

EFNISYFIRLIT

1	Inngangur	2
2	Friðhelgi fjölskyldunnar samkvæmt stjórnskipunarlægum	3
3	Mannréttindasáttmáli Evrópu og friðhelgi fjölskyldunnar	4
3.1	Mannréttindasáttmáli Evrópu.....	4
3.2	Hugtakið fjölskyldulíf	5
3.3	Jákvæðar skyldur aðildarríkjanna	5
3.4	Tengsl foreldra og barna	6
3.4.1	Forsjársvipting og fósturráðstafanir	6
3.4.2	Umgengnisréttur	8
3.5	Heimildir til takmörkunar.....	9
3.5.1	Almennt	9
3.5.2	Lögmælt takmörkun.....	9
3.5.3	Stefnir að lögmætu markmiði.....	9
3.5.4	Nauðsyn í lýðræðislegu þjóðfélagi	10
4	Dómur MDE í máli Kutzner gegn Þýskalandi.....	11
5	Aukin mannréttindavernd fatlaðs fólks.....	13
6	Íslenskur veruleiki	16
6.1	Löggjöf.....	16
6.2	Framkvæmd.....	17
6.2.1	Dómaframkvæmd.....	17
6.2.2	Félagsvísindarannsóknir	20
7	Samantekt og ályktanir um réttarstöðu á Íslandi	22
	Heimildaskrá	26
	Dómaskrá.....	28

1 Inngangur

Stjórnarskrárbundin mannréttindi eru einkennandi fyrir flest lýðræðisríki. Þar eru settar fram æðstu reglur um mikilvægustu réttindi borgaranna sem óheimilt er að skerða nema að uppfylltum ströngum skilyrðum.¹ Efni og inntak mannréttindaákvæða í stjórnarskrá hafa hins vegar breyst og þróast síðustu áratugi, frá því að fjalla aðallega um valdmörk ríkisvaldsins, yfir í að fjalla meira um skyldur ríkisins til að tryggja borgurum sínum tiltekin réttindi og gæði með sérstökum ráðstöfunum. Með lögum nr. 62/1994 var Mannréttindasáttmáli Evrópu (hér eftir MSE) lögfestur hér á landi en hann hefur haft mikil áhrif á þróun íslensks réttar varðandi mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar. Vaxandi áhrif alþjóðlegra mannréttindasamninga á innanlandsrétt má sjá í öllum Evrópuríkjum. Má að miklu leyti rekja þau til framsækkinnar túlkunar Mannréttindadómstóls Evrópu (hér eftir MDE) á efni og inntaki ákvæða sáttmálans.² MDE hefur lagt áherslu á að MSE sé síkvikur (e. living instrument) til þess að ákvæði hans dagi ekki uppi heldur séu þess í stað opin fyrir nýjum viðhorfum.³

Í gegnum tíðina hafa valdhafar leyft sér að byggja á þeirri útskýringu að fatlað fólk standi höllum fæti innan samfélagsins vegna skerðingar sinnar, frekar en að skoða stöðu þess út frá mismunun eða ófullnægjandi mannréttindavernd. Ákveðin viðhorfsbreyting hefur þó orðið sem færir nálgun á stöðu fatlaðs fólks frá hefðbundinni velferðar nálgun yfir í vaxandi áherslu á að skoða stöðu fatlaðra út frá jöfnum rétti þeirra á við aðra.⁴

Í þessari ritgerð verður fjallað um hvað felst í friðhelgi fjölskyldulífs samkvæmt 71. gr. stjtskr. og 8. gr. MSE án þess þó að fjalla um skyld atriði á borð við friðhelgi einkalífs og heimilis. Lögð verður sérstök áhersla á að skoða rétt seinfærra (þroskahamlaðra)⁵ foreldra til að halda forsjá barna sinna, með því að skoða fyrsta dóm MDE á því sviði, breytingar í mannréttindavernd fatlaðs fólks auk þess sem reynt verður að varpa ljósi á íslenskan veruleika og draga ályktanir um réttarstöðu þessa hóps hér á landi.

¹ Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 448.

² Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi*, bls. 21 og 71-72.

³ Ármann Snævarr: „Fjölskylda og fjölskyldulíf í ljósi 8. og 12. gr. mannréttindasáttmála Evrópu“, bls. 53.

⁴ Davíð Þór Björgvinsson: „The Protection of the Rights of Persons with Disabilities in the Case Law of the European Court of Human Rights.“, bls. 142. (óbirt). Væntanleg með útgáfu bókarinnar: *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives* í júní 2009.

⁵ Í skilgreiningu Alþjóða heilbrigðismálastofnunarinnar (WHO) frá 1977 var þroskahömlun miðuð við greindarvísitölu undir 70. Í nýju flokkunarkerfi WHO, ICF, frá 2002 er hins vegar reynt að setta lækisfræðilega, sálræna, félagslega og samfélagslega þætti og þroskahömlun því ekki lengur skilgreind einungis á grundvelli greindar. Sjá nánar: Dr. Tryggvi Sigurðsson: „Þroskahömlun meira en greindarpróf“, <http://www.greining.is>.

2 Friðhelgi fjölskyldunnar samkvæmt stjórnskipunarlögum

Í fyrstu stjórnarskrá Íslands frá árinu 1874 var að finna sérstakan kafla helgaðan mannréttindum og stóðu þau ákvæði óbreytt í 121 ár. Þegar þeim var breytt með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995 var meðal annarra ákvæða sett inn ákvæði 71. gr. stjkskr. um friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu sem leysti af hólmi eldra ákvæði 66. gr. stjkskr. Upprunalegt markmið 66. gr. stjkskr. um friðhelgi heimilis miðaði einkum að því að veita vernd gegn gerræðislegum afskiptum stjórnvalda með því að gera kröfu um að skýrar lagaheimildir þyrftu að liggja til grundvallar röskunar á þeim rétti.⁶ Breytingin sem fólst í 71. gr. var einkum gerð með hliðsjón af 8. gr. MSE og 17. gr. sammingsins um stjórn mála og borgaraleg réttindi (hér eftir SBSR) þar sem stefnt var að því að 71. gr. stjkskr. tæki til sömu réttinda og fyrrgreindir mannréttindasamningar.⁷

Með „fjölskyldu“ samkvæmt 71. gr. er átt við fjölskyldu í víðtækum skilningi þess orðs og því ekki gert að skilyrði að fjölskyldan búi öll á sama heimili. Verndin felst í rétti fjölskyldunnar til þess að vera saman, þ.á.m. réttur hjóna til að búa saman, fara með forsjá barna sinna og annast uppeldi þeirra án afskipta stjórnvalda eða annarra. Sömuleiðis felst í réttinum til fjölskyldulífs að börn og foreldrar, sem ekki eru samvistum, fái að njóta gagnkvæms umgengnisréttar og að sá réttur sé tryggður með lögum. Í 3. mgr. 71. gr. stjkskr. kemur fram að skerðing á rétti manna til að njóta fjölskyldulífs sé því aðeins heimil að hún grundvallist á skýrum lagaheimildum og að því tilskyldu að brýna nauðsyn beri til vegna réttinda annarra.⁸ Í dómsmálum um mannréttindabrot reynir oftast á hvort stjórnvöld hafi gengið of langt við að beita fráviksreglum eins og þeim sem m.a. er að finna í 3. mgr. 71. gr. stjkskr. sem heimila takmörkun á þegar tryggðum mannréttindum. Í málum sem varða meint brot á stjórnarskrárvernduðum mannréttindum vegna íþyngjandi ákvarðana stjórnvalda skarast gjarnan meðalhöfsregla stjórnsýslulaga á við óskráða stjórnskipulega meðalhöfsreglu sem á rætur að rekja til áskilnaðar stjórnarskrárinnar um að sýna verði fram á *nauðsyn* takmörkunarinnar. Í öðrum lögum er einnig að finna ýmsar sérreglur um meðalhóf eins og til dæmis í barnaverndarlögum nr. 80/2002 þar sem álitamál varðandi afskipti stjórnvalda af friðhelgi heimilis og fjölskyldulífs teljast sérlega vandmeðfarin en um þau lög verður fjallað nánar í 6. kafla.⁹

⁶ Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 536.

⁷ Alþt. 1994-1995, A-deild, þskj. 389, bls. 2101.

⁸ Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 540.

⁹ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi*, bls. 55

3 Mannréttindasáttmáli Evrópu og friðhelgi fjölskyldunnar

3.1 Mannréttindasáttmáli Evrópu

Árið 1949 var Evrópuráðið stofnað í þeim tilgangi að stuðla að friði og koma á virkri mannréttindavernd innan Evrópu. Ári seinna samþykkti Evrópuráðið svokallaðan Evrópusamning um vernd mannréttinda og mannfrelsis sem gerður var að fyrirmynd Mannréttindayfirlýsingar Sameinuðu þjóðanna og fyrirbyggjandi draga að SBSR. Samningurinn nefnist í daglegu tali Mannréttindasáttmáli Evrópu (MSE) en með honum hafa aðildarríkin tekist á hendur þá skuldbindingu að tryggja einstaklingum á sínu yfirráðasvæði þau réttindi og frelsi sem þar eru skilgreind. Til að hafa eftirlit með framkvæmd MSE voru settar á fót Mannréttindanefnd Evrópu og Mannréttindadómstóll Evrópu, sem hvoru tveggja hafa aðsetur í Strassbourg ásamt Ráðherraráðinu, æðstu stofnun Evrópuráðsins. Dómstóllinn hefur reynst eitt árangursríkasta úrræðið á vettvangi þjóðaréttar varðandi framkvæmd mannréttindasamninga þar sem bæði einstaklingar og aðildarríki geta komið á framfæri kærur um að aðildarríki hafi brotið gegn ákvæðum sáttmálans.¹⁰

Mannréttindasáttmáli Evrópu er eini alþjóðasamningurinn um mannréttindi sem lögfestur hefur verið hér á landi. Fyrir lögfestinguna hafði Hæstiréttur í dómum sínum nokkrum sinnum vísað til þess að þar sem hann hefði ekki lagagildi yrðu íslensk lög að ganga framur ákvæðum hans. Þetta leiddi til þess að ráðist var í lögfestingu MSE með lögum nr. 62/1994 til að auka hér bæði réttarvernd og réttaröryggi borgaranna. Í kjölfarið var mannréttindakafli stjórnarskrárinnar endurskoðaður með stj. nr. 97/1995 og er algengt að vísað sé til MSE til skýringar og fyllingar á stjórnarskrárákvæðum fyrir dómstólum. Áhrif dóma MDE eru ekki síður mikilvæg þrátt fyrir að í 2. gr. laga nr. 62/1994 sé tekið fram að úrlausnir MDE og annarra stofnana Evrópuráðsins séu ekki bindandi að landsrétti því þótt úrlausnirnar bindi ekki íslenska dómstóla formlega séð þá fara þeir oftast eftir túlkun MDE á ákvæðum sáttmálans.¹¹ Sumir fræðimenn hafa jafnvel gengið svo langt að halda því fram að dómur MDE hafi í raun jafnmikið, ef ekki meira fordæmisgildi en innlend dómaframkvæmd enda getur íslenska ríkið að öðrum kosti gerst brotlegt að þjóðarétti.¹²

¹⁰ Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 455-456.

