

# D Ó M U R

**Héraðsdóms Reykjavíkur frá 6. júní 2018 í máli nr. E-1559/2017:**

**Freyja Haraldsdóttir**

*(Sigrún Ingibjörg Gísladóttir lögmaður)*

**gegn**

**Barnaverndarstofu**

*(Guðrún Sesselja Arnadóttir lögmaður)*

Mál þetta, sem dómtekið var að aflokinni aðalmeðferð þess þann 20. apríl sl., er höfðað af Freyju Haraldsdóttur, Mosprýði 2, 210 Garðabæ, með stefnu birtri 9. maí 2017 á hendur stefnda, Barnaverndarstofu, Borgartúni 21, 105 Reykjavík.

Stefnandi gerir þær dómkröfur að felldur verði úr gildi með dómi úrskurður úrskurðarnefndar velferðarmála þann 6. júní 2016 sem staðfesti ákvörðun Barnaverndarstofu, frá 19. nóvember 2015, um synjun á beiðni stefnanda, frá 30. júní 2014, um leyfi til þess að taka barn í fóstur.

Þá krefst stefnandi málskostnaðar að mati dómsins úr hendi stefnda að teknu tilliti til virðisaukaskatts og eins og ekki væri um gjafsóknarmál að ræða.

Stefndi krefst sýknu af kröfum stefnanda og að málskostnaður verði felldur niður.

## *Ágreiningsefni og málsatvik*

Málavextir liggja í megindráttum fyrir, en þann 30. júní 2014 lagði stefnandi inn umsókn, dags 29. júní s.á., til Barnaverndarstofu um leyfi til þess að taka barn í fóstur.

Í framhaldi af því óskaði stefndi þann 2. júlí sama árs eftir umsögn fjölskylduráðs Garðabæjar um hæfi stefnanda sem umsækjanda til þess að taka barn í fóstur í samræmi við 66. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002 og var það erindi ítrekað 13. og 29. október 2014. Þann 3. nóvember 2014 barst stefnda svo tölvuskeyti frá fjölskylduráði Garðabæjar, þar sem kom fram að málið væri í vinnslu hjá ráðinu í samvinnu við umsækjanda. Jafnframt kom þar fram að umsögn fjölskylduráðs myndi berast um leið og hún lægi fyrir, en verið væri að afla sérfræðiálita í málinu. Umsögn fjölskylduráðs Garðabæjar um hæfni stefnanda barst svo stefnda þann 18. ágúst 2015, þar sem fram kom að það væri mat fjölskylduráðsins að stefnandi gæti „ábyrgst það hlutverk að gerast fósturforeldri með notendastýrðri persónulegri aðstoð“ og varð niðurstaðan í umsögn ráðsins því sú að stefnandi teldist að þessu virtu vera hæf til þess að gerast fósturforeldri.

Stefndi sendi þá tölvuskeyti 24. ágúst 2015 til fjölskylduráðs Garðabæjar, þar sem bent var á að nokkuð skorti á þau gögn er send hefðu verið stefnda og var þess óskað að úr yrði bætt, en 31. ágúst 2015 bárust stefnda síðan umbeðin gögn frá ráðinu.

Með bréfi dags 19. nóvember 2015 synjaði svo Barnaverndarstofa framangreindri umsókn stefnanda, á grundvelli þess að hún uppfyllti ekki þær almennu kröfur sem gerðar væru til fósturforeldra með hliðsjón af skilyrðum þeirra laga og reglna sem giltu um fóstur. Var synjun stefnda fyrst og fremst byggð á því að stefnandi uppfyllti ekki þær almennu kröfur sem fram kæmu í 6. gr. reglugerðar um fóstur nr. 804/2004.

Stefnandi kærði framangreinda ákvörðun Barnaverndarstofu þann 17. desember 2015 til kærunefndar barnaverndarmála (nú úrskurðarnefndar velferðarmála), með stjórnslukæru, dags. 17. desember 2015, og skiluðu báðir aðilar greinargerðum til úrskurðarnefndarinnar, auk frekari fyrirbyggjandi athugasemda. Í kærinni mótmælti stefnandi þeirri niðurstöðu Barnaverndarstofu að hún uppfyllti ekki almennar kröfur sem gerðar væru til fósturforeldra með vísan til „heilsufarsvandamála“, hæfni til þess að „sinna grunnþörfum barns“, „stöðugleika“ og „öryggis“. Þá mótmælti stefnandi því sérstaklega að hún hefði ekki verið boðuð til þátttöku á skyldubundnu námskeiði Barnaverndarstofu þar sem mat á hæfni umsækjenda færi fram. Benti stefnandi á að samkvæmt upplýsingum stofnunarinnar á heimasíðu hennar væri eina skilyrðið fyrir þátttöku í fyrrgreindu námskeiði „samþykki barnaverndar í heimilisumdæmi“, sem ætti ótvírætt við um stefnanda. Byggði stefnandi að öðru leyti á því að umrædd ákvörðun Barnaverndarstofu hefði ekki verið í samræmi við jafnræðisreglu 11. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 og rannsóknarreglu 10. gr. laganna, er varðaði ógildingu.

Þann 7. janúar 2016 sendi svo Barnaverndarstofa greinargerð sína til kærunefndar barnaverndarmála vegna fyrrgreindrar kæru stefnanda. Þar kom meðal annars fram að Barnaverndarstofa hefði talið ákvörðunina málefnalega og lögmæta og að ljóst væri að umsækjandi yrði að uppfylla þau skilyrði sem fram kæmu í 6. gr. reglugerðar um fóstur til þess að verða boðuð á námskeiðið til frekara mats. Barnaverndarstofa byggði þar á því að ástæða þess að stefnandi teldist ekki búa við góða almenna heilsu samkvæmt 6. gr. reglugerðarinnar væri „heilsufarsvandamál“, en þar var getið um „astma, lungnabólgu og kæfisvefn ásamt verulegri hreyfihömlun“. Þá var talið að vegna NPA sem stefnandi, sem er hreyfihömluð og bundin við hjólastól, nýtur gæti hún ekki mætt grunnþörfum barns í skilningi 6. gr. reglugerðarinnar, en framangreind aðstoð fullnægði ekki skilyrðum ákvæðisins um stöðugleika og öryggi vegna starfsmannaveltu og vaktafyrirkomulags.

Þann 15. febrúar 2016 lagði stefnandi síðan fram greinargerð sína vegna kærunnar. Taldi stefnandi að ágallar á framangreindri málsmeðferð fælu í sér brot gegn jafnræðis- og rannsóknarreglu stjórnsluréttar og að formgallar hefðu verið á synjuninni þar sem ljóst hefði verið af reglugerð um fóstur nr. 804/2004 að stefnandi hefði átt rétt á því að sækja fyrrgreint námskeið. Stefnandi benti þar sérstaklega á að rangt væri að hún glímdi við astma eða lungnabólgu að staðaldri eða kæfisvefn. Eftir stæði því aðeins fötlun hennar, sem kæmi alls ekki í veg fyrir að uppfyllt væru skilyrði 6. gr. reglugerðarinnar um „góða almenna heilsu“. Taldi stefnandi vera ljóst að Barnaverndarstofa hefði litið á fötlunina fram yfir styrkleika hennar sem einstaklings, og ekki tekið tillit til þess að fósturbörn hefðu ólíkar þarfir, meðal annars eftir aldri.

Þann 29. febrúar 2016 skilaði svo Barnaverndarstofa andsvörum við greinargerð stefnanda. Meðal helstu andsvara sem þar eru reifuð er að kæranda hafi ekki verið mismunað á grundvelli fötlunar og að það hafi verið í samræmi við hefðbundið verklag að taka hæfi stefnanda til athugunar fyrir námskeiðssetu, og að það sé í samræmi við góða stjórnsluhætti. Þann 11. mars 2016 sendi stefnandi síðan úrskurðarnefnd velferðarmála stuttar athugasemdir vegna andsvara Barnaverndarstofu.

Þann 27. maí 2016 úrskurðaði síðan úrskurðarnefnd velferðarmála í kærumáli stefnanda nr. 36/2015, en úrskurðurinn var birtur 6. júní það sama ár. Niðurstaða úrskurðarnefndarinnar varð sú að staðfesta ákvörðun Barnaverndarstofu frá 19. nóvember 2014 um það að synja stefnanda um leyfi til þess að gerast fósturforeldri. Komst úrskurðarnefndin þar að þeirri niðurstöðu að sú ákvörðun stefnda að synja bæri umsókn stefnanda um að gerast fósturforeldri, þar sem stefnandi uppfyllti ekki lagaskilyrði til þess, hefði verið byggð á lögsmætum og málefnalegum sjónarmiðum.

Að mati stefnanda telst framangreind málsmeðferð af hálfu stefnda hins vegar vera óásættanleg. Því sé stefnandi tilneydd til þess að höfða mál þetta og krefjast ógildingar með dómi á framangreindri stjórnvaldsákvörðun úrskurðarnefndar velferðarmála frá 6. júní 2016, sem staðfesti framangreinda ákvörðun stefnda Barnaverndarstofu frá 19. nóvember 2015, um synjun á beiðni stefnanda, frá 30. júní 2014, um leyfi til þess að taka barn í fóstur.

### ***Málsástæður og lagarök af hálfu stefnanda***

Stefnandi byggir á því að úrskurður úrskurðarnefndar velferðarmála frá 6. júní 2016, þar sem ákvörðun Barnaverndarstofu frá 19. nóvember 2015 hafi verið staðfest, hafi verið ólögsmætur. Forsendur úrskurðarins hafi grundvallast á ólögsmætum sjónarmiðum, brotið hafi verið gegn jafnræðisreglu og rannsóknarreglu

ekki sinnt. Því verði að ógilda ákvörðunina og leggja fyrir stefnda að taka málið upp að nýju.

Stefnandi sé 30 ára gömul kona með fötlunina *osteogenesis imperfecta* sem valdi hreyfihömlun, svo sem fjallað sé um í fyrirbyggjandi vottorðum A heimilislæknis og B bæklunarlæknis. Fyrir liggi að stefnandi þurfi aðstoð við flesta þætti daglegs lífs og njóti notendastýrðrar persónulegrar aðstoðar (NPA) allan sólarhringinn vegna þessa og hafi notið slíkrar aðstoðar í áratug.

Stefnandi hafi viðtæka reynslu af vinnu með börnum og ungmennum á öllum skólastigum, sem og jaðarsettu fólki, oft við krefjandi aðstæður. Barnaverndaryfirvöld hafi áður treyst stefnanda til þess að sinna börnum sem búi við erfiðar félagslegar aðstæður, t.d. þegar hún hafi verið persónulegur ráðgjafi [...] árin 2009–2010. Þá hafi stefnandi lokið BA-gráðu í þroskaþjálfafraedi með áherslu á börn og ungmenni, viðbótardiplómu í hagnýtri jafnréttisfræði og meistaraþáttum í kynjafræði með áherslu á sálfræði, sbr. fyrirbyggjandi ferilskrá hennar. Um ástæður þess að hún vilji gerast fósturforeldri megi lesa í fyrirbyggjandi greinargerð með umsókn hennar um leyfi til þess að gerast fósturforeldri.

Stefnandi byggi á því að með eftirfarandi atriðum úr hinum umdeilda úrskurði hafi verið brotið gegn jafnræðisreglunni gagnvart stefnanda:

Í fyrsta lagi hafi úrskurðarnefndin ályktað að niðurstaða Barnaverndarstofu um að „heilsufarsvandamál“ stefnanda kæmu í veg fyrir almennt hæfi hennar samkvæmt reglugerð um fóstur hefðu ekki brotið gegn viðtækum skuldbindingum íslenska ríkisins um stöðu fatlaðs fólks eða jafnræðisreglu stjórnáslulaga.

Í öðru lagi hafi úrskurðarnefndin komist að þeirri niðurstöðu að ágalli hafi verið á jákvæðri umsögn fjölskylduráðs Garðabæjar um hæfi stefnanda þar sem ekki komi fram í umsögninni „að lagt hafi verið mat á það hvaða þýðingu heilsufar kæranda hefði fyrir hlutverk hennar sem fósturforeldri“ en þar hafi eðli málsins samkvæmt verið „um mikilvægt atriði að ræða sem hlaut að hafa afgerandi áhrif á afgreiðslu málsins og mat á hæfni hennar til að taka barn í fóstur.“ Þá hafi sagt þar að ágallinn leiddi til þess að umsögnin yrði ekki að þessu leyti lögð til grundvallar við úrlausn málsins.

