

Band 276

Schriften zum
deutschen,
europäischen und
vergleichenden
Zivil-, Handels-
und Prozessrecht

Wudarski/Stürner/Menne (Eds.)

The State's Powers to Intervene in Family Life

GIESE
KING

SCHRIFTEN ZUM DEUTSCHEN, EUROPÄISCHEN UND
VERGLEICHENDEN ZIVIL-, HANDELS- UND PROZESSRECHT

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h. c. F. W. Bosch (†), Bonn

Prof. Dr. Dr. h. c. H. F. Gaul, Bonn

Prof. Dr. Nina Dethloff, LL. M. (Georgetown), Bonn

Band 276

VERLAG ERNST UND WERNER GIESEKING, BIELEFELD

The State's Powers to Intervene in Family Life

edited by

Prof. Dr. Arkadiusz Wudarski, MAE (†)

posthumous editors:

Prof. Dr. Michael Stürner, M. Jur. (Oxford)

Dr. Martin Menne

2026

VERLAG ERNST UND WERNER GIESEKING, BIELEFELD

DEUTSCH	POLSKO
POLNISCHE	NIEMIECKA
WISSENSCHAFTS	FUNDACJA
STIFTUNG	NA RZECZ NAUKI

Gefördert aus Mitteln der
Deutsch-Polnischen Wissenschaftsstiftung



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

2026

© Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH
Deckertstr. 30
33617 Bielefeld
www.gieseking-verlag.de
kontakt@gieseking-verlag.de

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons
Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“
(CC BY-NC-ND 4.0). Der Lizenztext ist abrufbar unter
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Jede Verwendung, die nicht von dieser genannten Lizenz umfasst ist,
ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.
Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und
Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Lektorat: Dr. iur. Jobst Conring

Satz: Publikations Atelier, Weiterstadt
Gesamtherstellung: CPI books GmbH, Leck

ISBN 978-3-7694-1345-8
eISBN 978-3-7694-1355-7
DOI 10.61066/978-3-7694-1355-7

Preface

The protection of individuals against arbitrary interference by the state in their family life is one of the most fundamental and important rights of defence guaranteed by numerous supranational and national standards, including Article 12 of the Universal Declaration of Human Rights, Article 16 of the UN Convention on the Rights of the Child, Article 8 of the European Convention on Human Rights, Article 7 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and Article 6 of the German Basic Law – the state must leave the primacy and autonomy of parents in the care and upbringing of their children fundamentally untouched. In the modern state, however, this also includes the protection of family life: the state monitors the care and upbringing of children by their parents. It counters parental misconduct and ensures that parental actions are in line with the best interests of the child.

The standards for the limits of state intervention in family life are difficult to define due to the diversity of living conditions. However, the central idea is always the welfare of the child, which must be given priority. State intervention must do justice to this. In addition, the intervention must always be proportionate and – as Article 8(2) of the European Convention on Human Rights states – necessary in a democratic society. The existence and effectiveness of institutional guarantees and protective mechanisms designed to limit state intervention and prevent wrong decisions are of crucial importance in this context.

This work addresses this tension: the numerous comparative law and interdisciplinary contributions from all parts of the world, which highlight different aspects of the topic, come together to form a comprehensive whole and illustrate the role and limits of state influence on family life between the welfare of the child, family autonomy and state intervention, as seen from a practical perspective.

Arkadiusz Wudarski, the initiator and driving force behind this research project, sadly did not live to see the publication of the work. He died suddenly and unexpectedly on 1 February 2025 during a mountain expedition in the Argentine Andes, leaving a painful gap, both professionally and personally. This volume is dedicated to his memory.

The undersigned posthumous editors, who had been closely associated with Arkadiusz Wudarski for many years, therefore undertook to bring the project he had conceived and which was nearing completion – figuratively speaking – over the finish line. The top priority was to complete the concept and

content of the volume in the spirit of its mastermind, as he had imagined and desired.

This preface also provides an opportunity to present the life and work of Arkadiusz Wudarski (see Stürner, GPR 2025, 50–51). After studying law at the University of Silesia in Katowice (Uniwersytet Śląski w Katowicach) and simultaneously obtaining master's degrees in German philology and educational science, Arkadiusz Wudarski obtained his doctorate and habilitation at the University of Hamburg, both under the supervision of the late Peter Mankowski, who also passed away far too young and to whom he was closely connected (as evidenced by his moving obituary in GPR 2022, 53–56). Since 2010, he held the chair of Polish and European private law and comparative law at the European University Viadrina Frankfurt (Oder). At the same time, he held a research professorship at the University of Szczecin (Uniwersytet Szczeciński) from 2023. Prior to that, he was head of the Chair of Civil Law, Civil Procedure Law and Comparative Private Law at the University of Zielona Góra (Uniwersytet Zielonogórski) from 2014 to 2023. He was Secretary General of the Societas Humboldtiana Polonorum from 2013 to 2016 and Vice-President from 2016 to 2019, and President of the Polish-Georgian Lawyers' Association, which he co-founded in 2023. Among the numerous scholarships and honours he has received, it is particularly noteworthy that in 2020 he was awarded the Science Prize of the Prime Minister of the Republic of Poland for outstanding habilitation achievements. In 2023, he was appointed to the Academia Europaea (London), having already been elected a member of the International Academy of Comparative Law (Paris) in 2021. Arkadiusz Wudarski's scientific and academic work was largely devoted to comparative law. He made a lasting impact in the field of land registry law, setting new standards with his widely reviewed anthology 'Das Grundbuch im Europa des 21. Jahrhunderts' (The Land Registry in 21st Century Europe), published in 2016. In addition, he had a profound research interest in inheritance and family law, where he dealt with topics such as digital inheritance, child welfare, the legal status of fathers, and parenthood. The present volume is impressive testimony to the global reach of Arkadiusz's work. Most recently, he was instrumental in organising and running the Humboldt College 'Challenges of Comparative Law in the 21st Century', which took place in Szczecin/Stettin in October 2024. The recently published anthology 'Successes and Failures of Legal Transfer', which he edited together with Romana Cierpiał-Magnor and Martin Winner (2024), certainly belongs to the comparative law summation of his work. This work follows on from an intensive study of the significance of comparative law for the development of Polish law, which was published as part of a larger research project entitled

‘Polska Komparatystyka Prawa. Prawo obce w doktrynie prawa polskiego’ (Polish Comparative Law. Foreign Law in Polish Legal Doctrine), published in 2016.

Without exaggeration, however, Arkadiusz Wudarski’s life’s work can be described as promoting German-Polish exchange, which he did with great commitment on both an academic and personal level. At home in both countries, he was a master at bringing people together. With charm, humour and his own unique determination, he was able to overcome boundaries and build bridges. Numerous project grants from the German-Polish Science Foundation/Polsko-Niemiecka Fundacja na rzecz Nauki bear witness to this. Even before his appointment in Frankfurt (Oder), he organised a major German-Polish conference at the European Legal Studies Institute in Osnabrück, where most of the presentations were devoted to EU private law. The conference proceedings, edited jointly with his long-time mentor Christian von Bar, were published by Sellier in 2012 under the title ‘Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft’ (‘Germany and Poland in the European Legal Community’).

Arkadiusz Wudarski recognised the potential conflict between the welfare of children and the protection of family life as a key area of legal research and developed an interdisciplinary research framework. He convinced the German-Polish Science Foundation of his concept and secured project funding. For him, the project was a scientific response to current social developments, particularly in German-Polish family relationships. It was intended to counterbalance the views expressed in the mass media, which are often polemical and confrontational and based on stereotypes. The approach was to be comparative in nature and carried out in a broad international and cross-border context in order to open up new and far-reaching research perspectives and promote the search for innovative solutions. At the same time, the research project also sees itself as part of the debate on identity and the permanence of European values. In order to enable an outside perspective, the focus is not limited to the EU member states, but includes the perspective of legal systems from all continents.

Since the start of the project, numerous scientific events have taken place, particularly in the years 2021–2023, in which various aspects of the topic have been examined and explored in depth. The highlight was the two international conferences on 28 March and 4 April 2022. This volume is based primarily on the presentations given at these conferences. Arkadiusz Wudarski undertook the Herculean task of editing an anthology with 26 contributions from 35 authors with his characteristic meticulousness and tenacity. His wife, Agata Wudarska, accompanied the laborious copy-editing of the

English manuscripts with exemplary precision and perseverance. It is mainly thanks to her that the volume is now ready for printing. Fabian Böwe did the proofreading and the footnote work of the German papers, while Michelle Wrobel provided invaluable help with formatting. At the Chair of Polish and European Private Law and Comparative Law at the European University Viadrina, Dr Liudmila Tsarova was responsible for coordinating with the authors and proofreading the manuscripts, a task which she accomplished with great thoroughness and reliability. We are also very grateful to her for her valuable work. The European University Viadrina and the Collegium Polonicum have unfailingly supported the continuation and completion of the project. In particular, we would like to express our sincere thanks to the Dean of the Faculty of Law, Prof Dr Benjamin Lahusen, and the acting Director of the Collegium Polonicum, Dr Bartosz Jagura, for their support.

The centrepiece of the work is the Comparative Final Report, which Arkadiusz Wudarski conceived and structured but sadly was unable to complete. Mark Henaghan and Jean Choi took on the challenging task of bringing the project to a close. Their lucid and informative presentation, for which we are very grateful, outlines the main issues surrounding the research topic. Arkadiusz Wudarski would certainly have enjoyed and cherished this contribution.

The work has found a worthy home in the 'Schriften zum deutschen, europäischen und vergleichenden Zivil-, Handels- und Prozessrecht' (Book Series on German, European and Comparative Civil, Commercial and Procedural Law). We would like to express our sincere thanks to the editors of the series, Professors Dr Nina Dethloff, LL.M. and Dr Dr hc Hans Friedhelm Gaul, as well as the publishing house Ernst und Werner Gieseking for including this perhaps somewhat unusual project in the series and for their continuing support. Dr Jobst Conring provided exemplary and attentive support throughout the printing process.

The volume could not have been published without the generous support of the German-Polish Science Foundation, to whom we would also like to express our sincere thanks.

Konstanz and Berlin, October 2025

Michael Stürner
Martin Menne

Vorwort

Der Schutz des Einzelnen vor willkürlichen Eingriffen in sein Familienleben seitens des Staates ist eines der vornehmsten und wichtigsten Abwehrrechte, das von zahlreichen supranationalen und nationalen Normierungen – u.a. Art. 12 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Art. 16 UN-Kinderrechtskonvention, Art. 8 Europäische Menschenrechtskonvention, Art. 7 Grundrechtecharta der Europäischen Union oder Art. 6 des deutschen Grundgesetzes – gewährleistet wird: Der Staat muss das Primat und die Autonomie der Eltern bei der Pflege und Erziehung ihrer Kinder grundsätzlich unangetastet lassen. Im modernen Staat gehört dazu aber auch der Schutz des Familienlebens: Der Staat wacht zugleich über die Pflege und Erziehung des Kindes durch die Eltern. Er tritt elterlichem Fehlverhalten entgegen und stellt sicher, dass das Elternhandeln mit dem Kindeswohl im Einklang steht.

Die Maßstäbe für die Grenzen staatlicher Eingriffe in das familiäre Leben lassen sich aufgrund der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse nur schwer fassen. Zentraler Gedanke ist dabei jedoch immer das Kindeswohl, das vorrangig zu berücksichtigen ist. Staatliche Eingriffe müssen ihm gerecht werden. Zudem muss der Eingriff stets verhältnismäßig sein und – wie Art. 8 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention es ausdrückt – in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein. Von entscheidender Bedeutung sind dabei das Vorhandensein und die Effektivität institutioneller Garantien und Schutzmechanismen, durch die staatliche Eingriffe begrenzt und Fehlentscheidungen verhindert werden sollen.

In diesem Spannungsverhältnis bewegt sich das vorliegende Werk: Die zahlreichen rechtsvergleichenden, interdisziplinären Beiträge aus allen Teilen der Welt, die unterschiedliche Einzelaspekte der Thematik schlaglichtartig beleuchten, fügen sich zusammen zu einem großen Ganzen und bilden die Rolle und die Grenzen der staatlichen Einflussnahme auf das Familienleben zwischen Kindeswohl, Familienautonomie und staatlichen Interventionen so ab, wie es sich aus der Sicht der Praxis darstellt.

Arkadiusz Wudarski, der Initiator und Taktgeber dieses Forschungsprojektes, kann das Erscheinen des Werkes leider nicht mehr erleben. Er ist am 1. Februar 2025 plötzlich und unerwartet während einer Bergexpedition in den argentinischen Anden verstorben und hinterlässt eine schmerzliche Lücke, fachlich wie menschlich. Seinem Andenken ist das Werk gewidmet.

Die beiden Unterzeichner, die Arkadiusz Wudarski jahrelang eng verbunden waren, haben es deshalb posthum unternommen, das von ihm konzipierte, kurz vor der Fertigstellung stehende Projekt – bildlich gesprochen – über die

Ziellinie zu bringen. Oberste Priorität hatte dabei das Desiderat, Konzeption und Inhalt des Bandes im Geiste seines *spiritus rector* so zu vollenden, wie er es sich vorgestellt und gewünscht hat.

Dieses Vorwort bietet dabei auch Veranlassung, Leben und Werk von Arkadiusz Wudarski darzustellen (dazu bereits *Stürner*, GPR 2025, 50). Arkadiusz Wudarski hat nach dem Studium der Rechtswissenschaften an der Schlesischen Universität Kattowitz (*Uniwersytet Śląski w Katowicach*) und dem parallelen Erwerb von Masterabschlüssen in deutscher Philologie und in Erziehungswissenschaft bei dem ebenfalls viel zu früh verstorbenen *Peter Mankowski*, dem er eng verbunden war (hiervon zeugt sein bewegender Nachruf in GPR 2022, 53–56), an der Universität Hamburg promoviert und habilitiert und war seit 2010 Inhaber der Professur für Polnisches und Europäisches Privatrecht sowie Rechtsvergleichung an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder). Gleichzeitig hatte er seit 2023 eine Forschungsprofessur an der Universität Stettin (*Uniwersytet Szczeciński*) inne; zuvor war er von 2014–2023 Leiter des Lehrstuhls für Zivilrecht, Zivilprozessrecht sowie Privatrechtsvergleichung an der Universität Zielona Góra (*Uniwersytet Zielonogórski*) gewesen. Er war von 2013–2016 Generalsekretär und von 2016–2019 stellvertretender Präsident der *Societas Humboldtiana Polonorum* und seit 2023 Präsident der von ihm mitgegründeten Polnisch-Georgischen Juristenvereinigung. Aus den zahlreichen Stipendien und Ehrungen, die ihm zuteilwurden, ist besonders hervorzuheben, dass ihm 2020 der Wissenschaftspreis des Premierministers der Republik Polen für herausragende Habilitationsleistung verliehen wurde. 2023 wurde er in die *Academia Europaea* (London) berufen, nachdem er bereits 2021 zum Mitglied der *International Academy of Comparative Law* (Paris) gewählt worden war.

Das wissenschaftliche und akademische Wirken von Arkadiusz Wudarski war ganz maßgeblich der Rechtsvergleichung gewidmet. Hier hat er etwa im Bereich des Grundbuchrechts nachhaltig gewirkt und vor allem mit dem von ihm herausgegebenen, breit rezensierten Sammelband „Das Grundbuch im Europa des 21. Jahrhunderts“ (2016) Maßstäbe gesetzt. Daneben galt ein vertieftes Forschungsinteresse dem Erb- und Familienrecht, wo er sich etwa mit den Themen digitaler Nachlass, Kindeswohl, rechtliche Stellung des Vaters oder Elternschaft auseinandergesetzt hat. Der vorliegende Band zeugt eindrucksvoll von der weltweiten Reichweite von Wudarskis Wirken. Zuletzt war er maßgeblich an der Organisation und Durchführung des Humboldt-Kollegs „Herausforderungen der Rechtsvergleichung im 21. Jahrhundert“ beteiligt, das im Oktober 2024 in Szczecin/Stettin stattfand. Zur rechtsvergleichenden Summe seines Wirkens gehört sicherlich auch der jüngst erschienene Sammelband „Erfolge und Misserfolge des Rechtstransfers“, den er zusammen mit *Romana*

Cierpial-Magnor und *Martin Winner* herausgegeben hat (2024). Dieses Werk knüpft an eine intensive Beschäftigung mit der Bedeutung der Rechtsvergleichung für die polnische Rechtsentwicklung an, das im Rahmen eines größeren Forschungsprojektes unter dem Titel „*Polska Komparatystyka Prawa. Prawo obce w doktrynie prawa polskiego*“ (Polnische Rechtsvergleichung. Ausländisches Recht in der polnischen Rechtslehre) (2016) veröffentlicht wurde.

Als Wudarskis Lebensthema aber kann man ohne Übertreibung den deutsch-polnischen Austausch bezeichnen, den er überaus engagiert auf wissenschaftlicher, aber auch auf persönlicher Ebene befördert hat. In beiden Ländern gleichermaßen beheimatet, war er ein Meister darin, Menschen zusammenzubringen. Mit Charme, Humor und einer ihm eigenen Zielstrebigkeit konnte er Grenzen überwinden und Brücken bauen. Zahlreiche Projektförderungen durch die Deutsch-Polnische Wissenschaftsstiftung/*Polsko-Niemiecka Fundacja na rzecz Nauki* legen hiervon Zeugnis ab. Noch vor seiner Berufung nach Frankfurt (Oder) hat er eine große deutsch-polnische Tagung am European Legal Studies Institute in Osnabrück organisiert, deren Vorträge größtenteils dem Unionsprivatrecht gewidmet waren. Der gemeinsam mit seinem langjährigen Mentor *Christian von Bar* herausgegebene Tagungsband ist 2012 unter dem Titel „Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft“ bei Sellier erschienen.

Arkadiusz Wudarski hat das potentielle Spannungsfeld zwischen Kindeswohl und Schutz des Familienlebens als ein zentrales juristisches Forschungsfeld erkannt und einen interdisziplinären Forschungsrahmen entwickelt. Er hat die Deutsch-Polnische Wissenschaftsstiftung von seinem Konzept überzeugt und Projektgelder eingeworben. Für ihn war das Projekt eine wissenschaftliche Antwort auf aktuelle gesellschaftliche Entwicklungen, insbesondere in deutsch-polnischen Familienbeziehungen. Es sollte ein Gegengewicht bilden zu den in den Massenmedien geäußerten Ansichten, die oft polemisch und konfrontativ sind und auf Stereotypen basieren. Der Ansatz sollte rechtsvergleichender Natur sein und in einem breiten internationalen und grenzüberschreitenden Umfeld durchgeführt werden, um neue und weitreichende Forschungsperspektiven zu eröffnen und die Suche nach innovativen Lösungen zu fördern. Gleichzeitig versteht sich das Forschungsprojekt auch als Teil der Debatte über Identität und Beständigkeit europäischer Werte. Um auch eine Außenperspektive zu ermöglichen, beschränkt sich der Fokus dabei nicht auf die EU-Mitgliedstaaten, sondern bezieht die Perspektive von Rechtsordnungen aller Kontinente mit ein.