¹¹ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi*, bls. 86-90.

¹² Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting“. bls 74-75.

3.2 Hugtakið fjölskyldulíf

Samkvæmt 1. mgr. 8. gr. MSE er rétturinn til friðhelgis einkalífs, *fjölskyldu*, heimilis og bréfaskipta verndaður eins og fram kemur í opinberri íslenskri þýðingu sáttmálans. Í 2. mgr. er svo fráviksregla sem heimilar takmörkun þessara réttinda að uppfylltum ströngum skilyrðum. Fræðimenn hafa bent á að við þýðingu á hugtakinu „family life“ sé réttara að tala um *fjölskyldulíf* í stað *fjölskyldu* og verður því hér stuðst við það orðalag.¹³ Þrátt fyrir að ekki sé skilgreint nánar hvað felist í hugtakinu fjölskyldulíf samkvæmt 8. gr. MSE er ljóst að efnisinntak greinarinnar yrði brotkennt ef það réðist einungis af því hvernig mismunandi ríki skilgreina það í sinni löggjöf. Hugtakið er því túlkað sjálfstætt út frá eigin forsendum og forsögu sem „autonomous concept“ eins og fram kom í dómi MDE í málinu *Marckx gegn Belgíu*.¹⁴ Þau fjölskyldutengsl sem ákvæðið verndar lúta fyrst og fremst að nánustu sifjatengslum á borð við maka, foreldra og börn. Hins vegar takmarkast verndin ekki við slík sifjatengsl heldur ber og að líta til þess hversu rík og nán tengslin eru í raun á milli aðila. Er þá höfð hliðsjón af því hvort aðilar njóti stuðnings eða framfærsluframlaga í reynd og hvort þeir búi eða hafi búið á sama heimili en í því samhengi er ekki gerð krafa til þess að fjölskylduformið samræmist menningarlegum viðhorfum aðildarríkjanna.¹⁵ Undir réttinn til friðhelgis fjölskyldulífs fellur einnig rétturinn til samlífs, heimilislífs og umönnunar auk réttar foreldra til samvista við börn sín og til að ráða persónulegum högum þeirra og uppeldi. Tengslin eru misrík eftir aðstæðum en jafnvel þótt þau rofni eins og gerist t.d. við sambúðarslit hefur MDE lagt áherslu á að fjölskyldutengslum sé engu að síður til að dreifa eða í það minnsta ígildi þeirra.¹⁶ Þá teljst fjölskyldutengsl heldur ekki rofin við það að gerðar séu fósturráðstafanir og börn séu tekin úr umsjá foreldra sinna.¹⁷

3.3 Jákvæðar skyldur aðildarríkjanna

Niðurstaða MDE í málinu *Marckx gegn Belgíu* lagði grunninn að stefnumarkandi túlkun varðandi jákvæðar skyldur sem dómstóllinn álitur að felist í 8. gr. Þar sagði dómstóllinn að þrátt fyrir að markmið 8. gr. væri fyrst og fremst að vernda einstaklinga gegn gerræðislegum

¹³ Í sænska textanum er notast við „familjeliv“ og þeim danska „familieliv“ sjá nánar: Ármann Snævarr: „Fjölskylda og fjölskyldulíf í ljósi 8. og 12. gr. mannréttindasáttmála Evrópu“, bls. 55.

¹⁴ MDE, *Marckx gegn Belgíu*, 13. júní 1979 (8933/74).

¹⁵ Stefán Eiríksson, „Friðhelgi einkalífs, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta samkvæmt 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu“, bls. 396.

¹⁶ Ármann Snævarr: „Fjölskylda og fjölskyldulíf í ljósi 8. og 12. gr. mannréttindasáttmála Evrópu“, bls. 57-60.

¹⁷ Sjá m.a. dóma MDE, *Eriksson gegn Svíþjóð*, 22. júní 1989 (11373/85) og MDE, *Margareta og Roger Andersen gegn Svíþjóð*, 25. febrúar 1992 (12963/87).

afskiptum stjórnvalda, ættu aðildarríkin ekki einungis að halda sér höndum. Til þess að tryggja „friðhelgi“ fjölskyldulífs felist jafnframt í ákvæðinu jákvæð skylda aðildarríkjanna til að grípa til ráðstafana. Dómstóllinn taldi þetta meðal annars fela í sér að þegar sett er löggjöf sem varðar ákveðin fjölskyldutengsl eins og t.d. tengslin á milli móður og óskilgetins barns, þá verði sú löggjöf að miða að því að þeim verði gert kleift að lifa eðlilegu fjölskyldulífi. Ríkin hafa val um með hvaða hætti þau setja slíka löggjöf en uppfylli hún ekki þessi skilyrði brýtur löggjöfin gegn 1. mgr. 8. gr.¹⁸ Ekki er hægt að skilgreina nákvæmlega hvar mörkin á milli þeirra jákvæðu og neikvæðu skyldna sem hvíla á aðildarríkjunum liggja en við beitingu þeirra gildir sama grundvallarreglan um meðalhóf. Stjórnvöld verða því að leitast við að finna eðlilegt jafnvægi á milli hagsmuna einstaklingsins annars vegar og samfélagsins sem heildar hins vegar og við það mat er aðildarríkjunum játað visst svigrúm (e. margin of appreciation).¹⁹ Hins vegar leggur dómstóllinn áherslu á að hinar jákvæðu skyldur til að grípa beinlínis til úrræða sem auðvelda sameiningu fjölskyldunnar, leggist á aðildarríkin af stöðugt vaxandi þunga um leið og fósturráðstöfun hefur átt sér stað.²⁰

3.4 Tengsl foreldra og barna

3.4.1 Forsjársvipting og fósturráðstafanir

Í niðurstöðum sínum hefur Mannréttindadómstóll Evrópu margítrekað að grundvallarþáttur fjölskyldulífs lúti að gagnkvæmum rétti foreldra og barna til að vera saman. Það er því engum vafa undirorpið að þær aðgerðir stjórnvalda sem lúta að forsjáarsviptingu og töku barna af heimili sínu séu aðgerðir sem takmarki réttinn til friðhelgis fjölskyldulífs skv. 8. gr. MSE.²¹ Í slíkum tilvikum reynir því á fráviksreglu 2. mgr. 8. gr. um það hvort þau ströngu skilyrði, sem sett eru til að takmörkunin teljist heimil, séu uppfyllt en við það mat leggja stofnanir Evrópuráðsins ávallt áherslu á að velferð barnsins sé í fyrirrúmi. Í dómi MDE í málinu *K. og T. gegn Finnlandi* kom skýrt fram að það eitt og sér, að barn geti mögulega alist upp við betri aðstæður, sé ekki næg ástæða til að réttlæta töku barns úr umsjá foreldra sinna heldur verði að vera til staðar aðrar ástæður sem bendi til þess að slíkt inngríp teljist nauðsynlegt.²² Við mat á nauðsyn slíkra

¹⁸ MDE, *Marckx gegn Belgíu*, 13. júní 1979 (8933/74).

¹⁹ MDE, *Hokkanen gegn Finnlandi*, 23. september 1994 (19823/91).

²⁰ MDE, *K. og T. gegn Finnlandi [GC]*, 12. júlí 2001 (25702/94).

²¹ MDE, *Kutzner gegn Þýskalandi*, 26. febrúar 2002 (46544/99).

²² MDE, *K. og T. gegn Finnlandi [GC]*, 12. júlí 2001 (25702/94).

ákvarðana þarf einnig að skoða hvort ákvarðanirnar teljist í eðlilegu samhengi við það þjóðfélagslega markmið sem stefnt er að og er þá jafnframt litið til þess hvort val á fósturheimilum tálmi samskiptum fjölskyldumeðlima með einhverjum hætti.²³ Þegar börn eru tekin af heimilum sínum ber einnig að huga að aðdraganda þeirrar ákvörðunar og meta hvort nægjanlegt tillit hafi verið tekið til þarfa foreldranna, bæði áður en ákvörðunin var tekin og á meðan á dvöl barna utan heimilis stendur. Þar sem oft reynist erfitt fyrir stofnanir Evrópuráðsins að meta staðreyndir slíkra mála láta þær sér oft nægja að skoða málsmeðferðina og fara yfir hvort nægilega hafi verið vandað til hennar. Þegar litið er til þess hvort réttaröryggis aðilanna hafi verið gætt er horft til meðalhófs og þess hvort gerð hafi verið ítarleg og fullnægjandi rannsókn á nauðsyn tókunnar.²⁴ Í dómum MDE í málum *W, B og R gegn Bretlandi* fjölluðu kæruefnin aðallega um málsmeðferðina sem lá til grundvalldar töku barna frá foreldrum sínum og vistun þeirra á uppeldisstofnunum. Dómstóllinn taldi að foreldrarnir hefðu ekki átt nægan kost á að tjá sig áður en sú ákvörðun var framkvæmd og var sá þáttur málsmeðferðarinnar talinn brjóta gegn 8. gr. MSE.²⁵

Í dómi MDE í málinu *Olsson gegn Svíþjóð I* voru þrjú börn tekin af heimili sínu og vistuð á tveimur fósturheimilum sem voru langt frá hvoru öðru og jafnframt langt frá heimili kynforeldra sinna. Ákvörðunin um töku barnanna af heimili sínu taldist sem slík ekki brjóta gegn 8. gr. MSE þar sem nægjanlegar ástæður töldust liggja til grundvallar auk þess sem foreldrunum hafði verið gefinn kostur á að gæta hagsmuna sinna við málsmeðferðina. Hins vegar ítrekaði MDE þá skoðun sína að það sé mjög alvarleg takmörkun á réttinum til friðhelgis fjölskyldulífs að sundra fjölskyldu (e. to split up a family). Hann benti þar jafnframt á að:

Fósturráðstöfun ætti ávallt að líta á sem tímabundna aðgerð sem ganga skuli til baka um leið og aðstæður leyfa. Tímabundnar fósturráðstafanir verða þar af leiðandi að vera í samræmi við hið endanlega markmið um að sameina fjölskylduna aftur.²⁶

MDE taldi framkvæmdina á fósturráðstöfuninni brjóta gegn 8. gr. þar sem hin mikla fjarlægð bæði á milli systkinanna og svo milli barna og foreldra torveldaði mjög sameiningu barnanna og foreldranna á ný. Svipað var uppi á teningnum í dómi MDE í málinu *Eriksson gegn Svíþjóð* en

²³ Ármann Snævarr: „Fjölskylda og fjölskyldulíf í ljósi 8. o. g12. gr. mannréttindasáttmála Evrópu“, bls. 66-68.