Í þriðja lagi hafi úrskurðarnefndin vísað til þess stefnandi þyrfti aðstoð við flestar athafnir daglegs lífs og talið þetta leiða til þess að hún uppfyllti ekki skilyrði 6. gr. reglugerðar um fóstur um „góða almenna heilsu fósturforeldris“.

Í fjórða lagi hafi úrskurðarnefndin talið að líta bæri til þess að „samkvæmt 1. mgr. 65. gr. barnaverndarlaga sé með fóstur verið að fela sérstökum fósturforeldrum umsjá barns og því verði eðli máls samkvæmt að gera ráð fyrir að fósturforeldrar geti sinnt fósturbarninu. Fyrir liggi að kærandi geti ekki sinnt barni án aðstoðar“.

Stefnandi byggir á því að framangreindar forsendur fyrir niðurstöðu úrskurðar- nefndarinnar hafi falið í sér brot gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993, 1. mgr. 65. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, 14. gr. laga um mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994, 1. gr. laga um málefni fatlaðs fólks nr. 59/1992 og 23. gr., sbr. 5. gr., sammings Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks, sbr. 2. mgr. 1. gr. laga um málefni fatlaðs fólks.

Stefnandi telur að eina raunverulega ástæða þess að sér hafi verið synjað um umrætt leyfi sé fötlun hennar og byggir hún á því með vísan til jafnræðisreglna að ekki megi jafna fötluninni við það að hún hafi ekki „góða almenna heilsu“.

Þá auki það á alvarleika þessa brots að stjórnvöld hafi ekki tekið tillit til þess að hún njóti NPA, sem geri henni kleift að uppfylla allar þær kröfur sem gerðar séu til fósturforeldra, heldur sé þvert á móti litið á aðstoðina sem hindrun. Stefnandi telur að mikil vanþekking á NPA komi fram í umfjöllun stjórnvalda í málinu því fjallað sé um þjónustuna líkt og hún sé heftandi, sem sé andstæðan við hið rétta. Geta stefnanda sé aldrei metin með NPA, heldur ýmist án þess eða litið á það sem hindrun. Það verði að teljast sérkennilegt á sama tíma og stjórnvöld undirbúi lögleiðingu NPA sem og innleiðingu ákvæða sammings Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks í lög.

Fötlun sé ekki heilsufarsvandamál í þeim skilningi sem úrskurðarnefndin leggi til grundvallar og feli slíkt viðhorf í sér úreltar hugmyndir um fötlun, eins og stefnandi hafi bent á allt frá greinargerð sinni til fjölskylduráðs Garðabæjar frá 19. nóvember 2014, sbr. einnig greinargerð með stjórnsýslukæru hennar. Stefnandi byggir á því að leggja þurfi félags- og menningarlegan skilning í hugtakið fötlun í samræmi við nútímaáherslur og jákvæðar skuldbindingar íslenska ríkisins um jafnrétti fatlaðs og ófatlaðs fólks, sbr. samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks sem taka beri tillit til samkvæmt 2. mgr. 1. gr. laga um málefni fatlaðs fólks nr. 59/1992.

Stefnandi byggir á því að málsmeðferð í máli hennar hafi frá upphafi farið í annan farveg en ef um ófatlaðan einstakling væri að ræða. Gengið hafi verið út frá því að hún væri ófær um að sinna hlutverkum sem sjálfkrafa yrði gengið út frá að ófatlaður einstaklingur gæti sinnt. Gert hafi verið ráð fyrir því að hún væri ófær þar til sannaðist að hún væri fær, en í sambærilegu máli ófatlaðs einstaklings yrði gengið út frá því að viðkomandi væri fær þar til hið gagnstæða sannaðist. Þá sýni gögn málsins að nýjar málsástæður hafi stöðugt verið tíndar til og frá upphafi verið reynt að koma málinu í þann búning að hafna mætti umsókn. Þegar upp er staðið hafi stefnanda verið synjað um setu á matsnámskeiði og umsókn hennar um fóstur hafnað vegna þess að hún sé fötluð. Í því felist mismunur sem samræmist ekki grundvallarmannréttindum stefnanda. Þá felist í því brot gegn jafnræðisreglunni

enda hafi umsókn stefnanda ekki hlotið sömu afgreiðslu og málsmeðferð og gildi um umsókn ófatlaðs einstaklings.

Þá byggi stefnandi á því að sú staðreynd að litið hafi verið til þess að hún sé ekki í sambúð feli einnig í sér brot gegn jafnræðisreglu stjórnsýslulaga og stjórnarskrár, en með því sé haldið á lofti fornum viðhorfum til hlutverka kynjanna og „hefðbundins“ fjölskyldulífs sem eigi sér ekki stoð í nútímasamfélagi, auk þess sem slík umfjöllun sé beinlínis í andstöðu við 2. mgr. 6. gr. reglugerðar um fóstur nr. 804/2004.

Í ljósi alls framangreinds byggi stefnandi á því að stjórnvöld hafi ekki gætt nægilega að jafnræði í málinu, með þeim afleiðingum að ógilda verði úrskurð úrskurðarnefndar.

Stefnandi byggi jafnframt á því að með hinum umdeilda úrskurði hafi verið brotið gegn rannsóknarreglu stjórnsýslulaga, sbr. 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993, þar sem niðurstaðan hafi byggt á ófullnægjandi athugun á atvikum, málsástæðum og gögnum.

Í fyrsta lagi hafi úrskurðarnefndin talið að niðurstaða Barnaverndarstofu um „heilsufar“ stefnanda og hvernig það væri ekki fullnægjandi til þess að hún gæti veitt barni „öryggi og stöðugleika“ hefði verið studd „viðhlítandi gögnum“.

Í öðru lagi hafi úrskurðarnefndin talið að þar sem fósturbörn, bæði eldri og yngri, þurfi yfirleitt meiri umönnun, umhyggju og virk tengsl við uppalandur en önnur börn gæti stefnandi ekki sinnt hlutverkinu „hvort sem um ræðir yngri eða eldri börn“. Hafi nefndin þá síðan vísað til 3. mgr. 65. gr. barnaverndarlaga um umönnun sem best henti þörfum barns og 1. mgr. 4. gr. laganna um að hagsmunir barns skuli hafðir í fyrirrúmi.

Í þriðja lagi hafi niðurstaða úrskurðarnefndarinnar einnig meðal annars byggt á þeirri afstöðu tiltekins sérfræðings að „áhrif þess að fatlað foreldri taki barn í fóstur séu ekki þekkt“. Þetta sé fullyrðing sem stefnandi telji vera ranga enda liggi fyrir fjöldi rannsókna á þessu sviði og hafi stefnandi lagt fram gögn, þar á meðal skýrslur um foreldrahæfni fatlaðra foreldra, þessu til stuðnings.

Stefnandi byggi á því að í þessari umfjöllun sé sérstaklega ljóst að brotið hafi verið gegn rannsóknarreglunni þar sem ekki sé vísað til nokkurra heimilda um það hvernig það sé barni, yngra eða eldra, til tjóns að uppalandi þess sé hreyfihamlaður. Byggi sú afstaða að því er virðist á fordómunum einum, en þekkt sé að viðhorf sem þessi hafi verið viðhöfð í gegnum tíðina gagnvart tilteknum samfélagshópum, svo sem samkynhneigðum, einstæðum konum, o.s.frv., án þess að eiga sér stoð í vísindum.

Stefnandi hafi lagt fram útdrætti úr fræðiheimildum sem varpi ljósi á samband barna og hreyfihamlaðra foreldra. Rauði þráðurinn er fram komi í þeim

gögnum sé að hreyfihamlaðir foreldrar eigi ekki í vandræðum með tengslamyndun eða líkamlega snertingu við börn, ólíkt því sem gengið hafi verið út frá í máli stefnanda. Stefnandi bendi sérstaklega á fyrirbyggjandi útdrátt úr meistararitgerð í fötlunarfræði frá 2012, „Aðgengi að og upplifun hreyfihamlaðs fólks af foreldrahlutverkinu“, þar sem fjallað sé um það sem barni sé fyrir bestu. Þar komi meðal annars fram að rótgrónar hugmyndir í samfélaginu um það hvað barni sé fyrir bestu séu hindrandi fyrir hreyfihamlað fólk sem vilji stofna fjölskyldu. Stefnandi telji að umfjöllunin sé afar sambærileg þeim rökum sem komi fram í úrskurði úrskurðarnefndarinnar að hagsmunir barns komi í veg fyrir að stefnanda verði leyft að gerast fósturforeldri, óháð aldri barns.

Forsendur úrskurðarnefndarinnar hafi ekki verið byggðar á vísindalegum grunni heldur aðeins vísað til sérfræðiálits sálfræðingsins Tryggva Sigurðssonar. Umrætt álit hafi hins vegar verið samið án þess að sálfræðingurinn hefði haft nokkur samskipti við stefnanda, sem sé í andstöðu við 1. mgr. 19. gr. laga um heilbrigðisstarfsmenn nr. 34/2012. Stefnandi hafi bent á marga galla á álitinu í greinargerð sinni og í andsvörum enda hafi ekki einungis lagaskylda staðið til þess að sálfræðingurinn ræddi við hana áður en hann ritaði vottorðið, heldur verði að telja það grundvallarforsendu þess að það teljist marktækt í málinu með hliðsjón af rannsóknarreglunni. Brotið hafi verið gegn reglunni með því að byggja á sérfræðiáliti sem hafi hvorki uppfyllt lagalegar skyldur né faglegar kröfur. Í ljósi þess að álitid gangi í berhögg við vísindalegar rannsóknir verði að telja þetta brot alvarlegt.

Eins og áður segi hafi úrskurðarnefndin komist að þeirri niðurstöðu að ágalli hafi verið á jákvæðri umsögn fjölskylduráðs Garðabæjar. Í stað þess að óska eftir nýrri umsögn, eða gefa stefnanda eða Garðabæ kost á að bregðast við meintum ágöllum, þá hafi nefndin kosið að líta fram hjá umsögninni. Í þessu felist í senn brot gegn rannsóknarreglunni, meðalhöfsreglunni og andmælareglunni, enda hafi niðurstaðan orðið sú að lítið hafi verið fram hjá umsögn sem hafi borið að liggja fyrir í málinu við ákvörðunartöku og leiði þetta atriði eitt og sér til ógildingar.

Þá vilji stefnandi benda á það að hún hafi í greinargerð sinni boðist til þess að koma á fund úrskurðarnefndarinnar til þess að geta greint frá því sem nefndinni kynni að þykja óljóst varðandi hagi hennar. Þessu boði hafi ekki verið sinnt og telji stefnandi það skýrt dæmi um að úrskurðurinn hafi verið byggður á órökstuddum grun og málið ekki verið að fullu upplýst. Sé þetta sérlega alvarlegt þar sem úrskurðurinn hafi meðal annars byggt á því að ekki lægju fyrir nægilegar upplýsingar um fatlaða foreldra og fósturforeldra. Stefnandi leyfi sér að mótmæla þessari staðhæfingu með vísan til þess fjölda rannsókna sem tilgreindur hafi verið, en svo virðist sem nefndin hafi kosið að líta fram hjá þeim rannsóknum sem ekki

hafi stutt þá niðurstöðu að hafna bæri umsókn stefnanda. Sé ljóst að ef úrskurðarnefndin hefði ekki talið nægilega mikið af upplýsingum í málinu hefði verið sérstaklega brýnt að fá þó þær upplýsingar sem tiltækar hefðu verið, svo sem með viðtali við stefnanda til að fá innsýn í aðstæður hennar og hæfni. Með því að líta fram hjá vísindalegum rannsóknum og neita að taka við upplýsingum sem staðið hafi til boða frá fyrstu hendi og álykta síðan að ekki væru tiltækar nægilegar upplýsingar hafi nefndin brotið alvarlega gegn jafnræðis- og rannsóknarreglunni.

