Samkvæmt lögskýringargögnum með ákvæðinu ber foreldrum að annast barn sitt og sýna því umhyggju og gegna forsjár- og uppeldisskyldum eftir þörfum barnsins. Þar kemur fram að foreldrum er skylt að vernda barn sitt gegn andlegu og líkamlegu ofbeldi og annarri vanvirðandi háttsemi. Einnig ber foreldrum samkvæmt ákvæðinu að afla barni sínu menntunar og temja því iðjusemi og siðgæði. Ákvæðið veitir foreldrum einnig rétt til þess að ráða persónulegum högum barnsins. Í lok ákvæðisins er barninu fenginn réttur til forsjár foreldra sinna uns það verður sjálfráða og falla þá forsjárskyldur niður.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Alþt. 2001-2002, A-deild, 1838.

<sup>47</sup> Alþt. 2001-2002, A-deild, 1838.

<sup>48</sup> Alþt. 2001-2002, A-deild, 1839.

<sup>49</sup> Davíð Þór Björgvinsson, *Barnaréttur* (Bókaútgáfa Orators 1995) 171.

<sup>50</sup> Alþt. 2001-2002, A-deild, 1809.

<sup>51</sup> Alþt. 2002-2003, A-deild, 915-916.

Í öðru lagi hafa foreldrar talsvert svigrúm til þess að ákveða hvers konar uppeldi þeir veita börnum sínum. Þessi réttur er varinn af 71. gr. stjkskr. Viðurkennt er í dómaframkvæmd Hæstaréttar að of mikil íhlutun í málefni fjölskyldunnar getur verið andstætt stjórnarskrárákvæðinu sbr. Hrd. 2. nóvember 2000 í máli nr. 147/2000 þar sem Hæstiréttur taldi að barnaverndaryfirvöld hafi brotið gegn 71. gr. stjkskr. með því að fara inn á heimili X til þess að taka barn úr umsjá foreldris. Fyrir lá í málinu að ekkert amaði að barninu í forsjá X. Taldi Hæstiréttur að sú aðgerð, að fara inn á heimili X til þess að ná í barnið, án undangenginnar könnunar á öllum aðstæðum, ætti sér ekki lagastoð.<sup>52</sup>

Í þriðja lagi er kveðið á um það í 1. mgr. 1. gr. bvl. að börn eigi rétt á sérstakri vernd og umönnun í samræmi við aldur þeirra og þroska. Í ákvæðinu er lögð sú skylda á þá sem fara með uppeldishlutverk að sýna börnum umhyggju og vernda þau. Í 2. mgr. 1. gr. bvl. er kveðið á um að foreldrum eða forsjáraðilum beri að gegna forsjár- og uppeldisskyldum sínum.

### **3. 4. 2. Forsjársvipting**

#### **3. 4. 2. 1. Almenn um forsjársviptingu**

Viðurkennd regla í íslenskum rétti er að barni sé fyrir bestu að alast upp hjá kynforeldrum sínum.<sup>53</sup> Heimild barnaverndaryfirvalda til þess að hlutast til um uppeldi barna og eiga þannig inngríp í fjölskyldulífið er aðeins þegar foreldrar vanrækja forsjárskyldur sínar. Er barnaverndaryfirvöldum þá fengin heimild til þess að forða barninu úr sannanlega skaðlegum aðstæðum eða aðstæðum sem hugsanlega geta verið það.<sup>54</sup>

Markmið forsjársviptingar er að tryggja barninu öruggar og tryggar uppeldisaðstæður sem eru betri en þær sem það hefur búið við. Einnig er lögð áhersla á að með forsjársviptingunni, sem oftast nær leiðir til þess að barnið fer í fóstur, skapast stöðugleiki í umhverfi barnsins. Tímabundin vistun barns utan heimilis er oft undanfari forsjársviptingar þó það sé ekki skilyrði.<sup>55</sup>

Samkvæmt lögskýringargögnum með barnaverndarlögunum felur forsjársvipting í sér að foreldrar eru sviptir öllum réttindum til að fara með lögráð barnsins og þar með rétti til að ráða persónulegum högum barnsins.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> Davíð Þór Björgvinsson, *Barnaréttur* (Bókaútgáfa Orators 1995) 172.

<sup>53</sup> Ingveldur Einarsdóttir, „Forsjársvipting samkvæmt 25. gr. barnaverndarlaga nr. 58/1992“ (1999) 49 (2) Tímarit Lögfræðinga 95,96.

<sup>54</sup> Ingveldur Einarsdóttir, „Forsjársvipting samkvæmt 25. gr. barnaverndarlaga nr. 58/1992“ (1999) 49 (2) Tímarit Lögfræðinga 95, 96.

<sup>55</sup> Barnaverndarstofa *Handbók Barnaverndarstofu* (Endurskoðuð útg. Barnaverndarstofa 2009) 69-70.

<sup>56</sup> Alþt. 1990-1991, A-deild, 663.

Fjölskyldan nýtur friðhelgi samkvæmt 71. gr. stjkskr. Í ákvæðinu felst réttur fjölskyldunnar til þess að vera saman, að foreldrar fái að búa saman, fara með forsjá og annast uppeldi barna sinna án afskipta utanaðkomandi aðila.<sup>57</sup>

Þegar aðstæður eru með þeim hætti að barnaverndaryfirvöld verða að hlutast til um fjölskylduaðstæður skulu hagsmunir barnsins, og hvað því er fyrir bestu, ganga framar vilja og hagsmunum foreldra.<sup>58</sup> Í Hrd. 24. janúar 2008 í máli nr. 250/2007 kemur fram þegar hagsmunir foreldra og barns vegast á séu hagsmunir barnsins, og hvað því sé fyrir bestu, þyngri á vogarskálunum. Þessi regla birtist í VI. kafla bvl. en þar er barnaverndaryfirvöldum veitt heimild til þess að hlutast til um velferð barna með þvingunarúrræðum sem ýmist er gripið til með eða án samþykkis foreldranna.

### **3. 4. 2. 2. Ákvörðun forsjársviptingar**

Samkvæmt 1. mgr. 29. gr. bvl. er barnaverndarnefnd heimilt að krefjast þess fyrir dómi að foreldrar, annar þeirra eða báðir, skuli sviptir forsjá ef nefndin telur að skilyrðum a - d-liðar 1. mgr. 29. gr. bvl. sé fullnægt. Í lögskýringargögnum með barnaverndarlögunum kemur fram að ástæðan fyrir því að dómstólum sé falið úrskurðarvald sé fjórþætt. Þar segir að í fyrsta lagi sé málaflökkurinn þess eðlis að hann eigi heima hjá dómstólum líkt og aðrar ákvarðanir er varða mannréttindi. Í öðru lagi fækkar þetta fyrirkomulag málsmeðferðarstigum frá fjórum niður í tvö. Samhliða þessu segir að slíkt sé til þess fallið að einfalda málsmeðferð og stytta málsmeðferðartíma. Í þriðja lagi sé málsmeðferð fyrir dómstólum vandaðri en önnur málsmeðferð og sé því til þess fallin að tryggja rétt hlutaðeigandi aðila. Í fjórða lagi segir að þetta fyrirkomulag sé til þess fallið að uppfylla þjóðaréttarlegar skuldbindingar sem Ísland er aðili að. Í því samhengi eru nefnd 8. gr. MSE og 1. tl. 9. gr. barnasáttmálans.<sup>59</sup>

Fyrir tíma núgildandi barnaverndarlaga var úrskurðarvald um forsjársviptingar í höndum barnaverndaryfirvalda sjálfra. Telja verður að núverandi fyrirkomulag sé betur til þess fallið að gætt sé að mannréttindum þeirra sem aðild eiga að slíku máli. Enda, eins og fram kemur hér að ofan, málsmeðferð fyrir dómstólum sú vandaðasta sem völ er á.

### **3. 4. 2. 3. Skilyrði forsjársviptingar**

Forsjársvipting samkvæmt 29. gr. bvl. er róttækasta og afdrifaríkasta aðgerð sem barnaverndarnefnd getur gripið til í málefnum fjölskyldna og er því einungis heimilt að beita

<sup>57</sup> Alpt. 1994-1995, A-deild, 2100; Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 21.

<sup>58</sup> Alpt. 2001-2002, A-deild, 1811.

<sup>59</sup> Alpt. 2001-2002, A-deild, 1806-1808.

Því þegar ekki er unnt að beita öðrum og mildari úrræðum eða að önnur og mildari úrræði hafi verið reynd en ekki borið árangur sbr. 2. mgr. 29. gr. bvl. og 7. mgr. 4. gr. bvl.

Barnaverndarnefnd getur samkvæmt 1. mgr. 29. gr. bvl. krafist þess fyrir dómi að foreldrar, annað eða bæði, skuli svipt forsjá barns.<sup>60</sup> Skilyrði forsjárviptingar eru tilgreind í fjórum stafliðum 1. mgr. 29. gr. bvl. og nægir að einu þeirra sé fullnægt.

Barnaverndarnefnd getur samkvæmt a-lið 1. mgr. 29. gr. bvl. krafist forsjárviptingar ef hún telur að daglegri umönnun, uppeldi eða samskiptum foreldra og barns sé alvarlega ábótavant með hliðsjón af aldri þess og þroska. Samkvæmt orðalagi ákvæðisins verður vanræksla að hafa átt sér stað til þess að skilyrðinu sé fullnægt sbr. Hrd. 28. október 2010 í máli nr. 141/2010 þar sem móðir var svipt forsjá dóttur sinnar. K var greind með alvarlega persónuleikaröskun og var talin óhæf til þess að sinna daglegri umönnun og uppeldi dóttur sinnar.<sup>61</sup>

Barnaverndarnefnd getur samkvæmt b-lið 1. mgr. 29. gr. bvl. krafist forsjárviptingar ef hún telur að barni sem er sjúkt eða fatlað sé ekki tryggð viðeigandi meðferð, þjálfun eða kennsla. Ákvæðið á við í þeim tilvikum þar sem foreldrar hafa annað hvort ekki vilja eða getu til að annast barn sitt og aðstoða það við að leita sér þeirrar meðferðar eða hjálpar sem það þarf á að halda vegna fötlunar eða sjúkdóms. Ákvæðið á einnig við þegar foreldrar hafa, að mati nefndarinnar, neikvæð eða slæm áhrif á nauðsynlega meðferð.<sup>62</sup> Í Hrd. 18. desember 2003 í máli nr. 172/2003 voru X og Y svipt forsjá barna sinna á grundvelli a - d-liðar 1. mgr. 29. gr. bvl. Var það talið varða við b-lið ákvæðisins að X og Y höfðu ekki veitt tveimur þroskaheftum sonum sínum þá umönnun sem ástand þeirra krafðist.