²⁴ Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Tries: Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer, bls. 240-241.

²⁵ MDE, *W, B og R gegn Bretlandi*, 8. júlí 1987 (9749/82, 9840/82 og 10496/83).

²⁶ MDE, *Olsson gegn Svíþjóð I*, 24. mars 1988 (10465/83).

þar hafði opinberri umsjá barns verið aflétt en þess í stað var sett bann við því að barnið flytti frá fósturheimilinu. Þetta bann auk frekari takmörkunar sem yfirvöld settu við umgengni töldust brjóta gegn 8. gr. þar sem móðurinni hafði þannig verið synjað um tækifæri til að hitta barnið í þeim mæli og við þær aðstæður sem voru til þess fallnar að styrkja samband þeirra eða jafnvel stuðla að sameiningu þeirra á ný.²⁷ Ljóst er að MDE leggur alltaf heildstætt mat á öll atvik og aðstæður í viðkomandi máli eins og sést m.a. á dómi MDE í málinu *Olsson gegn Svíþjóð II* en hann snerist einnig um það að bann hafði verið lagt við flutningi barna af fósturheimilinu en í því máli var það talið réttlætanlegt vegna atferlis foreldranna og í ljósi þess að börnin vildu heldur vera hjá fósturforeldrum sínum.²⁸

Af niðurstöðum dómaframkvæmdar MDE í forsjársviptingarmálum má því draga þær ályktanir að þrátt fyrir að aðildarríkin hafi, í krafti nálægðar við atvik og aðila máls, ákveðið svigrúm til mats, sé lögð mjög rík áhersla á mikilvægi þess að varanleg fjölskyldubönd sem stofnast hafa á milli foreldra og barna séu ekki rofin.²⁹

3.4.2 Umgengnisréttur

Eins og fram kemur hér að ofan hefur MDE ítrekað tekið fram að forsjársvipting skuli teljast tímabundin aðgerð nema búið sé að fullreyna að ekki muni takast að breyta aðstæðum eða gera þær ráðstafanir sem þarf til að gera foreldrum kleift að annast börn sín. Ef sýnt er að markmið barnaverndaryfirvalda hafi frá upphafi verið að rjúfa böndin milli foreldris og barns t.d. með viðvarandi umgengnisbanni, telst það brot gegn 8. gr. enda er þá ekki gætt meðalhófs. MDE telur sig ekki geta sett sig í spor innlendra stjórnvalda þegar kemur að ákvarðanatöku varðandi forsjá og umgengnisrétt.³⁰ Hins vegar liggur ljóst fyrir að umgengnisréttur forsjárlausss foreldris við barn sitt nýtur verndar 8. gr. MSE. Dómur MDE í málinu *Eriksson gegn Svíþjóð* varðaði atvik þar sem réttur móður til umgengnis við barn sitt var bæði mjög takmarkaður og stóð lengi yfir. Að mati MDE var sú takmörkun ekki hófleg miðað við það markmið sem stefnt var að og því um að ræða brot gegn 8. gr bæði hvað varðar móðurina og barnið.³¹ Í öðrum dómi MDE í málinu *Margareta og Roger Anderson gegn Svíþjóð* var réttur móður til umgengni við dóttur sína einnig takmarkaður, en dóttirin hafði verið tekin frá heimili hennar og vistuð annars staðar. MDE taldi þessar takmarkanir á umgengnisréttinum andstæðar 8. gr. og er hið sama að segja um þær

²⁷ MDE, *Eriksson gegn Svíþjóð*, 22. júní 1989 (11373/85).

²⁸ MDE, *Olsson gegn Svíþjóð II*, 27. nóvember 1992 (13441/87).

²⁹ Lorenzen, Rehof, Tries, Holst-Christiansen og Vedsted-Hansen bls. 412). =Björg Thor2005. bls. 301-5.

³⁰ MDE, *Hokkanen gegn Finnlandi*, 23. september 1994 (19823/91).

³¹ MDE, *Eriksson gegn Svíþjóð*, 22. júní 1989 (11373/85).

takmarkanir sem stjórnvöld höfðu sett á heimild móðurinnar til að hafa símasamband og bréfasamband við dótturina. Takmarkanir þessar þóttu ganga lengra en svo, að þær ættu stoð í 2. mgr. 8. gr. MSE.³² Þá má einnig nefna dóm MDE í málinu *Johansen gegn Noregi* í þessu samhengi. Í því máli var móðir barns bæði svipt forsjá þess og síðan í kjölfarið öllum umgengnisrétti við það. Í dómnum kom fram, að þótt talið væri að forsjásviptingin og fósturráðstöfunin stæðust 8. gr. þótti svipting umgengnisréttar ganga allt of langt og því brjóta gegn ákvæðinu. Tekið var fram að svona víðtæk takmörkun á réttinum til friðhelgi fjölskyldulífs væri ekki í samræmi við það grundvallarviðmið að líta beri á fósturráðstöfun sem bráðabirgðaráðstöfun sem miði að því að stuðla að sameiningu barns og kynforeldra.³³

3.5 Heimildir til takmörkunar

3.5.1 Almenn

Í 2. mgr. 8. gr. MSE er tekið fram að opinber stjórnvöld skuli ekki ganga á réttinn til friðhelgis fjölskyldulífs sem tryggður er í 1. mgr. nema að uppfylltum ströngum skilyrðum. Í fyrsta lagi verður að vera mælt fyrir um heimild til slíkra takmörkunar í lögum. Í öðru lagi verður takmörkunin að stefna að lögmætu markmiði. Í þriðja og síðasta lagi verður takmörkunin að teljast nauðsynleg í lýðræðisþjóðfélagi.

3.5.2 Lögmælt takmörkun

Við mat dómstólsins á því hvort takmörkun á réttinum til friðhelgis fjölskyldulífs uppfyllir skilyrðið um að „lög mæli fyrir um“ sbr. 2. mgr. 8. gr. MSE horfir dómstóllinn einkum til þess hvort löggjöfin eða reglugerðin sé nægilega skýr og aðgengileg svo að þeim aðilum sem hún varðar sé kleift að skilja hana og hegða sér í samræmi við efni hennar og forðast þannig lögbrot.³⁴

3.5.3 Stefnir að lögmætu markmiði

Til þess að skilyrðið um lögmætt markmið teljist uppfyllt verður með takmörkuninni að vera stefnt að einhverju þeirra markmiða sem talin eru upp í greininni þ.e.; vegna þjóðaröryggis, almannaheilla eða efnalegrar farsældar þjóðarinnar, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu manna eða siðgæði eða réttindum og frelsi annarra. Í málum sem varða fjölskyldurétt er algengast að vísað sé til hagsmuna barna þegar stuðst er við það markmið 2.

³² MDE, *Margareta og Roger Andersen gegn Svíþjóð*, 25. febrúar 1992 (12963/87).

³³ MDE, *Johansen gegn Noregi*, 7. ágúst 1996 (17383/90).

³⁴ MDE, *Sunday Times gegn Bretlandi*, 26. apríl 1979 (6538/74).

mgr. 8. gr. að takmörkunin sé til verndar „réttindum og frelsi annarra.“ Í slíkum tilvikum skoðar síðan Mannréttindadómstóllinn að hvaða marki slík takmörkun uppfylli skilyrðið um að nauðsyn beri til í lýðræðislegu þjóðfélagi.³⁵

3.5.4 Nauðsyn í lýðræðislegu þjóðfélagi

Dómstóllinn hefur bent á að skilyrðið um nauðsyn bendi til þess að það verði að vera knýjandi félagsleg þörf til að takmarka réttinn til friðhelgis fjölskyldulífs og takmörkunin verði því jafnframt að vera í réttu hlutfalli við hið lögmæta markmið sem að er stefnt.³⁶ Í dómi MDE í málinu *Eriksson gegn Svíþjóð* sem fjallað var um hér að framan var þessu skilyrði ekki fullnægt þar sem takmörkunin hafi bæði verið gróf og langvarandi og gekk þar með hlutfallslega lengra en stefnt var að með hinu lögmæta markmiði.³⁷ Dómstóllinn hefur margítrekað að við mat á „nauðsyn“ í lýðræðisþjóðfélagi verði að skoða málið í heild sinni og leggja mat á hvort ástæður þær sem notaðar eru til að réttlæta úrræðin séu hvoru tveggja viðeigandi og nægjanlegar til að uppfylla skilyrði 2. mgr. 8. gr. MSE.³⁸ MDE viðurkennir engu að síður þá staðreynd að mat opinberra yfirvalda á því hvað teljist viðeigandi inngríp þegar kemur að barnavernd sé breytilegt á milli aðildarríkja. Slíkt mat veltur meðal annars á hefðum hvers ríkis varðandi hlutverk fjölskyldunnar, heimildum stjórnvalda til afskipta af fjölskyldumálum og möguleikum hins opinbera á að grípa til aðgerða á því sviði. Það er þó alveg ljóst að hagsmunir barnsins verða ávallt að vera í fyrirrúmi. Þá þarf jafnframt að hafa það hugfast að innlend stjórnvöld hafa það fram yfir MDE að vera í beinum samskiptum við alla þá er málið varðar.³⁹ Að öllu þessu virtu hefur MDE áréttað að hann ætli sér ekki það hlutskipti að koma í staðinn fyrir innlend stjórnvöld sem bera ábyrgð á barnavernd heldur felist hlutverk hans í að meta ákvarðanir sem teknar eru út frá efni og innihaldi sáttmálans.⁴⁰ Svigrúm stjórnvalda til mats er þó breytilegt eftir eðli máls og alvarleika þeirra hagsmuna sem í húfi eru.⁴¹ Þetta þýðir að þrátt fyrir að stjórnvöld hafi alla jafna mikið svigrúm til að meta nauðsyn þess að setja börn í fóstur þá gerir MDE strangari kröfur til yfirvalda þegar kemur að öllum frekari takmörkunum á réttindum barna og foreldra til samvista.

³⁵ Peter Bartlett, Oliver Lewis og Oliver Thorold: *Mental disability and the European Convention on Human Rights*, bls. 194.

³⁶ MDE, *Gnahoré gegn Frakklandi*, 19. september 2000 (40031/98).

³⁷ MDE, *Eriksson gegn Svíþjóð*, 22. júní 1989 (11373/85).