Stefnandi telji útilokað að fullnægjandi og hlutlaus rannsókn stefnda hefði leitt til annarrar niðurstöðu en þeirrar að hún teldist vera vel hæfur einstaklingur til að gerast fósturforeldri. Stjórnvöld hafi aftur á móti ekki sinnt rannsóknarskyldu sinni, sbr. 10. gr. stjórnáskilslulaga. Að öllu framangreindu virtu telji stefnandi ljóst að úrskurðarnefndin hafi ekki haft forsendur til þess að kveða svo að orði sem gert hafi verið í fyrrgreindri niðurstöðu hennar. Ljóst sé að stjórnvöld hafi í málinu brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnáskilslulaga, og það leiði til þess að ógilda verði úrskurð úrskurðarnefndar.

Í úrskurði sínum hafi úrskurðarnefnd velferðarmála byggt á því að stefnandi uppfyllti ekki almenn skilyrði 6. gr. reglugerðar um fóstur og því hefði eðli máls samkvæmt verið tilgangslaust að boða hana á námskeið. Stefnandi mótmæli þessari afstöðu harðlega og byggi á því að hún uppfylli skilyrði til þess að sækja námskeið á vegum Barnaverndarstofu til mats á hæfni umsækjanda til að gerast fósturforeldri. Um námskeiðið sé fjallað í 9. og 10. gr. reglugerðar um fóstur nr. 804/2004.

Stefnandi byggir á því að hún uppfylli lagaskilyrði til þess að sitja námskeiðið og því hafi verið ólögmaett og ómálefnalegt að neita henni um það. Engan veginn hafi verið augljóst að hún uppfyllti ekki almenn skilyrði 6. gr. reglugerðarinnar. Þvert á móti telji hún að skilyrðin, það er að segja hæfni til að veita barni trygga umönnun og öryggi, góð almenn heilsa, stöðugleiki og fjárhagslegt og félagslegt öryggi, séu uppfyllt í málinu og að engin gögn málsins hafi sýnt fram á annað. Á það sé bent að stefnandi sé ekki ein þeirrar skoðunar heldur hafi fjölskylduráð Garðabæjar metið hana hæfa og þannig útilokað að draga megi þá ályktun að „augljóst“ hafi verið að hún uppfyllti ekki kröfur. Sömuleiðis sýni sérfræðiálit félagsráðgjafa í málinu í smáatriðum hvernig stefnandi uppfylli kröfurnar, þó svo að lokaniðurstaða hennar, sem stefnandi hafi mótmælt, hafi verið sú að hún gæti aðeins fósturað barn á skólaaldri. Framangreint leiði til þess að stefnandi hafi átt og eigi enn rétt á að sækja námskeiðið.

Stefnandi mótmæli því að stefndi geti samtímis byggt á því að upplýsingar hafi skort um áhrif þess að fatlað foreldri taki barn í fóstur og meinað henni að sækja námskeiðið sem hafi það að markmiði að þjálfva umsækjanda og leggja mat á hæfni hans til að gegna hlutverki fósturforeldris. Seta hennar á námskeiðinu hafi

Þannig einnig verið mikilvægur liður í rannsóknarskyldu stjórnvalda við mat á hæfni hennar. Með því að neita henni um að sækja námskeiðið hafi rannsóknarreglan verið brotin.

Stefnandi telji að boðun hennar á umrætt námskeið hefði verið til þess fallin að stjórnvöld gætu fengið yfirsýn yfir getu hennar og hæfni, í stað þess að byggt yrði á óljósum getgátum um það hvernig hún bæri sig að við að annast börn, líkt og hún hafi þegar bent á í greinargerð. Stefnandi telji að sú ákvörðun að hafna umsókn hennar án þess að leyfa henni að sitja námskeiðið hafi falið í sér brot gegn meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar, sbr. 12. gr. stjórnsýslulaga. Fyrst nefndin hafi talið vafa fyrir hendi um hæfni hennar til að annast um börn hefði mátt nýta námskeiðið til að meta hæfni hennar og hefði það úrræði verið vægara en að hafna umsókninni vegna ætlaðs vafa.

Stefnandi telji raunverulega ástæðu þess að hún hafi ekki verið boðuð á námskeið hafa verið mismunun. Vegna fyrirfram mótaðra skoðana á fötlun hennar og án mats á aðstæðum hennar sem einstaklings hafi hún ekki verið talin uppfylla almenn skilyrði sem gerð séu til fósturforeldra og því hafi henni ekki einu sinni verið veittur kostur á því að sækja námskeið þar sem hæfni hennar sem einstaklings yrði metið. Þetta telji stefnandi brjóta gegn réttmætisreglu stjórnsýsluréttar. Stefnandi leyfi sér að ítreka fyrrgreind sjónarmið um að fötlun sé ekki læknisfræðilegt vandamál eða eitthvað sem komi í veg fyrir almennt heilbrigði. Á því sé byggt að í framangreindu felist brot gegn bæði rannsóknarreglu og jafnræðisreglu, enda ljóst að mál stefnanda hafi ekki hlotið sömu meðferð og mál ófatlaðs einstaklings. Af framangreindu sé því ljóst að ótækt sé að fullyrða að augljóst sé að stefnandi hafi ekki uppfyllt skilyrði 6. gr. reglugerðarinnar enda hafi mat á slíku hreinlega ekki farið fram. Ómálefnaleg sjónarmið hafi ráðið för og eigi að leiða til ógildingar. Með vísan til alls framangreinds telji stefnandi að stjórnsýslumeðferðin í heild sinni, þar með talin stjórnvaldsákvörðunin dags. 6. júní 2016, sé háð verulegum lagalegum annmörkum, en hér hafi því verið lýst hvernig stefndi hafi brotið gegn réttaröryggisreglum stjórnsýsluréttarins. Að því sögðu krefjist stefnandi ógildingar á fyrrnefndri ákvörðun.

Stefnandi vísi meðal annars til stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, einkum 65. gr., laga um mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994, einkum 14. gr., laga um málefni fatlaðs fólks nr. 59/1992, einkum 1. gr. og stjórnsýslulaga nr. 37/1993, einkum 10., 11. og 12. gr. Einnig byggi stefnandi á samningi Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks, einkum 1. gr., 5. gr., 6. gr., 19. gr. og 1. mgr. 23. gr. hans. Varnarþing byggi á 33. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991, en kröfu um málskostnað styðji stefnandi við XXI. kafla þeirra sömu laga.

### ***Málsástæður og lagarök af hálfu stefnda***

Málsástæðum stefnanda sé hafnað. Stefndi byggir á því að þeir sem óski eftir að gerast fósturforeldrar skuli beina umsókn til Barnaverndarstofu, sbr. 66. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002, er veiti leyfi. Um hæfi fólks til að taka börn í fóstur sé fjallað í reglugerð um fóstur nr. 804/2004, sem sett sé með heimild í 3. mgr. 66. gr. laganna. Ákvörðun um hæfi umsækjanda sé því háð mati Barnaverndarstofu. Við mat á því hvort umsækjandi teljist hæfur til að öðlast leyfi til að taka við barni í fóstur þurfi að meta heildstætt þær kröfur sem gerðar séu í lögum og reglum, og hafa hliðsjón af því hvert markmiðið sé með því að ráðstafa barni í fóstur. Í 3. mgr. 65. gr. barnaverndarlaga sé fjallað um markmið fósturs. Þar komi meðal annars fram að markmiðið sé að tryggja barni uppeldi og umönnun innan fjölskyldu sem best henti þörfum þess. Barni skuli tryggður góður aðbúnaður hjá fósturforeldrum og þeir skuli sýna fósturbarni umhyggju og nærfærni og leitast við að efla andlegan og líkamlegan þroska þess.

Í 6. gr. reglugerðar um fóstur nr. 804/2004 sé fjallað um almennar kröfur til fósturforeldra þannig að unnt sé að ná markmiðum fósturs, sbr. 3. mgr. 65. gr. barnaverndarlaga. Í 6. gr. reglugerðarinnar segi að fósturforeldrar skuli vera í stakk búnir til þess að veita barni trygga umönnun og öryggi og til að mæta þörfum barns sem búið hafi við ótryggar aðstæður eða átt við erfiðleika að etja. Þá segi að fósturforeldrar þurfi að vera við „góða almenna heilsu, búa við stöðugleika auk fjárhagslegs og félagslegs öryggis sem stuðlað getur að jákvæðum þroskamöguleikum barns“.

Séu framangreindar kröfur í 6. gr. reglugerðar um fóstur bæði almennar og ófrá- vikanlegar, líkt og glöggt komi fram í dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 313/2012. Gildi því sami mælikvarði fyrir alla sem sækir um að gerast fósturforeldrar. Við túlkun á 6. gr. reglugerðarinnar sé mikilvægt að líta til meginreglu 1. mgr. 4. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002, um að hagsmunir barna skuli ávallt hafðir í fyrirrúmi í starfi barnaverndaryfirvalda. Af því leiði að við ákvörðun um hæfi þeirra er sækist eftir að gerast fósturforeldrar þurfi að hafa í fyrirrúmi hagsmuni barns eða barna er muni fara í umsjá fósturforeldra og hafa að leiðarljósi eingöngu það sem ætla megi að barni sé fyrir bestu. Hér vegist því á hagsmunir umsækjanda og grundvallarhagsmunir sem varða þarfir barns og það sem barni er fyrir bestu, sbr. 4. gr. barnaverndarlaga og aðrar grundvallarreglur samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins, sem nú hefur öðlast lagagildi hér á landi, sbr. lög nr. 19/2013. Kröfur til umsækjenda miði þannig að því að tryggja að fósturforeldrar séu í stakk búnir til að axla ábyrgð á uppeldi barna, sem oftar en ekki hafi þurft að ganga í gegnum erfiða lífsreynslu, og veita þeim stuðning

og öryggi.

Í 9. og 10. gr. reglugerðar um fóstur sé fjallað um námskeið fyrir umsækjendur um leyfi til þess að taka við barni í fóstur, en markmið þess sé tvíþætt: Annars vegar að meta nánar hæfni umsækjanda en hins vegar að veita þeim nauðsynlega þjálfun og undirbúning fyrir hlutverk sitt sem fósturforeldri. Í þeim tilvikum þegar umsækjandi sé ekki talinn uppfylla þær almennu kröfur sem gerðar séu til fósturforeldra samkvæmt 6. gr. reglugerðarinnar, sé umsækjandi ekki boðaður á námskeið til frekara mats á hæfni. Hvergi í barnaverndarlögum né í reglugerðinni sé Barnaverndarstofu heimilað að gera minni kröfur til hæfni eða aðstæðna umsækjenda til að gerast fósturforeldri vegna persónulegra aðstæðna þeirra. Í þessu sambandi vísi stefndi enn til dóms Hæstaréttar í málinu nr. 313/2012, þar sem því hafi verið slegið föstu að föðuramma barns, er óskað hafi eftir að taka barnið í fóstur, hafi engu að síður þurft að fullnægja almennum hæfisskilyrðum 66. gr. barnaverndarlaga, sbr. 6. gr. reglugerðar um fóstur. Af framangreindu leiði að stefnda sé skylt að gera sömu kröfur til allra þeirra sem sækji um leyfi sem fósturforeldrar, alveg burt séð frá persónulegum aðstæðum þeirra.

Gerð sé krafa um það í 6. gr. reglugerðar um fóstur að heilsufar fósturforeldra sé gott. Sé um eðlilega kröfu að ræða þar sem augljóst sé að heilsufarsvandamál geti komið niður á getu fósturforeldra til þess að annast fósturbörn. Þá sé mikilvægi góðrar heilsu fósturforeldris almennt meira ef það er eitt um það hlutverk og sé það á engan hátt í andstöðu við 2. mgr. 6. gr. reglugerðar um fóstur, þar sem komi fram að ekki sé skilyrði að umsækjandi sé í sambúð eða hjónabandi. Það sé hins vegar skilyrði að umsækjandi sé við góða heilsu og mikilvægi þess sé þá enn meira ef um einn umsækjanda er að ræða en þegar hjón eða sambúðarfolk sækji um að gerast fósturforeldrar.

Ljóst sé af gögnum málsins að stefnandi hafi frá fæðingu glímt við sjúkdóminn *osteogenesis imperfecta* á háu stigi (það er tegund III) og hafi sjúkdómurinn leitt til verulegrar hreyfihömlunar stefnanda, sbr. fyrirbyggjandi læknisvottorð um það. Vegna afleiðinga sjúkdómsins sé stefnandi bundin sérstökum hjólastól og geti hvorki gengið né setið og þurfi aðstoð við flesta hluti daglegs lífs. Gögn málsins beri með sér að stefnandi sé með NPA (notendastýrða persónulega aðstoð), sem felist í því að hún fái aðstoð frá fjórum til sex aðstoðarkonum sem gangi vaktir allan sólarhringinn. Komi fram að meðalstarfstími aðstoðarkonu hjá stefnanda sé um tvö ár, sumar séu skemmri tíma, en þó sjaldan skemur en eitt ár, en aðstoðarkonur sem hafi starfað lengst hafi verið í allt að sex ár.