Seit Projektbeginn fanden vor allem in den Jahren 2021-2023 zahlreiche wissenschaftliche Veranstaltungen statt, in denen verschiedene Aspekte des Themas beleuchtet und vertieft wurden. Den Höhepunkt bildeten dabei die beiden

internationalen Konferenzen am 28. März und am 4. April 2022. Vor allem auf die dort gehaltenen Vorträge geht der vorliegende Band zurück. Arkadiusz Wudarski hat die Herkulesaufgabe der Herausgeberschaft eines Sammelwerkes mit 26 Beiträgen von 35 Autorinnen und Autoren mit der ihm eigenen Akribie und Hartnäckigkeit übernommen. Seine Frau Agata Wudarska hat die mühevollere Vorbereitung der Drucklegung der englischen Manuskripte mit vorbildlicher Präzision und Ausdauer begleitet. Vor allem ihr verdanken wir die Druckreife des Bandes. *Fabian Böwe* übernahm das Korrekturlesen und die Vereinheitlichung der Fußnoten der deutschen Beiträge, während *Michelle Wrobel* bei der Formatierung wertvolle Hilfe leistete. An der Professur für Polnisches und Europäisches Privatrecht und Rechtsvergleichung der Europa-Universität Viadrina hat Frau Dr. *Liudmila Tsarova* mit großer Gründlichkeit und Zuverlässigkeit die Koordinierung mit den Autoren und die Manuskriptkorrektur verantwortet. Auch ihr sind wir sehr zum Dank für ihre wertvolle Arbeit verpflichtet. Die Europa-Universität Viadrina und das Collegium Polonicum haben die Fortführung und Vollendung des Projektes stets vorbehaltlos und uneigennützig unterstützt. Stellvertretend sei dem Dekan der Juristischen Fakultät, Prof. Dr. Benjamin Lahusen, sowie dem amtierenden Direktor des Collegium Polonicum, Dr. Bartosz Jagura, sehr herzlich für ihre Unterstützung gedankt.

Herzstück des Werkes ist der Comparative Final Report, den Arkadiusz Wudarski konzipiert und strukturiert hat, aber nicht mehr fertigstellen konnte. *Mark Henaghan* und *Jean Choi* haben die anspruchsvolle Aufgabe übernommen, das Projekt zu Ende zu bringen. Ihre luzide und informative Darstellung, für die wir zu großem Dank verpflichtet sind, zeigt die großen Linien der Problematik des Forschungsthemas auf. Sicherlich hätte Arkadiusz Wudarski an diesem Beitrag seine Freude gehabt.

In den „Schriften zum deutschen, europäischen und vergleichenden Zivil-, Handels- und Prozessrecht“ hat das Werk eine würdige Heimat gefunden. Der Herausgeberin und dem Herausgeber der Reihe, Frau Prof. Dr. *Nina Dethloff*, LL.M. und Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. *Hans Friedhelm Gaul*, sowie dem Verlag Ernst und Werner Gieseking danken wir herzlich für die Aufnahme in die Reihe und die Förderung dieses vielleicht etwas ungewöhnlichen Projektes. Herr Dr. *Jobst Conring* hat die Drucklegung in jeder Hinsicht vorbildlich und zugewandt begleitet.

Der Band hätte nicht erscheinen können ohne die großzügige Förderung des Projektes durch die Deutsch-Polnische Wissenschaftsstiftung, der wir auch an dieser Stelle herzlich Dank sagen.

Table of Contents

List of Contributors	XVII
Abbreviations	XXVII

Part 1 – Overarching Issues

Arkadiusz Wudarski (†) / Jean Choi / Mark Henaghan

The State's Powers to Intervene in Family Life: Comparative Final Report	3

Peter Mankowski (†) / Arkadiusz Wudarski (†)

Das Kindeswohl als Legitimation für staatliche Eingriffe im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht	59

Part 2 – Europe

Barbara Beclin

Staatliche Eingriffe in Familien in Österreich – Rechtsschutzdefizite	75

Johan Put / Liese Hofkens

Between the Obligation to Protect and the Prohibition to Interfere: Child Protection in Flanders (Belgium)	133

Velina Todorova

Child Protection System in Bulgaria: Achievements and Challenges	165

Irena Majstorović / Ivan Šimović

State Intervention into Family Life: In Quest of the Golden Mean – the Example of Croatia	193

Tobias Helms / Stephanie Schneider

Die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts auf dem Gebiet des Kinderschutzes	221

Thomas Meysen

Jugendämter: zentrale Akteure für Hilfe zur elterlichen Erziehung und Schutz bei Kindeswohlgefährdung in Deutschland	251

Gintautas Sakalauskas / Fabian Böwe

Sicherung des Kindeswohls im Spannungsverhältnis zwischen Staat und Familie in Litauen	281

Ivan Sammut

Parental Alienation in Family Court in Malta and the Lack of State Intervention or Proper Preventative Legislation	305

Geeske Ruitenbergh

Dutch Powers to Intervene in Family Life – with a Focus on Youth Care and Child Protection: A Continuous Process of Development	329

Jacek Wierciński

The State's Power to Remove Children from their Parents without a Court's Order in Poland	367

Arkadiusz Wudarski (†)

The 'Family Assistant' in the Polish Child Care System: Between Theory and Practice	385

Michelle Donnelly

State Intervention in the Scottish Children's Hearings System: Welfare, Proportionality and Participation	409

Ana Samobor

The State's Power to Intervene in Family Life in Slovenia	449

Monica Navarro-Michel

Child Protection in Spain: At the Crossroads between Public and Private Law	477

Gisela Kilde

Staatliche Eingriffsbefugnisse im Schweizer Kinderschutz mit einem Blick auf die Familien mit Migrationshintergrund	501

Zafer Zeytin / Karen Klein

Staatliche Maßnahmen zum Schutz des Familienlebens in der türkischen Rechtspraxis	531

Part 3 – Africa*Jerobon Nelly Tuitoek / Tomasz Milej*

- In the Child's best Interest: Scope and Limits of State's Power to Intervene in Family Life in Kenya 557

Zaida Essop / Christa Rautenbach

- State Protection of Children's Rights: A Close Link between Private and Public Child Services in South Africa 589

Part 4 – Asia*Yuko Nishitani / Mika Aotake*

- Significance and Limitation of State Intervention into Family Relationships in Japan 637

Cheolung Je

- State Intervention in Family Life for the Protection of Children in Korea 671

Part 5 – The Americas*Carlos Nelson Konder / Cíntia Muniz de Souza Konder*

- State Intervention and Family Life in Brazil: Bias Behind Child Protection Non-intervention Policies 691

Bernard P. Perlmutter

- (After Babel) Stories of State Regulation of Immigrant Parent-Child Conversations: A Comparative Study 713

Maxine Eichner

- Slow to Support Families, Quick to Remove Children: US Exceptionalism in the Role of Government in Children's Lives 745

Part 6 – Australia and Oceania*Mark Henaghan / Jean Choi*

- State Removal of Children in Aotearoa New Zealand: A shameful Destruction of Māori whānau 773

List of Contributors

Mika Aotake (Dr. iur., Kyoto) is Professor of Civil Law, Family Law, and Inheritance Law at Osaka University Law School. From 2017 to 2019, she was a visiting researcher at Max Planck Institute for Comparative and International Private Law. She also serves as a member of the Special Committee on Law Schools under the Central Council for Education of the Ministry of Education, Culture, Sports, Science and Technology.

Barbara Beclin (Dr. iur., Vienna) is tenured Assistant Professor of Civil Law at the University of Vienna. From 2014 to 2016 she also served as Chairperson of Senate I of the Equal Treatment Commission at the Federal Chancellery (against discrimination in employment). From 2017 to 2019 she held the position of the Executive Director of a Parliamentary Group in the Federal Council. Her areas of research include family law, law of non-marital partnership, children's constitutional rights and procedural guarantees in child welfare cases, foster care reform, and legal history.

Fabian Böwe (LL.B., European University Viadrina) is Research Assistant at a major international law firm, advising on complex national and cross-border corporate and private law matters. Previously, he worked at the Chair of Polish and European Private Law and Comparative Law at Viadrina, Frankfurt (Oder), focusing on comparative legal analysis and the interplay between national and European legal frameworks. His research interests include cross-border family law (particularly the role of youth welfare authorities), regulatory frameworks for robo-advisors in online insurance sales, and corporate law issues.

Jean Grace Choi is an Optometrist with TPA endorsement and enrolled Barrister and Solicitor of the High Court of New Zealand. She graduated from Optometry in 2014 and Law with Honours in 2024 from the University of Auckland. She taught clinical optometry at the Faculty of Health and Medical Sciences, and works as a Research Fellow assisting Professor Mark Henaghan at the University of Auckland Law School.

Michelle Donnelly (Ph.D., PG Cert., LL.B. Hons.) is Lecturer in Law at the University of Strathclyde, Glasgow, Scotland. She is a Fellow of the Higher Education Academy and member of the International Society of Family Law and Socio-Legal Studies Association. She contributes to the CRC Implementation Project and British Academy Childhood Policy Programme. She is

currently a Co-Investigator for a programme of research funded by the Nuffield Foundation: Challenging Justice Inequalities with Children in Conflict with the Law.

Maxine Eichner (J.D., Yale, Ph.D., UNC-Chapel Hill) is the Graham Keenan Professor of Law at UNC School of Law. She writes on issues of families and inequality, including the family support and child protection systems.

Zaida Essop (LL.B., LL.M., North-West University) is the Director of the University of Cape Town Law Clinic and lectures Legal Practice to final-year LLB students. Admitted Attorney of the High Court of South Africa and member of the Legal Practice Council. From 2020 to 2024, she served as a Lecturer at North-West University, Potchefstroom Campus. Her areas of specialisation include access to justice, family law, civil litigation, domestic violence, maintenance, childcare and protection, and family mediation. She was awarded best first time presenter at the Southern African Law Teachers Conference (2022). Her areas of research are family law, children's rights, children's education rights, civil procedure, access to justice, and clinical legal education.

Tobias Helms (Dr. iur., Freiburg im Breisgau) is Professor of Civil Law, Comparative Law and Private International Law at the University of Marburg, Germany. He is co-editor of the family law journal "Zeitschrift für das gesamte Familienrecht" (FamRZ) and responsible editor of the family law journal "Das Standesamt" (StAZ).

Mark Henaghan (Doctor of Laws, University of Otago) is Professor of Law at the University of Auckland in Aotearoa New Zealand. His primary area of research and teaching is in all aspects of Family Law. He is an elected Fellow of the Royal Society of New Zealand, Associate Fellow of the International Academy of Family Lawyers, and Co-Chair of the Academic Liaison Team of the International Academy of Family Lawyers.

Liese Hofkens studied law (major in private law, minor in criminal law) at the Faculty of Law of the University of Leuven – KU Leuven (Belgium) where she graduated *magna cum laude* in July 2020. Since September 2020, she has been member of the Institute for Social Law (ISR) and affiliated member of the Leuven Institute of Criminology (LINC), where she works as a fulltime teaching assistant and doctoral researcher. She is preparing a Ph.D. on the right to family life within the Flemish child protection system. In addition, she has already contributed to various studies on youth

protection law and was a member of the Flemish Supervisory Committee for Youth Institutions.

Cheolung Je (Ph.D., Seoul National University) is Professor of Law at Hanyang University of the Republic of Korea, and has served as the chief of Korean Research Center for Guardianship and Trusts since 2016. He convened the 5th World Congress on the Adult Guardianship, held in October 2018 in Seoul, in capacity of vice-president of Korean Adult Guardianship Association, and has engaged in numerous research projects launched by the Ministry of Health and Welfare and the Ministry of Justice in Korea for the improvement of human rights of vulnerable adults and looked-after children. He conducted research at Trier University in Germany with a scholarship of the Alexander von Humboldt Foundation in 1998 and was awarded the red stripes Order of Service Merit in 2018 by the President of the Republic of Korea for his contribution to the human rights improvement of persons with mental illness. His research interest has ranged from family law and social welfare law to property law, inheritance law and trust law.

Gisela Kilde (Dr. iur., Fribourg/CH) is Professor in Private law at the Zurich University of Applied Sciences in Winterthur, Switzerland, and Lecturer at the Institute for Family Research and Counseling at the University of Fribourg, Switzerland and at the FernUni Switzerland. She is member of the scientific advisory board of PACH Foster and Adoptive Children Switzerland and board member of Kinderanwaltschaft Schweiz.

Karen Klein (Dr. iur., Mannheim) is Faculty Coordinator and Lecturer for the German Academic Exchange Service (DAAD) at the Turkish-German University (TDU) in Istanbul, Türkiye. From 2011 to 2016, she worked as an attorney at a corporate law firm in Germany, specializing in compliance, internal investigations, and management board liability. During that time, she also lectured on legal rhetoric and presentation techniques at the University of Mannheim, Germany.

Carlos Nelson Konder (Dr. iur., UERJ/Brazil; M.Juris, UERJ/Brazil; Spec. Camerino/Italy) is Professor of Civil Law and Comparative Law at the University of the State of Rio de Janeiro – UERJ and at the Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro – PUC-Rio (Brazil), in both undergraduate and postgraduate courses. He also acts as legal expert and arbitrator. He has held visiting research at the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg (Germany).

Cíntia Muniz de Souza Konder (Dr. iur., UERJ/Brazil; M. Juris, UFF/Brazil) is Professor of Civil Law and Family Law at the Federal University of Rio de Janeiro – UFRJ. She also teaches at University of the State of Rio de Janeiro – UERJ and Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro – PUC-Rio (Brazil) postgraduate courses. She has held visiting research at the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg (Germany).

Irena Majstorović is Professor of Family Law, Faculty of Law of the University of Zagreb, Croatia, teaching at the studies of law, social work and public administration, as well as several postgraduate studies – civil and family law, children's rights, family mediation, paediatrics and family medicine. She is Deputy Head of the Interdisciplinary master studies in children's rights at the University of Zagreb, member of several working groups for the drafting of legal acts relevant for the area of family law in Croatia, including the Croatian Family Act, and member of the International Society for Family Law. She was executive editor of the Collected Papers of the Faculty of law Zagreb (2004–2011) and editor-in-chief of the Croatian Academy of Legal Sciences Yearbook (2017–2021). Her areas of research include europeanisation of family law, the rights of the child and the protection of vulnerable groups in general.

Peter Mankowski (1966–2022), Dr. iur. (Hamburg), was Professor of Civil Law, Private International Law, International Civil Procedure, and Comparative Law at the University of Hamburg, Germany, since 2001. He held numerous academic positions, including Member of the Board of the International Max Planck Research School for Maritime Affairs (2001–2015), and Member of the Executive Board of the Association of Hamburg Lawyers. He was member of the Deutscher Rat für Internationales Privatrecht and editor of a number of law journals; he authored more than 1,500 publications.

Martin Menne (Dr. iur., Freiburg im Breisgau) is Appellate Judge in Family Matters at the Berlin Appellate Court – Kammergericht Berlin – and German Liaison Judge within the European Judicial Network in Civil and Commercial matters. His legal education includes studies in law at the Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg im Breisgau, the Université de Bourgogne, Dijon/France and the Johannes-Gutenberg-Universität, Mainz. He was an assistant professor at the University of Bale, Switzerland, and the Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg im Breisgau.

Thomas Meysen (Dr. iur., Freiburg im Breisgau) is managing director at SOCLES International Centre for Socio-Legal Studies in Heidelberg/Berlin, Germany. The national and international research at SOCLES takes a decidedly interdisciplinary approach. It covers a broad spectrum of the interplay between law and society in the fields of family, child protection, child and youth welfare, inclusion, gender based violence, democracy and violent extremism.

Tomasz Milej (Dr. iur. and habilitation, University of Cologne) is Adjunct Professor at the Department of Mercantile Law, Faculty of Law at University of the Free State, Bloemfontein, South Africa. He is specializing in public international law, the law of regional integration, and comparative constitutional law. He graduated from the European University Viadrina in Frankfurt (Oder) with a degree in German law and from Adam Mickiewicz University in Poznań with a degree in Polish law. Beginning in 2002 he lectured in Frankfurt (Oder) and subsequently at the University of Cologne. In 2014, he took up a DAAD long-term lectureship at the University of Dar es Salaam. Since 2016, he has been a professor at Kenyatta University, where he chaired the Department of Public Law from 2022 to 2025. He also serves as Chairperson of the Advisory Board of AfriTrade Consulting Group. He received the Law Teacher of the Year Award by the Nairobi Branch of the Law Society of Kenya (2022) and the Officer's Cross of the Order of Merit of the Republic of Poland (2024).

Monica Navarro-Michel (Dr. iur., Barcelona) is Associate Professor of Civil Law at the University of Barcelona. She is currently director of the Research Institute TransJus at UB. She was vicedean for research and international relations at the University of Barcelona from 2011 to 2016. She has held visiting positions at Nova Southeastern University in Florida (USA), KU Leuven (Belgium), Universidade do Porto (Portugal), Universidad Autónoma (Chile).

Yuko Nishitani (Dr. iur., Heidelberg; M.Juris, Kyoto) is Professor of International Private and Business Law at Kyoto University, Japan. She is Vice-President of the Hague Academy of International Law. She has held visiting professorships at NYU and Duke in the U.S., as well as in Belgium, Italy, Switzerland, Israel, and Taiwan. She has served in several legislative committees and been a delegate of Japan to the HCCH.

Bernard P. Perlmutter is Professor of Law at the University of Miami School of Law. He teaches and produces scholarship in the areas of Family Law, Transnational Family Law, and Children and the Law. He also serves as the Co-Director of the Children & Youth Law Clinic, in which law students under faculty supervision provide legal representation for children in the Florida foster care system and immigrant children in federal cases. Professor Perlmutter was a Research Fellow at the European University Viadrina Frankfurt (Oder) in 2023, and hosted Professor Arkadiusz Wudarski at University of Miami as a Kosciuszko Foundation Fellow in 2023–24.

Johan Put is full professor at the Faculty of Law of the University of Leuven – KU Leuven (Belgium). He is member of the Institute for Social Law (ISR) and affiliated member of the Leuven Institute of Criminology (LINC), in which he coordinates (together with Stefaan Pleysier) the research line ‘Youth Justice’. Since 2012, he has been assessor at the Belgian Council of State (Legislation Section). He is responsible for education in youth (protection) law and social (care) law. He is/was the promoter of about 25 PhD projects in these fields, is the author or co-author of more than 500 publications and is involved in many, often interdisciplinary and interuniversity, research projects (including the Policy Research Centre Welfare, Health and Family and the Youth Research Platform). He is member of the editorial board of various journals (including *Youth Justice*) and editor-in-chief of *Tijdschrift voor Jeugd en Kinderrechten* [Journal of Youth and Children’s Rights].