³⁸ Sjá m.a. MDE, *Gnahoré gegn Frakklandi*, 19. september 2000 (40031/98) og MDE, *K. og T. gegn Fimlandi [GC]*, 12. júlí 2001 (25702/94).

³⁹ MDE, *Olsson gegn Svíþjóð II*, 27. nóvember 1992 (13441/87).

⁴⁰ Sjá m.a. MDE í málum *Hokkanen gegn Finnlandi*, 23. september 1994 (19823/91) og MDE, *K. og T. gegn Finnlandi [GC]*, 12. júlí 2001 (25702/94).

⁴¹ MDE, *Sunday Times gegn Bretlandi*, 26. apríl 1979 (6538/74).

4 Dómur MDE í máli Kutzner gegn Þýskalandi

Í dómi MDE í máli *Kutzner gegn Þýskalandi* frá árinu 2002 voru málsaðilar þýsk hjón, Ingo og Annette Kutzner, sem eignast höfðu tvær dætur á árunum 1991 og 1993. Kutzner hjónin voru bæði með þroskahömlun og höfðu gengið í sérskóla. Þau bjuggu á bóndabæ í eigu foreldra Ingo Kutzner allt frá því dæturnar fæddust. Það var álit lækna að dæturnar væru báðar á eftir jafnöldrum sínum í andlegum og líkamlegum þroska. Málsaðilar óskuðu því eftir þjónustu fyrir dætur sínar til samræmis við þessi álit og voru báðar dæturnar komnar á leikskóla fyrir börn með sérþarfir árið 1995. Í hálf ári naut fjölskyldan einnig stuðnings félagsráðgjafa í nokkrar klukkustundir á viku en samskiptum þeirra fór fljótlega hrakandi. Í framhaldinu sendi hann skýrslu til barnaverndaryfirvalda þar sem lögð var áhersla á greindarskerðingu foreldranna. Í kjölfarið óskuðu barnaverndaryfirvöld eftir því að Kutzner hjónin yrðu svipt forsjá yfir dætrum sínum og gekk það eftir í maí 1997. Stúlkurnar voru settar á tvö aðskilin og ónafngreind fósturheimili og umgengnisréttur foreldranna takmarkaður verulega þannig að hjónin fengu ekkert að sjá dætur sínar fyrstu sex mánuðina. Eftir það var umgengnin undir eftirliti þriðja aðila og var sá réttur takmarkaður við eina klukkustund á mánuði sem síðar var aukinn í tvær klukkustundir á mánuði. Í málinu lá ljóst fyrir að heimildir stjórnvalda studdust við greinar 1666 og 1666a Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*) þar sem fram kemur að svokölluðum Forræðisdómsstólum beri skylda til að grípa til nauðsynlegra aðgerða ef velferð barns er stefnt í hættu. Jafnframt segir þar að aðgerðir sem miði að því að aðskilja barn frá fjölskyldu sinni séu því aðeins heimilar að ekki sé unnt að grípa til annarra vægari aðgerða án þess að stefna velferð barnsins í hættu. Þá segir að eingöngu megi svipta foreldra forsjá barna sinna ef aðrar aðgerðir hafi reynst árangurslausar eða ófullnægjandi til að koma í veg fyrir hættu. Byggt á þessum heimildum tók MDE því undir það sjónarmið að aðgerðir stjórnvalda hafi verið lögmæltar og stefnt að lögmætu markmiði þar sem þeim var ætlað að vernda „heilsu manna eða siðgæði“ og „réttindi og frelsi annarra“ þ.e. barnanna. Hins vegar taldi MDE að þrátt fyrir að yfirvöld hafi haft lögmætar ástæður til að hlutast til um þroskaskilyrði barnanna, þá hefði bæði ákvörðunin um að koma þeim í fóstur svo og hvernig framkvæmdinni var háttáð, verið ófullnægjandi. Dómstóllinn leit til þess að það var að beiðni foreldranna sem börnin höfðu notið mikillar þjónustu frá unga aldri en aðstæður höfðu síðan versnað vegna ósættis á milli félagsráðgjafans og foreldranna. Dómstóllinn benti á að niðurstöður sálfræðinga sem gáfu sérfræðiskýrslur á mismunandi stigum málsins væru mótsagnakenndar, bæði hvað varðar forsendur þeirra og

niðurstöður. Einn sálfræðingurinn vísaði til þess að málsaðilar hefðu ekki það andlega hæfi (e. intellectual capacity) sem þyrfti til uppeldis barnanna á meðan aðrir töluðu um skort á hæfni málsaðila til að veita dætrum sínum tilfinningalegan stuðning. Þar við bættist að sálfræðingar á vegum hagsmunasamtaka barna⁴² auk fjölskyldulækna hvöttu til þess að börnunum yrði komið aftur til foreldranna. Þessir aðilar lögðu áherslu á að velferð barnanna væri ekki í hættu og að foreldrarnir væru andlega og tilfinningalega fullfærir um að sinna uppeldi þeirra. Sömuleiðis bentu þeir á að auka ætti stuðning við börnin innan skólakerfisins. MDE hafnaði því að líta ætti framhjá þessum niðurstöðum á þeim forsendum að þær kæmu frá fólki sem störfuðu í umboði annars málsaðilans. Loks benti MDE á að ólíkt flestum málum sama eðlis þá hefði engin ásökun verið gerð um vanrækslu eða illa meðferð á börnunum. Dómstóllinn lýsti yfir áhyggjum sínum af notkun íhlutunarmesta úrræðisins, að aðskilja börnin frá foreldrum sínum. Þá ítrekaði hann álit sitt úr fyrri dómaframkvæmd að fósturráðstöfun ætti í grundvallaratriðum að vera tímabundin aðgerð, sem ljúka ætti eins fljótt og aðstæður leyfðu. Niðurstaða dómstólsins var því sú að þrátt fyrir að ástæður þær sem yfirvöld höfðu byggt ákvörðun sínar á væru viðeigandi, væru þær ekki nægjanlegar til að réttlætta jafn alvarlega takmörkun á rétti málsaðila til fjölskyldulífs. Takmörkunin hefði því gengið lengra en svo að hún væri í eðlilegu hlutfalli við hið lögmæta markmið sem að var stefnt og þar af leiðandi töldust þýsk yfirvöld hafa brotið gegn 8. gr. MSE.⁴³

Það þykir mjög fátítt að fólk með þroskahömlun leiti réttar síns fyrir Mannréttindadómstól Evrópu og er þessi dómur sá fyrsti þess eðlis sem lýtur að 8. gr MSE. Mikilvægi hans felst einkum í því hversu harðlega dómstóllinn gagnrýndi þýsk stjórnvöld fyrir að grípa til þessarar úrræða einungis á þeim forsendum að foreldrarnir voru fatlaðir.⁴⁴

Svigrúm aðildarríkjanna til mats virðist þannig ekki draga úr heimild MDE til að hafa eftirlit með því á hvaða forsendum stjórnvaldsákvæðanir, sem takmarka mannréttindi samkvæmt MSE, eru teknar og meta hvort skilyrðinu um nauðsyn sé fullnægt. Í því samhengi virðist hann ekki fallast á þær röksemdir að greindarskerðing foreldra eða samskiptaörðuleikar þeirra við þjónustuaðila nægi til að réttlætta aðskilnað barns og foreldris heldur verði að hafa í heiðri þá meginreglu meðalhófs að reyna skuli vægari úrræði fyrst sem samkvæmt þessum dómi geta m.a. falist í því að skipta um þjónustuaðila eða auka félagslegan stuðning.

⁴² *German Association for the Protection of Children and the Association for the Defence of the Rights of the Child.*

⁴³ *MDE, Kutzner gegn Þýskalandi, 26. febrúar 2002 (46544/99).*

⁴⁴ Peter Bartlett, Oliver Lewis og Oliver Thorold: *Mental disability and the European Convention on Human Rights*, bls. 195.

5 Aukin mannréttindavernd fatlaðs fólks

Mannleg reisn er sá hornsteinn sem öll mannréttindi byggja á og þjónar sem áminning um að sérhver manneskja er óendanlega verðmæt og takmark í sjálfu sér, en ekki leið að markmiði annarra. Þetta viðhorf gengur gegn þeirri samfélagslegu tilhneigingu, að skipa fólki í virðingarröð eftir framlagi þess eða notagildi og útskýfa þá sem teljast á einhvern hátt öðruvísi. Sú afstaða sem hefur einkennt ráðandi skilning á fötlun allt fram á síðari hluta 20. aldar og gerir jafnvel enn, einblínir á skerðingu fatlaðs fólks. Samkvæmt því er fötlunin gerð að megineinkenni þess fatlaða og allar hindranir, sem hann verður fyrir, raktar til fötlunarinnar þótt þær séu utanaðkomandi. Á undaförnum árum hefur hins vegar rutt sér til rúms nýtt viðhorf til fötlunar sem leggur aðaláherslu á eðlislæga reisn manneskjunnar. Undir því sjónarhorni stafa „vandamál“ fötlunar af vangetu stjórnvalda til að bregðast við samfélagslega tilbúnum hindrunum og ólíkum þörfum fólks. Þar af leiðandi hvílir sú skylda á stjórnvöldum að uppræta þessar hindranir til að tryggja fulla virðingu fyrir mannlegri reisn og jafnan rétt allra.

Sameinuðu þjóðirnar hafa nú brugðist við þessu nýja sjónarhorninu á fötlun með nýjum alþjóðasamningi um réttindi fatlaðs fólks (e. the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, hér eftir CRPD), sem ætlað er að tryggja sömu mannréttindavernd fatlaðs fólks á við aðra með því að útfæra á nákvæman hátt til hvaða aðgerða stjórnvöld þurfi að grípa svo þessi réttindi verði tryggð.⁴⁵ CRPD ber með sér hina nýju nálgun á fötlun, en samkvæmt 1. gr. hans teljast þeir fatlaðir sem eru hindraðir í fullri þátttöku í samfélaginu á jafnréttigrundvelli þegar víxlverkun verður milli skerðinga einstaklingsins og tálma af ýmsu tagi. Samningurinn ásamt valfrjálsri viðbótarbókun við hann var hvoru tveggja undirritað fyrir Íslands hönd á undirritunardegi hans 30. mars 2007 og nú er unnið að fullgildingunni þeirra.⁴⁶ Sama dag undirrituðu einnig 80 önnur ríki samninginn og er hann m.a. undirritaður fyrir hönd Evrópubandalagsins (e. European Community). Samningurinn öðlaðist gildi 3. maí 2008 þegar 20 ríki höfðu fullgilt hann en nú hafa 139 ríki undirritað hann og alls hafa 50 þeirra fullgilt efni hans í sínum löndum.⁴⁷

Fólk með þroskahömlun er ekki einsleitur hópur heldur endurspeglar hann þvert á móti fjölbreytilega mannflóru eins og sést kannski hvað best á því hversu hugtakið fötlun er í raun

⁴⁵ Gerard Quinn og Theresia Degener. *Human rights and disability*, bls. 1-14.