Stefndi telji ljóst að hreyfihömlun stefnanda sé með þeim hætti að hún útiloki að stefnandi geti sinnt fjölþættum þörfum fósturbarna, sem oft glími við mikla erfiðleika í kjölfar vanrækslu eða erfiðrar lífsreynslu. Hafi stefndi sérstaklega

litið til þess hversu mikilvægt sé að tryggja stöðugleika í uppeldi fósturbarna til lengri tíma. Hafi það því orðið niðurstaða stefnda að stefnandi uppfyllti ekki þær kröfur sem fram kæmu í 6. gr. reglugerðar um fóstur, um líkamlegt heilbrigði, þar sem hún glími við alvarlegan sjúkdóm sem leitt hafi til verulegrar hreyfihömlunar og geri það að verkum að hún þurfi aðstoð við flestar athafnir daglegs lífs. Sé um að ræða óumdeild gögn og enginn vafi geti leikið á því að skilyrðið um góða almenna heilsu geti ekki talist uppfyllt.

Hvað síðan varði getu stefnanda til þess að „mæta þörfum barns“, sbr. 6. gr. reglugerðarinnar, þá sé að mati stefnda ekki hægt að líta fram hjá þeirri staðreynd að stefnandi geti ekki sinnt stórum hluta af grunnþörfum barns án aðstoðar. Krafa um að mæta þörfum barns miði að því að tryggja að fósturforeldrar geti sinnt grunnþörfum barna sem þeir taki að sér. Þessar grunnþarfir teljist í mörgum tilvikum lykilatriði í umönnun barna og geti skipt sköpum þegar komi að tengslamyndun við börnin. Sé hér bæði átt við líkamlegar og tilfinningalegar þarfir, sem og þarfir barns fyrir öryggi og stöðugleika, svo sem að fæða barn, klæða og sýna því ást og umhyggju í daglegu lífi með tilfinningalegu atlæti, eðlilegum snertingum og líkamlegri nánd, eftir því sem við á miðað við aldur og þroska barnsins. Við mat á þessum þáttum hafi stefndi jafnan fyrst og fremst litið á líkamlega snertingu við umönnun barns, sem hafi mikil áhrif á tilfinningalega þætti og skipti sköpum þegar um tengslamyndun við börn er að ræða.

Stefndi telji ekki leika vafa á því að stefnandi geti ekki sinnt slíkri umönnun án aðstoðar. Hafi stefndi talið ljóst að það væri til þess fallið að hafa neikvæð áhrif á barn og tengslamyndun þess við fósturforeldri. Varðandi möguleg tengsl fósturbarna við aðstoðarkonur stefnanda þá sé það ekki í samræmi við fræðilega þekkingu á tengslamyndun hjá börnum að tengsl við aðstoðarkonur stefnanda myndu takmarkast við líkamlega umönnun og það að framfylgja fyrirmælum frá stefnanda. Þvert á móti sé, samkvæmt rannsóknum, við því að búast að barn myndi tengsl við fólk sem sinni grunnþörfum þess og það sé í reglulegum samskiptum við, en það væri óhjákvæmilega tilfellið með aðstoðarkonur stefnanda ef henni yrði fengið barn í fóstur.

Stefndi hafi samkvæmt framansögðu talið að stefnandi gæti ekki uppfyllt skilyrði 6. gr. reglugerðar um fóstur um að mæta grunnþörfum barns þar sem hún þurfi sjálf aðstoð við flestar athafnir daglegs lífs og geti að mati stefnda ekki veitt barni nauðsynlega líkamlega snertingu án aðstoðar. Telji stefndi að þessi niðurstaða sé í samræmi við þá þekkingu sem til sé um tengslamyndun og tengslavanda.

Varðandi kröfur 6. gr. reglugerðarinnar um að fósturbarn búi við „stöðugleika og öryggi“, þá hafi við mat á hæfni stefnanda einnig verið nauðsynlegt að líta til þess fjölda aðstoðarkvenna er vinni hjá stefnanda og starfsmannaveltu hjá

aðstoðarkonum hennar auk vaktafyrirkomulags á heimilinu. Þær heimilisaðstæður er stefnandi búi við geri það að verkum að ákveðinn óstöðugleiki yrði í umhverfi barns, sem sé til þess fallinn að hafa neikvæð áhrif á umhverfi þess og geti raskað tengslamyndun og tilfinningalegu öryggi barns í samskiptum við umönnunaraðila, þar sem barnið yrði beinlínis sett í þær aðstæður að umgangast náði og mynda tengsl við margar aðstoðarkonur er kæmu og færu, eins og gerist í vaktaskiptri vinnu og eðlilegri starfsmannaveltu. Þá verði að líta til þess að framkoma starfsmanna við barn hljóti ætíð að einhverju leyti að vera mismunandi eftir því hver sé á vakt og að hætta geti verið á því að meiri stofnanabragur verði á fósturheimilinu við þær aðstæður en þegar eingöngu sé um fósturforeldra á heimilinu að ræða. Í þessu sambandi sé rétt að benda á það að þróun síðustu ára hafi verið sú að hverfa frá því að vista börn á stofnunum.

Stefndi telji að þó að starfskonur myndu fylgja fyrirmælum stefnanda um umönnun og uppeldi, þá sé ljóst að framkoma felist ekki eingöngu í orðum, heldur einnig í líkamstjáningu og samspili á milli barns og viðkomandi aðstoðarkonu. Í þessu sambandi sé mikilvægt að hafa í huga að stór hluti þeirra barna sem fari á fósturheimili hafi upplifað erfiðleika af einhverju tagi, ásamt því að hátt hlutfall þeirra eigi við tilfinninga- og hegðunarvanda að stríða. Þá hafi rannsóknir sýnt að barn sem sætt hafi vanrækslu eða ofbeldi af hálfu foreldra sinna tengist þeim síður á eðlilegan hátt og byggi frekar upp vantraust gagnvart þeim og öðrum í umhverfinu.

Það umhverfi sem barn sé sent í af hálfu barnaverndaryfirvalda verði að vera vel skilgreint og til þess fallið að ná sem mestum stöðugleika. Fyrirkomulag á heimili stefnanda hafi að mati stefnda í för með sér talsverðar líkur á því að umönnunaraðili hverfi úr lífi barns og myndi slíkur óstöðugleiki hafa neikvæð áhrif á fósturbarn og gæti jafnvel raskað tengslamyndun þess. Í þessu sambandi hafi stefndi tekið undir það sjónarmið sem komi fram í sérfræðialiti Dr. Tryggva Sigurðssonar, sem fjölskylduráð Garðabæjar hafi aflað. Þar komi fram að varhugavert geti verið að hlutgera aðstoðarkonur stefnanda líkt og gert hafi verið af hálfu stefnanda í gögnum málsins. Hafa verði hugfast að umræddar aðstoðarkonur séu manneskjur sem myndi tilfinningatengsl. Stefndi telji og ljóst að slík hlutgerving á fólki endurspegli óeðlileg samskipti og þar með uppeldisaðstæður sem séu ekki ákjósanlegar fyrir fósturbörn. Í samræmi við það hafi niðurstaða stefnda orðið sú að óvissuþættir væru of margir til að unnt væri að vista fósturbarn á heimili við framangreindar aðstæður þannig að samræmst gæti lögbundnu markmiði fósturs, sbr. 3. mgr. 65. gr. barnaverndarlaga nr. 80/2002.

Af hálfu stefnanda hafi verið vísað til margra fræðigreina og rannsókna er gerðar hafi verið um aðstæður barna er hafi alist upp hjá fötluðum foreldrum og

vikið að því hvernig notendastýrð persónuleg aðstoð (NPA) hafi verið mikilvæg fyrir þann hóp. Jafnframt sé það gagnrýnt í stefnu að ekki hafi verið tekið nægilegt tillit til NPA sem stefnandi njóti og að stefndi hafi frekar litið á það sem hindrun. Um leið og gerð sé athugasemd við það að slíkar fræðigreinar og rannsóknir séu lagðar fram sem dómskjöl, þá telji stefndi mikilvægt að áréttu að hlutverk kynforeldra og fósturforeldra séu í eðli sínu ólík, þó að þau falli að einhverju leyti saman. Í þessu sambandi telji stefndi að horfa verði einna helst til tengslamyndunar, sem reyni á með ólíkum hætti hjá kynforeldrum annars vegar og fósturforeldrum hins vegar. Einnig verði að líta á tilgang og markmið þess að vista barn á fósturheimili. Í því felist að verið sé að skapa aðstæður sem séu best til þess fallnar að tryggja stöðugleika og örugg tengsl við nýja umönnunaraðila. Með vistun barns á fósturheimili sé því ekki verið að horfa til ráðstöfunar á heimili eða stofnun þar sem starfsmenn gangi vaktir, og ávallt verði að hafa í huga að barn sem þurfi að fara á fósturheimili sé oftast en ekki að koma úr ótryggum aðstæðum og hafi sérstaka þörf fyrir stuðning og stöðugleika.

Í ljósi þess hversu ólík hlutverk kynforeldra og fósturforeldra séu, þá telji stefndi varhugavert að yfirfæra almennar rannsóknir sem gerðar hafi verið á aðstæðum barna sem alist hafi upp hjá fötluðum foreldrum sínum yfir á aðstæður barna sem vistast hjá fötluðu fósturforeldri. Þær rannsóknir sem stefnandi vísi til eigi ekki við um vistun barns af hálfu barnaverndaryfirvalda, en slík vistun barns sé ávallt gerð út frá fyrirfram skilgreindum viðmiðum sem fjallað sé um í barnaverndarlögum og reglugerðum á grundvelli þeirra og í lögum um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins. Hér sé rétt að áréttu að með lögum og reglum sé kveðið á um þau skilyrði sem umsækjandi um leyfi til að gerast fósturforeldri þurfi að uppfylla. Framangreind lög og reglugerð heimili enga undanþágu frá þessum skilyrðum. Hins vegar séu kynforeldrum barna ekki settar sérstakar skorður nema upp komi grunur um að viðkomandi sinni ekki hlutverki sínu sem skyldi. Börn sem alist upp hjá foreldrum sínum dvelji ekki í úrræði á ábyrgð barnaverndaryfirvalda og af því leiði að rannsóknir sem vísað sé til af hálfu stefnanda um aðstæður barna sem hafi alist upp hjá fötluðum foreldrum sínum eigi ekki við um það viðfangsefni sem hér sé til úrlausnar. Vistun barns á fósturheimili sé ávallt síðasta úrræði sem beitt sé enda talið að barni sé fyrir bestu að alast upp hjá kynforeldrum. Þegar kynforeldrar eru fatlaðir geti úrræði eins og notendastýrð persónuleg aðstoð (NPA) reynst mikilvæg í því skyni að barn geti alist upp hjá foreldrum sínum, eins og rannsóknir sem stefnandi vísi til sýni. Þegar um sé að ræða barn sem vista þurfi á fósturheimili sé barnið hins vegar yfirleitt að koma úr ótryggum aðstæðum þar sem klippt hafi verið á tengsl sem barnið hafði eða tengslamyndun verið brotkennd frá fæðingu. Stefndi telji því að um afar ólík tilvik

sé að ræða og að varhugavert sé að leggja þau að jöfnu. Við þessar aðstæður verði að horfa til þess að ákvörðun barnaverndaryfirvalda um vistun barns á fósturheimili sé byggð á því mati að slíkar aðstæður séu barninu fyrir bestu og þjóni hagsmunum barnsins betur en að verða vistað á stofnun eða í öðrum úrræðum, þar sem margir starfsmenn gangi vaktir.

Að framangreindu virtu hafi það því orðið niðurstaða stefnda að fjöldi aðstoðarkvenna, starfsmannavelta og vaktir starfsmanna á heimili stefnanda leiði til þess að skilyrði 6. gr. reglugerðar um fóstur, um að fósturheimili geti veitt barni fullnægjandi öryggi og nægan stöðugleika, séu ekki uppfyllt, en þessi niðurstaða sé í samræmi við fyrirbyggjandi þekkingu á tengslamyndun og tengslavanda og vistun barna utan heimilis.