Barnaverndarnefnd getur samkvæmt c-lið 1. mgr. 29. gr. bvl. krafist forsjárviptingar ef hún telur að barni sé misþyrmt, misboðið kynferðislega eða að það megi þola alvarlega andlega eða líkamlega áreitni eða niðurlægingu á heimilinu. Ekki er skilyrði að brot hafi átt sér stað heldur er nóg að líkamlegri eða andlegri heilsu barnsins sé hætta búin í framtíðinni.<sup>63</sup>

Samkvæmt d-lið 1. mgr. 29. gr. bvl. getur barnaverndarnefnd krafist forsjárviptingar ef hún telur að fullvíst þyki að líkamlegri eða andlegri heilsu barna eða þroska sé hætta búin sökum þess að foreldrar séu augljóslega vanhæfir til að fara með forsjána. Aðstæður foreldra

---

<sup>60</sup> Alpt. 2001-2002, A-deild, 1840.

<sup>61</sup> Ingveldur Einarsdóttir, „Forsjárvipting samkvæmt 25. gr. barnaverndarlaga nr. 58/1992“ (1999) 49 (2) Tímarit Lögfræðinga 95, 98-99.

<sup>62</sup> Ingveldur Einarsdóttir, „Forsjárvipting samkvæmt 25. gr. barnaverndarlaga nr. 58/1992“ (1999) 49 (2) Tímarit Lögfræðinga 95, 99.

<sup>63</sup> Ingveldur Einarsdóttir, „Forsjárvipting samkvæmt 25. gr. barnaverndarlaga nr. 58/1992“ (1999) 49 (2) Tímarit Lögfræðinga 95, 99-100.

sem falla hér undir eru vímuefnaneyslu, geðrænna truflana, greindarskorts eða að breytni foreldra sé líkleg til að valda barni alvarlegum skaða.<sup>64</sup> Í Hrd. 12. febrúar 2009 í máli nr. 351/2008 voru M og K svipt forsjá dóttur sinnar. Fullvíst þótti í málinu að velferð stúlkunnar væri stofnað í hættu vegna grófrar misnotkunar M og K á fíkniefnum.

### 3. 5. Það sem barninu er fyrir bestu

Sjónarmið um að gera skuli það sem barninu er fyrir bestu þegar taka skal ákvörðun um forsjá, framfærslu eða annað er varðar hagsmuni barna er viðurkennd meginregla í íslenskum rétti sbr. 1. mgr. 4. gr. bvl. Samkvæmt lögskýringargögnum er inntak ákvæðisins að jafnan skuli beita þeim ráðstöfunum sem ætla má að barni séu fyrir bestu. Þá segir að það sé grundvallarregla barnaréttarins að hagsmunir barnsins skuli ávallt vera í fyrirrúmi og aðrir hagsmunir, svo sem hagsmunir foreldra, verði þar af leiðandi að víkja ef þeir stangast á við hagsmuni barnsins.<sup>65</sup> Þetta er í samræmi við 3. gr. barnasáttmálans en þar segir að það sem barni er fyrir bestu skuli ávallt hafa forgang þegar hið opinbera gerir ráðstafanir sem varða börn. Í nýlegum dómi Hæstaréttar frá 25. mars 2010 í máli nr. 169/2010 má sjá að sjónarmið um að gera skuli það sem barninu er fyrir bestu vegur þungt. Málavextir voru þeir að K fór með son sinn í ungbarnaskoðun. Þar vaknaði grunur að drengurinn væri með vatnshöfuð. Í kjölfarið fór drengurinn í ítarlegri skoðun sem leiddi til þess að drengurinn var lagður inn á Barnaspítala Hringsins. Eftir frekari rannsóknir var talið að drengurinn þjáðist ekki af sjúkdómnum heldur var talið að drengurinn hefði orðið fyrir ytri áverkum sem gætu hafa komið til vegna höfuðhöggs eða hristings. Talið var að stjúpfadir barnsins hefði valdið áverkanum. Barnaverndaryfirvöld gripu til þess ráðs að fjarlægja barnið af heimilinu til þess að tryggja öryggi þess. Móðir drengsins kærði þann úrskurð. Í dómi héraðsdóms segir að barnaverndaryfirvöld skuli beita þeim ráðstöfunum sem ætla megi að barninu séu fyrir bestu. Dómurinn komst að þeirri niðurstöðu, eins og atvikum málsins var háttað, að barninu væri fyrir bestu að dvelja hjá móður sinni og stjúpföður undir öfluggu eftirliti barnaverndaryfirvalda.

Meginreglan, um að gera það sem barninu er fyrir bestu, var fyrst viðurkennd af Hæstarétti árið 1958.<sup>66</sup> Í Hrd. 24. október 1958 í máli nr. 95/1957 var deilt um forsjá tveggja barna eftir að móðir þeirra lést. Börnin áttu íslenskan föður en móðir þeirra var þýskur

<sup>64</sup> Ingveldur Einarsdóttir, „Forsjársvipting samkvæmt 25. gr. barnaverndarlaga nr. 58/1992“ (1999) 49 (2) Tímarit Lögfræðinga 95, 100.

<sup>65</sup> Alþt. 2001-2002, A-deild, 1811.

<sup>66</sup> Þyri Halla Steingrímsdóttir, „Það sem barninu er fyrir bestu“ (2004) 57(2) Úlfjótur, 173, 174-175.



ríkisborgari. Þegar móðir barnanna lést fóru þýsk barnaverndaryfirvöld fram á forræði þeirra. Töldu þýsku barnaverndaryfirvöldin að beint lægi við að foreldrar móðurinnar fengju forráð barnanna þar sem foreldrar barnanna voru ekki gift. Í dómi héraðsdóms var þetta samþykkt en gagnstæð niðurstaða fékkst í Hæstarétti. Í dómi Hæstaréttar voru dómkvaddir sérfræðingar fengnir til að gefa álit sitt á því hvaða áhrif flutningurinn til Þýskalands myndi hafa á börnin. Var það álit þeirra að slíkur flutningur yrði þeim erfiður og þeir töldu að hag barnanna yrði best borgið með því að vera um kyrrt hér á landi. Hæstiréttur samþykkti þá niðurstöðu. Má af þessu sjá að meginreglan um að gera skuli það sem barninu er fyrir bestu var forsenda ákvörðunar Hæstaréttar.

Sjónarmið um að gera skuli það sem barninu er fyrir bestu hefur verið í íslenskri barnaverndarlöggjöf allt frá lögum um vernd barna og ungmenna, nr. 53/1966.<sup>67</sup> Meginreglan er nú lögfest í 1. mgr. 4. gr. bvl. og er í samræmi við 3. gr. barnasáttmálans.

## 4. Meðalhófsreglan

Í þessum kafla verður leitast við að gera grein fyrir meðalhófsreglu stjórnskipunarréttar, meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar og meðalhófsreglu barnaverndarlaga. Þessar þrjár reglur koma allar til skoðunar þegar barnaverndaryfirvöld leggja fram kröfu um forsjárviptingu.

### 4. 1. Meðalhófsregla stjórnskipunarréttar

Mannréttindi sem njóta verndar stjórnarskrár eru ekki svo afdráttarlaus að ekki séu gerðar á þeim undantekningar. Þegar takmarka á stjórnarskrárvernduð mannréttindi verður að gæta að svokallaðri meðalhófsreglu stjórnskipunarréttar sem virt er sem óskráð meginregla.<sup>68</sup>

Þar sem reglan er ekki skráð í lög má gagnálykta frá 1. gr. ssl. sbr. 12. gr. stjórnsýslulaga, nr. 37/1999 (ssl.), að meðalhófsregla stjórnskipunarréttar nái til annarra valdhafa ríkisvaldsins en framkvæmdarvaldsins sbr. Hrd. 25. október 2001 í máli nr. 277/2001 þar sem fram kom að löggjafarvaldið hafi brotið gegn meðalhófsreglu stjórnskipunarréttar í lagasetningu.<sup>69</sup>

Reglan felur í sér að þegar ákvörðun stjórnvalds takmarkar mannréttindi, skal gæta þess sérstaklega að ekki sé gripið til harðari úrræða en nauðsyn krefur sbr. Hrd. 6. maí 1999 í máli nr. 426/1998 þar sem málavextir voru þeir að hópur manna hafði verið ákærður fyrir að

<sup>67</sup> Alþt. 1964, A-deild, 184-185.

<sup>68</sup> Gaukur Jörundsson, „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti“ í Páll Skúlason (ritstj.), *Afmælisrit Gizur Bergsteinsson níræður 18. apríl 1992* (Sleipnir 1992) 218-219.