⁴⁶ Vefsíða félags- og trygginga málaráðuneytisins, <http://www.felagsmalaraduneyti.is>.

⁴⁷ Vefsíða Sameinuðu þjóðanna, <http://www.un.org/disabilities>.

afstætt. Merking þroskahömlunar er undir því komin hver skilgreinir hana og á hvaða forsendum. Í gegnum tíðina hefur t.d. ekki alltaf verið notast við sama greindarvísitölustig þannig að manneskja sem telst með þroskahömlun í einu landi, þarf ekki endilega að vera skilgreind sem svo í einhverju öðru landi.⁴⁸ Frá árinu 1930 hefur mælikvarði þroskahömlunar á norðurlöndunum sveiflast allt frá því að miða við greindarvísitölu 50 yfir í 85. Þetta hefur haft þau áhrif að þegar miðað var við 50 stig taldist undir 0.5% þjóðarinnar vera með þroskahömlun á meðan það hlutfall jókst í 15% þegar miðað var við 85 stig.⁴⁹

Einstaklingar með þroskahömlun eiga það þó sameiginlegt að réttur þeirra til að gegna hlutverki sínu sem foreldrar er oft ekki virtur og algengt er að börn þeirra séu tekin af þeim án þess að fyrir liggja nokkrar sannanir um vanrækslu (e. maltreatment). Nýlegar rannsóknir benda til þess að allt að 80% þroskahamlaðra foreldra eigi á hættu að missa forsjá barna sinna, sem oft má rekja til gallaðra matstækja þegar kemur að því að meta foreldrahæfni.⁵⁰ Ekki hefur verið sýnt fram á að það séu tengsl á milli þess að hafa háa greindarvísitölu og þess að vera góður uppalandi. Erlendar rannsóknir sýna þvert á móti að börn foreldra með þroskahömlun séu ólíklegri til að sæta illri meðferð heldur en börn annarra foreldra. Hins vegar er algengara að foreldrar með þroskahömlun vanræki börn sín vegna vanþekkingar sinnar og skorts á viðeigandi stuðningi, fræðslu og þjálfun. Þá er jafnframt algengt að fagfólk sem á að veita þann stuðning hafi ekki hlotið neina menntun, þjálfun eða reynslu í að vinna með fötluðum foreldrum. Þessar niðurstöður eru samhljóða því sem fram kemur í íslenskum rannsóknum og undirstrikar að foreldrar með þroskahömlun þurfa tækifæri og stuðning við hæfi til að sinna foreldrahlutverkinu.⁵¹

Robert L. Hayman, lagaprófessor sem hefur rannsakað réttarstöðu foreldra með þroskahömlun, hefur bent á hvernig hugmyndir löggjafans um að greindarskerðing gefi tilefni til að efast um foreldrahæfni, séu afleiðingar mannkynbótastefnunnar og þeim viðhorfum að fatlað fólk sé byrði á samfélaginu. Hann leggur til að lagaheimildir sem liggja til grundvallar afskiptum stjórnvalda af fjölskyldutengslum seinfærra foreldra og barna þeirra verði afnumdar. Því til stuðnings bendir hann á að rannsóknir réttlæti ekki að greindarskerðing sé notuð sem viðmið til að meta foreldrahæfni og ákvarðanir stjórnvalda um forsjárviptingu á þeim grundvelli séu þ.a.l.

⁴⁸ Rannveig Traustadóttir og Kristiana Kristiansen: „Introducing gender and disability”, bls. 32-33.

⁴⁹ Karen Sonnander: „Biological and social aspects of intellectual disability”, bls. 208.

⁵⁰ Deborah Richards ofl.: „Sexuality and Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities“, bls. 194.

⁵¹ Hanna Björg Sigurjónsdóttir og Rannveig Traustadóttir. *Ósýnilegar fjölskyldur*, bls. 173-174.

jafn fordómafullar (e. prejudicial) og ákvarðanir sem teknar eru á grundvelli kynþáttar, efnahags eða annarra slíkra ómálefnalegra sjónarmiða.⁵²

Í CRPD er meðal annars tekið á málum sem varða virðingu fyrir fjölskyldulífi og kveður 23. gr. hans á um að uppræta skuli mismunun gagnvart fötluðu fólki sem lúta að fjölskyldu og foreldrahlutverki. Þar segir jafnframt að veita skuli fötluðu fólki viðeigandi aðstoð við að uppfylla skyldur sínar sem uppalendur barna og að tryggja skuli að barn sé ekki tekið frá foreldrum, nema lögbær yfirvöld ákveði slíkt í samræmi við gildandi lög og að slíkur aðskilnaður sé nauðsynlegur með hagsmuni barnsins að leiðarljósi. Þá er lögð áhersla á að taka barns frá foreldum sé aldrei réttlæt看leg einungis á grundvelli fötlunar hvort sem um er að ræða fötlun barnsins, annars foreldris eða beggja.

⁵² Robert L. Hayman: „Presumptions of Justice: Law, Politics, and the Mentally Retarded Parent“, bls. 1265-1271.

6 Íslenskur veruleiki

6.1 Löggjöf

Fljótlega eftir að MSE var lögfestur með lögum nr. 62/1994 bentu fræðimenn á að athuga þyrfti framkvæmd mála á sviði barnalaga og barnaverndar með hliðsjón af úrlausnum stofnana Evrópuráðsins. Í því sambandi var sérstaklega bent á þörfina fyrir greiða og hraða úrlausn mála um forsjá barna, umgengnisrétt og töku barna af heimilum.⁵³

Eins og fyrr er vikið að er kveðið á um verndun friðhelgis fjölskyldu í stjórnarskránni sbr. 71. gr. stjkskr. og jafnframt lögð sú skylda á löggjafann að tryggja börnum þá vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst sbr. 76. gr. stjkskr. Eitt af markmiðum barnaverndarlaga nr. 80/2002 er að tryggja að börn sem búa við óviðunandi aðstæður fái nauðsynlega aðstoð. Í lögunum er einnig tekið skýrt fram að það eigi að leitast við að styrkja fjölskyldur í uppeldishlutverki sínu þegar leitast er við að ná markmiðum laganna. Samkvæmt grundvallareglunni um meðalhóf er því ekki gert ráð fyrir að ráðist sé í alvarlegustu úrræðin á borð við töku barns af heimili, sbr. 24. gr., og forsjársviptingu, sbr. 29. gr., nema önnur vægari úrræði hafi verið reynd eða sýnt sé að þeim sé ekki hægt að beita. Þá miða ítarleg ákvæði laganna um málsmeðferð að því að tryggja rétt foreldra til að koma sjónarmiðum sínum á framfæri.⁵⁴ Mikilvægt nýmæli fólst í 29. gr. laganna þar sem úrskurðarvald í forsjársviptingarmálum var flutt frá barnaverndarnefndum til dómstóla. Þar er einnig fjallað um hverjar geti verið ástæður forsjársviptingar og segir þar að slíkt er heimilt ef fullvíst teljist að líkamlegri eða andlegri heilsu barns eða þroska þess sé hættu búin sökum þess að foreldrar eru augljóslega vanhæfir til að fara með forsjána. Þá eru rakin helstu atriði sem leitt geta til þess að um „augljóst“ vanhæfi foreldra sé að ræða og er greindarskortur nefndur sem eitt þeirra.

Í íslenskum lögum eru engin ákvæði sem beinlínis kveða á um réttindi fatlaðs fólks til að sinna hlutverki sínu sem uppalendur barna eins og mælt er fyrir um í 23. gr. CRPD. Hins vegar er ljóst af 1. gr. laga nr. 59/1992 um málefni fatlaðra að markmið þeirra er að tryggja fötluðu fólki jafnrétti og sambærileg lífskjör við aðra þjóðfélagsþegna og skapa þeim skilyrði til þess að lifa eðlilegu lífi. Í 7. gr. sömu laga er gert ráð fyrir að fatlað fólk eigi rétt á allri almennri þjónustu ríkis og sveitarfélaga. Ef þjónustuþörf hins fatlaða reynist meiri en svo að henni verði fullnægt innan almennrar þjónustu skal veitt þjónusta á grundvelli laga um málefni fatlaðra.

⁵³ Ármann Snævarr: „Fjölskylda og fjölskyldulíf í ljósi 8. og 12. gr. mannréttindasáttmála Evrópu“, bls. 61.

⁵⁴ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi*, bls. 315.

Samkvæmt talsmanni Svæðisskrifstofu málefna fatlaðra í Reykjavík er sú þjónusta sem þar er veitt seinfærum foreldrum byggð á 25. gr. laga um málefni fatlaðra um frekari liðveislu en leitast er við að veita þá þjónustu í samstarfi við félagsþjónustu borgarinnar.⁵⁵

6.2 Framkvæmd

6.2.1 Dómaframkvæmd

Fræðimenn hafa vakið athygli á strangri og framsækinni beitingu Hæstaréttar á jafnræðisreglu 65. gr. stjkskr. þegar kemur að því að gæta þess að fólki sé ekki mismunað vegna fötlunar. Í tveimur dómum Hæstaréttar hefur verið deilt um athafnaskyldu stjórnvalda skv. 65. gr. stjkskr. í tengslum við markmiðsákvæði laga um málefni fatlaðra og 14. gr. MSE. Í *Hrd. 1999, bls.390* komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að Háskóli Íslands hefði ekki gripið til nægjanlegra aðgerða til að mæta þörfum blinds nemanda á þann hátt að nemandinn gæti staðið sem mest jafnfætis öðrum nemendum. Hæstiréttur taldi að vegna skorts á almennum fyrirmælum innan Háskólans hefði nemandinn sjálfur þurft að ganga á eftir eðlilegum tilhliðrunum en í því hefði falist ólögmat meingerð. Nemandanum voru því dæmdar batur fyrir ófjárhagslegt tjón sitt á þeim forsendum. Þarna lagði Hæstiréttur jákvæða skyldu á Háskóla Íslands til að grípa til ráðstafana til að mæta þörfum fatlaðra nemenda með því að beita markmiðsskýringu er hann túlkaði saman fyrrgreind lagaákvæði. Þá komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu í *Hrd. 1999, bls. 2015* að ríkisútvarpinu bæri skylda til að túlka á táknmáli þær framboðsræður, sem fram fóru að kvöldi síðasta dags fyrir kjördag, í beinni útsendingu. Þarna kvað Hæstiréttir aftur á um jákvæða skyldu ríkisins um að koma til móts við sértækar þarfir fatlaðs fólks.⁵⁶ Af þessum dómum virðist Hæstiréttur teygja sig langt til að veita fötluðu fólki ríka mannréttindavernd og túlka mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar út frá tilgangi og markmiðum sínum eins og þau eru skýrð með hliðsjón af MSE og markmiðsákvæði laga um málefni fatlaðra.