Mótmælt sé sem rangri þeirri málsástæðu stefnanda að stefndi hafi farið á svig við rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 og jafnframt að ekki hafi verið formlega rétt staðið að mati á stefnanda með því að boða hana ekki á skyldubundið námskeið sem haldið sé á vegum Barnaverndarstofu fyrir þá er sótt hafi um að gerast fósturforeldrar, þar sem fram fari mat á umsækjendum áður en ákvörðun sé tekin.

Stefndi telji mikilvægt að benda á nauðsyn þess að barnaverndarlög og reglugerð um fóstur séu túlkuð heildrænt. Þegar hafi verið gerð grein fyrir almennum kröfum eða skilyrðum um fósturforeldri. Í 10. gr. reglugerðar um fóstur sé fjallað um það mat á hæfni er fram fari á námskeiði Barnaverndarstofu. Í ákvæðinu sé talið upp í staflidum a–e hvaða þætti varðandi hæfni umsækjanda beri að skoða og meta, svo sem að koma til móts við þarfir barns og taka á misfellum í þroskaferli barns, styðja tengsl barns og fjölskyldu þess, stuðla að því að barn geti myndað traust og varanleg tengsl og samvinnu við barnaverndarnefnd og kynforeldra. Þá komi fram í ákvæðinu að mat á hæfni feli í sér könnun á almennum viðhorfum, svo sem hvaða væntingar umsækjandi hafi til þess að taka barn í fóstur, reynslu umsækjanda og viðhorfi til barna.

Af því sem hér sé nefnt sé ljóst að þau atriði er komi til skoðunar á námskeiðinu séu ekki þau sömu og fjallað sé um í 6. gr. reglugerðarinnar. Það merki að þau atriði sem komi til skoðunar á námskeiðinu varðandi mat á hæfni feli í sér dýpri skoðun en mat á þeim almennu skilyrðum sem talin séu upp í 6. gr., þótt vissulega tvinnist þau saman að einhverju leyti. Námskeiðið sé því ætlað umsækjendum sem ljóst er að uppfylli þau almennu skilyrði er fram komi í 6. gr. reglugerðarinnar. Með hliðsjón af þessu hafi Barnaverndarstofa um árábil starfað þannig að ef gögn máls sýna með óyggjandi hætti að umsækjandi uppfylli ekki þau almennu skilyrði er fram komi í 6. gr. reglugerðar um fóstur, þá sé viðkomandi ekki boðaður á námskeið til frekara mats.

Af hálfu stefnanda sé byggt á því að hún hafi uppfyllt eina skilyrðið sem sett sé fyrir því að geta sótt námskeið fyrir fósturforeldra hjá Barnaverndarstofu. Í því sambandi vísi stefnandi til heimasíðu Barnaverndarstofu þar sem fram komi að eina skilyrði fyrir þátttöku á námskeiðinu sé að barnaverndarnefnd í heimilisumdæmi umsækjanda hafi gefið samþykki sitt, auk þess sem alls ekki hafi verið ljóst að stefnandi uppfyllti ekki almennu skilyrðin sem rakin séu í 6. gr. reglugerðarinnar.

Byggt sé á því af hálfu stefnda að stefnandi hafi ekki uppfyllt almennu skilyrðin til þess að gerast fósturforeldri. Í úrskurði úrskurðarnefndar velferðarmála komi fram í niðurstöðum að umsókn stefnanda hafi verið synjað „þegar fyrir lágu þær upplýsingar að hún uppfyllti ekki almenn skilyrði 6. gr. reglugerðarinnar að mati Barnaverndarstofu.“ Hafi úrskurðarnefndin talið að sú málsmeðferð væri í samræmi við þann tilgang reglugerðarinnar að leyfi til að taka barn í fóstur væri aðeins veitt þeim sem uppfylltu hin almennu skilyrði. Það hafi því verið niðurstaða nefndarinnar að umsókn um leyfi bæri að synja þegar ljóst væri að umsækjandi uppfyllti ekki almenn skilyrði 6. gr., „enda eðli málsins samkvæmt tilgangslaust við þær aðstæður að boða hann á námskeið Barnaverndarstofu sem haldið er samkvæmt 9. gr. reglugerðarinnar.“

Umfjöllun á heimasíðu stefnda um þessi svokölluðu „Foster Pride námskeið“ fyrir fósturforeldra hafi það að markmiði að lýsa almennu ferli við umsókn um leyfi til að gerast fósturforeldri. Stefndi fallist á að á þeim tíma sem stefnandi hafi sótt um hafi orðalag á heimasíðunni verið ónákvæmt þar sem ekki hafi verið tekið sérstaklega fram að umsækjendur þyrftu að uppfylla almennu skilyrðin sem rakin séu í 6. gr. reglugerðarinnar. Í greinargerð til úrskurðarnefndar velferðarmála harmi stefndi misskilning sem þessi ónákvæmni hafi valdið um aðgang að námskeiðinu og sé því þar lýst að textinn á heimasíðunni hafi verið endurskoðaður í ljósi þessa í því skyni að gera hann nákvæmari og tryggja að sé í fullu samræmi við ákvæði laga og reglugerða um þetta. Sé það nú skýrt tekið fram á heimasíðu stefnda, þar sem fjallað sé um námskeiðið, að skilyrði til þátttöku séu þau að umsækjandi uppfylli almennar kröfur sem fram komi í 6. gr. reglugerðar um fóstur nr. 804/2004 og hafi samþykki barnaverndarnefndar í heimilisumdæmi sem fósturforeldri. Upplýsingar á heimasíðu geti þó aldrei gengið framur kröfum sem settar séu fram í barnaverndarlögum og reglugerð um fóstur, enda hafi lögin og reglugerðin verið birt með lögbundnum hætti og séu öllum aðgengileg.

Þá vísi stefndi til áðurnefnds Hæstaréttardóms í málinu nr. 313/2012, þar sem fjallað hafi verið um málsmeðferð stefnda í sambærilegu máli. Þar hafi einstaklingi verið synjað um leyfi til þess að taka barn í fóstur án þess að viðkomandi hefði verið boðaður á námskeið hjá Barnaverndarstofu til frekara mats

þar sem sýnt hafi þótt að umsækjandinn uppfyllti ekki hin almennu skilyrði 6. gr. reglugerðarinnar. Hvorki héraðsdómur né Hæstiréttur Íslands hafi fundið að þeirri málsmeðferð stefnda og þannig verið fallist á það að framangreind málsmeðferð væri til samræmis við lög.

Stefndi byggir á því, með hliðsjón af gögnum málsins og ítarlegum rökstuðningi bæði gagnvart stefnanda og úrskurðarnefnd velferðarmála, að mál stefnanda hafi verið vandlega unnið og ítarlega rannsakað af hálfu Barnaverndarstofu áður en ákvörðun í málinu hafi verið tekin. Fjölmargra gagna hafi verið aflað við meðferð málsins sem upplýst hafi um það með fullnægjandi hætti áður en ákvörðun hafi verið tekin um að synja stefnanda um leyfi til þess að gerast fósturforeldri. Stefndi hafni því þeirri fullyrðingu stefnanda að rannsóknarregla stjórnsýsluréttar hafi hér ekki verið virt.

Taka beri fram að við vinnslu málsins hjá stefnda hafi komið að þrjú sálfræðingar, uppeldisfræðingur og félagsráðgjafi, auk tveggja lögfræðinga, sem hafi samanlagt áratuga reynslu af réttindum barna og barnaverndarmálum, auk þeirra sérfræðinga er hafi komið að málinu hjá fjölskylduráði Garðabæjar, en líkt og komi fram í 1. mgr. 66. gr. barnaverndarlaga veiti barnaverndarnefnd í heimilisumdæmi umsækjanda umsögn um hæfi þess sem sækir um að gerast fósturforeldri. Eftir að stefndi hafi óskað eftir lögbundinni umsögn fjölskylduráðs Garðabæjar hafi ráðið aflað umsagnar Kolbrúnar Ögmundsdóttur félagsráðgjafa sem hafi hitt umsækjanda og tekið við hana viðtöl. Þá hafi fjölskylduráðið einnig aflað fyrirliggjandi sérfræðiálits Dr. Tryggva Sigurðssonar, sem og álits Dr. Hönnu Bjargar Sigurjónsdóttur samkvæmt ósk þar um frá stefnanda.

Í stuttu máli hafi niðurstaða Kolbrúnar Ögmundsdóttur verið á þá leið að ekki væri hægt að mæla með því að stefnandi tæki að sér ungt barn en hugsanlega gæti hún tekið að sér barn sem komið væri á skólaaldur, að því tilskyldu að aðlögun yrði mikil. Niðurstaða Dr. Tryggva Sigurðssonar hafi verið sú að ekki væri rétt að mæla með því að stefnandi tæki barn í fóstur með hliðsjón af þeim kröfum sem lög og reglur geri til fósturforeldra og sé ítarlegur rökstuðningur í sérfræðiálitinu fyrir þessari niðurstöðu. Í áliti Dr. Hönnu Bjargar Sigurjónsdóttur sé ekki með beinum hætti fjallað um það álitaefni sem hér sé til úrlausnar, það er hvort einstaklingur með alvarlega hreyfihömlun eða fötlun geti talist hæfur til að gerast fósturforeldri, heldur fjalli álitid að mestu leyti um rannsóknir sem snúist um fatlaða foreldra og börn þeirra og þar sé vikið að því hvernig notendastýrð þjónusta hafi verið mikilvæg fyrir þann hóp. Vísist í þessu sambandi til fyrri umfjöllunar um það hve eðlisólík hlutverk kynforeldra og fósturforeldra séu. Sé auk þess ljóst af greinargerð Hönnu Bjargar að ekki liggi fyrir rannsóknir á áhrifum þess á börn að vistast á fósturheimili hjá fötluðum einstaklingum.

Þrátt fyrir niðurstöður framangreindra sérfræðinga, sem fjölskylduráð Garðabæjar hafi leitað til, þá einkum þeirra Kolbrúnar og Tryggva, hafi ráðið engu að síður komist að þeirri niðurstöðu að rétt væri að veita stefnanda jákvæða umsögn um hæfi hennar til þess að gerast fósturforeldri. Stefndi byggi á því að umsögn fjölskylduráðs Garðabæjar rökstyðji ekki með hvaða hætti stefnandi uppfylli þau almennu skilyrði sem sett séu í 6. gr. reglugerðar um fóstur og sé umsögnin ekki heldur í fyllilegu samræmi við þau gögn sem ráðið sjálfst hafi aflað við gerð umsagnarinnar.

Stefndi leggi áherslu á að í þeim tilvikum sem stjórnvaldi sé að lögum skylt að leita umsagnar utanaðkomandi aðila áður en tekin sé ákvörðun í máli sé slík umsögn ekki bindandi nema svo sé fyrir mælt í lögum, sbr. álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 968/1993. Hvorki í barnaverndarlögum né í reglugerð nr. 804/2004 sé vikið að því að umsögn barnaverndarnefndar um þá er óski eftir að gerast fósturforeldrar sé bindandi. Stefndi telji því ljóst að hann sé ekki bundinn af slíkri umsögn þótt slíkar umsagnir og gögn sem aflað sé í tengslum við þær séu almennt mikilvæg gögn þegar umsóknir um leyfi samkvæmt 66. gr. barnaverndarlaga séu metnar. Einnig sé nauðsynlegt að hafa í huga þá meginreglu er gildi í stjórnsýslunni að lögbundnar umsagnir skuli rökstyðja. Eigi umsögn að ná þeim tilgangi sínum að upplýsa mál og draga fram málefnaleg sjónarmið sem beri að hafa í huga við úrlausn máls verði hún að vera rökstudd, sbr. álit umboðsmanns Alþingis í málinu nr. 2202/1997. Vægi umsagna barnaverndarnefnda verði þannig að meta hverju sinni út frá því hversu ítarlegar þær séu og hvort þær séu í samræmi við gögn sem aflað sé við undirbúning umsagnarinnar og önnur gögn málsins. Eins og áður sé lýst telji stefndi að umsögn fjölskylduráðs Garðabæjar hafi verið verulega áfátt að þessu leyti og hafi úrskurðarnefnd velferðarmála fallist á það með stefnda og talið að ekki væri að þessu leyti hægt að byggja á umsögninni af þeim sökum.