<sup>69</sup> Björg Thorarensen, „Áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnarskrárákvæða“ í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.), *Lögberg: Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands* (Háskólaútgáfan 2003) 54.

stunda og kenna hnefaleika. Í málinu var deilt um hvort hið opinbera gæti takmarkað athafnafrelsi borgaranna með þessum hætti. Hæstiréttur taldi svo vera en segir jafnframt að aðgerðum sem eru til þess fallnar að takmarka athafnafrelsi borgaranna skuli stillt í hóf að teknu tilliti til markmiðs þeirra.<sup>70</sup>

Mörk og skilyrði takmarkana eru tilgreind í ýmsum ákvæðum stjórnarskrárinnar með nokkuð skýrum hætti og ber þar helst að nefna 3. mgr. 71. gr. stjkskr. um friðhelgi einkalífs og 3. mgr. 73. gr. stjkskr. um tjáningarfrelsi. Bæði ákvæðin tilgreina nauðsyn sem skilyrði takmarkana sbr. Hrd. 17. október 1997 í máli nr. 302/1997 en þar segir að gæta skuli sérstaks hófs þegar takmarka á mannréttindi sem njóta verndar stjórnarskrárinnar.<sup>71</sup>

## 4. 2. Meðalhófsregla stjórnásluréttar

Fyrir tíma stjórnáslulaganna var meðalhófsreglan lögbundin í einstökum lagabálkum innan stjórnáslunnar og almennt virt sem óskráð meginregla sbr. álit umboðsmanns Alþingis 14. september 1989 í máli nr. 68/1988 þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að stjórnvaldi beri að gæta meðalhófs þegar lokað var fyrir síma aðila máls vegna gjaldfallins reiknings. Umboðsmaður Alþingis taldi að fresturinn sem aðila hafði verið veittur til að standa skil á greiðslum hafi verið of stuttur miðað við það óhagræði og tjón, sem af gæti hlotist. Hafi því verið brotið á ólögfestri meginreglu stjórnásluréttarins um meðalhóf.<sup>72</sup>

Hin almenna meðalhófsregla stjórnásluréttar var fyrst lögfest árið 1994 með tilkomu stjórnáslulaga. Reglan birtist í 12. gr. ssl. en þar segir að stjórnvald skal því aðeins taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögmatu 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.

Meðalhófsregla er ein af grundvallarreglum stjórnásluréttarins.

Í lögskýringargögnum með stjórnáslulögum kemur fram að reglan feli í sér að stjórnvöld verða að gæta hófs í meðferð valds síns. Stjórnvöldum er þannig skylt að líta til þess markmiðs sem starf þess stefnir að og taka tillit til hagsmuna og réttinda þeirra sem ákvörðun beinist að og fara meðalveg þar á milli.<sup>73</sup>

Í meðalhófsreglunni felast aðallega þrjár meginþættir: Að efni ákvörðunar sé til þess fallið að ná markmiðinu sem að er stefnt, að valið sé það úrræði sem vægast er, þegar fleiri

<sup>70</sup> Björg Thorarensen, *Stjórnáslunarréttur Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 109.

<sup>71</sup> Björg Thorarensen, *Stjórnáslunarréttur Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 55-56.

<sup>72</sup> Gaukur Jörundsson, „Meðalhófsreglan í stjórnáslunarrétti og stjórnáslurétti“ í Páll Skúlason (ritstj.), *Afmælisrit Gizur Bergsteinsson níræður 18. apríl 1992* (Sleipnir 1992) 218-219.

<sup>73</sup> Alþt. 1992-1993, A-deild, 3294; Gaukur Jörundsson, „Meðalhófsreglan í stjórnáslunarrétti og stjórnáslurétti“ í Páll Skúlason (ritstj.), *Afmælisrit Gizur Bergsteinsson níræður 18. apríl 1992* (Sleipnir 1992) 207.

úrræði koma til greina sem þjóna sama markmiði og að meðalhófs sé gætt í beitingu þess úrræðis sem valið er og ekki sé gengið lengra í beitingu þess en nauðsyn krefur.<sup>74</sup>

#### **4. 2. 1. Gildissvið 12. gr. stjórnslulaga**

Í 1. mgr. 1. gr. ssl. er kveðið á um að lögin taki til stjórnslu ríkis og sveitarfélaga. Meðalhófsregla 12. gr. ssl. gildir samkvæmt 2. mgr. 1. gr. ssl. þegar stjórnvöld taka ákvarðanir um réttindi eða skyldur manna. Ákvæðið er byggt á rýmri meginreglu sem gildir um alla stjórnskipun ríkisins, það er að hið opinbera skuli gæta hófs þegar setja á borgurum takmarkanir.<sup>75</sup>

#### **4. 2. 2. Beiting 12. gr. stjórnslulaga**

##### **4. 2. 2. 1. Velja ber vægasta úrræðið**

Stjórnvaldi ber að beita meðalhófsreglu stjórnsluréttar þegar efnisleg niðurstaða ákvörðunar er háð mati stjórnvalds.<sup>76</sup> Sú meginregla birtist í 1. ml. 12. gr. ssl. að ákvörðun stjórnvalds má aldrei íþyngja borgurum að nauðsynjalausu. Af þessu leiðir að við mat stjórnvalds á efnislegum þætti ákvörðunar þarf niðurstaðan að vera til þess fallin að stefna að settu markmiði. Sé ákvörðun augljóslega ekki til þess fallin telst hún ólögmat.<sup>77</sup> Í Hrd. 9. október 1997 í máli nr. 435/1996 var talið að gengið hefði verið lengra en nauðsyn bar til þegar stúlka sem hafði orðið fyrir kynferðislegu ofbeldi af hálfu bróður síns var vistuð utan heimilis lengur en efni stóðu til. Sýnt hefði verið fram á að foreldrar stúlkunnar voru reiðubúnir til að fara eftir settum fyrimælum, kæmi stúlkann heim. Hæstiréttur taldi að brotið hefði verið á meðalhófsreglu með því að íþyngja stúlkunni og fjölskyldu hennar að nauðsynjalausu þegar hægt var að grípa til vægari ráðstafana.

Ávallt reynir á meðalhófsreglu 12. gr. ssl. sé stjórnvaldi fært að velja fleiri en eitt úrræði sem stefnir að sama markmiði. Ber þá að velja það úrræði sem vægast er.<sup>78</sup> Í Hrd. 20. febrúar 1959 í máli nr. 55/1958 voru málavextir þeir að sjúkdómur hafði komið upp í sauðfé. Sýslumaður tók þá ákvörðun að fella skyldi búfénaðinn þrátt fyrir að sérfræðingar teldu

<sup>74</sup> Páll Hreinsson, *Stjórnslulögin: skýringarrit* (Forsætisráðuneytið 1994) 147.

<sup>75</sup> Páll Hreinsson, *Stjórnslulögin: skýringarrit* (Forsætisráðuneytið 1994) 148; Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnslulaga“ í Stefán Már Stefánsson og Víðar Már Matthíasson (ritstj.), *Lögberg: Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands* (Háskólaútgáfan 2003) 505.

<sup>76</sup> Páll Hreinsson, *Stjórnslulögin: skýringarrit* (Forsætisráðuneytið 1994) 147.

<sup>77</sup> Gaukur Jörundsson, „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnslurétti“ í Páll Skúlason (ritstj.), *Afmælisrit Gizur Bergsteinsson nínáður 18. apríl 1992* (Sleipnir 1992) 218-219.

<sup>78</sup> Páll Hreinsson, *Stjórnslulögin: skýringarrit* (Forsætisráðuneytið 1994) 150.

sjúkdóminn hættulítinn. Hæstiréttur taldi að sýslumaður hefði ekki valið það úrræði sem vægast var og gætti því ekki meðalhófs. Ákvörðun sýslumanns var talin ólögmat.

Komi upp sú staða að ekki er hjá því komist að taka íþyngjandi ákvörðun, ber að velja það úrræði sem vægast er og líklegt að þjóni markmiðinu sem að er stefnt.<sup>79</sup> Í Hrd. 17. október 1997 í máli nr. 302/1997 taldi Hæstiréttur að stjórnvöldum hafi borið að koma til móts við lögmatar kröfur hjóna um skilyrði framsals til Bandaríkjanna. Talið var að brestir íslenskra stjórnvalda til þess að gera það hafi falið í sér brot á þeirri reglu að stjórnvaldi beri að velja úrræðið sem vægast er.

Í framkvæmd hefur mótast sú regla að stjórnvaldi beri að tilkynna eða skora á málsaðila að koma málum sínum í löglegt horf áður en stjórnvald beitir íþyngjandi úrræðum. Á þetta við í tilvikum þar sem svigrúm er til slíkra áskorana.<sup>80</sup> Í Hrd. 4. júní 1982 í máli nr. 60/1980 báru bæjaryfirvöld á Seltjarnarnesi hallann af því að hafa ekki gert húseiganda viðvart um að bera skyldi eld að hæsnahúsi sem hætta stafaði af vegna rottugangs. Taldi Hæstiréttur að skylt hefði verið að gera húseiganda viðvart og gefa honum kost á að bregðast við áður en gripið yrði til svo íþyngjandi aðgerða.

Kröfur um að stjórnvald geti sannað að nauðsynlegt hafi verið að grípa til íþyngjandi úrræða eru misþungar eftir því að hvaða réttindum ákvörðunin beinist. Þegar takmarka á mannréttindi er rík krafa gerð til þess að stjórnvald sanni að ekki hafi önnur vægari úrræði komið til greina.<sup>81</sup> Í Hrd. 15. mars 2001 í máli nr. 354/2000 kemur fram að hið opinbera hafi ekki getað sýnt fram á að nauðsynlegt hefði verið að beita íþyngjandi úrræði tollayfirvalda við aðstæður sem brutu á friðhelgi einkalífs.

Í aðstæðum þar sem ekki verður fyrir séð hvaða úrræði muni bera árangur, ber að velja vægasta úrræðið sem almennt má telja að leiði til þeirrar niðurstöðu sem að er stefnt.<sup>82</sup> Einnig er gerð krafa um að eðlilegt samband sé á milli þess úrræðis sem valið er og þess markmiðs sem stefnt er að.<sup>83</sup>

---

<sup>79</sup> Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“ í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.), *Lögberg: Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands* (Háskólaútgáfan 2003) 510-511.

<sup>80</sup> Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“ í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.), *Lögberg: Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands* (Háskólaútgáfan 2003) 514.

<sup>81</sup> Gaukur Jörundsson, „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti“ í Páll Skúlason (ritstj.), *Afmælisrit Gizur Bergsteinsson níræður 18. apríl 1992* (Sleipnir 1992) 223; Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“ í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.), *Lögberg: Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands* (Háskólaútgáfan 2003) 512.

<sup>82</sup> Páll Hreinsson, *Stjórnsýslulögin: skýringarrit* (Forsætisráðuneytið 1994) 152.

<sup>83</sup> Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“ í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.), *Lögberg: Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands* (Háskólaútgáfan 2003) 518.

#### 4. 2. 2. 2. *Gæta skal hófs í beitingu þess úrræðis sem valið er*

Sú krafa er gerð við beitingu 12. gr. ssl. að gæta skuli hófs í beitingu þess úrræðis sem valið er. Á þetta reynir þegar stjórnvald þarf að meta hvernig skuli nota íþyngjandi úrræði.