Ekki er algengt að fólk með þroskahömlun leiti réttar síns fyrir dómi hvorki hérlendis né erlendis og því ekki úr mikilli dómaframkvæmd að moða. Í nýlegum dómi hæstaréttar *Hrd. 12. febrúar 2009 (351/2008)* krafðist Barnaverndarnefnd Reykjavíkur þess að móðir yrði svipt forsjá tveggja drengja sinna. Héraðsdómur samþykkti kröfuna á grundvelli a- og d-liða 1. mgr. 29. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002 og Hæstiréttur staðfesti þá niðurstöðu með vísan til forsendna

⁵⁵ Samkvæmt samtali við Kristínu Einarsdóttur félagsráðgjafa hjá Svæðisskrifstofu málefna fatlaðra í Reykjavík þann 3. apríl 2009.

⁵⁶ Oddný Mjöll Arnardóttir: „Bann við mismunun“, bls. 466-467.

hans. Fyrir héraðsdómi voru raktar margar ástæður fyrir kröfunni um forsjárviptingu og þar er meðal annars tekið fram að móðirin hafi skerta greind og sé á „mörkum tornæmis og þroskahömlunar.“ Hins vegar er ekki hægt að fullyrða um hversu afgerandi áhrif sá þáttur hafi verið í niðurstöðu málsins þar sem fyrir lágu einnig 29 tilkynningar til barnaverndarnefndar á tveggja ára tímabili. Tilkynnt hafði verið um ýmsa vanrækslu á drengjunum á borð við lélega umhirðu þeirra, grun um ofbeldi og lyfjagjöf af tilefnislausu af hálfu „óæskilegs vinafólks“ sem sest hafði að á heimili móðurinnar. Drengirnir höfðu verið vistaðir tímabundið annars staðar og hafði móðirin hvorki virt umsamda umgengni við þá né boðað forföll með fullnægjandi hætti. Þrátt fyrir ítrekuð loforð móðurinnar um bót og betrun hafði hún endurtekið komið sér hjá því að þiggja aðstoð vegna heimilishalds og uppeldis sem dómstóllinn taldi sýna alvarlegan dómgreindarskort gagnvart þörfum drengjanna og vanhæfni til að nýta sér aðstoð til að mæta þörfum þeirra. Þá kom einnig fram að Barnaverndarnefnd hafði reynt að beita eins vægum úrræðum gagnvart móðurinni og unnt hefði verið hverju sinni. Hæstiréttur taldi hins vegar að forsjárréttur foreldra yrði að takmarkast af mannréttindum barna og sagði í niðurstöðu sinni að þegar hagsmunir foreldra og barna vegist á sé það grundvallarregla í íslenskum barnarétti að hagsmunir barnanna vegi þyngra á vogarskálunum.

Þá er í tveimur eldri dómum vikið að áhrifum greindarskerðingar á foreldrahæfni. Í *Hrd. 1995, bls. 470* varðaði málið forsjárhæfni beggja foreldra og komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að báðir væru hæfir en móðurinni var dæmd forsjá. Fyrir héraðsdómi hafði faðirinn haldið því fram að móðirin, sem var af erlendu bergi brotin, væri greindarskert og fór fram á greindarpróf hjá sálfræðingi. Í niðurstöðu héraðsdóms segir:

Ekki verður heldur fallist á, að stefnda sé vanhæfur uppalandi vegna greindarskorts. Útkomu úr greindarprófi ber að taka með nokkrum fyrirvara, enda getur árangur fólks á slíku prófi liðið verulega fyrir, ef próftaki talar ekki reiprennandi það mál, sem prófið er miðað við, einnig þó að prófatriði séu einkum verkleg. Mat sálfræðings, sem prófaði stefndu, er, að greind hennar sé á bilinu 79-85, sem er talsvert fyrir ofan hefðbundin mörk alvarlegrar greindarskerðingar eða þroskahömlunar. *Til þess að greindarskortur væri tæk röksemd til að efast um hæfni stefndu til að ala upp börn, þyrfti slík greining að vera fyrir hendi.* Þúsundir kvenna með hliðstæða greind og stefnda ala nú upp börn sín hér á landi án nokkurs eftirlits eða athugasemda. (Leturbreyting höfundar).

Hér virðist héraðsdómari ganga út frá því sem vísu að greindarskortur einn og sér geti verið tæk röksemd til að efast um hæfni foreldris til uppeldis barna sinna. Hæstiréttur lét niðurstöðu héraðsdóms standa óraskaða en vísaði ekki til forsendna hans heldur nýrra gagna og færði eigin

rök fyrir þeirri niðurstöðu. Ekkert var fjallað um áhrif greindar á uppeldisfærni heldur þvert á móti lögð áhersla á að félagsmálayfirvöld gætu með ýmsum stuðningi veitt móðurinni aðstoð til að búa barni sínu þroskavænlegar aðstæður. Af þessu virðist megar draga þá ályktun að Hæstiréttur sé hafi ekki verið sammála rökstuðningi héraðsdóms um áhrif greindarskorts á hæfni til uppeldis. Enda er ljóst að sú röksemd stingur í stúf við álit sálfræðinga sem lagt var fram í máli *Hrd. 1999, bls. 1511*. Í málinu reyndi á tvo úrskurði barnaverndarráðs. Málsatvik voru þau að móðir hafði höfðað mál gegn barnaverndarnefnd Reykjavíkur til að þola ógildingu á úrskurði Barnaverndarráðs Íslands frá 29. apríl 1997 þar sem hún hafði verið svipt forsjá sonar síns. Í niðurstöðum þessa úrskurðar sagði m.a.:

Að ósk Barnaverndarnefndar gekkst A undir ítarlega rannsókn geðlæknis og sálfræðings. Samkvæmt niðurstöðum sálfræðiathugunar mælist greind A við mörk tornæmis og þroskahömlunar. Jafnframt er rök hugsun hennar verulega skert, svo og dómgreind, skipulags- og ályktunarhæfni. Þótt móðir hafi slæma stöðu greindarfarslega ræður það eitt ekki úrslitum um hvort hún teljist hafa uppalandi sonar síns. Þá reynir hins vegar meira á aðra þætti eins og persónuleika hennar og ytri aðstæður, þar á meðal aðstoð nærstaddra og hvort unnt er að koma við stuðningi. (Leturbreyting höfundar).

Barnaverndarnefnd studdi forsjárviptinguna með vísan til þágildandi 25. greinar laga nr. 58/1992 um vernd barna og ungmenna sem er efnislega samhljóða 29. gr. núgildandi barnaverndarlaga. Nefndin byggði á því að auk þess sem móðirin væri á mörkum þess að vera með þroskahömlun hafi samskiptum hennar við barn sitt verið alvarlega ábótavant, hún væri 75% öryrki af geðrænum ástæðum og þrátt fyrir sjö vistanir á meðferðarstofnunum hafi hún ekki náð tökum á áfengis- og lyfjaneysluvanda sínum. Héraðsdómur felldi úr gildi úrskurðinn um forsjárviptinguna þar sem barnaverndarnefnd hefði hvorki uppfyllt rannsóknarskyldu 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 né rannsóknarskyldu sem sérákvæði 43. gr. eldri barnaverndarlaga kváðu á um við rannsókn máls. Byggt var á því að barnaverndarnefndin hefði þvert á móti lagt neikvæðar staðhæfingar um móðurina á borð við „misnotkun hennar á lyfjum og áfengi“ til grundvallar án þess að færðar væru fyrir því viðhlítandi sönnur. Þá hefðu bæði legið fyrir jákvæðar og neikvæðar skýrslur lækna og sálfræðinga hvað varðar hæfi móðurinnar sem uppalanda og bentí dómurinn á að neikvæðar umsagnir um hæfi móðurinnar til uppeldis væru meira byggðar á væntingum til framtíðar en gefinni reynslu. Dómurinn taldi því skorta á að reglum um meðalhóf hafi verið gætt með því að ekki hafi verið nægilega hugað að vægari aðgerðum en forsjárviptingu. Við áfrýjun málsins til Hæstaréttar voru lögð fram ný gögn þ.á.m. skýrslur um samskipti móðurinnar við lögreglu, eftir að hún hafði verið svipt forsjá drengsins,

auk álitserða dómkvadds sálfræðings og geðlæknis. Hæstiréttur hratt niðurstöðu héraðsdóms þar sem nýju gögnin töldust gefa ótvírætt til kynna að móðurinni hefði hvorki tekist að ná tökum á lífi sínu né auka líkurnar á því að hún geti tekist á við þær skyldur, sem uppeldi sonar hennar krefðist. Hæstiréttur virti málið heildstætt og þegar litið var til þess að sonur hennar hefði nú dvalist tæp tvö ár á heimili fósturforeldra sinna þar sem hann byggði við öruggar og þroskavænlegar aðstæður yrði að meta hagsmuni hans þyngra á metunum en réttindi móðurinnar sem foreldris. Hins vegar var úrskurður barnaverndarráðs Íslands frá 10. júní 1998 felldur úr gildi en með honum hefði umgengni þeirra mæðgina verið takmörkuð við eina og hálfu klukkustund á ári, eingöngu í húsnaði félagsmálastofnunar auk þess sem settar voru verulegar takmarkanir á símhringingar og gjafir. Hæstiréttur taldi ekki sýnt fram á réttmæti þessara ákvarðana auk þess sem hinir dómkvöddu matsmenn tóku sérstaklega fram að mat þeirra um vanhæfi stefndu til að fara með forsjá sonar síns fæli ekki í sér það álit að óæskilegt væri að hún hefði nokkra umgengni við hann. Af þessum dómum er ljóst að greindarskerðing ein og sér er ekki látin nægja við mat á foreldrahæfni heldur er þvert á móti lögð áhersla á að þar þurfi fleiri atriði að koma til þrátt fyrir fyrrgreint orðalag héraðsdóms.