Með hliðsjón af 3. mgr. 65. gr. og 66. gr. barnaverndarlaga sé það hlutverk Barnaverndarstofu að leggja sjálfstætt mat á það hvort umsækjandi uppfylli þau almennu skilyrði er fram komi í 6. gr. reglugerðar um fóstur út frá öllum gögnum máls. Stefndi hafi því lagt sjálfstætt mat á málsgögn út frá lögum, reglugerðum og öðrum lögmætum og málefnalegum sjónarmiðum og niðurstaðan orðið í samræmi við þær upplýsingar sem komi fram í gögnum málsins, þá ekki síst niðurstöður tveggja af þeim þremur sérfræðingum sem fjölskylduráð Garðabæjar hafi fengið til þess að leggja mat á málið við gerð umsagnar. Í hinum umdeilda úrskurði, sem krafist sé ógildingar á, sé fallist á niðurstöðu stefnda og hún talin vera studd viðhlítandi gögnum. Hafi úrskurðarnefnd velferðarmála þannig ekki fallist á það með stefnanda að málið hafi ekki verið rannsakað með fullnægjandi hætti áður en

hin kærða ákvörðun var tekin.

Við meðferð málsins hjá stefnda hafi auk alls framangreinds verið litið til fjölmargra heimilda í þeim tilgangi að unnt væri að taka upplýsta ákvörðun í málinu. Vísist þar um til lista yfir slíkar heimildir í greinargerð stefnda til úrskurðarnefndar velferðarmála. Samkvæmt öllu framansögðu, þá hafni stefndi því alfarið að brotið hafi verið gegn rannsóknarreglu stjórnarsýsluréttar, sbr. 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993.

Stefnandi byggir á því að fjórar tiltekna forsendur í niðurstöðu úrskurðarnefndar velferðarmála hafi falið í sér brot gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, 1. mgr. 65. gr. stjórnarskrár, 14. gr. laga um mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994, 1. gr. laga um málefni fatlaðs fólks nr. 59/1992 og 23. gr., sbr. 5. gr., samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks, sbr. 2. mgr. 1. gr. laga um málefni fatlaðs fólks. Telji stefnandi að „eina raunverulega ástæða þess að sér hafi verið synjað um leyfið sé fötlun hennar og byggir á því með vísan til framangreindra jafnræðisreglna að ekki megi jafna fötluninni við það að hún hafi ekki góða almenna heilsu“. Af hálfu stefnda sé þessari málsástæðu stefnanda andmælt og byggt á því að niðurstaða stefnda um að synja umsókn stefnanda um leyfi til að gerast fósturforeldri hafi ekki verið byggð á því að um fatlaðan einstakling hafi verið að ræða.

Í 6. gr. reglugerðar um fóstur komi hins vegar fram að stefnda sé skylt að meta vissa þætti hjá umsækjendum, félagslega og heilsufarslega, þegar metið sé hvort einstaklingur geti fengið leyfi til að taka barn í fóstur. Óhjákvæmilega þurfi að leggja mat á líkamlegt heilbrigði umsækjanda, jafnt sem andlegt, og sé það þá gert út frá því sjónarmiði hvort veikindi eða aðrir þættir, svo sem veruleg hreyfihömlun, hafi þær afleiðingar að skilyrði fyrir leyfisveitingu séu ekki fyrir hendi. Sé svo sé um að ræða lögmæt og lögbundin sjónarmið er stefnda sé bæði rétt og skylt að byggja niðurstöðu sína á. Hins vegar sé fráleitt að fötlun sem slík, sama hvers eðlis hún sé, valdi því sjálfkrafa að einstaklingur uppfylli ekki skilyrði til að gerast fósturforeldri, heldur beri ávallt að leggja sjálfstætt mat á það í hverju máli hvort fötlun hafi þær afleiðingar að tiltekið skilyrði til þess að taka barn í fóstur teljist ekki vera uppfyllt. Slíkt skyldubundið mat geti að mati stefnda aldrei talist vera brot á jafnræðisreglu stjórnarsýsluréttar, enda sé skilmerkilega gerð grein fyrir þeim meginsjónarmiðum sem ráðandi séu við matið.

Í jafnræðisreglu stjórnarsýsluréttar felist að afgreiða beri sambærileg mál með sambærilegum hætti. Af því leiði að ef mál eða aðstæður eru í grundvallaratriðum ósambærileg sé það vísbending um að ekki eigi að afgreiða þau með sambærilegum hætti. Ljóst sé að stefndi hafi aldrei áður afgreitt umsóknir einstaklinga sem búi við fatlanir eða sambærilegar heimilisaðstæður og liggi fyrir í tilviki stefnanda. Sé því

ekki ljóst með hvaða hætti jafnræðisreglan eigi hér við eða með hvaða hætti hafi verið brotið gegn henni. Hvað varði jafnræðisreglu stjórnarskrár, þá telji stefndi fráleitt að hún hafi verið brotin. Synjun stefnda hafi eingöngu byggt á því að almenn skilyrði til fósturleyfis væru ekki uppfyllt. Slík almenn skilyrði um hæfi sem sett séu í lög og reglugerðir og byggi á stjórnarskrárbundnum rétti barns til verndar og umönnunar, sbr. 3. mgr. 76. gr. stjórnarskrár, geti ekki talist vera brot á jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar.

Það teljist ekki til mannréttinda að fá að gerast fósturforeldri eða taka barn í fóstur. Veiting leyfis til starfa fyrir barnaverndaryfirvöld feli ekki í sér mannréttindi stefnanda, sbr. rétt til fjölskyldulífs, og ekki séu til umfjöllunar grundvallarmannréttindi stefnanda sem umsækjanda um það að gerast fósturforeldri, heldur fjalli málið um grundvallarréttindi barna sem ávallt þurfi að hafa forgang við meðferð allra mála hjá stjórnvöldum og dómstólum. Um sé að ræða úrræði fyrir börn sem búið hafi við óviðunandi aðstæður, hafi verið alvarlega vanrækt og eða búið við ofbeldisaðstæður. Brýnt sé að mati stefnda að vandað sé til verka við val á slíkum heimilum og jafnframt að enginn vafi leiki á því að almenn grundvallaratriði varðandi hæfi séu uppfyllt. Þegar taka þurfi ákvörðun um að senda barn í fóstur sé það ávallt haft í fyrirrími hverjir séu hagsmunir þess barns sem eigi í hlut og hvað henti hag þess og þörfum best. Val á fósturforeldrum feli því alltaf í sér skoðun á því hver gæti þjónað hagsmunum viðkomandi barns eða barna best. Allir þeir sem sækja um leyfi til að taka við barni í fóstur þurfi að uppfylla sömu kröfur. Hvorki barnaverndarlög né lög um samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins geri ráð fyrir undanþágu hvað þessar kröfur varði. Af því leiði að allir séu settir undir sama hatt, ættingjar jafnt sem ótengdir aðilar.

Með hliðsjón af framangreindu telji stefndi ljóst að með ákvörðun um synjun á leyfi hafi stefnanda ekki verið mismunað á grundvelli fötlunar. Við meðferð málsins hjá stefnda hafi verið lagt mat á þau sjónarmið sem almennt séu til þess fallin að varpa ljósi á forsendur og getu umsækjanda til að axla nauðsynlega ábyrgð. Stefndi telji að þau sjónarmið sem litið hafi verið til séu fullkomlega lögmæt og í samræmi við lög og feli ekki í sér mismunun af neinu tagi. Sérstaklega sé rétt að áréttta að ekki sé unnt að bera saman aðstæður barna sem eigi fatlaða kynforeldra og fósturbarna sem tekin hafi verið af heimili og komið fyrir á nýju heimili. Um sé að ræða ólíka stöðu og aðstæður sem á engan hátt sé hægt að líkja saman eða bera saman. Með hliðsjón af framansögðu sé því hafnað að brotið hafi verið gegn jafnræðisreglu við meðferð málsins.

Stefndi geri loks athugasemd við framlagningu gagna af hálfu stefnanda og telji að sú tilhögun að leggja fram fræðigreinar og útdrætti úr fræðigreinum, ritgerðum og skýrslum sem ekki varði sérstaklega það mál sem hér sé til

umfjöllunar sé andstæð g-lið 1. mgr. 80. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991. Að mati stefnda eigi slík gögn heima í hliðsjónarefni, sem eftir atvikum sé hægt að leggja til dómsins við aðalmeðferð til stuðnings málflutningi. Af hálfu stefnda hafi í gögnum málsins einnig verið vísað til fræðigreina sem stefndi telji að styðji málatilbúnað sinn en slík gögn verði höfð í tilvísanahefti sem notað verði í málflutningi við aðalmeðferð málsins.

Samkvæmt því sem rakið hafi verið hér að framan sé ljóst að bæði ákvörðun Barnaverndarstofu og úrskurður úrskurðarnefndar velferðarmála hafi byggt á traustum gögnum og verið ítarlega rökstuddir. Gætt hafi verið að öllum málsmeðferðarreglum stjórnarsýsluréttar og efnisreglum barnaverndarlaga á báðum stjórnarsýslustigum og niðurstöður byggðar á lögum og málefnalegum sjónarmiðum sem séu í samræmi við gögn málsins og beri því að sýkna stefnda af öllum kröfum stefnanda í málinu.

### *Niðurstaða*

Krafa stefnanda gagnvart stefnda í málinu er sú að felldur verði úr gildi með dómi úrskurður úrskurðarnefndar velferðarmála frá 6. júní 2016, sem staðfesti ákvörðun Barnaverndarstofu frá 19. nóvember 2015, um synjun á beiðni stefnanda, dags 30. júní 2014, um leyfi til að taka barn í fóstur. Byggir stefnandi kröfuna á framangreindum málsástæðum sínum, þá einkum því að mat á beiðni hennar um að gerast fósturforeldri hafi að ófyrirsynju sætt annars konar málsmeðferð en venjuleg geti talist samkvæmt lögum og reglum, og þá bersýnilega einvörðungu sökum þess að hún teljist til fatlaðs fólks. Leiði slík hindrun til þess að stefnandi og annað fatlað fólk í sambærilegri stöðu og hún hafi ekki sama aðgang að fósturkerfinu og aðrir. Í málsmeðferð stefnda hafi því við mat á hæfni stefnanda sem fósturforeldris í reynd verið byggt á ólögum sjónarmiðum og þannig brotin jafnræðisregla gagnvart henni sem umsækjanda. Auk þess hafi rannsókn málsins verið áfátt af hálfu stefnda þar sem fullnægjandi mat á hæfni hennar sem fósturforeldri hafi í raun ekki farið fram, en þó engu að síður verið gengið út frá því sem vísu að stefnandi væri ófær til þess að verða fósturforeldri. Þannig liggja t.d. fyrir að stefnandi hafi ekki verið til kvödd að taka þátt í áskildu námskeiði á vegum stefnda fyrir væntanlega fósturforeldra þótt hún hefði fengið jákvæða umsögn sem umsækjandi í fjölskylduráði í sveitarfélagi sínu Garðabæ.

Um ráðstöfun barna í fóstur hérlendis er fjallað í XII. kafla barnaverndarlaga nr. 80/2002, en þar kemur meðal annars fram í 3. mgr. 65. gr. að markmið fósturs samkvæmt 1. mgr. sé að tryggja barni uppeldi og umönnun innan fjölskyldu svo sem best henti þörfum þess. Barni skuli tryggður góður aðbúnaður hjá fósturforeldrum og þeir skuli sýna fósturbarni umhyggju og nærfærni og leitast

við að efla andlegan og líkamlegan þroska þess. Þá kemur meðal annars fram um leyfi til þess að taka barn í fóstur í ákvæðum 66. gr. sömu laga að þeir sem óski eftir því að taka barn í fóstur skuli beina umsókn til Barnaverndarstofu sem veiti leyfi til þess. Loks er tekið fram að barnaverndarnefnd í heimilisumdæmi umsækjenda veiti umsögn um hæfi þeirra til þess að taka barn í fóstur samkvæmt nánari reglum er fram komi í reglugerð. Gildir þar nú reglugerð um fóstur nr. 804/2004, en í eftirfarandi 1. mgr. 6. gr. hennar eru tilgreindar almennar kröfur sem gera verður til fósturforeldra, og deilt er hér um:

„Fósturforeldrar skulu vera í stakk búnir til þess að veita barni trygga umönnun og öryggi og til að mæta þörfum barns sem búið hefur við ótryggar aðstæður eða átt við erfiðleika að etja. Fósturforeldrar þurfa að vera við góða almenna heilsu, búa við stöðugleika auk fjárhagslegs og félagslegs öryggis sem stuðlað getur að jákvæðum þroskamöguleikum barns.“

Skilja verður þetta ákvæði reglugerðarinnar þannig að umsækjandi sem vill gerast fósturforeldri verði að uppfylla öll þar greind efnisskilyrði til að koma til álita og er ekki um það deilt að ákvæðið gerir afar ríkar kröfur til allra tilvonandi fósturforeldra. Á meðal helstu skilyrða sem lesa má út úr ákvæðinu, og stefndi virðist hafa litið til í mati sínu, eru skilyrði um getu til að mæta þörfum barns sem búið hefur við ótryggar aðstæður eða átt við erfiðleika að etja, skilyrði um góða almenna heilsu og skilyrði um stöðugleika og öryggi sem stuðlað geti að jákvæðum þroskamöguleikum barns, en í málflutningi hér fyrir dómi hefur stefnandi einkum lagt áherslu á það síðastgreinda.