Stjórnvaldi er ekki aðeins skylt að líta til þeirra þjóðfélagslegu hagsmuna sem verið er að vernda svo og þess markmiðs sem starf stjórnvaldsins stefnir að í því sambandi, heldur ber því einnig að taka tillit til hagsmuna og réttinda einstaklinganna og lögaðilanna sem athafnir stjórnvaldsins og valdbeiting beinist að. Ber stjórnvaldi þá að meta þá andstæðu hagsmuni sem vegast á í málinu og fara meðalveginn á milli þeirra.<sup>84</sup>

Almennt er gengið út frá því að hagsmunir einstaklinga sem njóta verndar mannréttindaákvæða stjórnarskrár vegi þungt.<sup>85</sup> Þeim mun þungbærari sem beiting úrræðis er, þeim mun meiri kröfur eru gerðar til stjórnvaldsins um að það sanni að ekki hafi verið hægt að beita úrræðinu á annan og vægari hátt.<sup>86</sup> Í Hrd. 26. mars 1999 í máli nr. 511/1998 sviptu barnaverndaryfirvöld konu forsjá sonar síns og skertu umgengnisrétt hennar við hann verulega. Konan höfðaði mál og fór fram á ógildingu úrskurðar barnaverndaryfirvalda um forsjárvsviptingu og til vara að ógildur yrði úrskurður um skertan umgengnisrétt. Hæstiréttur féllst ekki á ógildingu forsjárvsviptingar en féllst á varakröfuna. Í dómi Hæstaréttar kom fram að niðurstaða barnaverndaryfirvalda hafi ekki verið nægilega rökstudd og þar með hafi ekki verið sýnt fram á nauðsyn úrræðisins, auk þess sem úrræðið gekk lengra en álitserð dómskvaddra matsmanna kvað á um að væri æskilegt. Úrskurður barnaverndaryfirvalda var ógiltur hvað varðaði skertan umgengnisrétt.

Úrræði sem talið er valda minnstu röskun fyrir borgarann kann að vera dýrt og kalla á mikið umstang fyrir hið opinbera. Í málaflokkum innan stjórnsýslunnar þar sem er mikill málafjöldi kann vægasta úrræðið að víkja fyrir greiðri stjórnsýslu, enda er það hagur allra að stjórnsýslan sé greiðvirk.<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“ í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.), *Lögberg: Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands* (Háskólaútgáfan 2003) 512.

<sup>85</sup> Alþt. 1992-1993, A-deild, 3295.

<sup>86</sup> Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“ í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.), *Lögberg: Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands* (Háskólaútgáfan 2003) 519.

<sup>87</sup> Gaukur Jörundsson, „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti“ í Páll Skúlason (ritstj.), *Afmælisrit Gizur Bergsteinsson níræður 18. apríl 1992* (Sleipnir 1992) 224; Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“ í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.), *Lögberg: Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands* (Háskólaútgáfan 2003) 521.

### 4. 3. Beiting meðalhófsreglu við töku ákvarðana um forsjárviptingu

#### 4. 3. 1. Almennt um meðalhófsreglu barnaverndarlaga

Meginreglan um að barnaverndaryfirvöld skuli eftir föngum gæta þess að almenn úrræði til stuðnings fjölskyldu séu reynd, áður en gripið er til annarra og meira íþyngjandi úrræða birtist í 7. mgr. 4. gr. bvl. Í lögskýringargögnum segir að ákvæðið sé í samræmi við 12. gr. ssl og að rík ástæða sé til þess að gæta meðalhófs því barnaverndarmál eru afar viðkvæmur málaflokkur. Þá segir einnig að fjölskyldan njóti friðhelgi samkvæmt 71. gr. stjkskr. og því sé aðeins heimilt að eiga inngríp í fjölskyldulífið sé það nauðsynlegt vegna hagsmuna barnsins.<sup>88</sup>

Samhliða þessu ber að nefna að almennt er talið að barni sé fyrir bestu að vera hjá foreldrum sínum en það er ekki algilt. Barn á rétt á því að foreldrar eða forsjáraðilar verndi það, veiti því leiðsögn og öruggt umhverfi sbr. 2. mgr. 1. gr. bvl. Sé þessu ábótavant ber hinu opinbera að grípa inn í og tryggja hagsmuni barnsins.<sup>89</sup>

Í 7. mgr. 4. gr. bvl. er lögð áhersla á að ráðstafanir skuli ekki 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, sbr. 2. gr. bvl., og það almenna sjónarmið að hagsmunir barna séu alla jafna best tryggðir með því að þau alist upp hjá foreldrum sínum, sbr. 1. mgr. sömu greinar. Meginreglan er því sú að barnaverndaryfirvöld skuli beita því úrræði sem skemmst varir og að barn fari aftur til foreldra sinna sé þess kostur.<sup>90</sup>

Samkvæmt 50. gr. bvl. ber að sýna öllum þeim sem aðild eiga fyllstu tillitssemi og nærgætni og gæta í hvívetna hagsmuna barna sem í hlut eiga.

Í VI. kafla barnaverndarlaganna má sjá að meðalhófsregla er lögfest samhliða þvingunarúrræðum. Í 1. mgr. 26. gr. er kveðið á um að grípa megi til úrræðisins hafi 24. og 25. gr. ekki borið árangur eða þótt ófullnægjandi. Þá er kveðið á um það í 2. mgr. 29. gr. að kröfu um sviptingu 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.

Í 2. mgr. 41. gr. bvl. segir síðan að könnun barnaverndarmáls skuli ekki vera umfangsmeiri en nauðsyn krefur og henni skuli hraðað svo sem kostur er. Í greinargerð segir að ákvæðið sé sett til þess að tryggja meðalhófsreglu. Með þessu er lögð áhersla á að barnaverndarnefnd gangi ekki lengra í gagnaöflun og könnun máls hverju sinni en

<sup>88</sup> Alþt. 2001-2002, A-deild, 1812.

<sup>89</sup> Davíð Þór Björgvinsson, *Barnaréttur* (Bókaútgáfa Orators 1995) 309.

<sup>90</sup> Alþt. 2001-2002, A-deild, 1812-1813.

nauðsynlegt er. Í þessu felst einnig að ekki séu notaðar harkalegri aðferðir við könnun máls og öflun gagna en efni standa til.<sup>91</sup>

Þeim mun þungbærari sem beiting úrræðis er, þeim mun meiri kröfur eru gerðar til stjórnvaldsins um sönnun þess efnis að ekki hafi verið hægt að beita úrræðinu á annan og vægari hátt.<sup>92</sup> Í Hrd. 26. mars 1999 í máli nr. 511/1998 voru málavextir þeir að barnaverndaryfirvöld sviptu konu forsjá sonar síns og skertu umgengnisrétt hennar við hann verulega. Barnaverndaryfirvöld gátu ekki sannað nauðsyn þess að skerða umgengni jafn mikið og gert var og ógilti Hæstiréttur því úrskurðinn.

## **5. Beita barnaverndaryfirvöld vægari úrræðum áður en gerð er krafa um forsjárviptingu?**

Í þessum kafla verður leitast við að gera grein fyrir beitingu 2. mgr. 29. gr. bvl. og reifa valda dóma frá gildistöku laganna, frá 2002, þar sem Hæstiréttur hefur metið hvort barnaverndaryfirvöld hafi fullnægt skyldu sinni að leita vægari úrræða áður en gripið er til forsjárviptingar.

### **5. 1. Beiting 2. mgr. 29. gr. barnaverndarlaga**

Forsjárvipting er róttækasta og afdrifaríkasta aðgerð sem barnaverndaryfirvöld geta gripið til í málefnum fjölskyldna. Í 2. mgr. 29. gr. bvl. segir að kröfu um sviptingu 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. Barnaverndarnefnd er því skylt að velja vægasta úrræði sem völ er á hverju sinni og telja má að megi koma að gagni. Nefndin má aldrei ganga lengra í beitingu þess úrræðis en nauðsynlegt er.<sup>93</sup>

Ákvæði 2. mgr. 29. gr. bvl. hefur verið túlkað á þann veg að ávallt skuli reyna að notast við vægari úrræði áður en til forsjárviptingar kemur og rík sönnunarbyrði hvílir á

<sup>91</sup> Alþt. 2001-2002, A-deild, 1848.

<sup>92</sup> Gaukur Jörundsson, „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnslurétti“ í Páll Skúlason (ritstj.), *Afmælisrit Gizur Bergsteinsson níræður 18. apríl 1992* (Sleipnir 1992) 223; Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnslulaga“ í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.), *Lögberg: Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands* (Háskólaútgáfan 2003) 512; Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnslulaga“ í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.), *Lögberg: Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands* (Háskólaútgáfan 2003) 519.