Christa Rautenbach (B. Iuris, LL.B., LL.M., LL.D., North-West University) is Professor of Law at North-West University, South Africa, and an Advocate of the High Court of South Africa. Her scholarship centres on legal pluralism, customary and indigenous law, succession, and comparative constitutional studies. She is Editor-in-Chief of the Journal of Legal Pluralism and Critical Social Analysis, President of the Commission on Legal Pluralism, and an alumna of the Alexander von Humboldt Foundation in Germany. From 2014 to 2020, she was an Ambassador Scientist of the Alexander von Humboldt Foundation, and in 2020, she was elected to the Academy of Science of South Africa. She has held fellowships and visiting positions at institutions including the Käte Hamburger Center for Advanced Study in the Humanities “Law as Culture” in Bonn, Germany, Tilburg University (Netherlands), and the European Centre for Minority Issues in Flensburg, Germany.

Geeske Ruitenbergh is Associate Professor at the Department of Private Law, Faculty of Law of Vrije Universiteit Amsterdam, the Netherlands. She is

leader of the research programme of the Amsterdam Centre for Family & Law (ACFL) and member of the Amsterdam Law and Behavior Institute (A-LAB).

Gintautas Sakalauskas is Associate Professor at the Department of Criminal Justice, Faculty of Law of Vilnius University. He is member of Lithuanian Criminologists Association (chairman 2010–2012, 2018–2021), European Society of Criminology, editorial team of the professional periodical ‘Criminological studies’, International Penal and Penitentiary Foundation (IPPF), Clemency Commission under the President of the Republic of Lithuania, Council of Social Work under the Ministry for Social Security and Labour of the Republic of Lithuania, and one of the founders and member of the boards of two non-governmental organisations (founded in 2000 and 2015) working with children and their families. He is research fellow of the Alexander von Humboldt Foundation, the Research Council of Lithuania, and the University of Greifswald. His areas of research include criminal policy, criminology, imprisonment, probation, restorative justice, children’s rights, juvenile delinquency and juvenile justice.

Ivan Sammut (Ph.D., London; LL.M., Bruges; M.A., B’ham; LL.D., Melit) is Associate Professor at the University of Malta, where he heads the Department of European & Comparative Law. He is also an Associate Fellow at the Institute of Advanced Legal Studies, University of London and a holder of a Jean Monnet Chair in European Law. He has served as Deputy Dean at the Faculty of Laws of the University of Malta, and his main research areas include European judicial protection, private law, and human rights.

Ana Samobor is Assistant in Constitutional Law at the Faculty of Law, University of Ljubljana. Her research focuses on human rights law, with particular emphasis on children’s rights, reproductive rights, and equality. From 2020 to early 2025, she was employed at the Department of Constitutional Law at the Faculty of Law, University of Ljubljana. During the same period, she also served as Coordinator of the Legal Clinic for Foreigners and Refugees at the Faculty and as an Intern at the Higher Court of Ljubljana. Since 2025, she has been working as a legal advisor at the non-governmental organisation Ključ Society – Centre for the Fight Against Human Trafficking.

Stephanie Schneider (Dr. iur., Marburg) is a judge at the family court in Frankfurt am Main, Germany. During her doctorate she was a member of the interdisciplinary research project “Family Models in Germany” (FAMOD) funded by the German Research Foundation (DFG).

Ivan Šimović is Associate Professor of Family Law, Faculty of Law of the University of Zagreb, Croatia, teaching at the studies of law, social work and public administration. He is member of the working group for the draft of the Croatian Family Act and former member of the Committee for gender equality of the Croatian Parliament. He is member of the International society for Family Law; Member of Croatian Academy of Legal Sciences, the Association of Youth and Family Judges and Specialists, the editorial board of two scientific journals – Annual of Social Work and Social Policy Review. His areas of legal research include Europeanisation of Family Law, the rights of children and persons with disabilities, International Child Abduction, property relations between spouses.

Michael Stürner (Dr. iur., Munich; M.Juris, Oxford) is Professor of Civil Law, Private International Law and Comparative Law at the University of Konstanz, Germany. He also serves as a judge at the Higher Regional Court in Karlsruhe, Germany. From 2019 to 2024 he served as Vice-Rector for teaching at the University of Konstanz. He has held visiting positions at the University of California at Berkeley, Boalt Hall School of Law (USA), at the University of Cambridge, Gonville & Caius College (UK), and at the University of Verona (Italy).

Velina Todorova is a jurist trained in Bulgarian Law in Sofia University 'Kl. Ohridski' and a Ph.D. in Sociology of Law. She is currently Associate Professor of Family Law and Inheritance Law at the University of Plovdiv, Bulgaria. Her research interests focus on the family law, child law and human rights. She is member of the Commission on the European Family Law (CEFL), International Society of Family Law (ISFL) and the European Family Law Academic Network (FLEUR). Member of the UN Committee on the Rights of the Child (2017–2025). Recently she has co-authored Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions and The Principles of European Family Law Revisited.

Jerobon Nelly Tuitook (LL. B., Kenyatta University; LL. M., AIELPO) is an academic and practitioner specialising in international economic law, technology law, corporate law and data protection. She is an Advocate of the High Court of Kenya, a Commissioner For Oaths and has practiced with leading regional and international firms, currently serving as an Associate at an international law firm, Clyde & Co in Nairobi. Alongside her practice, she serves as Legal Advisor to Everse Technology Africa and as Director of the Aletheia Foundation, Kenya. In academia, she contributes to the

Kenyatta University School of Law Journal on Children's Rights and has a particular research interest in children and the law. She serves as a company secretary of various companies including AB Entheos Limited, Meeko Industries Limited, AfriTrade Consulting Group and many more. She is also an active member of professional bodies including the Institute of Certified Secretaries, Chartered Institute of Arbitrators (Kenya Branch), the East Africa Mediation Society and the Law Society of Kenya.

Jacek Wierciński (Dr. hab.) is Professor at the University of Warsaw, lecturing mainly family and succession law. He is also an attorney-at-law and for over 20 years he has been advising on all aspects regarding international family law, notably on the 1980 Hague Child Abduction Convention. He has also served as Vice-Chair of the Polish Family Law Commission and acts as an advisor to the Polish Family Law Judges Association.

Arkadiusz Wudarski (1972–2025), Dr. iur. (Hamburg), was Professor for Polish and European Private Law and Comparative Law at the Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder), Germany, since 2010. He also held chairs at the University of Szczecin, Poland (since 2023), the University of Zielona Góra, Poland (2014–2023), and Jan Długosz University in Częstochowa, Poland (2010–2014). He served as Visiting Professor at the University of Vienna, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, and the University of Insubria. Since 2023, he had been President of the Association of Georgian-Polish Lawyers.

Zafer Zeytin (Prof. Dr.) studied law in Ankara and Heidelberg, where he obtained his LL.M. and Ph.D. After holding professorships in Turkey, he served at the Turkish-German University in Istanbul until 2024. He now lives in Germany, teaches Turkish Civil Law at the University of Mannheim, and works as an Avukat advising on Turkish civil law.

Abbreviations

ACEs	Adverse Childhood Experiences
ACRWC	The African Charter on the Rights and Welfare of the Child
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADD	Attention Deficit Disorder
ADHD	Attention Deficit / Hyperactivity Disorder
ADR	Alternative Dispute Resolution
AER	American Economic Review
AFCARS	Adoption and Foster Care Analysis and Reporting System
AGJ	Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe
AHMR	The African Human Mobility Review
AJP	American Journal of Psychiatry
AJPA	African Journal of Public Affairs
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
ASA	Agency for Social Assistance
ASD	Allgemeiner Sozialer Dienst
ASFA	Adoption and Safe Families Act
BBC	British Broadcasting Corporation
BBl	Bundesblatt
BCJLSJ	Boston College Journal of Law & Social Justice
BFS	Bundesamt für Statistik
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BKE	Bundeskonferenz für Erziehungsberatung e.V.
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
C.D.	Strafsenat
CA&N	Child Abuse & Neglect
CALSY	Croatian Academy of Legal Sciences Yearbook

CalYOUTH	California Youth Transitions to Adulthood Study
Cap	Chapter
CAP	Center for American Progress
CAPA	Child Abuse Prevention Act
CBO	United States Congressional Budget Office
CBPP	Center on Budget and Policy Priorities
CBS	Annual Report Youth Monitor
CC	Civil Code
CCI	Charitable Children Institutions
CCP	Code of Civil Procedure
CCRC	Constitutional Court of the Republic of Croatia
CE	Constitución Española/ Constitution of Spain
CEA	Civil Execution Act
CETS	Council of Europe Treaty Series
CF	Commonwealth Fund
CFA	Child and Families Agency
CFA	Croatian Family act
CGC	Child Guidance Center
ÇHGM	Generaldirektion für Kinderdienste
Children's White Paper	White Paper on Foreign Children: from a Viewpoint of Rights, Poverty, Education, Culture, Nationality and Symbiosis
CHS	Children's Hearings System
CIS	Sociological Research Center
CJA	Child Justice Act
CJG	Centre for Youth and Family
CJLG	Cardozo Journal of Law & Gender
CJLPP	Cornell Journal of Law & Public Policy
CLASP	Center for Law and Social Policy
Cmd.	Command Paper
CoA	Court of Appeal
COCP	Code of Organisation and Civil Procedure
CoE	Council of Europe

CONANDA	Council on the Rights of Children and Adolescents
COVID-19	Immigrants under COVID-19: Points where the Vulnerability of Japanese Society became Evident
CPA	Child Protection Agency
CPD	Child Protection Department
CPDOC	Centro de Pesquisa e Documentação Histórica Contemporânea
CPIMS	Child Protection Information Management System
CPO	Competent Agency
CPRP	Care and Protection Resource Panel
CPS	Child Protection System
CRC	United Nations Convention on the Rights of the Children
CrC	Criminal Code
CRS	United States Congressional Research Service
CSO	Compulsory Supervision Orders
CSOH	Court of Session, Outer House
CSOs	Civil Society Organisations
CTC	Child Tax Credit
CWA	Child Welfare Act
CYCJ	Children and Young People's Centre of Justice
CYRAS	Care and Protection, Youth Justice, Residential and Adoption Services
CYSR	Children and Youth Services Review
D. C. Code	Code of the District of Columbia
DC	District of Columbia
DCC	Dutch Civil Code
DCS	State Department of Children's Services
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DHA	Department of Home Affairs
DHB	District Health Board
DHHS	United States Department of Health and Human Services, Administration of Children and Families
DIJuF	Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e. V.

DOE	Department of Education
DOH	Department of Health
DOJCD	Department of Justice and Constitutional Development
DSD	Department of Social Development
DVA	Domestic Violence Act
DVPA	Domestic Violence Prevention Act
Dz. U.	Polish Journal of Laws
EAPCN	European Archives of Psychiatry and Clinical Neuroscience
East Asia	Family Law in East Asia: A Comparative Perspective
ECA	Child and Adolescent Statute
ECHR	European Convention of Human Rights
ECtHR	European Court of Human Rights
EHRR	European Human Rights Reports
EITC	Earned Income Tax Credit
EJE	European Journal of Epidemiology
eKLR	Electronic Kenya Law Reports
EKS	Amt für Erwachsenen- und Kinderschutz
EPI	Economic Policy Institute
EU	European Union
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Family Law	Family Law
FBO	Faith-Based Organisation
FCRB	Foster Care Review Board
FDP	Freie Demokratische Partei
FF	Forum Familienrecht
FFPSA	Family First Prevention Services Act
FGB	Familiengesetzbuch der DDR
FGC	Family and Guardianship Code of Poland
FGC	Family Group Conference (New Zealand)
FLR	Family Law Reports
FPIC	Family Problems Information Center

FPR	Familie Partnerschaft Recht
FRB	Federal Reserve Board
FRBSF	Federal Reserve Bank of San Francisco
FS	Festschrift
GAC	Guidelines for the Alternative Care of Children
GaFöG	Ganztagsförderungsgesetz
GAO	United States Government Accountability Office
GC	General Comment
GG	Grundgesetz
GGSRK	Grundlagen des Schutzes der Rechte des Kindes
GIRFEC	Getting It Right for Every Child
HGK	Großer Zivilsenat des türkischen Kassationshofs
HKÜ	Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung
HMSO	Her Majesty's Stationery Office
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
Imprint	The Imprint: Youth & Family News
INS	Immigration and Naturalization Service
IRPC	Intersectorale Regionale Prioriteitencommissie
IRSAA	Implementing Regulations of the Social Assistance Act
JAmt	Das Jugendamt
JEP	Journal of Economic Perspective
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JHVO	Verordnung über die Aufgaben und Arbeitsweise der Organe der Jugendhilfe
JICL	Journal of International and Comparative Law
JWG	Jugendwohlfahrtsgesetz
KCC	Korean Civil Code
KESB	Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde(n)
KFF	Henry J. Kaiser Family Foundation
KindRG	Kindschaftsrechtsreformgesetz

KJHG	Kinder- und Jugendhilfegesetz
KJHT	Kinder- und Jugendhilfe-Träger
KJSG	Kinder- und Jugendstärkungsgesetz
KKG	Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz
KKPI	Kenyans to Kenyans Peace Initiative
KNCSS	Kenya National Council for Social Services
KOKES	Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz
KSG	Türkisches Kinderschutzgesetz
LEC	Spanish Law on Civil Procedure
LEP	Limited English Proficiency
LOPJM	Civil Code and Civil Procedure Act
LT	Law and Taxes
MAB	Ministerial Advisory Board
MFRA	Marriage and Family Relations Act
MHLW	Ministry of Health, Labor and Welfare
MLSP	Minister of Labor and Social Policy
MOJ	Ministry of Justice
MP	Ministério Público
MSD	Ministry of Social Development
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NAM	National Association of Municipalities
NCCP	National Council for Child Protection
NDP	National Development Plan
NGO(s)	Non-Governmental Organization(s)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NPOs	Non-Profit Organisation(s)
NSV	Nationalsozialistische Volkswohlfahrt
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NYT	New York Times
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
NZFH	Nationales Zentrum Frühe Hilfen

OCJ	Youth Care Support Centre
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OLG	Oberlandesgericht
OOC	Observation and Orientation Centre
OPRE	Office of Planning, Research and Evaluation
OVC	Orphans and Vulnerable Children
OwiGB	Ordnungswidrigkeitengesetzbuch
Oxfam	Oxfam America
PAS	Parental Alienation Syndrome
PDU	The Protection Delivery Unit
PDV/Act	Act on the Prevention of Domestic Violence
PER	Potchefstroom Electronic Law Journal
Pew	Pew Research Center
PoCs	Protection Services to Persons of Concern
Pub. L.	Public Law
Q&A	Question and answer
RDC	Revista de Derecho Civil
RDP	Revista de Direito e Práxis
REDES	Revista Eletronica Direito e Sociedade
RG	Amtsblatt
RJLB	Revista Jurídica Luso-Brasileira
RJWG	Reichsjugendwohlfahrtsgesetz
RSJ	The Council for the Administration of Criminal Justice and Protection of Juveniles
RSP	Resolution (on Subjects of Public interest)
RVS	Council for Health and Society
SAA	Social Assistance Act
SAC	Supreme Administrative Court
SACP	State Agency of Child Protection
SACSSP	South African Council for Social Service Professions
SAD	Social Assistance Directorates

SAHRC	South African Human Rights Commission
SAJHR	South African Journal on Human Rights
SAJP	South African Journal of Philosophy
SALC	South African Law Commission
SALRC	South African Law Reform Commission
SB	Scottish Bill
SC	Supreme Court
SCCT	Scalabrini Centre of Cape Town
SCLR	Scottish Civil Law Reports
SCRA	Scottish Children's Reporter Administration
SDG	Sozialdienstegesetz
SDGs	Sustainable Development Goals
SDJ	sociale dienst jeugdrechtbank
SERI	Socio-Economic Rights Institute of South Africa
SGB	Sozialgesetzbuch
SHÇEK	Amt für Sozialdienste und Kinderschutz
SHK	Sozialdienste
SLT	Scots Law Times
SODK	Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSA	Social Services Act
SSI	Scottish Statutory Instrument
StatsSA	Statistics South Africa
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SWA	Social Welfare Act
TANF	Temporary Assistance for Needy Families
THJLP	Texas Hispanic Journal of Law & Policy
TStGB	Strafgesetzbuch
TV	Türkische Verfassung
TZGB	Türkisches Zivilgesetzbuch

TZPG	Türkisches Zivilprozessgesetz
UCERF	Utrecht Centre for European Research into Family Law
UK	United Kingdom
UKSC	United Kingdom Supreme Court
UN	United Nations
UNCRPD	United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
UNICEF	United Nations Children's Fund
UN-KRK	UN-Kinderrechtskonvention
UNTS	United Nations Treaty Series
US	United States
USC	United States Code
USFD	United States Financial Diaries
USFRB	United States Federal Reserve Bulletin
USPOMFP	United States Partnership on Mobility from Poverty
VerfG	Verfassungsgericht
VerKSG	Verordnung zum türkischem Kinderschutzgesetz
VJSPL	Virginia Journal of Social Policy and Law
VK	Trust Centre Child Abuse
VNG	Association of Netherlands Municipalities
VOS	Alarming Situations
VüSchKinder	Verordnung über die Erkennung der schutzbedürftigen Kinder sowie über den Erlass und das Aufheben von Förder- und Schutzbeschlüssen
WHO	UN World Health Organization
WMLR	William & Mary Law Review
WMO	Social Support Act
WSA	Whole System Approach
YUKK	Gesetz über Ausländer und Internationalen Schutz

ZAT	Care and Advice Team
ZGB	Zivilgesetzbuch/Civil Code
ZIZ	Zakon o izvršbi in zavarovanju (Enforcement and Security Act)
ZIZ-M	Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju (Amendment to Enforcement and Security Act)
ZKE	Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz
ZKJ	Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe
ZPO	Zivilprozessordnung

Part 1

Overarching Issues

The State's Powers to Intervene in Family Life: Comparative Final Report

Arkadiusz Wudarski / Jean Choi / Mark Henaghan

I.	Social background	4
II.	Research objective and scope.	5
	1. Research objective	5
	2. Law in action	7
	3. Research scope	7
III.	Methodological approach	8
IV.	The current state of research	10
V.	Organisational structure and legal framework.	13
	1. Balance between child protection and parental care	13
	2. State interference during and after pregnancy	17
	3. Specialised family, juvenile, or youth court.	17
VI.	Social worker – between theory and reality	19
VII.	State approaches to family support and child protection.	21
	1. Global perspectives on state roles in family life.	21
	2. Free-market family policy.	22
	3. Family-services policy.	24
	4. Family-policing system	26
	5. Financial shortfall.	30
VIII.	Child removal policies	32
IX.	Challenges and shortcomings	33
	1. Cultural challenges	33
	a) Corporal punishment	33
	b) Child marriage	35
	c) Cultural superstitions	35
	2. Organisational challenges.	36
	3. Legal challenges.	38
	a) General clauses and ambiguous terminology	38
	b) Limiting the child's contact with the family	41
X.	Discrimination	43
XI.	Migrant families	44
	1. Disadvantages and challenges.	44
	2. Resolution of the European Parliament.	46
	3. Battle for linguistic identity.	47
	4. The danger of linguistic exclusion	49
	5. The hardship of undocumented migrant families.	50
	6. Educational exclusion.	51

7. Unaccompanied children 52

8. Financial disadvantage 54

XII. Indigenous families 55

XIII. Conclusions 56

I. Social background

There is likely no country in the world where public opinion has not been shaken by scandals exposing violations of the fundamental rights of children and their families. These incidents often result from state inaction, incompetence, or abuse of power over families. Unfortunately, this is not merely a historical issue confined to specific cultures or regions. It continues to occur in modern society, manifesting itself in various forms and scales, and remains an enduring issue. The studies in this research have documented several such occurrences to illustrate the problem.