6.2.2 *Félagsvísindarannsóknir*

Sá fræðimaður sem hvað mest hefur rannsakað stöðu seinfærra foreldra á Íslandi er dr. Hanna Björg Sigurjónsdóttir, lektor í fötunarfræðum við félags- og mannvísindadeild Háskóla Íslands. Í doktorsritgerð hennar rannsakaði hún íslenskar fjölskyldur þar sem ýmist annað foreldrið eða báðir voru með þroskahömlun. Í niðurstöðum hennar kom í ljós að af átta fjölskyldum misstu fjórar þeirra alfarið forsjá barna sinna. Ein þeirra fjölskyldna eignaðist síðan annað barn tveimur árum seinna og voru foreldrarnir þá taldir hæfir uppalendur þar sem það barn var ekki tekið af þeim. Engar ráðstafanir voru þó gerðar til að koma aftur á forsjá þess barns sem hafði verið tekið. Í öllum tilvikum var umgengni takmörkuð við tvær klukkustundir í senn fjórum sinnum á ári. Þá missti ein fjölskylda tímabundið forsjá yfir barni sínu nokkrum sinnum og í öðru tilfalli missti móðir forsjá til föðurs þar sem hún var metin með lægri greind eftir greindarprófun. Hvorki var horft til þess að faðirinn væri atvinnulaus, né til þess að hann virtist ekki hafa tekið neina ábyrgð á heimilinu eða fjármálum en hann fór frá konu sinni og skildi hana eftir með sínar fjárhagsskuldir. Dr. Hanna Björg bendir á að þrátt fyrir áherslu seinni ára á að tryggja í lögum réttindi barna til að umgangast báða foreldra sína þá virðist sem barnaverndaryfirvöld telji sig þurfa að skera á tengsl við líffræðilegu foreldrana til að efla tengslin við fósturforeldrana, séu

kynforeldrarir með greindarskerðingu, og þá sérstaklega ef bömin eru tekin ung. Ritgerð dr. Hönnu Bjargar er óbirt vegna þess að þar koma fram viðkvæmar persónuupplýsingar. Í rannsókn sinni gerir hún athugasemd við aðkomu barnaverndanefndar að skýrslugerð í máli sem varðaði eina af þessum fjölskyldum. Þar hafði fagfólk verið sett í þá stöðu að meta hæfni hinna þroskahömluðu foreldra án þess að hafa til þess sérþekkingu á sviði fötlunar, viðeigandi matstæki eða nokkrar upplýsingar um þann stuðning sem fjölskyldan nyti við eða kæmi til með að njóta. Í skýrslu barnaverndanefndar var ekki minnst á þessa varnagla sem fagaðilarnir slógu sjálfir og álitum þeirra þannig gert hærra undir höfði en tilefni gaf til. Jafnframt var í skýrslu nefndarinnar lögð áhersla á neikvæða umfjöllun um foreldrana og jákvæðum umsögnum fagaðilanna beinlínis sleppt úr. Þannig var t.d. gert mikið úr þeirri staðreynd að annað foreldrið ætti sögu um misnotkun á áfengis- og vímuefnum, en ekki minnst á þá staðreynd að sami aðili hafði verið edrú í átta ár. Sömuleiðis kom hvergi fram sú athugasemd sálfræðings sem sá um að meta foreldrahæfni þeirra að einungis hefði verið stuðst við sama próf og notað er til að mæla hæfni fatlaðra einstaklinga til að komast í sjálfstæða búsetu og þannig ekkert tillit tekið til þess stuðnings sem foreldrarir áttu rétt á að njóta til að gegna uppeldishlutverkinu.⁵⁷

Í skýrslu Barnaverndarstofu frá árinu 2004 er að finna niðurstöður hvað Ísland varðar í samnorrænni rannsókn um beitingu úrræða í barnaverndarmálum. Í niðurstöðunum er áberandi hvernig starfsmenn, hvort sem þeir vinna á mismunandi stöðum eða innan sömu skrifstofu, meta þörf barns fyrir vistun með ólíkum hætti. Þetta leiðir til þess að stuðningsaðgerðir og árangur veltur mikið á því hvaða starfsmaður fer með málið og getur það haft úrslitaáhrif um það hvort fjölskylda fær mikinn og öflugan stuðning heim eða hvort lögð er áhersla á að barnið fari út af heimilinu. Á einum stað er bent á að í tilvikum sem varða foreldra með þroskahömlun verði að fá fagaðila sem hafi þekkingu og reynslu í að vinna með fötluðu fólki þar sem barnaverndarstarfsmenn hafi ekki þá kunnáttu.⁵⁸

Af þessu virðist mega ætla að það geti haft neikvæðar afleiðingar við mat á foreldrahæfni seinfærra foreldra þegar starfsfólk þeirra stofnana sem meta eiga aðstæður þeirra og fæmi skortir bæði sérþekkingu um fötlunina og matstæki sem taka tillit til þroskahömlunarinnar.

⁵⁷ Hanna Björg Sigurjónsdóttir. *Family support services and parents with learning difficulties*. (Óbirt doktorsrannsókn).

⁵⁸ Anni G. Haugen: *Beiting úrræða í barnaverndarmálum, mörkin milli stuðnings og þvingunar og ákvarðanaferlið*, bls. 24-25 og 85.

7 Samantekt og ályktanir um réttarstöðu á Íslandi

Að framansögðu er ljóst að rétturinn til friðhelgis fjölskyldulífs er hluti af stjórnarskrárvernduðum mannréttindum og nýtur auk þess verndar alþjóðlegra mannréttindasamninga. Verndun þessara réttinda krefst þess annars vegar að ríkið haldi að sér höndum og leyfi t.a.m foreldrum að annast uppeldi barna sinna án afskipta. Hins vegar er einnig gerð krafa til jákvæðra athafna ríkja varðandi réttinn til friðhelgis fjölskyldulífs sem felast í því að grípa þurfi til aðgerða sem stuðla að því að fjölskyldum sé gert kleift að lifa eðlilegu fjölskyldulífi.⁵⁹ Verndun friðhelgis fjölskyldulífs getur í vissum tilfellum skapað ákveðna togstreitu þegar hún togast á við mannréttindi barna sem einnig njóta stjórnarskrárverndar auk verndar alþjóðlegra mannréttindasamninga. Þegar slíkir hagsmunir vegast á er þó ljóst að það eru hagsmunir barnsins sem ávallt eru hafðir í fyrirrúmi. Við takmörkun á réttindum til friðhelgis fjölskyldulífs eins og gerist m.a. við forsjársviptingar og takmarkanir á umgengni milli foreldra og barna verður því að gæta þess að hinum ströngu skilyrðum um lögbundna heimild, lögmælt markmið og nauðsyn í lýðræðisþjóðfélagi sé fylgt eftir. Sú röksemd ein og sér, að barn geti mögulega alist upp við betri aðstæður, er ekki nægjanleg til að réttlæta töku barns úr umsjá foreldra sinna heldur verður slíkt inngríp að teljast nauðsynlegt, (jafnvel sem knýjandi félagsleg þörf) og vera í réttu hlutfalli við hið lögmæta markmið sem að er stefnt.⁶⁰ Þegar stjórnvöld grípa til úrræða á borð við forsjársviptingu eða fósturráðstöfunar virðist MDE gera mjög strangar kröfur til réttlætningar á allri umfram takmörkun á umgengni milli kynforeldra og barna auk þess sem gerðar eru enn frekari kröfur um jákvæðar skyldur aðildarríkja til að grípa til aðgerða sem auðvelda sameiningu fjölskyldunnar á nýjan leik.⁶¹

Aukin mannréttindavernd fatlaðs fólks með tilkomu CRPD gefur vísbendingar um að fatlað fólk standi víða höllum fæti þegar kemur að því að gæta réttar síns. Réttur þess til friðhelgis fjölskyldulífs er þar engin undantekning eins og sést bæði á innlendum og erlendum rannsóknum.⁶² Í dómi MDE í máli *Kutzner gegn Þýskalandi* gagnrýndi dómstóllinn þýsk stjórnvöld fyrir að ganga of langt í takmörkun á friðhelgi fjölskyldulífs að því er virðist einungis á þeim forsendum að foreldrarnir voru greindarskertir, enda hafði engin ásökun verið gerð um vanrækslu eða illa meðferð á börnum þeirra. Þar lagði hann til grundvallar að þrátt fyrir að

⁵⁹ MDE, *Marckx gegn Belgíu*, 13. júní 1979 (8933/74).

⁶⁰ MDE, *Gnahoré gegn Frakklandi*, 19. september 2000 (40031/98).

⁶¹ MDE, *K. og T. gegn Finnlandi [GC]*, 12. júlí 2001 (25702/94).

⁶² Hanna Björg Sigurjónsdóttir og Rannveig Traustadóttir. *Ósýnilegar fjölskyldur*, bls. 173-174.

yfirvöld byggi ákvarðanir sínar á ástæðum sem teljast viðeigandi þá sé ekki þar með sagt að þær séu endilega nægjanlegar til að réttlæta jafn alvarlega takmörkun á réttinum til fjölskyldulífs og forsjárvípting er.⁶³ Af þessu virðist mega draga þá ályktun að MDE veiti fötluðum foreldrum ríka réttarvernd og að stjórnvöld verði þess vegna að sýna fram á ríkari ástæður til stuðnings ákvörðunar um forsjárvíptingu en greindarskerðingu foreldranna eða samskiptaörðuleika þeirra við þjónustuaðila. Þær lagaheimildir sem þýsk stjórnvöld studdust við í dómi MDE í málinu *Kutzner gegn Þýskalandi* eru sambærilegar íslenskum ákvæðum barnaverndarlaga. Því má gera ráð fyrir að MDE myndi einnig telja sér heimilt að endurskoða ákvarðanir íslenskra stjórnvalda hvað varðar nauðsyn forsjárvíptingar og hvort ekki hefði mátt beita vægari úrræðum þrátt fyrir að dómstóllinn játi jafnframt aðildarríkjunum svigrúm til mats.

Ljóst er að Hæstiréttur hefur gengið langt í því að gera kröfur um jákvæðar skyldur ríkisins þegar kemur að því að vernda jafnan rétt fatlaðs fólks á við aðra. Þeir fáu íslensku dómur sem fjalla um foreldra með þroskahömlun og tengjast forsjá barna virðast almennt byggja á sömu meginreglum og MDE í sínum úrlausnum. Jafnframt er skýr sú meginregla að hagsmunir barnsins vegi þyngra á metunum þegar á vegast forsjárréttur foreldra og mannréttindi barna.⁶⁴ Sömuleiðis eru gerðar strangar kröfur til þess að sýnt sé fram á réttmæti þeirra stjórnvaldsákvarðana sem takmarka umgengni foreldris við barn sitt eftir að rétturinn til friðhelgis fjölskyldulífs hefur verið takmarkaður með forsjárvíptingu og fósturráðstöfun.⁶⁵ Hinsvegar eru ýmis teikn á lofti varðandi það að réttarstaða seinfærra foreldra sé lakari en annarra foreldra. Þannig verður t.d. ekki séð á hvaða forsendum héraðsdómari í *Hrd. 1995, bls. 470* gefur sér það í niðurstöðu sinni að greindarskortur einn og sér geti verið tæk röksemd til að efast um hæfni foreldris til uppeldis barna sinna. Hæstiréttur rökstyður þó sömu niðurstöðu með öðrum rökum og leggur þvert á móti áherslu á gildi félagslegs stuðnings til handa móðurinni svo hún geti sinnt uppeldishlutverki sínu sem best. Án þess að rökstuðningi héraðsdóms sé beinlínis hafnað er ljóst að Hæstiréttur gefur lítið fyrir þessa röksemdarfærslu héraðsdómarans enda stangast hún bæði á við rannsóknir í félagsvísindum auk þess sem niðurstaða sálfræðimats í öðrum dómi í máli *Hrd. 1999, bls. 1511* er þvert á móti sú að greindarskortur einn og sér geti ekki ráðið úrslitum um hvort foreldri sé hæft sem uppalandi.