<sup>93</sup> Davíð Þór Björgvinsson, *Barnaréttur* (Bókaútgáfa Orators 1995) 329-330.

barnaverndaryfirvöldum að sanna að nauðsynlegt hafi verið að grípa til forsjársviptingar.<sup>94</sup>

Í Hrd. 28. október 2010 í máli nr. 141/2010 krafðist barnaverndarnefnd þess að K yrði svipt forsjá dóttur sinnar. Í dómi héraðsdóms, sem staðfestur var af Hæstarétti, voru málsatvik rakin ítarlega. Þar segir að afskipti barnaverndaryfirvalda af K og dóttur hennar hafi byrjað árið 1999 þegar grunur lék á að stúlkan hefði orðið fyrir kynferðislegri misnotkun föður síns. Árið 2003 bar á óútskýrðum fjarverum stúlkunnar frá skóla. Barnaverndaryfirvöld leituðust við í kjölfarið að veita K stuðningsúrræði en hún fékkst ekki til samvinnu. Árið 2004 bar aftur á fjarveru stúlkunnar frá skóla. Í kjölfarið var stúlkan send í tímabundið fóstur. Að því loknu snéri stúlkan aftur til K. Árið 2007 bar aftur á mikilli óútskýrðri fjarveru stúlkunnar frá skóla. Enn fékkst K ekki til samvinnu við barnaverndaryfirvöld og var því gripið til þvingunarúrræða svo stúlkan sækta skóla. Um nokkurt skeið starfaði K með barnaverndaryfirvöldum og stundaði stúlkan skólann á sama tíma. Skyndilega sleit K samvinnu sem leiddi til þess að félagsmálayfirvöld fóru inn á heimili K þar sem þau fundu stúlkuna og K. Mæðgurnar voru í kjölfarið fluttar á geðdeild til aðhlyningar. Árið 2008 var skólasókn aftur slök. Í kjölfarið samþykkti K að gangast undir foreldrahæfismat hjá sálfræðingi. Í mati sálfræðingsins kom fram að K væri slæm fyrirmynd fyrir dóttur sína og vanhæf til að sinna ýmsum skyldum uppalandans og hún væri ekki líkleg til samstarfs við barnaverndaryfirvöld. Í lok árs 2008 var stúlkan tekin af heimilinu og hún send í fóstur í tæpa níu mánuði. Í dómi héraðsdóms segir að af þessu sjáist að barnaverndaryfirvöld hafi gætt meðalhófs þar sem önnur og vægari úrræði hafi verið reynd en þau ekki komið að haldi. Var K því svipt forræði dóttur sinnar á grundvelli a og d-liðar 29. gr. bvl. Á dómnum má sjá að langur aðdragandi var að forsjársviptingunni þar sem barnaverndaryfirvöld höfðu reynt með ítrekuðum hætti að hlutast til um uppeldi stúlkunnar. Ekkert úrræði hafði borið árangur og var það því lokaúrræði að krefjast forsjársviptingar.

Í Hrd. 20. september 2007 í máli nr. 70/2007 var gerð krafa um að X yrði sviptur forsjá tveggja dætra sinna á grundvelli a, c og d-liðar 29. gr. bvl. Forsendur dóms héraðsdóms, sem staðfestur var af Hæstarétti, byggði á því að barnaverndaryfirvöld höfðu gert fjölmargar tilraunir til að fá X á sinn fund og til samstarfs um uppeldi og aðbúnað dætra hans en oftast án árangurs. Í málinu lá fyrir að barnaverndaryfirvöld hefðu tvisvar nýtt það úrræði að vista stúlkurnar tímabundið utan heimilis. Í bæði skiptin hafi stúlkurnar sýnt framför og liðið vel á

---

<sup>94</sup> Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“ í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.), *Lögberg: Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands* (Háskólaútgáfan 2003) 519; Ingvaldur Einarsdóttir, „Forsjársvipting samkvæmt 25. gr. barnaverndarlaga nr. 58/1992“ (1999) 49 (2) *Tímarit Lögfræðinga* 95, 101; Barnaverndarstofa, *Handbók Barnaverndarstofu* (Endurskoðuð útg. Barnaverndarstofa 2009) 69-70.



meðan á vistinni stóð. Þá kemur fram að barnaverndaryfirvöld höfðu tvisvar lokað málum fjölskyldunnar og hætt afskiptum af henni þegar ástand hafði verið talið viðunandi. Í málinu lá fyrir að X þjáðist af geðsjúkdómi og væri félagslega einangraður. Í dómi héraðsdóms segir að af öllu þessu virtu verði ekki fallist á að barnaverndaryfirvöld hafi ekki reynt til þrautar að styrkja X í foreldrahlutverkinu og beita vægari úrræðum en forsjársviptingu en fyllilega hafi verið leitt í ljós að skilyrðum fyrir forsjársviptingu hafi verið fullnægt og önnur og vægari úrræði geti ekki komið að gagni. Liggur því fyrir að barnaverndaryfirvöld höfðu reynt öll úrræði laganna áður en gripið var til forsjársviptingar.

Í Hrd. 12. febrúar 2009 í máli nr. 351/2008 var þess krafist að A yrði svipt forsjá tveggja sona sinna á grundvelli a og b-liðar 1. mgr. 29. gr. bvl. Málavextir voru þeir að barnaverndaryfirvöld höfðu haft mál drengjanna til meðferðar frá því árið 2002. Upphaf málsins var að tilkynningar bárust barnaverndaryfirvöldum frá leikskóla og skóla þess efnis að umhirðu drengjanna væri ábótavant, bæði andlega og líkamlega. Fyrir lá að A hafði fengið mikla félagslega aðstoð meðal annars með uppeldi drengjanna og aðstoð við heimilishald. Árið 2006 lofaði A að bæta aðstöðu drengjanna. Seinna sama ár voru drengirnir vistaðir tímabundið utan heimilis. Í þeirri vistun fór fram mat á drengjunum sem leiddi í ljós að áform A um að bæta um betur hefðu ekki gengið eftir. Árið 2007 voru drengirnir aftur vistaðir tímabundið utan heimilis. A undirritaði í kjölfarið meðferðaráætlun þess efnis að hún skuldbatt sig að sinna umgengni við synina og undirgangast forsjárhæfnimat. Ítrekaðar tilraunir barnaverndaryfirvalda til að ná í hana báru ekki árangur, hún sinnti ekki umgengni við drengina og gerði ekki grein fyrir forföllum. Samkvæmt forsjárhæfnismati var A ekki talin hæk til þess að sinna foreldrahlutverkinu á fullnægjandi hátt miðað við þær aðstæður sem uppi voru. Í málinu lá einnig fyrir að á meðan synir A voru í tímabundinni vistun hafði hún ekkert samband við þá og var orðin heimilislaus. Á þessum forsendum var talið í dómi héraðsdóms, sem staðfestur var af Hæstarétti, að barnaverndaryfirvöld gætu ekki leitast við að nota vægari úrræði þar sem þau kæmu ekki að gagni og því var A svipt forsjá sona sinna á grundvelli a og b-liðar 1. mgr. 29. gr. bvl.

Í Hrd. 24. janúar 2008 í máli nr. 250/2007 var þess krafist að K og M yrðu svipt forsjá dóttur sinnar á grundvelli a og b-liðar 29. gr. bvl. Málavextir voru þeir að barnaverndaryfirvöld höfðu fyrst afskipti af barninu þegar það var enn í móðurkviði. Talið var að K neytti eiturlyfja á meðgöngunni og reyndist sá grunur réttur. Mánuði eftir að stúlkan fæddist barst barnaverndaryfirvöldum aftur tilkynning þess efnis að K væri að neyta fíkniefna. Seinna sama ár barst aftur tilkynning sama efnis og boðuðu barnaverndaryfirvöld K og M á fund í kjölfarið. Gerð var áætlun sem endurskoða átti á þriggja mánaða fresti. Mánuði síðar

var stúlkan komin í vistun til móðurömmu sinnar. Stúlkan var þar í vistun um nokkra mánaða skeið. Barnaverndaryfirvöld gerðu tillögu þess efnis að stúlkan yrði áfram í varanlegu fóstri hjá móðurömmu sinni og K og M yrðu svipt forsjá dóttur sinnar. Í dómi héraðsdóms, sem staðfestur var af Hæstarétti, þótti sannað að K og M gátu með engu móti sinnt forsjárskyldum sínum vegna mikillar vímuefnaneyslu. K og M höfðu ekki farið í meðferð, faðirinn afplánaði refsisdóm og móðirin hafði greinst með geðhvarfasýki. Þá segir að fullreynt hafi verið að nýta önnur og vægari úrræði sem ekki höfðu skilað viðeigandi árangri. Var því krafa barnaverndaryfirvalda um forsjársviptingu staðfest.

Í Hrd. 7. febrúar 2008 í máli nr. 382/2007 var þess krafist að A yrði svipt forsjá dóttur sinnar á grundvelli a og d-liðar 1. mgr. 29. gr. bvl. Málavextir voru þeir að barnaverndaryfirvöld þurftu að grípa til neyðarráðstöfunar og vista barn A utan heimilis vegna áfengisneyslu A. Tveimur mánuðum seinna ritaði A undir yfirlýsingu þess efnis að hún samþykkti vistun barnsins utan heimilis í tólf mánuði, sbr. 28. gr. bvl. Á meðan á vistun barnsins utan heimilis stóð þurftu lögregla og barnaverndaryfirvöld að hafa afskipti af A, vegna ölvunar, meðan hún var með barnið í umgengni. Í kjölfarið töldu barnaverndaryfirvöld að ástæða væri til þess að krefjast forsjársviptingar. Í dómi héraðsdóms, sem staðfestur var af Hæstarétti, segir að samkvæmt 2. mgr. 29. gr. bvl. skuli því aðeins gera kröfu um sviptingu forsjár að ekki sé unnt að beita öðru og vægara úrræði. Slíkt vægara úrræði sé að vista barn utan heimilis í tólf mánuði, sbr. 28. gr. bvl. Að mati dómsins hafi barnaverndaryfirvöld horft fram hjá þessu ákvæði við meðferð málsins. Taldi dómurinn að með þessu hafi barnaverndaryfirvöld brotið áskilnað 2. mgr. 29. gr. bvl. um meðalhóf og var A því sýknuð af kröfunni. Af þessu leiðir að telji dómurinn að meðalhóf hafi verið brotið í málsmeðferð barnaverndaryfirvalda verður ekki fallist á kröfu um forsjársviptingu, telji dómurinn að önnur og vægari úrræði hafi ekki verið fullreynd.

Í Hrd. 15. mars 2007 í máli nr. 505/2006 var þess krafist að A yrði svipt forsjá tveggja sona sinna á grundvelli a og b-liðar 1. mgr. 29. gr. bvl. Málavextir voru þeir að A var fíkniefnaneytandi og geðsjúklingur. Forsendur héraðsdóms, sem staðfestar voru af Hæstarétti, voru þær að dómurinn taldi sýnt fram á að A myndi ekki verða hæf til þess að sinna forsjárskyldum sínum í framtíðinni þar sem þau úrræði sem hún hafði beitt hefðu ekki skilað árangri. Barnaverndaryfirvöld hefðu með ítrekuðum hætti reynt að styðja við A í foreldrahlutverkinu en enginn árangur náðst. Dómurinn taldi einnig að önnur og vægari úrræði kæmu ekki að gagni og því væri það hagur sona A að hún yrði svipt forsjá.