The case of Gregory Dow, an American missionary who sexually abused children while serving as the director of an orphanage, sent shockwaves through public opinion in Kenya.¹ Dow’s actions have highlighted a broader issue involving the misconduct of some white missionaries in the country. His case is not an isolated incident; it is rather part of a pattern of abuse that has been seen before.² In South Korea, a notable example is the Sun-Gam reformatory school (1942–1982), where children who appeared dirty or poor were placed.³ They were often illegally arrested by police or officials who followed the directives of autocratic leaders to remove homeless children from the streets.⁴ Numerous corpses were buried without the coroner’s engagement to cover any evidence of physical, emotional, and sexual abuse that happened to these children daily.⁵ Such scandals call for stricter oversight and accountability measures for organisations working with vulnerable populations, particularly children.

The ‘Flaach’ case in Switzerland sparked widespread criticism of the state system when a mother killed her two young children, rather than see them placed into foster care.⁶ In Slovenia, the insensitive and distressing removal of three children from their home was heavily reported by the media and

1 Tuitoek/Milej, Kenya, 569.

2 See other examples in Tuitoek/Milej, Kenya, 569.

3 Je, South Korea, 674.

4 Je, South Korea, 674.

5 Je, South Korea, 674.

6 Kilde, Switzerland, 509.

caught public attention.⁷ The three children resisted being taken away so badly that the executing officer wanted to stop the process but was instructed by the judiciary to continue.⁸ When the state abuses their power over families, the implications of these scandals are far-reaching, affecting not only the victims but also their communities.

There have also been scandals of state inaction. For example, a young boy in Lithuania was brutally abused by his mother and stepfather 135 times until he died.⁹ The parents were sentenced to 16 and 19 years imprisonment respectively.¹⁰ However, this incident caused a major stir in the media and society about the shortcomings of the Lithuanian child protection system.¹¹ Similarly, the tragic murder of the Kahui twins, tied to domestic violence, caused a public outcry in Aotearoa New Zealand and led to calls for stronger state intervention in the welfare of indigenous, *Māori*, children.¹² In May 2023, Poland was horrified by the death of eight-year-old Kamil, who was tortured to death in his own family home.¹³ This occurred despite social workers being aware of the family's issues and monitoring their supervision.¹⁴ Ensuring the safety and protection of these children is paramount, and these cases highlight the need for rigorous vetting, monitoring, and transparent practices within such institutions.

II. Research objective and scope

1. Research objective

The research project *The State's Powers to Intervene in Family Life: The Well-being of the Child in the Tension Between the Family and the State* offers a comprehensive legal study addressing a critical and globally relevant topic. This project involves a comparative legal study of the role of the state in family relations, examining the subtle balance between child welfare, family autonomy, and state intervention, addressing the often-conflicting interests. It focuses on issues which are currently highly controversial due to their potential to jeopardise the harmony of family life and the well-being of children.

7 Samobor, Slovenia, 470–471.

8 Samobor, Slovenia, 471.

9 Sakalauskas/Böwe, Lithuania, 291.

10 Sakalauskas/Böwe, Lithuania, 291.

11 Sakalauskas/Böwe, Lithuania, 291.

12 Henaghan/Choi, New Zealand, 777.

13 Wudarski, Poland, 385.

14 Wudarski, Poland, 386.

Special attention will be paid to the state's powers to interfere with the integrity and autonomy of families. In this context, it is particularly important to analyse and evaluate the operation of child protection systems in different countries, the scope of the state's powers to intervene, and the objectives and practices of the relevant state agencies. The project aims to address a need for systematic, practice-oriented and politically neutral research reflecting the true complexity of these issues from an interdisciplinary and cross-border perspective.

By analysing the well-being of the child as understood by different stakeholders, the project will evaluate the effectiveness of different national child protection systems in balancing the rights and powers of the state and the family. From this perspective, the analysis of the legal role, scope, objectives, and practices of state institutions is particularly relevant. It is essential to examine whether state mechanisms of influence on family life are proportional and, equally important, whether effective institutional safeguards are in place to prevent erroneous decisions by state authorities. The expansion of research has provided new opportunities and broad research perspectives and has enabled the search for other questions like when is the assessment carried out with the best interests of the child in mind.

Unlike previous studies, this project is not only dedicated to the family as a closed social unit with its purely internal relationships. It adopts a broader perspective and looks at external factors posing risks to the integrity of families. The aim is therefore to examine whether the protective mechanisms provided by the state are adequate for the difficulties experienced by families, and at the same time to consider to what degree such mechanisms prevent bad decision-making on the part of the authorities. The legislative and judicial systems of different countries may have different approaches and objectives in this respect. These differences can only be identified through a detailed comparative and functional legal analysis.

One of the focal points of the study is the legal and social situation of migrant families. In such cases, ignorance of local practices and regulations can pose hidden risks to family life and the well-being of children. Disputes with the state may arise due to differences between the home country and the country of migration in terms of the structure and exercise of the state's powers of intervention, for example regarding the exercise of parental custody, right of access, the right to receive information, and protection of the child's identity.

Individual studies from selected countries will be compared and evaluated in a broader context. The legal frameworks and the common practices of various national institutions will be analysed from both domestic and foreign

perspectives. In the search for the best legal approach, the basic criterion will be the child's well-being. In this way, the project will address current social needs and help to counterbalance the sometimes politically motivated and prejudiced reporting of the mass media.

2. Law in action

The study goes beyond a traditional examination of legal frameworks, whose principles are generally universal and comparable in theory but may differ significantly in practice. The emphasis is on exploring 'law in action'—the way legal principles are applied in real world family-state interactions—rather than merely theoretical 'law in books'. The core of the research lies in uncovering the social realities of family-state relations, identifying problems and what leads to them. Such approach offers a better understanding of the actual, very complex, social interactions. As an example, Brazil has one of the most advanced child protection laws in the world, *Estatuto da Criança e do Adolescente*, providing rights to life, health, speech, freedom of movement, right to play, have fun and enjoy family life.¹⁵ In spite of this legal framework, Brazil continues to have high rates of violence and sexual violence against children, intentional deaths of children, and child labour.¹⁶ There are 1.758 million Brazilian children from 5 to 17 years old in child labour in 2019.¹⁷ Moreover, a Brazilian study found from 2016 to 2020, there were on average 34,918 intentional violent deaths of children which averages to 6,970 deaths per year.¹⁸ The same study found there were 179,277 cases of rape of victims under 19 years old, including 62,000 victims under ten years old, from 2017 to 2020.¹⁹ The study aims to identify and analyse the key challenges in both national and global contexts. It seeks to uncover underlying causes, provide informed evaluations, and propose practical solutions, while also highlighting broader trends and interdependencies.

3. Research scope

The project initially identified the challenges and limitations of the European integration process, addressing both its legal and social dimensions. The context of cross-border Polish-German family disputes formed the foundation of this research. However, it turned out that the Polish-German

15 Konder/de Souza Konder, Brazil, 699.

16 Konder/de Souza Konder, Brazil, 700, 706.

17 Konder/de Souza Konder, Brazil, 700.

18 Konder/de Souza Konder, Brazil, 706–707.

19 Konder/de Souza Konder, Brazil, 707.

perspective was too narrow and not representative of new global trends, problems and reality. This project responds to societal needs, offering a scholarly counterpoint to views often expressed in the media, which are frequently politically charged, confrontational, and based on stereotypes. Therefore, the Polish-German perspective ultimately became just one part of a broader research framework.

In the European context, it is necessary to consider the legal effects on family life of the European Union's (EU) fundamental freedoms. This includes the freedom of movement, which is exercised by EU citizens not only for purposes of tourism, but also when choosing their places of residence within the EU. However, the exercise of this freedom can be affected by differences in family law systems, which are not subject to the European unification process and diverge greatly at the national level. This project seeks to answer the question of whether the exercise of such fundamental freedoms within the EU can threaten the integrity and autonomy of the family and interfere with protection of the well-being of children. At the same time, legal and social dangers and obstacles to the European unification process are also of special consideration. The study is thus highly relevant to various ongoing public discussions of national identity and European values. It should be noted, however, that the project will not be limited only to the study of EU member states. It will be enriched with studies of non-European jurisdictions worldwide.

The whole project involved researchers from all continents, representing a wide range of jurisdictions. This publication includes 25 national reports prepared by 35 researchers from 21 countries. In selecting the countries for study, particular attention was given to ensuring the representativeness and diversity of their legal systems. This global approach not only alters the scope but also shifts the perspective and significance of the research.

III. Methodological approach

The topic of the state's right to interfere in family life creates a very broad framework and this was deliberately chosen. Based on a comparative legal analysis, the study investigates the role and limits of state oversight in family relations. It focuses on the scope and methods of state intervention in the integrity and autonomy of family life, which is a multi-faceted issue spanning various legal branches and diverse social contexts. This research considered not only legal issues, but also non-legal factors influencing the family, such as the social, economic, or political situation of each country. This meant a wide range of issues and problems concerning state intervention in family life

were identified. This area is still not sufficiently researched, and countries—despite often similar legal frameworks—struggle with completely different difficulties in practice. Moreover, some jurisdictions have little statistics on this area of law.

Authors in this research were largely free to choose the focus of their contributions. This project initially asked to focus on issues related to the following questions to ensure a coherent framework of comparable research findings:

I. Legal and organisational background

1. How is public child and youth welfare organised in your country? How is it historically and legally located?
2. What are the legal powers of the authorities responsible for child protection? How are these authorities perceived by the public?
3. What procedural powers and remedies are available to families and how are they applied in practice?
4. How are issues of cross-border family welfare dealt with and what role do the child protection agencies play?

II. Sociocultural background

1. Are there any empirical studies relating to the questions asked above? What are the results of these studies? Have these results been incorporated into any legal reforms?
2. How is the relationship between child protection agencies and families discussed by politicians, by public experts and by researchers? Are there any difficulties in practice and/or dogmatic concerns related to this issue? What changes are required?
3. Are there any known difficulties concerning the provision of assistance and protection to families with a migration background? How do the child protection agencies deal with these families in terms of language or religious/cultural differences? Are there special arrangements for the protection of such families?

However, the project then deliberately abandoned a closed catalogue of questions because an attempt to catalogue them at the beginning of the research would be premature, narrow the scope, or even lead to the exclusion of some countries. It shows the mosaic and complexity of the issue.

Another important limitation of this project is that it did not exclusively examine judicial protection. The authors were asked to analyse state intervention visible in practice, not in the theoretical approach. An important goal of the research is to identify and analyse them in both the national and global context. Only on this basis can we try to determine the causes,

formulate assessments and seek solutions, as well as indicate general trends or relationships.

IV. The current state of research

Statistics have become an integral part of interdisciplinary research. Researchers use them to examine trends, correlations, and causations across diverse fields. Statistical data are particularly essential for analysing and evaluating social phenomena and processes. They also play a critical role in assessing the effectiveness of legal concepts. In the context of family and child protection, statistics help evaluate the effectiveness of current protective measures, identify areas of greater need, determine the extent of state power abuses, and guide improvements in the legal framework and its practical application. Unfortunately, the use of statistical tools in cross-border comparative studies in this area has encountered many difficulties and has proven to be of little use. There are many reasons for this.

First, the authors from many countries explicitly admit that there is a lack of statistical data on state interference in family life, including data documenting cases of abuse of state power. In Austria, there has been no research on how often child removals are unnecessary, why milder measures are not taken, and how premature child removals affect the children and the outcome of custody proceedings, for example, whether they cause permanent placements due to alienation.²⁰ Likewise, Lithuania has no current academic research on the practical application of state intervention powers into family life because it is a small country with few legal scholars researching this topic and the reforms are still new.²¹

Second, the available statistical data is scattered, often incomplete, and outdated. Examples include Slovenia where there are no available statistics on a state level into the number of necessary removals performed in the past three years,²² Spain where there are no statistics on families' nationalities²³, and Switzerland where the Federal Council only recently decided to include foster children in national statistics.²⁴ In Scotland, the state has a duty and children have rights to participate and attend their hearing.²⁵ However, there is concern is that children are disproportionately being dismissed from being

20 Beclin, Austria, 76.

21 Sakalauskas/Böwe, Lithuania, 304.

22 Samobor, Slovenia, 467.

23 Navarro-Michel, Spain, 491.

24 Kilde, Switzerland, 516.

25 Donnelly, Scotland, 439.

able to attend on the ground that they show a lack of understanding due to their young age—usually six years' old.²⁶ Therefore, it is disappointing to see there are incomplete statistics on how many Scottish children have been excluded from hearings, when the majority of pre-hearings were to consider whether to exclude children or not.²⁷

Moreover, these available statistics are compiled for various purposes by different entities and have varying scopes. For example, the Dutch statistics authority has created a high-quality, every six months updated and free accessible database (*StatLine Jeugdmonitor*) with a good overview of families receiving protection for youth and children.²⁸ However, there are no statistics available indicating that parents are unreasonable deprived of parental responsibility nor unjustifiable removal of children from their parents as a result of abuse of state power.²⁹ There is also no data on the number of complaints and their subject matter filed against municipal bodies that make decisions concerning family care and support.³⁰ The collected data is embedded in a national context, reflecting only a fragment of social reality, and their interpretation is not always straightforward. Comparing such statistical material across borders proves to be a very challenging task, and even more importantly, the usefulness and representativeness of such comparisons may raise legitimate doubts.

Third, sometimes, gathering statistical data for an entire country is significantly hindered by its federal structure, especially when family and child protection services are organised at the regional (provincial) level. A good example of this is Switzerland, where the frequency of interventions in family life through protective measures is recorded at the cantonal level and conducted in various ways.³¹ Consequently, the available statistics in Switzerland only reflect fragments of a dispersed reality, limiting their overall usefulness. A similar situation exists in Austria, where a significant lack of data and studies, for example on the entire field of child abduction has been identified, making it difficult to evaluate practical activities in the federal states both qualitatively and quantitatively.³² These statistics also omit the number of children from immigrant families or those with disabilities placed in foster care.³³ Additionally, there is no data on the ratio of children removed from

26 Donnelly, Scotland, 439–440.

27 Donnelly, Scotland, 440.

28 Ruitenberg, Netherlands, 353.

29 Ruitenberg, Netherlands, 353.

30 Ruitenberg, Netherlands, 333.

31 Kilde, Switzerland, 515–516.

32 Beclin, Austria, 76.

33 Beclin, Austria, 76.

their homes by youth welfare offices on their own authority versus those removed by court order.³⁴ The Austrian Ministry of Justice also has no information on the average duration of judicial reviews of custody withdrawals.³⁵ Statistical data often fails to reveal many phenomena crucial for accurately defining difficulties, assessing situations, and finding effective solutions. Capturing the reality of family life in numbers is also not always possible. This is evident, for example, in the so-called 'hidden' or 'shadow' foster care in the United States (the U.S.), where parents, under informal pressure from child welfare workers, threatened to have their children placed in formal foster care with strangers, agree to 'voluntarily' put them with relatives or friends.³⁶ Consequently, the number of children formally placed in foster care significantly differs from the number of children actually removed from their parents and the informal data reported by the media are alarming.³⁷ This 'hidden' foster care is cheaper for the states as they do not have to pay for foster care.³⁸

Not only in cases of child removal but also in less invasive interventions in parental rights, some situations raise concerns from a rule of law perspective. In Austria, an intervention in family life is the imposition of specific requirements for exercising custody (*Unterstützung der Erziehung* – support of upbringing), for example, youth welfare offices mandate such as reconfiguring the home, altering dietary habits, undergoing parenting counselling, and attending medical appointments.³⁹ Parents are often coerced under pressure from the social worker to accept them.⁴⁰ Consequently, they are considered 'agreed and voluntary' and not subject to judicial review.⁴¹ Thus, in theory, the voluntary assistance of the office often becomes, in practice, uncontrolled state coercion against which there is no legal remedy.⁴² However, these measures are state intervention in fundamental rights and should only be ordered by a court and only in cases of specific endangerment to the child's welfare.⁴³ While such voluntary placement of a child is cheap, quick, and avoids court involvement—aligning with the interests of the institutions involved—it has very negative long-term effects on the family. It also deprives the family of

34 Beclin, Austria, 76.

35 Beclin, Austria, 76.

36 Eichner, United States of America, 751.

37 Eichner, United States of America, 751–752.

38 Eichner, United States of America, 751.

39 Beclin, Austria, 87.

40 Beclin, Austria, 87.

41 Beclin, Austria, 87.

42 Beclin, Austria, 88.

43 Beclin, Austria, 88.

legal protection, particularly the ability to appeal to the court. This silent method of removing a child from their family, which is not reflected in statistics or court rulings, is really dangerous.

V. Organisational structure and legal framework

1. Balance between child protection and parental care

Organisational structure and legal frameworks are important to define where states draw the fine line is between a responsibility to protect children and so-called excessive interference with parental authority. State interference can be simple organisational shortcomings, like too rigid visiting hours for parents when the state facilities are difficult to reach and there is little consideration for parents who are unexpectedly stuck in traffic or buses being late.⁴⁴ These shortcomings can risk unnecessary detachment and alienation weakening contact between the child and their family.⁴⁵

First, the wording of who exactly has 'parental' authority is important. In Germany, the Federal Constitutional Court emphasised that parental 'rights' should be more accurately called parent 'responsibilities'.⁴⁶ A German parents' rights to care for their child is inextricably linked to their responsibility to care.⁴⁷ The German state oversees parental responsibility by acts as a 'guarantor' if parents fail to fulfil responsibilities consistent with the child's best interests.⁴⁸ Germany has a high threshold for removal as the last resort by implementing milder partial deprivation of parental custody when appropriate after the learnings of the post-Nazi era.⁴⁹ In international private law within the EU, the EU uses the same language of parental responsibility, where the court of the European Member's state has jurisdiction on matters of parental responsibility where the child is a habitual resident.⁵⁰ Likewise in South Africa, the High Court confirmed that the concept of parental power has shifted to parental responsibilities and children's rights.⁵¹ However, parental responsibilities are only described at common law, and neither in the Constitution or relevant children's statute.⁵² 'In

⁴⁴ Put/Hofkens, Belgium, 159.