Í því máli sem hér um ræðir byggir synjun Barnaverndarstofu, sem staðfest hefur verið í framangreindum úrskurði úrskurðarnefndar velferðarmála, á því að stefnandi hafi sem umsækjandi ótvírætt ekki uppfyllt eitt eða fleiri framangreindra skilyrða í 1. mgr. 6. gr. reglugerðar nr. 804/2004, þó svo að barnaverndarnefnd í heimilisumdæmi hennar hafi í lögboðinni umsögn sinni áður látið í té það álit sitt að stefnandi gæti ábyrgst það hlutverk að gerast fósturforeldri með notendastýrðri persónulegri aðstoð.

Í máli þessu er í megindráttum ekki deilt um aðstæður stefnanda, sem er ung kona er býr við verulega hreyfihömlun vegna sjúkdómsins *osteogenesis imperfecta* á þriðja stigi, sbr. fyrirliggjandi læknisvottorð þeirra A heimilislæknis og B bæklunarlæknis í málinu. Liggur fyrir að stefnandi er sökum afleiðinga sjúkdómsins að mestu bundin við sérstakan hjólastól og getur hvorki gengið né setið og er háð aðstoð annarra við flestar athafnir daglegs lífs. Þá ber einnig að líta til þess að óumdeilt er í málinu að stefnandi er vel menntuð og atorkusöm kona sem er virk félagslega og hefur meðal annars komið nokkuð að störfum með börnum, og þá meðal annars sem stuðningsforeldri [...]. Þá liggur einnig fyrir að stefnandi hefur

a.m.k. undanfarin 11 ár notið notendastýrðrar persónulegrar aðstoðar (NPA) allan sólarhringinn, sem felst í því að hún hefur jafnan í vinnu nokkrar aðstoðarkonur sem ganga vaktir hjá henni á meðan þær starfa fyrir hana. Ekki er heldur um það deilt að stefnandi býr almennt séð í ágætum húsakynnum og við traustar fjölskylduaðstæður.

Eins og lýst er hér að framan þá er það lögum samkvæmt Barnaverndarstofa sem annast faglegt mat á því hvort umsækjendur, líkt og stefnandi, geti talist uppfylla skilyrði til þess að teljast hæfir sem mögulegir fósturforeldrar, sbr. skilyrði þar um í 6. gr. reglugerðar nr. 804/2004, en einnig er gert ráð fyrir kæruehimild til úrskurðarnefndar velferðarmála. Endurskoðun dómstóls á slíku faglegu mati þess háttar sérhæfðs stjórnvalds er jafnframt lýtur úrskurðarnefnd snýr þá einkum að því hvort matið geti talist vera lögmætt og forsvaranlegt, að teknu tilliti til þeirra málsástæðna sem stefnandi heldur hér fram að eigi að leiða til ógildingar á ákvörðun.

Byggir stefnandi, eins og að framan greinir, mál sitt hér í fyrsta lagi á því að efnislegt mat hlutaðeigandi stjórnvalda á stefnanda sem umsækjanda, með hliðsjón af 1. mgr. 6. gr. reglugerðar nr. 804/2004, fái ekki staðist og að sú nálgun sem viðhöfð hafi verið feli í ýmsum efnum í sér brot á jafnræðisreglu þar sem stefnanda hafi sem umsækjanda verið mismunað bersýnilega einungis vegna fötlunar sinnar og eigi það því að leiða til ógildingar á ákvörðun Barnaverndarstofu um synjun sem staðfest var í úrskurði úrskurðarnefndar velferðarmála. Í öðru lagi þá er af hálfu stefnanda byggt á því að rannsóknarregla hafi verið brotin í ýmsu tilliti við meðferð málsins og eigi það jafnframt að leiða til ógildingar.

Hvað varðar áskilin grundvallarskilyrði í 1. mgr. 6. gr. reglugerðar nr. 804/2004 um fóstur, þá er það mat dómsins að túlka verði þau með hliðsjón af markmiðum laga nr. 80/2002, meðal annars því að í barnaverndarstarfi skuli jafnan beita þeim ráðstöfunum sem ætla megi að barni séu fyrir bestu, og þá hér fósturbarni. Þá verður, eins og stefndi hefur vísað til, í öllu barnaverndarstarfi að hafa hliðsjón af sams konar áskilnaði í lögum nr. 19/2013 um réttindi barnsins, einkum 1. mgr. 3. gr., í hinum lögfesta samningi, sem og af 3. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar. Sem áður segir þá er það enn fremur áskilið að sérhver umsækjandi um að gerast fósturforeldri uppfylli öll þau efnisskilyrði sem vikið er að í framangreindu ákvæði 6. gr. reglugerðarinnar, sem teljast vera bæði almenn og ófrávíkjanleg, sbr. umfjöllun í dómi Hæstaréttar Íslands í málinu nr. 313/2012 frá 1. nóvember 2012.

Við mat sitt samkvæmt 1. mgr. 6. gr. reglugerðar nr. 804/2004, þá hefur stefndi meðal annars lagt til grundvallar synjun sinni á umsókn stefnanda að ljóst megi vera að hreyfihömlun stefnanda vegna óumdeilds sjúkdóms hennar sé

óhjákvæmilega með þeim hætti að hún útiloki að stefnandi geti sjálf sinnt fjölbættum þörfum fósturbarna, sem oft glími við verulega erfiðleika í kjölfar vanrækslu eða erfiðrar lífsreynslu. Geta stefnanda til að mæta grunnþörfum barns án aðstoðar, t.d. með líkamlegri snertingu og atlæti, sé í þessu tilliti óumdeilanlega verulega skert, og það geti skipt sköpum þegar komi að nauðsynlegri tengslamyndun við fósturbörn. Þá er það einnig mat stefnda að stefnandi geti ekki bætt úr þessari aðstöðu með NPA sem hún nýtur þar sem slíkt myndi óhjákvæmilega fremur stuðla að tengslamyndun fósturbarns við aðstoðarkonur stefnanda sem gangi vaktir uns starfi þeirra lýkur hjá stefnanda. Liggur þannig fyrir að heimilishald stefnanda byggir á því að fjórar til sex aðstoðarkonur, sem starfa hjá henni yfir lengri eða skemmri tíma, gangi vaktir og myndi það óhjákvæmilega skapa vissan óstöðugleika í tengslamyndun barns og valda því að nokkur stofnanabragur yrði á umhverfinu. Felur slíkar aðstæður almennt ekki í sér þann langtíma stöðugleika og það tilfinningalega öryggi fyrir fósturbarn sem stuðla ber sérstaklega að.

Að mati dómsins verður að fallast á það með stefnda að framangreindar ástæður, sem stefndi byggir hér á og eru reistar á faglegu mati á aðstæðum stefnanda og á þörfum fósturbarna, geti einar og sér leitt til þess að forsvaranlegt hafi verið af stefnda að líta þannig á að stefnanda skorti bersýnilega, vegna sérstakra persónubundinna aðstæðna sinna, ótvírætt áskilda hæfni samkvæmt 1. mgr. 6. gr. reglugerðar nr. 804/2004 til þess að geta sjálf axlað þær skilgreindu skyldur sem felast í því að geta orðið fósturforeldri. Er þá sérstaklega til þess að líta að matið byggir á álit fjölmargra sérfræðinga hjá Barnaverndarstofu sem komu að málinu á ýmsum stigum þess og báru einnig vitni um þá aðkomu sína hér fyrir dómi, en einnig liggja fyrir fyrrgreind álit þeirra Kolbrúnar Ögmundsdóttur félagsráðgjafa og Dr. Tryggva Sigurðssonar, sem aflað var við gerð tilskilinnar umsagnar fjölskylduráðs Garðabæjar, og staðfest voru hér fyrir dómi. Gefa framangreind sérfræðiálit, sem og vitnisburður þeirra Kolbrúnar og Tryggva, það enn fremur ótvírætt til kynna að of margir óvissuþættir felist almennt í því að setja fósturbarn inn í þær sérstöku aðstæður sem stefnandi býr óhjákvæmilega við, sé tekið mið af lögbundnu markmiði fósturs, sbr. 3. mgr. 65. gr. laga nr. 80/2002. Þá verður að mati dómsins jafnframt að fallast á það með stefnda að varhugavert sé að yfirfæra beint niðurstöður fyrirliggjandi rannsókna á stöðu fatlaðra foreldra og barna þeirra almennt yfir á þær sérstöku aðstæður er varða sérstaklega fóstur og fósturbörn.

Hvað síðan varðar ætlaða mismunun og meint brot stefnda á jafnræðisreglu við framangreinda framkvæmd í málinu þá telur dómurinn ekki vera sýnt að fyrrgreind meginsjónarmið, sem liggja til grundvallar mati stefnda, feli í sér

mismunun eða þá að meðferð málsins og synjun gagnvart stefnanda hafi bersýnilega aðeins byggt á því að stefnandi teljist til fatlaðs fólks, eins og haldið er fram af hálfu stefnanda. Eins og rakið hefur verið af hálfu stefnda, þá er hér um að ræða lögbundið einstaklingsbundið mat hverju sinni þar sem einkum er litið til þess hvort uppfyllt séu skilyrði 6. gr. reglugerðar nr. 804/2004. Þótt fallast megi á með stefnanda að hugtakanotkun stefnda hefði almennt mátt vera nákvæmari í tengslum við umfjöllun um og mat á heilsu og heilbrigði stefnanda, sbr. fyrirbyggjandi læknisvottorð í málinu, þá getur sá annmarki einn og sér ekki falið í sér brot á þeim jafnræðisreglum sem stefnandi vísar hér til. Einnig telur dómurinn að vangaveltur málsaðila um þýðingu sambúðarstöðu stefnanda skipti engu höfuðmáli, en það liggur ljóst fyrir í málinu að hún er ekki í sambúð.

Þá er það einnig mat dómsins að það hafi, eins og málum var háttað, verið forsvaranleg ákvörðun hjá stefnda að taka ekki mið af niðurstöðu í umsögn fjölskylduráðs Garðabæjar með hliðsjón af því að hún fær takmarkaða stoð í þeim sérfræðilegu gögnum sem aflað var. Þá virðist umsögnin ekki heldur taka fullnægjandi afstöðu til þess hvernig stefnandi uppfylli skilyrði um fósturforeldri samkvæmt 6. gr. reglugerðar nr. 804/2004. Telur dómurinn þó ekki hafa verið nauðsyn fyrir stefnda að kalla eftir frekari skýringum fjölskylduráðsins, þar sem gögn með umsögn lágu fyrir, en niðurstaða umsagnarinnar telst ekki vera bindandi fyrir stefnda þótt hún teljist almennt séð vera afar mikilvægt gagn í slíku mati. Geta ber þess að á síðari stigum málsins upplýstist hér fyrir dómi að stefnandi er varamaður í umræddu fjölskylduráði í Garðabæ en hún kvaðst þó aðspurð aldrei hafa komið neitt að störfum þess. Vakti stefndi máls á að þetta kynni að leiða til vanhæfis allra nefndarmanna í máli stefnanda en að mati dómsins er sú málsástæða ekki nógu vel reifuð og of seint fram komin.