Í Hrd. 2. mars 2006 í máli nr. 413/2005 var þess krafist að X yrði svipt forsjá sonar síns á grundvelli a og d-liðar 1. mgr. 29. gr. bvl. Málavextir voru þeir að X átti langa sögu að

baki hvað varðar alvarlega fíkniefnaneyslu sem olli miklum óstöðugleika í lífi drengsins. Margar og ítrekaðar tilraunir höfðu verið reyndar til stuðnings X svo hún gæti annast drenginn og alið hann upp, meðal annars stuðningsúræði inni á heimili X. Engin þessara tilrauna hafði skilað viðunandi árangri. X hélt því fram að vægara úrræði en forsjárvipting væri að senda barnið í fóstur hjá systur X sem bjó í öðrum landshluta. Dómurinn taldi það ekki vægara úrræði því slíkt væri til þess fallið að slíta drenginn úr öllum samskiptum við þá sem hann hafði tengst tilfinningalegum böndum. Slík ráðstöfun gæti því ekki talist góð tilhögun fyrir drenginn þar sem hún samræmist ekki þörfum hans og hagsmunum. Á þessum forsendum staðfesti Hæstiréttur dóm héraðsdóms um að X skyldi svipt forsjá sonar síns.

Í Hrd. 28. október 2004 í máli nr. 94/2004 var þess krafist að X yrði svipt forsjá tveggja sona sinna á grundvelli a og d-liðar 1. mgr. 29. gr. bvl. Málavextir voru þeir að barnaverndaryfirvöld höfðu ítrekað haft afskipti af X vegna langvarandi vímuefnavanda. Neysla hennar hafði leitt til alvarlegra líkamlegra veikinda og auk þess skerðingu á vitrænni starfsemi og tilfinningalífi. Í málinu lá fyrir að sonum X hafði ítrekað verið komið fyrir á vistheimili barna. Á meðan á síðustu vistun drengjanna stóð heimsótti X drengina ekki. Taldi dómurinn að það hafi sýnt fram á alvarlegan skort á getu X til að sinna móðurhlutverki sínu og sýni raunar skýrt að stefnda tekur þarfir sínar hvað varðar neyslu fíkniefna fram yfir þarfir barnanna. Taldi dómurinn að með þessu væri skilyrðum a og d-liðar 1. mgr. 29. gr. bvl. fullnægt og samhliða því að önnur og vægari úrræði kæmu ekki að gagni sbr. 2. mgr. 29. gr. bvl.

Í Hrd. 18. desember 2003 í máli nr. 172/2003 höfðu X og Y verið svipt forsjá sex barna sinna á grundvelli a – d-liðar 1. mgr. 29. gr. bvl. Málavextir voru þeir að X og Y fluttu með sex börn sín til Íslands. Skömmu eftir komu þeirra til landsins höfðu barnaverndaryfirvöld afskipti af fjölskyldunni þar sem hún hafðist við í tveimur tjöldum. Segir í dómi héraðsdóms sem staðfestur var af Hæstarétti að óumdeilt sé að eftir komu stefnenda til Íslands var ekki látið reyna á önnur stuðningsúræði en þau að vista börnin fjögur tímabundið hjá vistforeldrum og tvö á viðeigandi stofnun. Eftir það voru X og Y samvinnufús. Taldi dómurinn að það færi gegn meðalhófsreglu að fara fram á forsjárviptingu. Að þessu sögðu féllst þó héraðsdómur á að X og Y yrðu svipt forsjá þar sem fyrir lá að X og Y voru vanhæfir forsjáraðilar og að það væri börnunum fyrir bestu.

Í dómi Héraðsdóms Norðurlands eystra mánudaginn 26. desember 2011 í máli nr. E-93/2011 voru A og B svipt forsjá sonar síns á grundvelli a og d-liðar 29. gr. bvl. Málavextir voru þeir að A og B áttu langa sögu að baki hvað varðar óreglu sem fólst meðal annars í fíkniefnamisnotkun. Barnaverndaryfirvöld hófu afskipti af málefnum drengsins á meðan hann

var enn í móðurkviði en einnig mældist A jákvæð fyrir kannabisefnum á fæðingardeild. A og B slitu sambúð ári eftir að drengurinn fæddist en þau fóru með sameiginlega forsjá, drengurinn átti lögheimili hjá A. Stuttu eftir sambúðarslitin gerði A samkomulag við barnaverndarnefnd um að drengurinn færi í tímabundið fóstur til föðurömmu sinnar á meðan A kæmi lífi sínu og aðstæðum í betra horf. Vist drengsins hjá föðurömmunni var framlengd og var forsenda þess sú að A var enn í óreglu. Var það mat dómsins að barnaverndarnefnd hafi í þessu máli reynt að beita öðrum og vægari úrræðum til úrbóta áður en til forsjárviptingar hafði komið. Ekkert þessara úrræða hafði skilað viðunandi árangri. Var það því niðurstaða dómsins, með vísan til fyrrgreindra forsenda, að svipta A og B forsjá sonar síns.

Af framansögðu leiðir að barnaverndaryfirvöld uppfylla að meginstefnu til áskilnað 2. mgr. 29. gr. og 7. mgr. 4. gr. bvl. um meðalhóf við málsmeðferð barnaverndarmála. Hafi meðalhóf verið brotið sýknar dómstólinn foreldra af kröfu barnaverndaryfirvalda og leitast við að beita öðrum og vægari úrræðum. Þetta er þó ekki algilt.

## **5. 2. Afleiðingar þess ef meðalhóf er brotið í málsmeðferð barnaverndaryfirvalda**

Í þeim málum þar sem barnaverndaryfirvöld hafa ekki gætt að meðalhófi metur dómurinn hvort foreldrar verði sýknaðir af forsjárviptingarkröfu eða hvort hagsmunir barnsins krefjist þess að krafa um forsjárviptingu gangi fram.

Sú almenna regla er lögð til grundvallar að stjórnvaldsákvörðun er ógildanleg ef hún er haldin form- eða efnisannmarka að lögum sem getur talist verulegur enda mæli veigamikil rök ekki gegn því að ógilda hana.<sup>95</sup> Í Hrd. 26. mars 1999 í máli nr. 511/1998 var talið að skerðing umgengnisréttar forsjárlausrar móður hafi gengið lengra en nauðsyn krafði. Hæstiréttur taldi að brotið hefði verið á meðalhófsreglu og var úrskurður um umgengnisrétt því ógildur. Einnig er vert að skoða nýrra fordæmi í Hrd. 7. febrúar 2008 í máli nr. 382/2007 en þar taldi Hæstiréttur að barnaverndaryfirvöld hefðu ekki gætt meðalhófs þar sem úrræði 25. gr. bvl. hafði ekki verið fullreynt áður en gripið var til þess að leggja fram kröfu um forsjárviptingu. Féllst dómurinn því ekki á kröfu barnaverndaryfirvalda að svipta stefndu forsjá.

Framangreind meðalhófsregla er þó ekki algild eins og fyrr segir. Samkvæmt álitum umboðsmanns Alþingis 9. nóvember 2009 í máli nr. 5186/2007 eru barnaverndarmál

---

<sup>95</sup> Páll Hreinsson, *Stjórnsýslulögin: skýringarrit* (Forsætisráðuneytið 1994) 159; Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“ í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.), *Lögberg: Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands* (Háskólaútgáfan 2003) 532.

skilgreind sem stjórnslumál sérstaks eðlis. Í því felst að ákvarðanir innan málaflokksins eru teknar með hliðsjón af meginreglunni um að gera skuli það sem barninu er fyrir bestu sbr. 1. mgr. 4. gr. bvl. Í þessu sjónarmiði er falin sú regla að þrátt fyrir að annmarkar séu á málsmeðferð barnaverndarmáls sem alla jafna leiða til ógildingar í öðrum stjórnslumálum, leiða þeir ekki til ógildingar barnaverndarmáls sé það andstætt hagsmunum barnsins.<sup>96</sup> Á þetta reyndi í Hrd. 18. desember 2003 í máli nr. 172/2003 en þar höfðu X og Y mál til ógildingar úrskurði barnaverndarráðs um forsjársviptingu samkvæmt fyrri barnaverndarlögum, nr. 58/1992. Nauðsynlegt er að reifa málavexti með nokkuð ítarlegum hætti þar sem málið er afar umfangsmikið. Málavextir voru þeir að X og Y fluttu ásamt sex börnum sínum frá Færeyjum til Íslands. Í málinu lá fyrir að færeysk barnaverndaryfirvöld höfðu þurft að hafa talsverð afskipti af málefnum fjölskyldunnar, meðal annars voru drengirnir B og C vistaðir til langs tíma á vistheimili vegna alvarlegra vankanta á uppeldi þeirra. B og C glímdu báðir við andlegar fatlanir sem X og Y höfðu ekki getu til að sinna. Færeysk barnaverndaryfirvöld höfðu einnig veitt fjölskyldunni stuðning vegna uppeldis og aðbúnaðar hinna barnanna sem var ábótavant.

Aðspurð gáfu X og Y þá skýringu á flutningi að þau væru að flýja undan ofríki færeyskra barnaverndaryfirvalda í skjól íslenskra yfirvalda sem þau töldu sýna meiri stuðning og skilning. Í flutningnum létu X og Y sér nægja að taka með fatnað, leikföng barnanna, tvö tjöld og svefnpoka fyrir allan hópinn, sem þau komu fyrir í fimm manna fólksbifreið sinni af gerðinni Toyota Carina.

Eftir að fjölskyldan kom til Íslands keyrðu þau til Seyðisfjarðar og komu sér fyrir á tjaldstæði þar. Fjórum dögum síðar höfðu barnaverndaryfirvöld bæjarins afskipti af þeim vegna tilkynningar um slæman aðbúnað barnanna og gruns um að þau væru þolendur líkamlegs og kynferðislegs ofbeldis. Samdægurs fóru barnaverndaryfirvöld á vettvang og spurðu X og Y hvort þau samþykktu að börnin færu til læknis. Þau samþykktu það. Að lokinni læknisskoðun lögðu barnaverndaryfirvöld fram þá tillögu að koma börnunum fyrir í skammtímavistun á meðan málefni þeirra væru könnuð betur og féllust stefnendur á þá tilhögun með skriflegri yfirlýsingu. Daginn eftir öfluðu íslensk barnaverndaryfirvöld gagna frá Færeyjum. Börnin voru kyrrsett í kjölfarið þar sem þeim hafði verið komið fyrir í skammtímavistun. Stuttu síðar voru börnin látin gangast undir ítarlegri læknisskoðun. Leiddi sú skoðun í ljós að einhver barnanna hefðu orðið fyrir líkamlegu ofbeldi. Í kjölfarið voru X og Y boðuð í skýrslutöku hjá lögreglu, grunuð um verknaðinn.