⁴⁵ Put/Hofkens, Belgium, 159.

⁴⁶ Helms/Schneider, Germany, 222.

⁴⁷ Helms/Schneider, Germany, 222.

⁴⁸ Helms/Schneider, Germany, 225.

⁴⁹ Helms/Schneider, Germany, 226, 244.

⁵⁰ Mankowski/Wudarski, Private international law, 61.

⁵¹ Essop/Rautenbach, South Africa, 595.

⁵² Essop/Rautenbach, South Africa, 2025, 596.

Scotland, the definition of 'relevant person' had important consequences for a father.⁵³ There was an important case, *Principal Reporter v. K*, in which the Supreme Court held the 1995 Scottish Act was inconsistent with Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR) when an unmarried father did not meet the definition.⁵⁴ A 'relevant person' in the Scottish statute was a person with parental responsibilities or charge, which the unmarried father did not have.⁵⁵ Therefore, he could not participate in proceedings about him and his contact with his children, which was held to be inconsistent with Article 8.⁵⁶

There is a spectrum of when the state will be quick to intervene into family life, extinguish parental care and remove children. For example, the child welfare system in the U.S. is extremely interventionist, with a high propensity to remove children without voluntary agreement, often to terminate parental rights, into foster care.⁵⁷ The U.S. is unique in its legal framework by having a mandatory timeframe for the state to file a petition to terminate parental rights once a child is in foster care.⁵⁸ This occurs when a child has been in foster care for 15 out of the previous 22 months.⁵⁹ The overall aim of the legislation is to get the child to live with families, whether biological or adoptive, without any government support.⁶⁰

Most countries are in the middle of the spectrum allowing nuance according to the child's and family's situation. For example, parental authority in Lithuania is only restricted when the state has provisional care of the child (due to a threat to the child's physical, mental, or emotional development of safety), the parents have not made efforts to change their behaviour, and the court order is granted.⁶¹ This reflects the changes after the Soviet era where previously deemed 'antisocial families' were now 'families at social risk.'⁶² In Lithuania, parental authority is only 'indefinitely' restricted when the court determines the parents have caused significant harm or failure to care, and there is no change in situation expected.⁶³ Even then, this 'indefi-

53 Donnelly, Scotland, 434.

54 Donnelly, Scotland, 434–435.

55 Donnelly, Scotland, 435.

56 Donnelly, Scotland, 435.

57 Eichner, United States of America, 745.

58 Eichner, United States of America, 752.

59 Eichner, United States of America, 752.

60 Eichner, United States of America, 752.

61 Sakalauskas/Böwe, Lithuania, 294–295.

62 Sakalauskas/Böwe, Lithuania, 294–295.

63 Sakalauskas/Böwe, Lithuania, 295.

nately' restricted parental authority, despite its wording, can still be changed to 'temporary'.⁶⁴

Child protection in Turkey has played a significant role since 1917 where an association was made to care for children who lost their families during World War I.⁶⁵ The approach in Turkey is similar to Lithuania in that parental custody can only be revoked if the parents cannot exercise their duties, genuinely do not care for the child, or have grossly violated their duties.⁶⁶ Like Lithuania, this revocation can be adjusted by a court order if the family circumstances change.⁶⁷ Similarly in Belgium, deprivation of parental authority is only imposed by a youth court when the parent has endangered their child and the deprivation is in the child's best interests.⁶⁸

South Korea is the other end of the spectrum, where the South Korean Family Court has power to revoke, restrict, or suspend all or some part of parental authority.⁶⁹ However, the state cannot become the child's guardian as this issue is seen as a private law dispute and not a public law matter.⁷⁰ If a child is taken out of their home for a protective measure into a foster family or facility, the state must have parental consent—unless the parent is convicted of child abuse.⁷¹ Despite introducing new domestic violence legislation, getting a conviction in child abuse is difficult due to the state's reluctance to intervene in family life.⁷² In 2020, there were 30,905 cases of concern reported but only 2.5 per cent of child abusers were convicted and 103 cases resulted in separation from perpetrating parents.⁷³

Japan has also been slow to intervene in family life and remove parental authority.⁷⁴ The Japanese Family Court rarely removed parental authority, both prior and after the 2011 reforms.⁷⁵ Prior to 2011, the Family Court could only remove full parental authority which was very strict with no less intrusive measures.⁷⁶ After the 2011 reforms, the Family Court could deter-

64 Sakalauskas/Böwe, Lithuania, 296.

65 Zeytin/Klein, Turkey, 532.

66 Zeytin/Klein, Turkey, 545.

67 Zeytin/Klein, Turkey, 545.

68 Put/Hofkens, Belgium, 144.

69 Je, South Korea, 678.

70 Je, South Korea, 678–679.

71 Je, South Korea, 678.

72 Je, South Korea, 679–684.

73 Je, South Korea, 683.

74 Nishitani/Aotake, Japan, 645.

75 Nishitani/Aotake, Japan, 645–647.

76 Nishitani/Aotake, Japan, 645.

mine temporary or partial removal or suspension of parental authority which were less intrusive on family life.⁷⁷ However, the number of cases being heard in court are limited.⁷⁸ For example, there were 7,359 cases regarding full removal and 7,773 regarding partial removal of parental responsibility in Germany with in a population of 83.5 million in 2024.⁷⁹ Whereas, there were only 298 corresponding cases in Japan (84 concerning removal and 210 about suspension of parental authority) in a greater population of 123.8 million.⁸⁰

It is also interesting to examine the legal framework to see whether it is the administrative body, the judiciary, or a combination of both who can extinguish parental authority in the state. As an example, all separations in Bulgaria are decided by the courts only.⁸¹ This stems from Bulgaria's continued effort towards deinstitutionalisation, moving from vulnerable children being in state institutions into a supported family environment.⁸² Slovenia has only recently transferred decision-making from the administrative body to the judiciary, to avoid fragmentation and mitigate any conflicts of interest.⁸³ However, the work of the administrative body and case law of the lower courts are not publicly available meaning any information on how the new legal framework works in practice is still limited.⁸⁴

Conversely in Spain, once a child is declared to be in a situation 'helplessness' (from negligence, emotion, physical or sexual abuse as examples), parental authority is automatically suspended, and the child is removed from their families into state guardianship.⁸⁵ The Spanish public authorities can apply for parental responsibility of a child without judicial authorisation, meaning mere administrative resolution is suffice.⁸⁶ The reason given in parliamentary debates was to allow child protection measures to be swiftly adopted.⁸⁷ The administrative body is supervised by the public prosecution office but in practice, this is more collaborative than supervisory.⁸⁸ Consequently, the administrative body has wide capacity to remove children without judiciary

77 Nishitani/Aotake, Japan, 647.

78 Nishitani/Aotake, Japan, 647.

79 Nishitani/Aotake, Japan, 648.

80 Nishitani/Aotake, Japan, 648.

81 Todorova, Bulgaria, 175.

82 Todorova, Bulgaria, 172–174.

83 Samobor, Slovenia, 450.

84 Samobor, Slovenia, 450.

85 Navarro-Michel, Spain, 487–488.

86 Navarro-Michel, Spain, 489.

87 Navarro-Michel, Spain, 489.

88 Navarro-Michel, Spain, 489–490.

intervention.⁸⁹ Other countries, such as Lithuania, allow administrative officials to take children into provisional state care and apply to the court for permission within three days and removal of parental authority within 60 days.⁹⁰

2. State interference during and after pregnancy

The power to interfere with family life during and after pregnancy must be taken cautiously because most mothers are in a vulnerable emotional and physical state after giving birth.⁹¹ On one end, Turkey offers state support by providing accommodation for pregnant women whose lives are in danger.⁹² Whereas, Spain and New Zealand take a more interventionist approach. In Spain, the definition of risk has been widened to include pre-natal risk.⁹³ Pre-natal risk occurs when a pregnant woman does not take physical care of herself, engages in substance abuse, or takes action (whether by herself or tolerates third-parties around her) to harm the development of the newborn child.⁹⁴ In this situation, the healthcare professional is mandated to report this situation to the child protection administrator as well as the public prosecutor.⁹⁵ In New Zealand, the default position to remove subsequent children where a parent has a previous child permanently removed from their care.⁹⁶ There is a presumption that the parent will automatically cause risk of harm to their subsequent children.⁹⁷ This has had devastating consequences where the child protection agency has uplifted newborn children from their mothers soon after birth; disproportionately affecting indigenous mothers when there was plenty of time to engage and develop plans with parents and families to mitigate any risk.⁹⁸

3. Specialised family, juvenile, or youth court

Most jurisdictions have a specialised family, juvenile, or youth court (*Belgium, Germany, Turkey, Japan, Malta, New Zealand, Poland, South Korea,*

89 Navarro-Michel, Spain, 490.

90 Sakalauskas/Böwe, Lithuania, 294–295.

91 Henaghan/Choi, New Zealand, 787.

92 Zeytin/Klein, Turkey, 539.

93 Navarro-Michel, Spain, 484.

94 Navarro-Michel, Spain, 484.

95 Navarro-Michel, Spain, 484.

96 Henaghan/Choi, New Zealand, 780.

97 Henaghan/Choi, New Zealand, 780.

98 Henaghan/Choi, New Zealand, 794–795.

United States of America).⁹⁹ However, Croatia continues to challenge Article 8 of the ECHR by not having a specialised family court.¹⁰⁰ European countries who are bound by the ECHR should uphold children and family rights set out in the Convention. This includes Article 8, which provides the right to respect for private and family.¹⁰¹ Nevertheless, this does not mean that every European country adheres to the Convention in practice. Instead, Croatian family law proceedings are heard in the general civil courts without the support of auxiliary professions (such as social workers or psychologists) or specific administrative proceedings to issue preventive measures.¹⁰²

In comparison, Scotland is particularly unique in its Children's Hearing Systems (CHS) structure which goes further than having a specialised family or children's court.¹⁰³ First, the CHS has a clear delineation between functions of proof and disposal.¹⁰⁴ This means that the court's role was to determine disputed facts about a children's referral or reasons why a child was referred to a hearing whereas the ultimate disposal was reserved for the informal setting of the children's hearing.¹⁰⁵ Second, the children's hearing is a tribunal staffed by three lay members, who not judges or lawyers, drawn from a children's panel.¹⁰⁶ This panel is a national body of volunteers who receive training about CHS and the best interests of children.¹⁰⁷ These panel members decide whether compulsory intervention measures should be imposed and what form these measures should take.¹⁰⁸ Consequently, the use of lay volunteers means the panel should be more representative of Scottish society—coming from more diverse socio-economic backgrounds than the courts—and add legitimacy to their decision-making.¹⁰⁹ The panel should reflect community interests and encourage participation by the family in discussions.¹¹⁰ Since the inception of CHS, it has received immense political support from all

99 Put/Hofkens, Belgium, 141; Meysen, Germany, 2025, 261; Zeytin/Klein, Turkey, 539; Nishitani/Aotake, Japan, 638; Sammut, Malta, 306; Henaghan/Choi, New Zealand, 780; Wudarski, Poland, 404; Je, South Korea, 678; Perlmutter, United States of America, 730 and 734.

100 *European Convention on Human Rights*, art 8 (1950).

101 Majstorović/Šimović, Croatia, 207.

102 Majstorović/Šimović, Croatia, 15.

103 Donnelly, Scotland, 410.

104 Donnelly, Scotland, 417.

105 Donnelly, Scotland, 417.

106 Donnelly, Scotland, 417.

107 Donnelly, Scotland, 417.

108 Donnelly, Scotland, 417–418.

109 Donnelly, Scotland, 418.

110 Donnelly, Scotland, 418.

sides of the political spectrum.¹¹¹ There has been widespread public support, with 85 per cent of the public supporting the underlying philosophy and principles of CHS and approximately 3,000 community-based volunteers across Scotland.¹¹²

VI. Social worker: between theory and reality

Social workers, known by various titles, are present in all the legal systems examined. Research has shown their significant role in shaping the model of collaboration between the state and families. This seems obvious given they work on the front lines, have direct contact with families, and understand their situations, problems, and needs. They are naturally positioned to participate in the decision-making process on family matters, such as providing financial assistance, psychological support, and even overseeing the family or limiting or removing parental rights. However, their formal position often differs significantly from the actual one, which can vary widely depending on numerous factors. Similarly, while theoretical models of social work may look perfect on paper, in practice, they often function very differently due to the reality on the ground, which is often quite different and much more complicated.

The research highlighted the examples of Turkey and Slovenia in how the judiciary uses the reports and expert evidence from the social worker, and its differences in theory and practice. In Turkey, the social workers, *Sosyal Hizmet Uzmanı*, collect information necessary for a social investigation report if the court requires.¹¹³ This report includes information about the children's parents, the family's socioeconomic status, the child's environment, relationship with neighbours and relatives, etc.¹¹⁴ Although the social worker's report is not binding on the court, it still can affect judicial decision-making with its assessments and recommendations. For example, one study surveyed social workers where 75 per cent stated their reports were taken into account by the court, but 52.3 per cent stated that a court decision was made against their recommendation.¹¹⁵ Therefore, the Turkish social worker theory and practice is relatively aligned. Whereas Slovenia transferred the decision-making powers to intervene in family life between the Centres for Social Work, their administrative body, exclusively to the

111 Donnelly, Scotland, 418.

112 Donnelly, Scotland, 419.

113 Zeytin/Klein, Turkey, 536.

114 Zeytin/Klein, Turkey, 536–537.

115 Zeytin/Klein, Turkey, 537.

judiciary.¹¹⁶ This reduced fragmentation and conflict of social work being both the counselling body and the decision-maker.¹¹⁷ Despite the transfer of powers, there is still concern in the existing Slovenian case law that the judiciary outsources the fact-finding and decision-making to the Centres for Social Workers, making them effectively de-facto decision-makers, instead of impartial assistants to the judge.¹¹⁸

The Polish concept of a family assistant is almost ideal in theory, based on principles of empathy, cooperation, and support.¹¹⁹ However, in practice, family assistants have neither real power nor measures to effectively help vulnerable families in need.¹²⁰ They often begin working with families far too late and—under pressure from their superiors—end up performing tasks for the family rather than with them.¹²¹ This approach fails to improve the situation in the long term and may even lead to the family's continued dependence on social assistance.¹²² Frequently, the assistant often has to work with multi-generational dysfunctional families, where prospects for significant improvement are slim.¹²³ Ultimately, the assistant may be blamed for the family's failures and the lack of progress in implementing the family empowerment plan, becoming a victim of an inefficient system.¹²⁴

In Aotearoa New Zealand, the real position of the social worker is significantly stronger.¹²⁵ New Zealand legislation allows Oranga Tamariki, the child protection agency, to remove children under urgency without notice to the parents if it is in the best interests of the child.¹²⁶ This order only requires a social worker's recommendation and an application granted by the Family Court.¹²⁷ The routine usage of this supposedly urgent order meant approximately 300 indigenous unborn children were uplifted between 2017 and 2019.¹²⁸ However, these decisions are sometimes made hastily and without thorough deliberation and comprehensive information.¹²⁹ For example, the sobering reality of removing children from indigenous parents was docu-

116 Samobor, Slovenia, 452.

117 Samobor, Slovenia, 452.

118 Samobor, Slovenia, 474.

119 Wudarski, Poland, 388–389.

120 Wudarski, Poland, 396.

121 Wudarski, Poland, 396.

122 Wudarski, Poland, 396.

123 Wudarski, Poland, 396–397.

124 Wudarski, Poland, 399.

125 Henaghan/Choi, New Zealand, 781.

126 Henaghan/Choi, New Zealand, 781.

127 Henaghan/Choi, New Zealand, 781–872.

128 Henaghan/Choi, New Zealand, 782.

129 Henaghan/Choi, New Zealand, 784 and 789.

mented through the case of infant M, (*Pēpē M*).¹³⁰ *Pēpē M* was uplifted with an affidavit without any specific details to support any of the allegations in and submitted by a social worker who never met the mother and family.¹³¹ This New Zealand report highlights the profound impact that social workers' decisions can have on families. At the same time the concept of Family Group Conferences—designed to create a space for social workers and families to collaborate on a shared action plan to ensure child safety—is failing.¹³² In practice, it has perpetuated structural racism, imposed pre-determined plans on families, and manipulated families, stripping them of real control over their lives.¹³³

There are similar processes of urgent removal processes in South Africa, with even less judicial oversight than New Zealand.¹³⁴ When the child is believed to be in danger, a social worker under extreme circumstances can remove a child without approaching the court for an order and place the child in a temporary safe environment.¹³⁵ The social worker must notify the child's parents within 24 hours and the court within one day.¹³⁶ In practice, South African social workers do not provide services to support the family before removing children without a court order, simply based upon allegations made by the person reporting the problem.¹³⁷ Similar to New Zealand, the misuse of urgent legislation to uplift children without thorough investigation by South African social workers is clearly unprofessional and unethical.¹³⁸

VII. State approaches to family support and child protection

1. Global perspectives on state roles in family life

The state can influence and shape family life in various ways and to various extents. Among the countries studied, there are significant differences in how they perceive their role in providing assistance, addressing dysfunctional family environments, and intervening in family autonomy. The range

130 Henaghan/Choi, New Zealand, 789.

131 Henaghan/Choi, New Zealand, 789.

132 Henaghan/Choi, New Zealand, 786.

133 Henaghan/Choi, New Zealand, 786.

134 Essop/Rautenbach, South Africa, 614.

135 Essop/Rautenbach, South Africa, 614.

136 Essop/Rautenbach, South Africa, 615.

137 Essop/Rautenbach, South Africa, 615.

138 Essop/Rautenbach, South Africa, 615.

of approaches is wide, from a passive stance with no interest or support from the state, to the state taking an active role in helping families overcome life challenges and parenting issues.

There are also differing approaches to intervening in private life when a child's welfare is at risk. A repressive approach focuses on applying sanctions, punishment, removing children, and depriving or limiting parental authority. At the other end of the spectrum is a pro-family approach, which emphasises cooperation with families in crisis to find solutions that maintain family integrity, with sanctions applied only in exceptional cases when other measures have failed and the child's health or life is in direct danger.