Þá er einnig fallist á það með stefnda að skyldubundið mat á almennum skilyrðum samkvæmt framangreindu ákvæði reglugerðarinnar feli ekki í sér brot á jafnræðisreglu sé það framkvæmt með forsvaranlegum hætti. Liggur fyrir að gæta verði þó alveg sérstaklega að kerfislægri hættu á mismunun í tilviki stefnanda þar sem hún telst tilheyra sérlega viðkvæmum hópi fólks þegar kemur að réttindavernd. Eins og málið horfir við telst þó ekki sýnt fram á af hálfu stefnanda með hvaða hætti henni á að hafa verið mismunað gagnvart öðrum umsækjendum sem teljast í einhverju tilliti vera í sambærilegri stöðu, en ákvörðun stefnda virðist réttilega hafa beinst að því að gæta að réttindum fósturbarna. Verður ekki annað séð en að mat stefnda, bæði hvað varðar málsmeðferð og efni, hafi hér verið reist á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum og beinst að því höfuðmarkmiði að gæta öryggis og réttinda fósturbarna, en önnur og vægari úrræði gagnvart stefnanda hafi ekki verið tæk með góðu móti. Er þá einkum til þess að líta að fyrrgreind löggjöf um

fósturbörn og fósturforeldra gerir ríkar kröfur og heimilar engar undanþágur með tilliti til aðstæðna umsækjenda. Eðli þeirra réttinda sem hér um ræðir snýr þá einkum að barnavernd og því að það sem sé fósturbarni fyrir bestu skuli njóta alls vafa, en í þeim felast ekki jákvæðar skyldur í þágu stefnanda.

Hvað varðar þá sérstaklega þann þátt málsins sem snýr að því að stefndi ákvað að boða stefnanda ekki á námskeið sem áskilið er að halda fyrir tilvonandi fósturforeldra, sbr. 9. og 10. gr. reglugerðar nr. 804/2004, þá liggur ljóst fyrir í málinu að mistök áttu sér stað af hálfu stefnda þegar kynnt var á heimasíðu Barnaverndarstofu að námskeiðið væri opið öllum þeim sem hefðu fengið jákvæða umsögn af hálfu barnaverndarnefndar í sveitarfélagi sínu, líkt og gildi um stefnanda. Er hér fallist á þær skýringar stefnda að þau atriði sem komi til umfjöllunar og skoðunar á námskeiðinu, sbr. 10. gr. reglugerðar nr. 804/2004, séu ekki alls kostar þau hin sömu og reyni á við almennt mat á hæfni samkvæmt 6. gr. reglugerðar nr. 804/2004. Eins og útskýrt hefur verið af hálfu stefnda, þá hefur framkvæmdin verið sú að þeir umsækjendur sem uppfylla ótvírætt ekki skilyrði 6. gr. reglugerðarinnar séu ekki boðaðir á námskeiðið og því hafi stefnandi ekki fengið slíkt boð, enda sé markmið námskeiðsins ekki einungis að kanna foreldrahæfni þátttakenda heldur einnig það að undirbúa þá frekar undir það hlutverk sem þeir hafa þá verið taldir hæfir til þess að geta sinnt. Að mati dómsins verður að fallast á þessar skýringar og sjónarmið af hálfu stefnda og á það mat að ekki hafi haft þýðingu að boða stefnanda á námskeiðið með tilliti til þess að fyrirbyggjandi þótti þá þegar að hún uppfyllti ekki fyrrgreind áskilin hæfisskilyrði.

Með hliðsjón af framansögðu, þá er það niðurstaða dómsins að stefnandi hafi hér ekki getað sýnt fram á það að ákvörðun stefnda, Barnaverndarstofu, um synjun sem byggð var á mati á hæfi stefnanda, og var síðan staðfest í úrskurði úrskurðarnefndar velferðarmála, hafi í einhverju tilliti verið byggð á ómálefnalegum sjónarmiðum, sem falið hafi í sér ólögmæta mismunun í garð hennar sem umsækjanda, sbr. grundvallar- skilyrði barnaverndarlaga nr. 80/2002 og reglugerðar nr. 804/2004 um fóstur. Þykir því ekki vera sýnt fram á að hér hafi átt sér stað brot á jafnræðisreglu gagnvart stefnanda, sbr. 11. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993, eða þá 1. mgr. 65. gr. stjórnarskrár, 14. gr. laga um mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994, 1. gr. laga um málefni fatlaðs fólks nr. 59/1992, eða 23. gr., sbr. 5. gr., samnings SP um réttindi fatlaðs fólks, sbr. 2. mgr. 1. gr. laga um málefni fatlaðs fólks, eins og stefnandi hefur haldið fram.

Hvað varðar síðan ætluð brot stefnda á rannsóknarreglu við meðferð málsins, þá hefur stefnandi meðal annars vísað til þess að stefndi hafi látið hjá líða að kanna hæfni hennar sem fósturforeldris með því að boða hana ekki á umrætt námskeið í því skyni þótt hún hefði fengið jákvæða umsögn hjá sveitarfélagi sínu.

Þá telur stefnandi að stefndi hafi einnig gefið sér ýmislegt um stefnanda og aðstæður hennar, án nógrar könnunar, t.d. um heimilisaðstæður og heilsufar, en litið fram hjá styrkleikum hennar.

Að mati dómsins ber hér að horfa til þess að fyrirbyggjandi er af gögnum málsins að ítarleg málsmeðferð og rannsókn hafi átt sér stað varðandi beiðni stefnanda um fóstur, það er hjá Barnaverndarstofu, í umsagnarferli hjá fjölskylduráði Garðabæjar, og með endurskoðun úrskurðarnefndar velferðarmála, áður en ákvarðanir í málinu voru síðan teknar. Þannig liggur fyrir að komið hafi að málinu hjá Barnaverndarstofu þrír sálfræðingar, uppeldisfræðingur og félagsráðgjafi, auk tveggja lögfræðinga, en af þeim gáfu þau Guðrún Þorleifsdóttir lögfræðingur, Guðjón Bjarnason sálfræðingur og Halldór Hauksson sviðsstjóri skýrslu hér fyrir dóminum um aðkomu sína og lýstu þar faglegri rannsókn málsins. Þá liggja einnig fyrir framangreind álit þeirra Kolbrúnar Ögmundsdóttur, sem sá um mat það í umsagnarferlinu sem gert er ráð fyrir í 8. gr. reglna nr. 804/2004, Dr. Tryggva Sigurðssonar, sem var sérstaklega fenginn til þess að leggja faglegt mat á mögulega tengslamyndun á fósturheimili þar sem NPA væri fyrir hendi, og Dr. Hönnu Bjargar Sigurjónsdóttur, sem fjallar einkum um rannsóknir sem varða fatlaða kynforeldra og börn þeirra, en helstu niðurstöðum þeirra er lýst hér að framan. Er hér fallist á það með stefnda að þó svo að niðurstaða í umsögn fjölskylduráðs Garðabæjar hafi ekki verið lögð til grundvallar niðurstöðu Barnaverndarstofu í málinu, sem síðar var svo staðfest með úrskurði úrskurðarnefndar velferðarmála, þá hafi, þegar á allt er litið, farið fram forsvaranleg og fullnægjandi rannsókn í málinu sem var grundvöllur að sjálfstæðu mati á grundvallarskilyrðum um fóstur í 6. gr. reglugerðar nr. 804/2004, sbr. 3. mgr. 65. gr. og 66. gr. laga nr. 80/2002.

Hvað varðar einstaka efnisþætti í þessu tilliti þá telur dómurinn að horfa verði hér sérstaklega til þess að ekki liggja fyrir hér fyrir dómi neinar fullnægjandi rannsóknir á tengslamyndun fósturbarna og fólks með viðlíka hreyfihömlun og stefnandi býr við, sem nýtur NPA, sem styðja hér við málsástæður stefnanda. Þá blasir við að ekki hefði verið unnt að bæta neitt úr því með því að stefnandi hefði tekið þátt í námskeiðinu á vegnum stefnda, hvað þá heldur með því að setja fósturbarn í slíkar óvissar aðstæður fyrir það til lengri eða skemmri tíma. Er þá enn fremur til þess að líta að samkvæmt þó fyrirbyggjandi sérfræðiálitum í málinu er talið að varhugavert sé að jafna aðstöðu fósturbarna við börn almennt í þessu tilliti vegna sérstakra aðstæðna fósturbarna og þess áskilnaðar sem gerður er í gildandi lögum og reglum í tengslum við fósturbörn og um hæfni fósturforeldra. Er það því mat dómsins að ekki sé unnt að líta hér til þeirra gagna sem stefnandi hefur þó lagt fram um tengslamyndun fatlaðra foreldra við eigin börn eða vitnisburða í þá veru.

Þá ber loks að geta þess að fyrirframgefin viðmið í ákvæðum 6. gr. reglugerðar nr. 804/2004 um vistun fósturbarna á fósturheimili virðast ekki gera neinn greinarmun á hæfniskröfum til umsækjenda með tilliti til aldurs barna, auk þess sem vissir erfiðleikar kunni jafnvel fremur að steðja að eldri fósturbörnum.

Verður því í ljósi framangreinds ekki séð að rannsókn málsins hafi verið svo áfátt, sbr. 10. gr. laga nr. 37/1993, að leiða eigi til þess að felldur verði úr gildi með dómi úrskurður úrskurðarnefndar velferðarmála frá 6. júní 2016, er staðfesti ákvörðun Barnaverndarstofu frá 19. nóvember 2015 um synjun á beiðni stefnanda frá 30. júní 2014 um leyfi til þess að taka barn í fóstur, eins og stefnandi hefur hér byggt á.

Með hliðsjón af öllu framangreindu þá verður það því niðurstaða dómsins að sýkna beri stefnda af öllum dómkröfum stefnanda í máli þessu eins og það liggur fyrir.

Verður þá að sama skapi fallist á þá kröfu stefnda að málskostnaður á milli aðila falli niður. Stefnandi fékk hins vegar útgefið gjafsóknarleyfi, dags 20. apríl sl., og ber samkvæmt því að greiða allan gjafsóknarkostnað stefnanda í máli þessu úr ríkissjóði, en þar með talin er málflutningsþóknun lögmanns hennar, Sigrúnar Ingibjargar Gísladóttur, sem ákvarðast 2.500.000 krónur, að teknu tilliti til virðisaukaskatts.

Mál þetta fluttu Sigrún Ingibjörg Gísladóttur lögmaður og Auður Tinna Aðalbjarnardóttir lögmaður fyrir stefnanda, en Guðrún Sesselja Arnardóttir lögmaður flutti málið af hálfu íslenska ríkisins, er tók til varna fyrir stefnda Barnaverndarstofu.

Pétur Dam Leifsson héraðsdómari kvað upp dóminn sem dómsformaður, með sérfróðum meðdómendum, þeim Dr. Berglindi Guðmundsdóttur, sérfræðingi á sviði klínískrar sálfræði, yfirsálfræðingi hjá Landspítala – háskólasjúkrahúsi og dósent við Heilbrigðisvísindasvið Háskóla Íslands, og dr. med. Guðrónu Karlsdóttur, sérfræðingi á sviði endurhæfingarlækninga og yfirlækni á Reykjalandi. Dómsformaður tók fyrst við meðferð málsins þann 10. janúar sl., en hafði fram til þess engin afskipti af meðferð þess. Vegna embættisanna dómsformanns dróst dómsuppsaga í málinu, en gætt var sérstaklega í því sambandi að áskilnaði 1. mgr. 115. gr. laga nr. 91/1991.

### **D ó m s o r ð:**

Stefndi, Barnaverndarstofa, er sýknaður af dómkröfu stefnanda, Freyju Haraldsdóttur, í máli þessu.

Málskostnaður fellur niður, en allur gjafsóknarkostnaður stefnanda greiðist úr ríkissjóði, þar með talin er málflutningsþóknun lögmanns hennar, Sigrúnar

Ingibjargar Gísladóttur, sem ákvarðast 2.500.000 krónur.

Dóm þennan kveður upp Pétur Dam Leifsson héraðsdómari, sem dómsformaður, og sérfróðir meðdómendur, þær Berglind Guðmundsdóttir sálfræðingur og Guðrún Karlsdóttir læknir.

Pétur Dam Leifsson (sign.)

Berglind Guðmundsdóttir (sign.)

Guðrún Karlsdóttir (sign.)