---

<sup>96</sup> Alpt. 2001-2002, A-deild, 1810.

X og Y kröfðust þess að fá börnin aftur í sína forsjá en ekki var fallist á það heldur var ákveðið að vista börnin í þrjá mánuði til viðbótar á sama stað á meðan forsjárhæfi X og Y væri metið.

Í forsjárhæfismati X og Y sem framkvæmt var af sálfræðingi kom fram að X væri meðalgreindur og með rökrétta hugsun. Y taldist með greind innan eðlilegra marka en veruleikasýn og dómgreind væri frekar slök. Þau teldust bæði forsjárhæf að því gefnu að Y myndi notfæra sér öflugan stuðning frá X og félagsmálayfirvöldum. X og Y var ekki kynnt niðurstaða matsins.

Að loknum þremur mánuðum var haldinn fundur með X og Y. Þar kom fram að staða X og Y var sú að þau höfðust við í tveimur herbergjum á farfuglaheimili. Þeim hafði gengið illa að finna húsnæði en félagsmálayfirvöld í bænum töldu sig ekki skyldug til þess að veita þeim aðgang að félagslegu húsnæði sem á þessum tíma var laust. Á fundinum var lögð fram tillaga að úrræði fyrir fjölskylduna. Forsjármat X og Y var ekki lagt til grundvallar í tillögu barnaverndarnefndarinnar.

Tillagan var á þann veg að A og C yrði komið fyrir í langtímafóstur á vegum nefndarinnar og B yrði komið fyrir á viðeigandi meðferðarheimili. Lagt var til að X og Y fengju börnin fjögur aftur til sín með þeim skilyrðum að þau hafi aflað sér viðunandi húsnæðis og þau samþykki meðferðaráætlun sem hafi að geyma umfangsmikil stuðningsúrræði. Þá var gerður sá fyrirvari að X og Y yrðu að afla sér viðeigandi húsnæðis ellegar yrðu öll börnin sett í langtímafóstur. Þá var lagt til að fjölskyldan snéri aftur til Færeyja.

X og Y samþykktu ekki tillögu um langtímavistun A og C og vistun B á meðferðarheimili. Þau lögðu hinsvegar fram tillögu um að fá öll börnin til sín og féllust í því sambandi á öll þau stuðningsúrræði sem lögð höfðu verið til með hinum börnunum. Fallist var á í lok fundarins að úttekt yrði gerð á búsetuskilyrðum X og Y og í kjölfarið yrði tekin afstaða til þess hvort börnin kæmu til þeirra.

Niðurstaða úttektar var sú að ekki teldist viðunandi fyrir börnin að hafast að á farfuglaheimilinu. Lagt var til að stefnendur fengju umrædd börn, samkvæmt upphaflegri tillögu, til sín að nýju að því tilskildu að sömu stuðningsúrræðum yrði beitt og stefnendur væru búin að finna viðunandi húsnæði. Engin tímamörk voru sett í því sambandi.

Hálfum mánuði síðar lá fyrir að X og Y höfðu tekið á leigu einbýlishús sem þau höfðu til ráðstöfunar í eitt ár. Lögmaður þeirra hafði strax samband við barnaverndaryfirvöld og tilkynnti þeim að þau hefðu fengið umrætt hús til leigu og fór fram á að ákvörðun nefndarinnar yrði frestað þar til hægt væri að meta nýja aðstöðu fjölskyldunnar.

Óumdeilt er að síðar sama dag kvað barnaverndarnefndin upp úrskurð þess efnis að X og Y skyldu svipta forsjá allra barnanna að G undanskildum.<sup>97</sup>

Í rökstuðningi nefndarinnar segir að ýmislegt bendi til vanrækslu X og Y í uppeldi og aðbúnaði allra barnanna. Nefndin bendir á að afar ábyrgðarlaust sé að rífa börnin fyrirvaralaust úr umhverfi sínu í Færeyjum án þess að kanna áður aðstæður á Íslandi. Þá segir að nefndin telji það ljóst að börnin séu beitt andlegu og líkamlegu ofbeldi sem felst í afskiptaleysi gagnvart tilfinningum og þörfum barnanna, þar með talið skorti á ástúð, vernd og athygli sem börnin þurfa til að örva þroska þeirra.

Einnig tekur nefndin fram í rökstuðningi með úrskurði sínum að ekki hafi verið hægt að beita stuðningsúrræðum vegna húsnæðismála fjölskyldunnar.

X og Y kærðu úrskurðinn til Barnaverndarráðs. Helstu málsástæður X og Y voru þær að barnaverndaryfirvöld höfðu gróflega brotið á meðalhófsreglu við úrvinnslu málsins. Í niðurstöðu Barnaverndarráðs kemur fram að þrátt fyrir að vankantar hafi verið á málsmeðferð barnaverndarnefndar, þá hafi rannsókn leitt í ljós alvarlega vanhæfni X og Y til þess að sinna forsjárhlutverki sínu. Á þeim forsendum staðfesti Barnaverndarráð úrskurð barnaverndarnefndar um forsjárviptingu. Í kjölfarið fór málið fyrir dómstóla.

Fyrir dómstólum byggðu X og Y mál sitt á því að málsmeðferð beggja stjórnvalda hafi falið í sér augljóst og gróft brot á meðalhófsreglu 12. gr. ssl. og þágildandi 2. mgr. 25. gr. barnaverndarlaga, nr. 58/1992. Samkvæmt 2. mgr. 25. gr. þágildandi barnaverndarlaga sé því aðeins heimilt að svipta foreldra forsjá barna sinna, að uppfyllt sé annað af tveimur skilyrðum lagagreinarinnar, það er að ekki sé unnt að beita öðrum aðgerðum til úrbóta samkvæmt 21. gr. (stuðningsúrræði) og 24. gr. (úrræði án samþykkis foreldra) eða slíkar aðgerðir hafi verið fullreynðar án nægilegs árangurs. Töldu X og Y að hvorugu þessara skilyrða hafi verið fullnægt og því hljóti forsjárviptingin að teljast ólögmæt, einnig að ekki hafi legið fyrir knýjandi nauðsyn forsjárviptingar og ákvarðanir barnaverndaryfirvalda séu efnislega rangar. X og Y byggðu einnig á því að félagsmálayfirvöld hafi misbeitt valdi sínu með því að aðstoða X og Y ekki við að fá viðeigandi húsnæði, sem þeim hafi borið skylda til.

Ástand barnanna eftir forsjárviptingu var að þau bjuggu öll við öruggar og þroska-vænlegar aðstæður á heimili fósturforeldra sinna, þar sem vel hefur verið tekið á vandamálum hvers og eins þeirra og þau njóta hvert um sig ríkulegrar ástúðar og umönnunar. Einnig lá fyrir að samkvæmt mati var afstaða barnanna sú að þau vildu vera áfram hjá fósturforeldrum sínum.

---

<sup>97</sup> G var einn systkinanna sem sýndi mikla tengslamyndun við móður sína og vildi sjálfur vera áfram hjá henni.

Í dómi héraðsdóms, sem staðfestur var af Hæstarétti, segir að barnaverndaryfirvöld hafi með alvarlegum og augljósum hætti brotið gegn meðalhófsreglu 12. gr. ssl. og þágildandi 2. mgr. 25. gr. barnaverndarlaga, nr. 58/1992, og félagsmálayfirvöld hafi beitt valdníðslu þegar þau aðstoðuðu X og Y ekki við húsnæðismál. Þá segir í dómi héraðsdóms að samkvæmt þessu sé ákvörðun Barnaverndarráðs ógildanleg vegna augljósra og alvarlegra brota á meðalhófsreglu. Þegar dómurinn tekur afstöðu til þess hvort ógilda eigi ákvörðunina kemst hann að þeirri niðurstöðu að svo beri ekki að gera. Taldi dómurinn að þrátt fyrir alvarlega galla á málsmeðferð barnaverndaryfirvalda á öllum stigum málsins yrði að líta til þess hvað börnunum er fyrir bestu. Var niðurstaða héraðsdóms, horft til framtíðar, sú að það væri óforsvaranlegt að raska högum barnanna og það sé þeim fyrir bestu að ekki verði gerð breyting á forsjá þeirra. Byggist niðurstaðan á skertum eiginleikum X og Y sem foreldra og þeim uppeldisaðstæðum, sem þau höfðu búið börnunum.

Samkvæmt framangreindu er ljóst að brot barnaverndaryfirvalda á meðalhófsreglu hefur ekki þær afleiðingar að krafa um forsjársviptingu verði ógild telji dómurinn hagsmuni barnsins krefjast þess að annar aðili en foreldrar fari með forsjá þess.

Af þessu leiðir að meðalhófsregla 7. mgr. 4. gr. bvl. og 12. gr. ssl. takmarkast af meginreglu 1. mgr. 4. gr. bvl. um að gera skuli það sem barninu er fyrir bestu.

## **6. Helstu niðurstöður**

Efni ritgerðarinnar er meðalhófsregla við forsjársviptingu. Spurt er í inngangi ritgerðarinnar hvort barnaverndaryfirvöld beiti vægari úrræðum áður en krafa um forsjársviptingu er gerð og afleiðingar þess ef meðalhóf er brotið í málsmeðferð barnaverndaryfirvalda. Einnig er varpað fram þeirri spurningu hvaða áhrif meginregla, 1. mgr. 4. gr. bvl., um að gera skuli það sem barninu er fyrir bestu, hefur á niðurstöðu dómsins hafi meðalhóf verið brotið.