Interestingly, these extremes do not necessarily exclude each other and often intermingle, appearing in various combinations and intensities across different countries. A lack of state activity does not always result from financial difficulties. Similarly, harsh sanctions are not always an appropriate expression of concern or a means of child protection; their use is not always preceded by ineffective attempts to apply milder forms of intervention or support for families in need. Some countries, recognising the significant autonomy of the family, intervene only when family dysfunction is severe and the child has already become a victim of a crime. As a result, the research does not allow for a clear distinction or systematic classification of state intervention models in family life, nor can it provide a universal answer to which factors influence the development of a particular model of family support and child protection. When examining the relationships between different approaches and political, social, economic, and legal factors, one can at best identify certain general trends.

2. Free-market family policy

Through its economic instruments, the state significantly influences the functioning and well-being of families. Counterintuitively, support for families, its scope, and methods are not necessarily tied to the wealth of the state. A prime example of a wealthy country without a comprehensive family support policy is the United States, where family well-being is largely left to the free market.¹³⁹ The American concept of a 'free-market family policy' posits that free-market economic rules can be successfully applied to family affairs.¹⁴⁰ The idea is based on the belief that parents are capable of managing the financial and psychological well-being of the entire family

139 Eichner, United States of America, 746–747.

140 Eichner, United States of America, 746–747.

without state intervention in the autonomy of family life.¹⁴¹ In other words, children's needs are a private matter and the state provides limited assistance only sporadically and in exceptional circumstances.¹⁴² In this model, there are no statutory guarantees for paid vacations, working time restrictions, paid family leave, post-birth kits, free nurseries and kindergartens, or state-paid monthly allowances for each child.¹⁴³ The state holds that such benefits should be negotiated and determined between employees and employers.¹⁴⁴ The United States attempts to support families to some extent through tax credits.¹⁴⁵ However, their effectiveness is limited, and the poorest families, who need support most, often do not benefit.¹⁴⁶ Additionally, benefits for poor families, used by a small number of those in need, are subject to stringent conditions.¹⁴⁷ In some states, sporadic pro-family regulations do appear, but this does not change the significant discrepancy compared to wealthy EU countries.¹⁴⁸

Research demonstrates that the 'free-market family policy' concept, rooted in the 1950's and 60's, is entirely inadequate for today's social and economic realities, resulting in devastating consequences for children's development.¹⁴⁹ The effects of this approach are most apparent in the United States, where it is practiced in its extreme form. This policy contributes to rapidly increasing economic inequalities, deprives individuals of financial security and equal opportunities to succeed in adult life, and leads to economic exclusion.¹⁵⁰ In this system, African-American and Latino families face even greater challenges, contending with significantly lower wages and various forms of discrimination.¹⁵¹ Similarly, the situation for single mothers is equally dire.¹⁵² What is particularly alarming and incomprehensible is the state's indifference, reflected in its lack of interest and intervention. This condemns many families to poverty, with many only one crisis away from financial ruin which could, for instance, be a high-cost hospital treatment of a family member.¹⁵³ The consequence of such an anti-family policy is a shockingly

141 Eichner, *United States of America*, 746.

142 Eichner, *United States of America*, 747.

143 Eichner, *United States of America*, 747 and 749–750.

144 Eichner, *United States of America*, 747.

145 Eichner, *United States of America*, 747 and 749–750.

146 Eichner, *United States of America*, 747 and 749–750.

147 Eichner, *United States of America*, 749–750.

148 Eichner, *United States of America*, 749–750.

149 Eichner, *United States of America*, 753.

150 Eichner, *United States of America*, 756–760.

151 Eichner, *United States of America*, 754–755.

152 Eichner, *United States of America*, 755 and 757–758.

153 Eichner, *United States of America*, 754 and 756.

high percentage of poor children left to fend for themselves, condemned to subsist, and face social marginalisation with virtually no chance of changing their fate.¹⁵⁴ It is hard to believe that in such a wealthy country, the state has tolerated this situation for years.

3. Family-services policy

Another approach, referred to as the 'family-service approach', is based on providing assistance to the entire family and accompanying them in overcoming life difficulties and educational problems.¹⁵⁵ This approach considers the free market as an important tool but does not trust the market to do this entirely on its own.¹⁵⁶ Therefore, the 'family-service approach' actually insulates the family from market pressures. The stream of state assistance to the family ensures that all children have a 'floor' of economic support when the family cannot afford to pay and lifts the 'ceiling' above what the parents could afford to pay alone.¹⁵⁷ In contrast, children in the United States have no 'floor' as an economic buffer when parents face financial difficulty and their 'ceiling' is set lower, largely, by what the parents can afford.¹⁵⁸

First, the social worker, or family assistant, searches together with the family for ways to solve their problem and aims to make the family independent. The family is treated as a partner, and assistance should be provided as quickly as possible and be based on mutual understanding, trust and cooperation. European countries are trying to implement such an approach with varying results. Unfortunately, the model assumptions often do not reflect the complicated reality. One of many examples illustrating these discrepancies between theory and practice can be seen in Poland's family assistant chapter.¹⁵⁹

Another feature of the 'family-service approach' includes, of course, child protection, but does not focus on accusing and punishing.¹⁶⁰ This can take many forms. For example, the state in Germany has a starting point that parents have primary responsibility of the children but effectively acts as a 'guarantor' in case the parents fail to fulfil their care and upbringing responsibilities consistent with the child's best interests.¹⁶¹ The German le-

154 Eichner, United States of America, 757–760.

155 Eichner, United States of America, 747.

156 Eichner, United States of America, 747.

157 Eichner, United States of America, 757.

158 Eichner, United States of America, 757.

159 Wudarski, Poland, 396–402.

160 Eichner, United States of America, 747.

161 Helms/Schneider, Germany, 225.

gal framework provides that state intervention should only occur when the parents are unwilling or unable to avert the threat of the child's welfare.¹⁶² The state has the burden of proof, needing to exhaust all information available including the views of both the children and parents.¹⁶³ Similarly, the voluntary aspect of family services is an important pillar of the Swiss child protection system.¹⁶⁴ Parents children and young people are encouraged to attend counselling services, counselling centres, and specific support like grief processing if applicable.¹⁶⁵ The Swiss Civil Code, like the German legal framework, provides that the state only intervenes when the parents fail to remedy the situation on their own or unable to do so.¹⁶⁶ Therefore, the primary objective is to remedy the situation of risk for the child than punish the parents.¹⁶⁷ Parental conflict accounts for majority (71 per cent) of the cases of child protection.¹⁶⁸ The state will focus on calming and de-escalating the parents' attitudes and conflicts by providing mediation, counselling, and psychotherapy.¹⁶⁹

The 'family-services policy' still encounters challenges. For example, legal intervention in Croatia also starts with a step-wise approach towards protecting the child and not punishing the family, by starting with warning, assessments, safety plans, and then safety intervention.¹⁷⁰ However, the challenge is that Croatian families often view social welfare as the weaker link, believing that social welfare encourages 'learned helplessness'.¹⁷¹ This means that many families do not take preventive actions or utilise the social welfare system in Croatia but wait until the family crisis is almost uncontrollable.¹⁷² Moreover, when they seek assistance at this point, they become passive and expect professionals to solve their issues with a 'magic wand'.¹⁷³ Therefore, Croatian state intervention into family life often comes too late and is too lenient, with not enough focus on the best interest of the child.¹⁷⁴ For example, a Croatian father had multiple criminal convictions, with both parents demonstrating a lack of interest in their child, opiate addiction, and refusal

162 Helms/Schneider, Germany, 227.

163 Helms/Schneider, Germany, 235.

164 Kilde, Switzerland, 517.

165 Kilde, Switzerland, 517.

166 Kilde, Switzerland, 522.

167 Kilde, Switzerland, 522.

168 Kilde, Switzerland, 522.

169 Kilde, Switzerland, 523.

170 Majstorović/Šimović, Croatia, 203.

171 Majstorović/Šimović, Croatia, 198.

172 Majstorović/Šimović, Croatia, 198.

173 Majstorović/Šimović, Croatia, 198.

174 Majstorović/Šimović, Croatia, 212–213.

to participate in substance abuse treatments.¹⁷⁵ However, the higher court insisted that the parents: 'should be given [the further] opportunity to establish contact with the minor son and to prove themselves' without properly addressing how the child continues to be exposed to the parents' perilous lifestyle of substance abuse and addiction.¹⁷⁶

4. Family-policing system

The family-policing system, also known as the 'family-regulation system', is shaped by diverse social, historical, and political factors. These factors reflect varying concepts of family autonomy and the scope of parental authority, as well as societal attitudes towards these issues. For example, Lithuania used to punish parents of children between 14 and 16 years' old who have committed an offence under the previous law made according to Soviet tradition.¹⁷⁷ Although Lithuania has moved into a more less family policy system after its 2017 reforms, parents are still held responsible for children who commit subsequent crimes, after an initial warning, with a fine up to 100 euros.¹⁷⁸ However, there must be a causal connection proven between the child's misconduct and non-use of the parental authority.¹⁷⁹

In this family-policing system approach, the child welfare system cannot be initiated simply because the family needs help in providing for their child to do well.¹⁸⁰ Rather, the system can only be initiated by a report of suspected abuse or neglect.¹⁸¹ Moreover, when such suspicions of child abuse or neglect arise, the child welfare officials focus on investigating and potentially prosecuting parents accused of maltreatment.¹⁸² This system prioritises punitive measures over supportive ones, emphasising family autonomy. State intervention is predominantly grounded in criminal law, with inadequate implementation of the support measures typically associated with private law.

The United States and South Korea exemplify this approach.¹⁸³ Although the causes and specific solutions differ significantly between these countries, they share a common strategy: focusing primarily on addressing the con-

175 Majstorović/Šimović, Croatia, 213.

176 Majstorović/Šimović, Croatia, 213.

177 Sakalauskas/Böwe, Lithuania, 277–278.

178 Sakalauskas/Böwe, Lithuania, 288.

179 Sakalauskas/Böwe, Lithuania, 288.

180 See Eichner, United States of America, 761.

181 Eichner, United States of America, 761.

182 Eichner, United States of America, 750.

183 Eichner, United States of America, 750; Je, South Korea, 685.

sequences rather than the underlying causes of family dysfunction.¹⁸⁴ State involvement is primarily triggered by criminal cases of child abuse, while instances of neglect due to parental challenges—such as poverty, illness, or unemployment—receive relatively little attention.¹⁸⁵ When state intervenes in family life, whether through social welfare or criminal law, it often focuses on removing children from parents who have harmed them or pose a threat to their well-being. Less drastic measures that provide family support, such as assisting or supervising parental care, are not used.¹⁸⁶ In the United States, this approach results in more instances where children are unjustly taken away from their home.¹⁸⁷ Meanwhile, the South Korean state's policies regarding intervention in cases of child abuse remain underdeveloped.¹⁸⁸ In traditional large, multi-generational South Korean families, addressing the protection and parental responsibilities of maltreated, neglected, or abandoned children is often considered a private family matter with minimal state's involvement.¹⁸⁹ Although complete separation of a child from their parents is theoretically possible in exceptional situations, it is rarely applied in practices.¹⁹⁰ There is also a lack of research to ascertain the reasons and consequences of the hesitance in implementing state intervention measures in family affairs.¹⁹¹ Social and historical factors, undoubtedly play a significant role in shaping these dynamics.¹⁹²

In both countries, the foster care system is not fulfilling its function, although the reasons for failure are different. In the United States, placing a child in foster care significantly worsens the situation.¹⁹³ The child protection system lays dormant without supporting parents until a report of suspected abuse or neglect occurs and then immediately removes children from their families into state care.¹⁹⁴ The children taken into state care commonly have physical or mental health issues which require medical attention, like hearing and vision problems, attention deficiency, anxiety, depression, and asthma, even prior to entering the foster system.¹⁹⁵ Unfortunately, most children suffer even more trauma being removed from their

184 Eichner, *United States of America*, 750; Je, *South Korea*, 685.

185 Eichner, *United States of America*, 761–763; Je, *South Korea*, 685.

186 Je, *South Korea*, 685.

187 Eichner, *United States of America*, 761–763.

188 Je, *South Korea*, 684–685.

189 Je, *South Korea*, 678.

190 Je, *South Korea*, 684–685.

191 Je, *South Korea*, 685.

192 Je, *South Korea*, 672–685.

193 Eichner, *United States of America*, 764.

194 Eichner, *United States of America*, 768.

195 Eichner, *United States of America*, 764.

families, experiencing multiple foster placements, and being at greater risk of physical abuse, sexual abuse, and neglect.¹⁹⁶ One in five children will live in two different foster homes within 18 months, and one in twelve will live in three or more.¹⁹⁷ One-third of children will be neglected by a foster caregiver.¹⁹⁸ Approximately one-quarter of children reported physical abuse by a foster caregiver and one-fifth of female children reported sexual abuse with an unknown perpetrator.¹⁹⁹ One study found that adults who grew up in foster care had twice the rates of post-traumatic stress disorder (PTSD) as combat veterans.²⁰⁰ Moreover, half of these adults who grew up in foster care had at least one mental health condition, such as social phobia, panic syndrome, depression, or anxiety.²⁰¹ In the United States, approximately half the children are returned to their biological families where the same issues which prompted their removal mean these children are in a repeated cycle in and out of the child welfare system.²⁰² For the other half, many children have their relationships with their parents terminated, await adoption, and 'age out' of the system.²⁰³ Those children who do 'age out' of the system often have lower measures of long-term wellbeing, experiencing issues with mental health, substance abuse, under-employment, and homelessness.²⁰⁴

The problem is not the abuse of power by the state, but its inaction in late or reluctant intervention in the family lives of abused children. Despite sharing similarities in democratic political and economic systems, as well as common values regarding state intervention in family life, South Korea and Western countries differ significantly in their approaches to and the nature of state intervention for child protection, due to traditional Korean culture which hinders the full development of children's human rights policies.²⁰⁵ South Korea's historical experiences continue to influence how the state does not intervene in child protection.²⁰⁶ Driven by a family-oriented culture, including the traditional concept of the family and its patriarchal nature state intervention in cases of child abuse in South Korea follows a different path compared to Western countries like the United Kingdom, Germany, and the

196 Eichner, United States of America, 764–766.

197 Eichner, United States of America, 765.

198 Eichner, United States of America, 766.

199 Eichner, United States of America, 766.

200 Eichner, United States of America, 766.

201 Eichner, United States of America, 766.

202 Eichner, United States of America, 766.

203 Eichner, United States of America, 767.

204 Eichner, United States of America, 767.

205 Je, South Korea, 671–672.

206 Je, South Korea, 678 and 685–686.

U.S.²⁰⁷ Interestingly, a petition to terminate parental rights by a prosecutor or another public official can only be considered if no suitable petition comes from a family member.²⁰⁸ Local authorities and prosecutors play a supportive role compared to relatives in private legal disputes involving children.²⁰⁹ Thus, the issue is not the misuse of state authority but rather its passivity or, alternatively, its delayed and hesitant intervention in the lives of children who are victims of abuse within their families.

In South Korea, the placement of a child in foster care or a care institution typically requires parental consent, except when parents are convicted of child abuse.²¹⁰ The child's legal status in foster care remains unchanged, with their parents retaining parental responsibility.²¹¹ The lack of parental cooperation poses significant challenges for foster families and childcare institutions entrusted with these children, as they have limited decision-making authority.²¹² Issues regarding the revocation or restriction of parental authority must be resolved through private legal proceedings initiated by family members.²¹³ The concept of the state assuming parental responsibility for looked-after children has never been implemented in South Korea.²¹⁴ However, this approach proves ineffective and results in serious negative consequences. Insufficient state protection often compels abused children to flee their homes, exacerbating their plight.²¹⁵ Homeless children are left to fend for themselves without adequate state assistance, as the availability of shelter provided by local authorities remains insufficient and fails to meet growing needs.²¹⁶ Moreover, child homelessness is associated with an increase in juvenile delinquency.²¹⁷ Research underscores that relying solely on criminal law does not adequately address these complex issues, highlighting the urgent need for reforms in South Korea's approach to child protection.²¹⁸

207 Je, South Korea, 677–679 and 685–686.

208 Je, South Korea, 679.

209 Je, South Korea, 679.

210 Je, South Korea, 684.

211 Je, South Korea, 684.

212 Je, South Korea, 684.

213 Je, South Korea, 686.

214 Je, South Korea, 686.

215 Je, South Korea, 687.

216 Je, South Korea, 687.

217 Je, South Korea, 687–688.

218 Je, South Korea, 687–688.

5. Financial shortfall

The state's interference into the private life of the family depends on its financial capabilities. Undoubtedly, the financial strength of a state determines the scope and method of support families. However, legal, systematic, cultural, and political elements are equally as important. This has been confirmed in this research project.

Poverty remains a pervasive issue across many countries, profoundly impacting their child protection systems. In contexts where families struggle with basic necessities like housing and food, the role and effectiveness of the state in family life are significantly challenged. In Bulgaria, one out of three children live in poverty and children suffer severe material deprivation three times higher than the EU average.²¹⁹ Therefore, poverty and the inability for Bulgarian public systems to satisfy the needs of vulnerable families are the main reasons why children are institutionalised.²²⁰ Another effect of poverty in Bulgaria is that children are commonly left behind while one, or both, parents move abroad seek employment.²²¹ Unfortunately, the exact statistics are unknown.²²² However, a United Nations International Children's Emergency Fund (UNICEF) report from 2016 estimates that one in five children in Bulgaria have one parent abroad which leaves these children at risk of neglect, harm, dropping out of school, and becoming victims of violence and exploitation.²²³ The Bulgarian child protection service does not identify these children at risk or appoint legal guardians, because these children are usually left in the care of their grandparents and parents send regular remittances to meet material needs.²²⁴

In Kenya, which faces numerous economic difficulties, the extended family and local community play a crucial role.²²⁵ Given the limited state infrastructure, parental abandonment of children due to financial hardships, and the plight of street children, the idea of the state forcibly intervening to remove children from their homes remains a theoretical abstraction.²²⁶ A financial shortfall also typically leads to inactivity or, at the very least, significantly limits the activity of institutions responsible for family and child protection.