⁶³ MDE, *Kutzner gegn Þýskalandi*, 26. febrúar 2002 (46544/99).

⁶⁴ *Hrd. 12. febrúar 2009 (351/2008)*

⁶⁵ *Hrd. 1999, bls. 1511.*

Þótt erfitt sé að draga beinar ályktanir af rannsókn dr. Hönnu Bjargar, sem gerð var grein fyrir hér að framan, þá vekur hún vissulega upp spurningar um réttarstöðu seinfærra foreldra þegar sex af átta fjölskyldum verða fyrir afskiptum stjórnvalda sem enda annað hvort með tímabundinni eða ótímabundinni takmörkun á rétti þeirra til friðhelgis fjölskyldulífs. Í a.m.k. fjórum af þeim tilvikum var ákvörðunin óafturkræf, jafnvel í því tilviki sem foreldrar höfðu síðar eignast annað barn og töldust þá hæfir til að annast það. Ekki verður séð hvernig slík framkvæmd samrýmist sjónarmiðum MDE um að fósturráðstöfun skuli í grundvallaratriðum líta á sem tímabundna ráðstöfun sem aflétta skuli um leið og aðstæður leyfa.

Þá er áhugavert að velta því fyrir sér hvernig íslensk barnaverndarlög standist það sjónarmið MDE sem kom fram í máli *Marckx gegn Belgíu* um að löggjöf um fjölskyldutengsl verði að miða að því að gera fjölskyldum kleift að lifa eðlilegu fjölskyldulífi.⁶⁶ Í lögunum er tekið fram að augljóst vanhæfi foreldris geti byggst á greindarskerðingu einni saman, enda sé fullvíst talið að andlegri og líkamlegri heilsu barns sé hættu búin.⁶⁷ Robert L. Hayman lagaprófessor færir sannfærandi rök fyrir afnámi slíkra lagaheimilda og tengir heimildir stjórnvalda til afskipta af fjölskyldutengslum seinfærra foreldra og barna sinna við hin gamaldags viðhorf sem hafa verið ríkjandi gagnvart fötlun.⁶⁸ Í framkvæmd er ljóst að þegar kemur að barnavernd er að mörgu leyti um matsatriði að ræða og samkvæmt skýrslu Barnaverndarstofu virðist mat starfsmanna barnaverndaryfirvalda á viðeigandi úrræðum mjög misjafnt eftir því hver annist matið. Á einum stað er jafnframt vakin sérstök athygli á því að starfsfólk barnaverndaryfirvalda hafi í raun ekki forsendur til að meta hæfni foreldra með þroskahömlun þar sem þeir séu ekki sérstaklega menntaðir á sviði fötlunar. Það sama kom fram í doktorsritgerð dr. Hönnu Bjargar þar sem segir að fagaðilar sem leitað er til hafi hvorki sértæk matstæki fyrir fólk með þroskahömlun þegar kemur að því að meta foreldrahæfni né sérstaka þekkingu eða reynslu þegar kemur að málefnum fatlaðs fólks almennt. Þegar allt þetta er virt í ljósi ummæla héraðsdómarans í *Hrd. 1995, bls. 470* er rík ástæða til að ætla að réttarstaða seinfærra foreldra sé ekki mjög trygg, í það minnsta ekki jafn trygg og hinn nýi mannréttindasamningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks gerir ráð fyrir. Þótt áhrifa hans sé enn ekki tekið að gæta í dómaframkvæmd héraðs eða erlendis má leiða að því líkur að hann komi til með að hafa vaxandi áhrif á rökstuðning fyrir jákvæðum skyldum ríkja til að grípa til aðgerða til að mæta

⁶⁶ MDE, *Marckx gegn Belgíu*, 13. júní 1979 (8933/74).

⁶⁷ Sbr. d-lið 1. mgr. 29. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002.

⁶⁸ Robert L. Hayman: „Presumptions of Justice: Law, Politics, and the Mentally Retarded Parent“, bls. 1265-1271.

sérstökum þörfum fatlaðs fólks í því skyni að það geti staðið jafnfætis öðrum. Ef seinfærir foreldrar eiga að njóta þeirrar réttarverndar sem samræmist markmiðum 71. gr. stjkskr. og 8. gr. MSE um friðhelgi fjölskyldulífs er ljóst er að verulegs átaks og viðhorfsbreytingar er þörf, bæði innan þeirra stofnana ríkis og sveitarfélaga sem hafa með höndum málefni barnaverndar og félagslegs stuðnings svo og dómskerfisins alls til að tryggja eðlilegan og réttan framgang hins nýja sáttmála Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðra svo öruggt verði að þeir standi jafnfætis öðrum.

HEIMILDASKRÁ

Alþingistíðindi.

Anni G. Haugen: *Beiting úrræða í barnaverndarmálum, mörkin milli stuðnings og þvingunar og ákvarðanaferlið: Hlutur Íslands í norrænni samanburðarrannsókn.* Reykjavík 2004.

Ármann Snævarr: „Fjölskylda og fjölskyldulíf í ljósi 8. og 12. gr. mannréttindasáttmála Evrópu“. *Afmælisrit: Gaukur Jörundsson sextugur.* Reykjavík 1994, bls. 49-82.

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

Björg Thorarensen: „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna tilhjúskapar“. *Mannréttindasáttmáli Evrópu: Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt.* Reykjavík 2005, bls. 286-338.

Davíð Þór Björgvinsson: „The Protection of the Rights of Persons with Disabilities in the Case Law of the European Court of Human Rights“. *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives.* Ritstj. Oddný Mjöll Arnardóttir og Gerard Quinn. (Væntanleg í júní 2009 frá bókaútgáfu BRILL í Leiden).

Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting“. *Mannréttindasáttmáli Evrópu: Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt.* Reykjavík 2005, bls. 29-78.

Deborah Richards ofl.: „Sexuality and Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities“. *Challenges to the human rights of persons with intellectual disabilities.* Ritstj. Frances Owen og Dorothy Griffiths. London 2009, bls. 184-218.

Gerard Quinn og Theresia Degener. *Human rights and disability: The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability.* Genf 2002.

Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur. 2. útgáfa.* Reykjavík 1999.

Hanna Björg Sigurjónsdóttir. *Family support services and parents with learning difficulties.* (Óbirt doktorsrannsókn). Sheffield 2005.

Hanna Björg Sigurjónsdóttir og Rannveig Traustadóttir. *Ósýnilegar fjölskyldur: Seinfærar/þroskaheftar mæður og börn þeirra.* Reykjavík 2001.

Karin Sonnander: „Biological and social aspects of intellectual disability“. *Resistance, Reflection and Change: Nordic disability research.* Lundur 2005, bls. 193-215.

Munnleg heimild. Samtal við Kristínu Einarsdóttur félagsráðgjafa hjá Svæðisskrifstofu málefna fatlaðra í Reykjavík þann 3. apríl 2009.

Oddný Mjöll Arnardóttir: „Bann við mismunun“. *Mannréttindasáttmáli Evrópu: Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Reykjavík 2005, bls. 433-473.

Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Tries: *Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer*. Kaupmannahöfn 1994.

Peter Bartlett, Oliver Lewis og Oliver Thorold: *Mental disability and the European Convention on Human Rights*. Leiden/Boston 2007.

Rannveig Traustadóttir og Kristiana Kristiansen: „Introducing gender and disability“. *Gender and Disability Research in the Nordic Countries*. Lundur 2004, bls. 31-48.

Robert L. Hayman: „Presumptions of Justice: Law, Politics, and the Mentally Retarded Parent“. *Harvard Law Review*, 6. tbl. 1990, bls. 1205-1271.

Stefán Eiríksson: „Friðhelgi einkalífs, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta samkvæmt 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu“. *Úlfljótur*, 3.-4. tbl. 1996, bls. 379-416.

Tryggvi Sigurðsson: „Þroskahömlun meira en greindarpróf“, [www.greining.is/greiningarstod.nsf/HtmlPages/Glaerur_2005/\\$file/T.S_greining.ppt](http://www.greining.is/greiningarstod.nsf/HtmlPages/Glaerur_2005/$file/T.S_greining.ppt), 2005 (skoðað 29. mars 2009).

Vefsíða félags- og tryggingamálaráðuneytisins, <http://www.felagsmalaraduneyti.is> (skoðað 30. mars 2009).

Vefsíða Sameinuðu þjóðanna, <http://www.un.org/disabilities> (skoðað 7. apríl 2009).

DÓMASKRÁ

Dómar Hæstaréttar:

Hrd. 1995, bls.470

Hrd. 1999, bls.390 (177/1998)

Hrd. 1999, bls. 1511 (511/1998)

Hrd. 1999, bls. 2015 (151/1999)

Hrd. 12. febrúar 2009 (351/2008)

Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu:

MDE, Sunday Times gegn Bretlandi, 26. apríl 1979 (6538/74)

MDE, Marckx gegn Belgíu, 13. júní 1979 (8933/74)

MDE, W, B og R gegn Bretlandi, 8. júlí 1987 (9749/82, 9840/82 og 10496/83)

MDE, Olsson gegn Svíþjóð I, 24. mars 1988, (10465/83)

MDE, Eriksson gegn Svíþjóð, 22. júní 1989 (11373/85)

MDE, Margareta og Roger Andersen gegn Svíþjóð, 25. febrúar 1992 (12963/87)

MDE, Olsson gegn Svíþjóð II, 27. nóvember 1992 (13441/87)

MDE, Hokkanen gegn Finnlandi, 23. september 1994 (19823/91)

MDE, Johansen gegn Noregi, 7. ágúst 1996 (17383/90)

MDE, Gnahoré gegn Frakklandi, 19. september 2000 (40031/98)

MDE, K. og T. gegn Finnlandi [GC], 12. júlí 2001 (25702/94)

MDE, Kutzner gegn Þýskalandi, 26. febrúar 2002 (46544/99)