Í barnaverndarmálum reynir á sjónarmið um friðhelgi fjölskyldunnar og skyldu barnaverndaryfirvalda til að vernda börn. Fjölskyldan nýtur friðhelgi samkvæmt 71. gr. stjkskr. og ber barnaverndaryfirvöldum því að stíga varlega til jarðar í málsmeðferð sinni. Skilyrði takmarkana á friðhelgi fjölskyldunnar eru tilgreind í 3. mgr. 71. gr. stjkskr. en þar segir að heimild þurfi að vera bundin í lög með skýrum hætti og vera til komin vegna nauðsynjar annarra. Í 3. mgr. 76. gr. stjkskr. er kveðið á um skyldu hins opinbera til þess að tryggja börnum vernd. Barnaverndarlöggjöf er byggð á þessari heimild. Í barnaverndarlögunum er barnaverndaryfirvöldum veitt heimild til þess að hafa afskipti af fjölskyldulífínu ef hagsmunir barnsins krefjast þess.



Eins og fyrr greinir er sú mikilvæga meginregla, að gera skuli það sem barninu er fyrir bestu, lögfest í 1. mgr. 4. gr. bvl. Í reglunni felst að þegar hagsmunir foreldra og hagsmunir barna stangast á, þá skulu hagsmunir barnsins, og hvað því er fyrir bestu, ávallt ganga frammar hagsmunum foreldranna. Þessi regla er í samræmi við 3. gr. barnasáttmálans. Í 4. gr. bvl. eru lögfestar allar helstu meginreglur barnaverndarlaganna. Meginreglan um að gera skuli það sem barninu er fyrir bestu er talin fyrst upp í 1. mgr. ákvæðisins. Velta má því fyrir sér hvort ástæðan fyrir því að hún er talin fyrst upp sé vegna þess að hún gengur frammar öðrum meginreglum eða hvort það sé einungis tilviljun.

Sú mikilvæga breyting var gerð á málsmeðferðarreglum barnaverndaryfirvalda með tilkomu núgildandi barnaverndarlaga að barnaverndarnefnd þarf að leggja fram kröfu um forsjárviptingu fyrir dómstóla sbr. 3. mgr. 29. gr. bvl. Hafa dómstólar því úrskurðarvald um það hvort tilefni er til þess að svipta foreldra forsjá. Er þessi breytta málsmeðferð betur til þess fallin að gæta hagsmuna foreldranna. Dómstólar eru þó einnig bundnir af meginreglunni um að gera skuli það sem barninu er fyrir bestu sbr. 1. mgr. 4. gr. bvl.

Einnig kom það fram hér að ofan að almenna reglan er sú að ef stjórnarsýslumál er haldið alvarlegum annmörkum þá er það ógildanlegt.<sup>98</sup> Í þessu samhengi er rétt að benda á dóm Hrd. 27. nóvember 2003 í máli nr. 151/2003 þar sem úrskurður barnaverndaryfirvalda um skerðingu umgengnisréttar forsjárlausrar móður var talinn hafa gengið lengra en nauðsyn krafði og ógilti Hæstiréttur því úrskurðinn.

Af dómframkvæmd Hæstaréttar má sjá að barnaverndaryfirvöld beita að jafnaði vægari úrræðum áður en krafa um forsjárviptingu er lögð fram sbr. Hrd. 28. október 2010 í máli nr. 141/2010, Hrd. 20. september 2007 í máli nr. 70/2007, Hrd. 12. febrúar 2009 í máli nr. 351/2008, Hrd. 24. janúar 2008 í máli nr. 250/2007, Hrd. 15. mars 2007 í máli nr. 505/2006, Hrd. 2. mars 2006 í máli nr. 413/2005 og Hrd. 28. október 2004 í máli nr. 94/2004 sem reifaðir eru hér að ofan. Í öllum þessum dómum mat dómstólinn það svo að annað hvort vægari úrræði hafi verið fullreynd eða önnur og vægari úrræði muni ekki koma að gagni.

Hafi meðalhófs ekki verið gætt fellst dómstólinn ekki á kröfu um forsjárviptingu sbr. Hrd. 7. febrúar 2008 í máli nr. 382/2007 þar sem Hæstiréttur taldi að barnaverndarnefnd hafi litið fram hjá úrræði 28. gr. bvl. og féllst því ekki kröfu barnaverndarnefndar. Þetta er þó ekki algilt.

---

<sup>98</sup> Páll Hreinsson, *Stjórnarsýslulögin: skýringarrit* (Forsætisráðuneytið 1994) 159; Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnarsýslulaga“ í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.), *Lögberg: Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands* (Háskólaútgáfan 2003) 532.

Barnaverndarmál eru stjórnslumál sérstaks eðlis sbr. álit umboðsmanns Alþingis 9. nóvember 2009 í máli nr. 5186/2007. Í því felst að þrátt fyrir að alvarlegir annmarkar séu á málsmeðferð barnaverndaryfirvalda sem venjulega leiða til ógildingar hafa þeir ekki endilega sömu áhrif á barnaverndarmál. Meginreglan um að gera skuli það sem barninu er fyrir bestu er í þessu tilviki yfirsterkari og ganga því hagsmunir barnsins framur hagsmunum foreldranna. Þessi sjónarmið sjást skýrlega í Hrd. 18. desember 2003 í máli nr. 172/2003 þar sem meginreglan, að gera skuli það sem barninu er fyrir bestu, hefur þau áhrif að þrátt fyrir að dómstólinn hafi talið að barnaverndaryfirvöld hafi brotið með grófum og augljósum hætti á þeim málsmeðferðarreglum sem giltu þá var ákvörðun barnaverndaryfirvalda um að svipta hjónin X og Y forsjá ekki ógild því slíkt var talið andstætt hagsmunum barnanna.

## 7. Lokaorð

*Hönd þín skal leiða en ekki meiða* eru undirfyrirsögn ritgerðar minnar. Börn eru sérstaklega viðkvæmur hópur samfélagsins sem ber að vernda. Meðal úrræða sem hið opinbera hefur til þess að gæta hagsmuna barna er forsjárvipting. Forsjárvipting er í senn alvarlegt inngríp í friðhelgi fjölskyldunnar og nauðsynlegt úrræði vegna hagsmuna barna. Vegna sérstöðu málaflokksins ber stjórnvöldum að gæta sérstaks meðalhófs í forsjárviptingum.

Venjulega er það svo ef meðalhófsregla er brotin í stjórnslumáli þá er það ógildanlegt. Hæstiréttur hefur ógilt úrskurð barnaverndaryfirvalda um skerðingu umgengnisréttar forsjárlausrar móður þar sem hann var talinn hafa gengið lengra en nauðsyn krafði. Barnaverndarmál eru hins vegar stjórnslumál sérstaks eðlis, en eins og fjallað hefur verið um felst í því, að þrátt fyrir að alvarlegir annmarkar séu á málsmeðferð barnaverndaryfirvalda sem venjulega leiða til ógildingar hafa þeir ekki endilega sömu áhrif á barnaverndarmál. Meginreglan um að gera skuli það sem barninu er fyrir bestu er í þessu tilviki yfirsterkari og ganga því hagsmunir barnsins fram hagsmunum foreldranna. Hæstiréttur hefur staðfest þessa túlkun í dómum sínum, það er að hagur barnsins skuli ávallt ganga fram hagsmunum foreldranna, jafnvel þótt slíkt leiði til þess að ákvörðun stjórnvalds sem bersýnilegir og grófir gallar eru á, nái fram að ganga.

## Heimildaskrá

— —, „Herferð Evrópuráðsins - börn og ofbeldi“ (Umboðsmaður barna)

<[http://www.barn.is/adalsida/hond\\_thin\\_skal\\_leida\\_en\\_ekki\\_meida/](http://www.barn.is/adalsida/hond_thin_skal_leida_en_ekki_meida/)> skoðað 6. apríl 2012.

— —, „Réttindi barna“ (Mannréttindastofa Íslands)

<<http://www.humanrights.is/mannrettindi-og-Island/hopar/born/>> skoðað 31. mars 2012.

Alþt. 1932, A-deild.

Alþt. 1964, A-deild.

Alþt. 1990-1991, A-deild.

Alþt. 1991-1992, A-deild.

Alþt. 1992-1993, A-deild.

Alþt. 1994-1995, A-deild.

Alþt. 2001-2002, A-deild.

Alþt. 2002-2003, A-deild.

Árman Snævarr, „Fjölskylda og fjölskyldulíf í ljósi 8. og 12. gr. mannréttinasáttmála Evrópu“, í Katrín Jónasdóttir o.fl. (ritstj.), *Afmælisrit. Gaukur Jörundsson sextugur* (Bókaútgáfa Orators 1997).

Barnaverndarstofa, *Handbók Barnaverndarstofu* (Endurskoðuð útg. Barnaverndarstofa 2009).

Björg Thorarensen, „Áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnarskrárákvæða“ í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.), *Lögberg: Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands* (Háskólaútgáfan 2003).

— —, „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar“, í Björg Thorarensen o.fl. (ritstj.), *Mannréttindasáttmáli Evrópu: meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt* (Mannréttindastofnun Háskóla Íslands, Lagadeild Háskólans í Reykjavík 2005).

— —, *Stjórnskipunarréttur Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008).

Davíð Þór Björgvinsson, *Barnaréttur* (Bókaútgáfa Orators 1995).

Gaukur Jörundsson, „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnáráðuneyti“ í Páll Skúlason (ritstj.), *Afmælisrit Gizur Bergsteinsson níræður 18. apríl 1992* (Sleipnir 1992).

Hagstofa Íslands, Mannfjöldi 1. jan. 2012 (*Hagstofa Ísland 7. febrúar 2012*) <<http://www.hagstofa.is>> skoðað 2. maí 2012.

Ingveldur Einarsdóttir, „Forsjársvipting samkvæmt 25. gr. barnaverndarlaga nr. 58/1992“ (1999) 49 (2) Tímarit Lögfræðinga 95.

Páll Hreinsson, *Stjórnsýslulögin: skýringarrit* (Forsætisráðuneytið 1994).

— —, „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“ í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.), *Lögberg: Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands* (Háskólaútgáfan 2003).

Þyri Halla Steingrimsdóttir, „Það sem barninu er fyrir bestu“ (2004) 57 (2) Úlfjótur 173.