219 Todorova, Bulgaria, 180.

220 Todorova, Bulgaria, 180.

221 Todorova, Bulgaria, 190.

222 Todorova, Bulgaria, 190.

223 Todorova, Bulgaria, 191.

224 Todorova, Bulgaria, 191.

225 Tuitoek/Milej, Kenya, 559.

226 Tuitoek/Milej, Kenya, 559–560 and 587–588.

The state's capacity is already stretched thin due to the necessity of providing care for children who have been orphaned or abandoned.²²⁷

Moreover, the lack of financial resources affects the state's ability to investigate reports of child protection thoroughly. The High Court of Kenya, in its rulings, has emphasised the critical importance of reports concerning children in need and requiring protection, prepared by authorised officials.²²⁸ According to the court, these officials provide essential and professional support in aiding the courts to make fair determinations.²²⁹ In practice, due to various constraints and challenges, the court is rarely able to conduct further investigations beyond the statements of child protection officers.²³⁰ Therefore, although orders must be issued by the court, its role essentially becomes supervisory.²³¹ In practice, it adopts the expert's opinion as its own.²³²

Countries which require international funding to address their financial shortfall can find resistance to potential solutions.²³³ For example, a landmark Bulgarian legislation was expected to change the landscape of social services but was attacked by conservative, religious, and populist movements.²³⁴ These movements argue that international funding undermines Bulgarian national sovereignty, parental rights, and traditional family rights.²³⁵

Otherwise, financial shortfall can be made up by non-state actors such as non-governmental organisations (NGOs), non-profit organisations (NPOs), community based or religious organisations.²³⁶ The difficulty is that NGOs mostly come and go over time, even in countries without financial shortfalls, such as the NGOs which voluntarily deal with parental alienation syndrome in Malta.²³⁷ In South Africa, children account for more than a third of the population, with two-thirds of children living below the poverty line, 65 per cent in low income households, and 21 per cent orphaned with no surviving parents.²³⁸ The South African state is committed to children's rights on paper.²³⁹ However, the state's child protection system is

227 Tuitock/Milej, Kenya, 574.

228 Tuitock/Milej, Kenya, 576.

229 Tuitock/Milej, Kenya, 576.

230 Tuitock/Milej, Kenya, 576.

231 Tuitock/Milej, Kenya, 576.

232 Tuitock/Milej, Kenya, 576.

233 See Todorova, Bulgaria, 182.

234 Todorova, Bulgaria, 182–183.

235 Todorova, Bulgaria, 183.

236 See Tuitock/Milej, Kenya, 570–572.

237 Sammut, Malta, 314.

238 Essop/Rautenbach, South Africa, 593–594 and 632.

239 Essop/Rautenbach, South Africa, 603.

very underfunded where NPOs and NGOs deal with 60 per cent of child protection services while getting less than half (49 per cent) of the provincial social welfare program budget.²⁴⁰ In addition, the state's social development department provides funding to NGOs, who are supposed to only help or assist the state system, but have developed into their own industry offering most social services.²⁴¹ Therefore, these NPOs and NGOs are often overwhelmed and effectively delivering and replacing state child services in South Africa.²⁴²

VIII. Child removal policies

In practice, the distribution of responsibilities between the court and the youth welfare office in cases of child removal often diverges from legal norms. Contrary to standard procedure, the youth welfare office (social worker) frequently takes on the *de facto* leading role.²⁴³ It sometimes unilaterally conducts child removals, citing supposed imminent danger, despite the situation typically warranting a petition to the court.²⁴⁴

In Aotearoa New Zealand, the forcible removal of new-born indigenous children from their mothers at birth stands out as a deeply inhumane practice, directly violating the state's obligations to uphold indigenous self-determination over their homes, communities, and children.²⁴⁵ Additionally, the legal system offers parents minimal opportunities to defend themselves, which in practice are often ineffective and of little use.²⁴⁶ The report from New Zealand documents the sobering reality of removing children from their parents, using the case of *Pēpē M* as an example.²⁴⁷ It also highlights the significant impact that social workers' decisions can have on the fate of families. In practice, these decisions are often decisive and, regrettably, are sometimes made hastily and without thorough consideration and comprehensive information.²⁴⁸

240 Essop/Rautenbach, South Africa, 604.

241 Essop/Rautenbach, South Africa, 604–605.

242 Essop/Rautenbach, South Africa, 605.

243 Beclin, Austria, 79–80; Henaghan/Choi, New Zealand, 789–790; Meysen, Germany, 262.

244 See Beclin, Austria, 79.

245 Henaghan/Choi, New Zealand, 781–782.

246 Henaghan/Choi, New Zealand, 786–787.

247 Henaghan/Choi, New Zealand, 789.

248 Henaghan/Choi, New Zealand, 789–790.

In Austria, a troubling phenomenon has emerged wherein child and youth welfare authorities, *Kinder und Jugendhilfeträger (KJHT)*, remove children from their parents without a prior court order and without thoroughly considering less intrusive alternatives that could preserve family integrity.²⁴⁹ This often happens even without real urgency, and parents have no confidence that the court will review such far-reaching measures within a timeframe compliant with fundamental rights.²⁵⁰ An example of the lack of urgency, includes wanting to give parents a 'healthy shock' in response to a lack of co-operation with the welfare authority.²⁵¹ This will be further explored in the 'General Clauses and Ambiguous Terminology' segment later in this comparative analysis.

The court is not even obliged to hear the affected children personally.²⁵² The position of children and youth authorities is highly influential in such proceedings, and their recommendations are effectively binding in practice, even though they do not always meet the highest quality standards.²⁵³ During out-of-home placements, children and parents often face arbitrary restrictions on their contact rights, fostering alienation, and complicating reunification.²⁵⁴ This practice raises significant ethical, legal, and humanitarian concerns, as it frequently violates due process, undermines the rights to family and privacy, and can inflict profound psychological and social harm on the affected families. Despite the already significant rule of law issues in child removals, Austria tends to further expand the legal powers of the youth welfare offices.

IX. Challenges and shortcomings

1. Cultural challenges

a) Corporal punishment

Not all countries have regulations explicitly prohibiting parents from using corporal punishment in raising their children. In Switzerland, there are ongoing political efforts to introduce a legal ban on violence into the Swiss Civil Code.²⁵⁵ Meanwhile, other countries have legally prohibited corporal

249 Beclin, Austria, 82.

250 Beclin, Austria, 83–86.

251 Beclin, Austria, 83.

252 Beclin, Austria, 123.

253 Beclin, Austria, 84.

254 Beclin, Austria, 85–87.

255 Kilde, Switzerland, 504.

punishment but rarely applied due to deeply embedded historical and cultural practices. In Kenya, physical violence is pervasive, affecting 73 per cent of boys and 60 per cent of girls.²⁵⁶ This issue is compounded by the widespread practice of corporal punishment in schools, which despite being banned, remains prevalent and openly endorsed, also by senior government officials.²⁵⁷

Bulgarian children should be protected from violence, but there remains a high tolerance in Bulgaria towards physical violence against children by their parents for the purpose of discipline.²⁵⁸ The soft wording of the current domestic violence legislation is one of the core issues in children's rights in Bulgaria. Children have the right to protection from methods of education, but the wording of the legislation limits the right to methods which violate or undermine their dignity.²⁵⁹

In South Korea, the 2021 reform of the Civil Code eliminated parents' authority to discipline their children, signalling a trend toward increased state involvement in child protection.²⁶⁰ This legal change underscores the importance of children's rights and aims to ensure their well-being, suggesting that the state may implement more extensive protective measures and regulations in the future.²⁶¹ However, physical and emotional punishment by parents and teachers has often been tolerated in South Korean society, justified by the belief that such punishment helps correct a child's misbehaviour or that child abuse is a domestic matter in which the state should not interfere.²⁶² At the same time, there are even discussions about lowering the minimum age of criminal responsibility to 13 years' old, highlighting that punishment as a means of education remains a core aspect of the state's policy.²⁶³

By comparison, the Lithuanian Criminal Code imposed criminal liability for causing physical pain or minor bodily harm, but this was rarely applied in cases of corporal punishment because it was viewed as a right for the parents.²⁶⁴ The calls for a ban on corporal punishment by human rights organisations and NGOs were met with political indifference and caution,

256 Tuitoek/Milej, Kenya, 572.

257 Tuitoek/Milej, Kenya, 572.

258 Todorova, Bulgaria, 186.

259 Todorova, Bulgaria, 186.

260 Je, South Korea, 688.

261 Je, South Korea, 688.

262 Je, South Korea, 676.

263 Je, South Korea, 675.

264 Sakalauskas/Böwe, Lithuania, 289.

with strong resistance from ultra-conservative circles.²⁶⁵ After the murder of young boy who was brutally abused 135 times before his death, a new version of the Lithuanian Civil Code was adopted in 2017 clearly prohibiting corporal punishment.²⁶⁶ This led to an increase in the number of children taken into care from 2017 (from 547 in 2016 to 1,365 in 2017) where the full extent of the problem of corporal punishment was becoming clear.²⁶⁷

b) Child marriage

Despite significant improvements in child protection mechanisms in Kenya, society remains resistant to swift and radical changes. Cultural norms and traditions, even if they contradict existing laws, continue to exert a profound influence on family dynamics.²⁶⁸ This is evident in practices such as female genital mutilation (practiced by 21 per cent) and child marriages (23 per cent), which, despite legal prohibitions, persist widely and are accepted within Kenyan society.²⁶⁹ These examples vividly illustrate how deeply entrenched culture, religion, and tradition continue to shape family relationships, often in conflict with current legal frameworks.

c) Cultural superstitions

When issuing a ruling regarding the custody of a child whose mother passed away shortly after childbirth, the Magistrate Court in Kenya relied on a social enquiry report.²⁷⁰ The report noted that within the community, the sudden death of a mother after giving birth is viewed as a 'bad omen'.²⁷¹ Consequently, there were concerns that the child's life could be endangered because community members might not accept the child and could also perceive them as a 'bad omen'.²⁷² Although the ruling was later overturned by the High Court, which based its decision on a different report from the Children's Officer, it underscores the significant impact of cultural considerations on family matters.²⁷³

265 Sakalauskas/Böwe, Lithuania, 289–290.

266 Sakalauskas/Böwe, Lithuania, 291–297.

267 Sakalauskas/Böwe, Lithuania, 297.

268 Tuitock/Milej, Kenya, 585.

269 Tuitock/Milej, Kenya, 585.

270 Tuitock/Milej, Kenya, 579.

271 Tuitock/Milej, Kenya, 579.

272 Tuitock/Milej, Kenya, 579.

273 Tuitock/Milej, Kenya, 579.

2. Organisational challenges

In many countries, the child protection and family services face significant staffing challenges. These issues are primarily due to underfunding but also stem from the low social status of the profession, the lack of clear career development paths, and limited opportunities for advancement and professional growth. Consequently, there are staffing shortages, employee burnout, high turnover rates, and a reliance on less qualified and poorly motivated workers. All of this severely limits, or even prevents, the effective functioning of the entire system.

Kenya faces a shortage of child officers, making it challenging to meet even basic care demands.²⁷⁴ Meanwhile, these officers—similar to Poland—are expected to have high qualifications and manage a wide range of tasks, which they often cannot handle alone.²⁷⁵ As a result, non-governmental organisations frequently step in to provide assistance in Kenya.²⁷⁶ Moreover, reliance on the police, who have a specialised child protection unit, is crucial for ensuring children's safety.²⁷⁷ However, the involvement of the police does not always address these shortages.²⁷⁸ Some police officers fail to conduct thorough investigations and exhibit a dismissive attitude, neglecting to take appropriate actions.²⁷⁹ Victims may even be blamed and humiliated.²⁸⁰ There are also instances where homeless children endure brutal treatment from local police (county askaris).²⁸¹ This grim picture is further exacerbated by the scarcity of state-run children's centres, which only provide for basic survival needs.²⁸²

The family assistant in Poland also exemplifies staffing problems.²⁸³ The reality of their career starkly contrasts with lawmakers' assumptions, highlighting a gap between expectations and practice.²⁸⁴ The job with a usual minimum wage does offer professional development and even limits future career paths.²⁸⁵ Non-competitive recruitment leads to an underqualified staff, high

274 Tuitoek/Milej, Kenya, 567.

275 Wudarski, Poland, 390–391 and 393–394.

276 Tuitoek/Milej, Kenya, 567.

277 Tuitoek/Milej, Kenya, 567.

278 Tuitoek/Milej, Kenya, 567.

279 Tuitoek/Milej, Kenya, 570.

280 Tuitoek/Milej, Kenya, 570.

281 Tuitoek/Milej, Kenya, 567.

282 Tuitoek/Milej, Kenya, 567.

283 Wudarski, Poland, 400–402.

284 Wudarski, Poland, 393.

285 Wudarski, Poland, 393.

employee turnover, and many vacancies.²⁸⁶ Despite being open to individuals with various qualifications, the profession is mostly female-dominated and limited to career counsellors and educators.²⁸⁷ Consequently, family assistants have low social prestige, affecting the profession's status and public perception.²⁸⁸

The situation is extremely dire in Austria, where parents cannot assume out-of-home placement for their children is appropriate to their child's well-being.²⁸⁹ There is a severe shortage of staff in the child protection system.²⁹⁰ Staff shortages meant two out of 16 crisis centres were closed with 40 positions still vacant, and each social worker handled 60 or more cases at one time.²⁹¹ There are small children being placed next to psychiatrically problematic adolescents.²⁹² In addition, it is shocking that the Austrian state has accepted the deterioration of quality of care than alleviate the tense staffing situation.²⁹³ The Vienna City Audit Office confirmed that the approved group size for the crisis centre exceeded 2,539 times with overcrowdings of 75 per cent.²⁹⁴ The deterioration of quality means that facilities were dirty, children sleep on mattresses on the floor due to chronic overcrowding, and that younger children were regularly physically and sexually abused by older children.²⁹⁵ Moreover, most quality standards usually published by *Fédération Internationale des Communautés Educatives* (FICE) Austria were unknown in 2019.²⁹⁶

In New Zealand, there is an overload, not only among social workers but also within the court system, leading to inefficiencies in child protection services.²⁹⁷ As discussed earlier, social workers were found to pre-determine outcomes for Māori babies, frequently overlooking changes in the circumstances of the mother or extended family or whānau.²⁹⁸ They focus on closing cases quickly and treat them as little more than formalities.²⁹⁹ Staff describe the internal culture at the Ministry of Children – Oranga

286 Wudarski, Poland, 393–394.

287 Wudarski, Poland, 390–394.

288 Wudarski, Poland, 394.

289 Beclin, Austria, 131.

290 Beclin, Austria, 94.

291 Beclin, Austria, 94.

292 Beclin, Austria, 95.

293 Beclin, Austria, 95.

294 Beclin, Austria, 96.

295 Beclin, Austria, 95.

296 Beclin, Austria, 96.

297 Henaghan/Choi, New Zealand, 783.

298 Henaghan/Choi, New Zealand, 784.

299 Henaghan/Choi, New Zealand, 784.

Tamariki – as ‘complex and insular’, lacking cultural oversight, with on-going education primarily provided through internal resources.³⁰⁰ Family Court employees have expressed frustration over the lack of consistency between judges and lawyers representing the families.³⁰¹ Lawyers, staff, and judges are struggling with the challenges of an overloaded system, where insufficient resources are the main issue.³⁰² Family court employees are overworked and have little time to properly address urgent cases, increasing the risk of serious harm to children due to delays in case processing.³⁰³ Meanwhile, Oranga Tamariki staff work under significant time pressure, which negatively impacts the quality of services and influences decisions, often based on outdated information.³⁰⁴ They also face constantly shifting practices and are forced to implement new policies, being blamed for any shortcomings or failures.³⁰⁵ This leads to feelings of undervaluation and, in some cases, stigmatisation among the staff.³⁰⁶

In Brazil, there are ‘Specialized Police Departments for the Protection of Children and Adolescents’ that protect the rights of children who are victims or witness of physical, psychological, sexual, or institutional violence.³⁰⁷ The limited funding for administrative organisations mean these departments are overwhelmed with violence reports.³⁰⁸ For example, there are over 100 specialised departments to deal with more than 95,200 reports of violence against children and adolescents in 2020 received by its hotline.³⁰⁹

3. Legal challenges

a) General clauses and ambiguous terminology

The research emphasises the need for clarifying legal concepts. This specificity aims to avoid conflicting interpretations and, importantly, to prevent unjustified state intrusion into family privacy. In Austria, the focus is on precisely defining the term ‘imminent danger’ (*Gefahr im Verzug*), which serves as the basis for KJHT to remove children from their parents.³¹⁰ Under Austrian law, the KJHT must only remove children from families in ex-

300 Henaghan/Choi, New Zealand, 784.

301 Henaghan/Choi, New Zealand, 783.

302 Henaghan/Choi, New Zealand, 783.

303 Henaghan/Choi, New Zealand, 783.

304 Henaghan/Choi, New Zealand, 784.

305 Henaghan/Choi, New Zealand, 784.

306 Henaghan/Choi, New Zealand, 784.

307 Konder/de Souza Konder, Brazil, 705.

308 Konder/de Souza Konder, Brazil, 706.

309 Konder/de Souza Konder, Brazil, 706.

310 Beclin, Austria, 82–86.

ceptional circumstances of 'imminent danger' where judiciary intervention would arrive too late.³¹¹ These immediate measures are only permissible at a 'significant threshold' where the suspected risk is being 'concrete and obvious' and the measure must be the mildest possible and proportionate.³¹² Thereafter, the KJHT must involve the court within eight days after the child is taken away.³¹³ The parents can apply for review of this emergency measure within four weeks of removal but the KHJT can re-trigger the eight day timer if KHJT argues that return of the child would re-constitute 'imminent danger' prolonging the process.³¹⁴ Therefore, it takes several months where, in practice, the function of a rapid review is not fulfilled.³¹⁵

The broad definition of 'imminent danger' has allowed the KJHT to over-step their authority when milder measures could have been taken.³¹⁶ For example, the KJHT social workers in Vienna describe how chronic family abuses meant the child 'had to be' removed because 'where a lot of support has been provided, one must react quickly if all that fails' and 'nothing is left to chance when we plan a removal'.³¹⁷ The emergency removals have become routine practice with the KJHT removing children due to irregular kindergarten attendance, negligent personal hygiene, too permissive parenting style, untidy or cramped living conditions, and disputes over parent's contact rights.³¹⁸ These could all be mitigated through milder measures such as parenting advice, babysitters, psychotherapy, and debt counselling.³¹⁹ Moreover, the KJHT becomes the legal guardian immediately upon the removal and enforces this removal through private custody rights as a private legal entity with assistance from the police.³²⁰ Therefore, parents are limited to seeking compensation through general tort law, rather than public law, even when the KJHT routinely uses coercive measures as an administrative body.³²¹

One key recommendation would be to narrow the definition of 'imminent danger' to imminent harm to the child's physical or mental health i.e. 'danger to life or limb,' such as abuse or violence against the child to limit the over-reach of power by the KJHT.³²² This proposed recommendation would

311 Beclin, Austria, 80.

312 Beclin, Austria, 82.

313 Beclin, Austria, 115.

314 Beclin, Austria, 115–116.

315 Beclin, Austria, 115.

316 Beclin, Austria, 83.

317 Beclin, Austria, 83.

318 Beclin, Austria, 83.

319 Beclin, Austria, 83.

320 Beclin, Austria, 81.

321 Beclin, Austria, 81.

322 Beclin, Austria, 86.

closer align with the German legal framework, where there must be a present danger of such significance that threatens a child's welfare which can be foreseen with a high degree of certainty.³²³ More importantly, this threshold has been re-enforced by the judiciary, the German Federal Constitutional Court.³²⁴ Whereas the Austrian judiciary has tolerate the KJHT's actions as they are the 'experts' taking the difficult question of the parents' suitability off their hands.³²⁵ Moreover, the courts are uncritical when the KJHT deliberately violate court orders.³²⁶ For example, a Vienna child and youth welfare officer ignored a court order to hand over a toddler to the grandparents until the child had to remain with the foster family permanently.³²⁷

In contrast, Poland has a definition of 'imminent danger' when removing children from their family as danger to the child's life or health, but this only applies in a domestic violence context.³²⁸ This danger must be serious, in the immediate future, intentional by the perpetrator, and where it is impossible to implement other preventive measures where removal is necessary.³²⁹ In practice, the definition of 'domestic violence' has been interpreted too broadly, hastily, and inconsistently in Poland.³³⁰ Family violence is defined as a singular or recurring intentional act or omission infringing on the rights of personal goods of closest persons or other persons residing together.³³¹ This is very broad, which has allowed Polish state intervention into family life to occur sometimes too hastily or in circumstances of family dysfunction, but not imminent danger.³³² This includes cases where court intervention may be required, but there was no a direct manifestation of violence to the child's health or life.³³³ For example, there was a case where both parents were alcoholics with restricted parental authority and supervision, their 6-year-old child was removed and put into foster care where he was beaten with a metal pipe and returned to his parents with the same conditions.³³⁴ There was another case where a mother with restricted parental authority and supervision left her three children at home unattended, dirty, and inadequately dressed,

323 Helms/Schneider, Germany, 231–233.

324 Helms/Schneider, Germany, 231.

325 Beclin, Austria, 84.

326 Beclin, Austria, 85.

327 Beclin, Austria, 85.

328 Wierciński, Poland, 370.

329 Wierciński, Poland, 371–372.

330 Wierciński, Poland, 371–372, 379 and 382–383.

331 Wierciński, Poland, 373.

332 Wierciński, Poland, 381–382.

333 Wierciński, Poland, 381–382.

334 Wierciński, Poland, 380.

for 15 minutes while she went to the shops.³³⁵ The mother returned to find the social worker conducting an inspection, took the youngest child, tried to run away and tripped resulting in the child suffering a head injury.³³⁶ Although the single mother needed court intervention, there was no direct manifestation of danger to the children and this incident could have been avoided as the court eventually ordered the return of the children with supervision to the mother.³³⁷

b) Limiting the child's contact with the family

Another form of state interference in family life is limiting, or even deliberately, hindering contact between parents and their child. First, the state can directly interfere is to suspend parental contact while a child is in state care. The Austrian Report reveals discretionary, disproportionate, and even deliberate restrictions on contact imposed by children and youth welfare offices.³³⁸ These restrictions are applied in various ways. In the first weeks of a child's stay in a care facility, contact between parents and their child is prohibited.³³⁹ The report indicates that this occurs even when there has been no violence in the family and family relationships are very close.³⁴⁰ Subsequent contacts are rare (every four weeks) and supervised.³⁴¹ Children often cannot participate in important family events such as birthdays or holidays with their parents.³⁴² It also happens that even telephone contact is hindered and limited.³⁴³ Placing children in distant care facilities greatly impedes the maintenance of regular contact, contributes to their alienation from their families, and can ultimately lead to their permanent external placement by completely uprooting them from the familial environment.³⁴⁴ In Austria, this phenomenon is accompanied by the authorities' failure to properly inform parents about their child's development, including health status and school progress.³⁴⁵ One of the reasons for this situation is a lack of basic empathy and incompetence among some social workers.³⁴⁶ In comparison, there

335 Wierciński, Poland, 381.

336 Wierciński, Poland, 381.

337 Wierciński, Poland, 381.

338 Beclin, Austria, 80, 85, and 91–94.

339 Beclin, Austria, 91.

340 Beclin, Austria, 91.

341 Beclin, Austria, 91.

342 Beclin, Austria, 91.

343 Beclin, Austria, 91–92.

344 Beclin, Austria, 92.

345 Beclin, Austria, 93.

346 Beclin, Austria, 93–94.

is a presumption in Turkey that parents have the right to appropriate contact with their child who is in custody that can only be withdrawn if personal contact would put the child's well-being at risk.³⁴⁷

State interference into the family unit by limiting parental contact with the children can make reintegration of children into the home difficult after placement.³⁴⁸ In Spain, the child protection authority suspends contact between the child and parents after removal.³⁴⁹ This means that the child bonds with the foster family and the biological parents do not retain contact with their child.³⁵⁰ On paper, the state's final objective when removing a child from their family should be reunification.³⁵¹ However, reunification is very rare in practice.³⁵² There are certain requirements for reunification, including positive development in the family's situation, no relevant risks to the children, how long time has lapsed since separation, how the child has integrated and developed ties with the foster family.³⁵³ This has led to disappointing situations like *Saleck Bardi v. Spain*, where a nine-year-old girl was declared abandoned when the Spanish authorities knew her mother wanted her return, parental contact was suspended, and the foster family was eventually awarded custody because the new emotional ties were made.³⁵⁴ The girl, who was now 15 years' old, did not want to return to her mother.³⁵⁵ Another case, *Haddad v. Spain*, involved a father who had a change of circumstances when he was acquitted of domestic violence, but contact was not established and the child was instead put into pre-adoption care.³⁵⁶ The last disappointing case was *Omorefe v. Spain*, where a Nigerian mother was illegally residing in Spain requested putting her 2-month-old son into state care but wanted to maintain contact with him.³⁵⁷ However, the state was put the child into pre-adoption care without maintain contract with the mother when less radical measures, like temporary placement, could have implemented.³⁵⁸ While the Spanish Constitutional Court has reiterated that children are not materially and emotionally better in state care, the Spanish state authorities continue to suspend parental contact for prolonged periods

347 Zeytin/Klein, Turkey, 545.

348 See Navarro-Michel, Spain, 494.

349 Navarro-Michel, Spain, 494.

350 Navarro-Michel, Spain, 494.

351 Navarro-Michel, Spain, 494.

352 Navarro-Michel, Spain, 494.

353 Navarro-Michel, Spain, 494.

354 Navarro-Michel, Spain, 495–496.

355 Navarro-Michel, Spain, 495.

356 Navarro-Michel, Spain, 496.

357 Navarro-Michel, Spain, 496.

358 Navarro-Michel, Spain, 496.

of time when circumstances change, which in turn, makes reunification of the child with the parents rare.³⁵⁹

Second, the state can interfere with family life can occur through lengthy court proceedings without ensuring parents are allowed to have contact with their children. For example, a father's right to family life in Turkey was violated from court proceedings being excessively lengthy where the father and child had no contact for one and a half years, causing irreparable harm and permanent disruption to their relationship.³⁶⁰ Likewise, a lack of parental contact is exemplified in a case study in Malta where parental alienation evolved into *de facto* 'court alienation'.³⁶¹ In *I. S. and Others v. Malta*, the father had inconsistent contact with his four daughters for almost four years because the mother had no consequences if the contact did not occur.³⁶² The father lived less than 20 kilometres away from his children and the ECHR recognised that the Maltese Family Court failed to act when there should be an obligation on the state to act and ensure parental contact happens.³⁶³

X. Discrimination

As Prof. Roberts in the American report observed, racial disparities are closely interwoven with poverty in the child welfare system.³⁶⁴ For example, black children are twice as likely to be placed into foster care.³⁶⁵ This racial disparity is increased in urban areas, where there are three black children in foster care for every white child in New York City.³⁶⁶ Poverty plays a prominent role in creating systematic racial disparities.³⁶⁷ First, parents experiencing poverty related stress are more have mental health and substance abuse issues, which makes them more likely to abuse or neglect their children.³⁶⁸ Second, poverty means that parents are less likely to be able to afford basic resources like food, clothing, and accommodation, allowing child welfare officers to deem the parents to have neglected their children.³⁶⁹ Third, the

359 Navarro-Michel, Spain, 494–495.

360 Zeytin/Klein, Turkey, 551–552.

361 Sammut, Malta, 318.

362 Sammut, Malta, 319–320.

363 Sammut, Malta, 319–320.

364 Eichner, United States of America, 763.

365 Eichner, United States of America, 763.

366 Eichner, United States of America, 763.

367 Eichner, United States of America, 763.

368 Eichner, United States of America, 762.

369 Eichner, United States of America, 762.

poor parents have more contact with public services such as public hospitals, which mean they are more easily detected for child maltreatment.³⁷⁰

The observations in the United States draw parallel to the racial disparities seen in indigenous children being more likely to be uplifted, even before birth, by the New Zealand child protection system.³⁷¹ The *Puao-te-ata-tua* Report identified three forms of racism in New Zealand's social welfare system.³⁷² Personal racism is direct through attitude or action.³⁷³ Cultural racism is the domination of white colonial culture, perpetuating negative attitudes towards indigenous people while cherry-picking aspects of indigenous culture for tourism, education, and advertising.³⁷⁴ The last is institutional racism, where the system ignores, freezes, and penalises indigenous culture unless they fall in line.³⁷⁵ This implies that indigenous people have 'failed to grasp the opportunity that society offers' and that suppressing their cultural existence is a 'normal condition of existence'.³⁷⁶

XI. Migrant families

1. Disadvantages and challenges

In an increasingly mobile society where families traverse borders and settle in foreign countries governed by diverse social norms, legal systems, and cultural traditions, the demand for cross-cultural translation and enhanced cultural comprehension becomes increasingly critical. These serve as essential tools in mitigating conflicts and misunderstandings among parents, their children, and the state.

Migration occurs for various reasons. Apart from seeking a better standard of living driven by economic factors, migration is also compelled by armed conflicts.³⁷⁷ Regardless of the reasons, the countries under examination exhibit significant variations in the proportion of migrant families within their social fabric, influencing the nature and magnitude of challenges encountered and the strategies employed to address them. The composition of migrant families differs across nations (compare for example Japan and Kenya), a factor determined historically, influenced by geographical

370 Eichner, United States of America, 762.

371 Henaghan/Choi, New Zealand, 782.

372 Henaghan/Choi, New Zealand, 792.

373 Henaghan/Choi, New Zealand, 792.

374 Henaghan/Choi, New Zealand, 792.

375 Henaghan/Choi, New Zealand, 792.

376 Henaghan/Choi, New Zealand, 792.

377 Tuitoeck/Milej, Kenya, 585–586.

location, economic and political conditions, and legal frameworks. Nevertheless, numerous parallels can be observed despite these disparities. Research findings consistently highlight the multitude of disadvantages and obstacles faced by migrant families, exacerbated by financial, educational, linguistic, cultural, and legal barriers.³⁷⁸ When crossing borders, parents raise their children in the host country and have to follow new family-related regulations. Adjusting to a new environment proves challenging, not only due to cultural, religious, and social disparities, but also because of various bureaucratic hurdles and inadequate state policies. Consequently, even unconscious breaches of legal provisions may jeopardise family integrity, subjecting immigrant parents to state interference in their family life, curtailment of decision-making autonomy, and potentially permanent loss of legal custody over their children. For example, migrant families in Switzerland commonly have a lack of language skills and legal knowledge of the child protection system which means they would not know when they have a legal claim or need legal representative.³⁷⁹

In many countries, there is a prevailing belief that migrant families should undergo more stringent state control, as children within these families are perceived to be at a higher risk of experiencing parental violence compared to children without migrant backgrounds. For example, studies in Switzerland have found families with a migrant background were 'less willing or able to supervise their child' and had an increased risk of juvenile delinquency among children aged 12 to 18 years' old.³⁸⁰ This was subsequently connected to children exhibiting adolescent problem behaviour later in life, such as alcohol consumption, gambling, or violence.³⁸¹

Instances of state overreach in intervening in migrant family life manifest in various forms, displaying similarities and differences rooted in national contexts and shaped by both legal and social dynamics. Interestingly, it often turns out that the state's inaction is much more problematic. For example, foreign children being left out of the public schooling system in Japan unless they are invited.³⁸² The following cases will illustrate broader themes that emerge when state authorities circumscribe and regulate immigrant parent connections to, and conversations with, their children. When families cross national borders and the parents raise the children in the adopted country,

378 Kilde, Switzerland, 501-503, 518, 524; Nishitani/Aotake, Japan, 662-668; Tuitoek/Milej, Kenya, 584-585.

379 Kilde, Switzerland, 524.

380 Kilde, Switzerland, 503.

381 Kilde, Switzerland, 503.

382 Nishitani/Aotake, Japan, 663-664.

they may run afoul of ‘foreign’ rules that limit their decision-making authority and may even permanently lose their legal ties to the children.

2. Resolution of the European Parliament

In the German case, accusations of abuse of state power by discriminatory treatment of immigrant families by the Youth Welfare Office (*Jugendamt*) were reflected in the European Parliament resolution of 29 November 2018.³⁸³ This political and not legally binding resolution is based on petitions filed for more than ten years by a very large number of non-German parents denouncing the systematic discrimination and arbitrary measures taken against them by the German Youth Office.³⁸⁴ Even though the resolution might be treated with caution since it is mainly based on the subjective reports of petitioners rather than court rulings containing full and objective documentation, it remains significant that the malpractice contained therein regarding the functioning of the *Jugendamt* is yet to receive either a clear response or an in-depth analysis and reflection from the academic world.³⁸⁵

The resolution contains 32 recommendations and calls for their implementation. Among numerous objections, the petitioners raised a lack of effective legal advice and support for non-German parents and the absence of detailed checks to detect discriminatory procedures and practices adopted by German authorities in family disputes involving children, resulting in cross-border implications involving children.³⁸⁶ The broad interpretations of court rulings by the *Jugendamt*, which is responsible for enforcing them, is often are biased and detrimental to the effective protection of the rights of non-German parents.³⁸⁷

Germany is not isolated in facing such problems and looking for the right approach, although it is certainly one of the most frequently chosen countries for migration. The recommendations of the resolution, although they were directed at Germany, have a universal dimension. Nevertheless, they have not triggered a wider discussion and verification of the actual exercise of state power to interfere in child-parent relations of migrant families in EU countries.

383 European Parliament Resolution of 29 November 2018 on the role of the German Youth Welfare Office (*Jugendamt*) in cross-border family disputes (2018/2856(RSP)); Perlmutter, United States of America, 721.

384 No. A of Resolution (2018/2856(RSP)).

385 See No. B of Resolution (2018/2856(RSP)).

386 See No. H and N of Resolution (2018/2856(RSP)).

387 No. E of Resolution (2018/2856(RSP)).

This is particularly true of the allegation that the *Jugendamt's* position is in practice much stronger than its formal powers. In practice, its recommendations in family disputes involving children are binding on the court, despite being formally an opinion.³⁸⁸ In this context, the resolution also criticises the lack of statistical data on the number of cases in which court rulings did not comply with the *Jugendamt's* recommendations, despite repeated requests over the years to collect and make such data publicly available.³⁸⁹ The similarity and diversity of problems of migrant families, legal regulations, and above all, different practices in member states justify the necessity of such statistics and studies. Nevertheless, there is a scarcity of both studies and data in this area. Moreover, they have not been verified in other countries of the European Union.

The German report shows that the European Parliament's criticism of the lack of statistical data related to children and youth with non-German parents has been partially addressed.³⁹⁰ According to available statistics (2021), the percentage of children and adolescents with at least one non-German parent is 42.2 per cent of all children in care.³⁹¹ This almost corresponds to the proportion of children and youths with a migration background in the total population of this age group up to 18 years' old (39 per cent).³⁹² At the same time, this data confirms the very high proportion of foreigners in German society. By comparison, in Japan (2024) it is only 3 per cent of the total population.³⁹³

3. Battle for linguistic identity

The European Parliament was particularly critical of the *Jugendamt* requirement for non-German parents to speak German to their children in during supervised parental visits.³⁹⁴ This led to interruptions during the conversation and even a ban on contact between parents and their children.³⁹⁵ Safety concerns could be offset by facilitating an interpreter to ensure *Jugendamt* officials understood the content of the discussion.³⁹⁶ Families should have freedom of communication and language has a critical role in maintaining

388 No. D of Resolution (2018/2856(RSP)).

389 No. 10 of Resolution (2018/2856(RSP)).

390 Meysen, Germany, 261–262.

391 Meysen, Germany, 261.

392 Meysen, Germany, 261.

393 Nishitani/Aotake, Japan, 662.

394 No. 12 of Resolution (2018/2856(RSP)); Perlmutter, United States of America, 721.

395 No. 12 of Resolution (2018/2856(RSP)); Perlmutter, United States of America, 721.

396 No. 13 of Resolution (2018/2856(RSP)).

emotional bonds and protection of the children's cultural welfare.³⁹⁷ There is also no doubt that the origin language of family is crucial to the formation of personal identities.

The battle for linguistic identity has been explored in Perlmutter's chapter. Research demonstrates that the prohibition of using the native language by migrant families is not a new, or exclusively, German 'phenomenon' (as seen in the Pomorski case).³⁹⁸ Similar tendencies also appear in Austria.³⁹⁹ The US Supreme Court addressed this issue over 100 years ago in the cases of *Meyer v. Nebraska* and *Bartels v. Iowa*.⁴⁰⁰ Interestingly, these cases involved German parents living in the United States who were prohibited from teaching their children their native language (German) in public elementary schools.⁴⁰¹ The U. S. Supreme Court held that the Nebraska state law violated a parent's constitutional liberty under the Fourteenth Amendment, which encompasses parental rights regarding the care and education of children, including the parents' decision to have teachers to educate their children in their native language.⁴⁰² Parents' resistance to the enforced 'Americanisation' of their children's education has been recognised as fundamental to good parenting.⁴⁰³ The child is not simply 'the mere creature of the State' (*Pierce v. Society of Sisters*), and the right of parents to direct their children's education supersedes the state's interest in Americanising its young people.⁴⁰⁴ There is also no doubt that the family's native language plays a crucial role in shaping personal identities.

In German jurisprudence—as in the United States—the Pomorski case is rather an isolated incident. Nevertheless, this does not necessarily mean that the problem of compulsory German communication between parents and their children being imposed during meetings supervised by the *Jugendamt* never arises in practice. That said, there seems to be an increased awareness and sensitivity among social workers regarding this. Nevertheless, other questionable and unlawful practices persist, such as the imposition of official correspondence in German in cross-border parental disputes, even when one parent lives in Poland and does not speak German. The extent of this misconduct is challenging to ascertain due to the lack of verifiable and representative data on the matter.

397 No. 14 of Resolution (2018/2856(RSP)).

398 Perlmutter, *United States of America*, 713–716.

399 See Beclin, *Austria*, 92.

400 Perlmutter, *United States of America*, 723–728.

401 Perlmutter, *United States of America*, 723–724.

402 Perlmutter, *United States of America*, 723–724.

403 Perlmutter, *United States of America*, 727.

404 Perlmutter, *United States of America*, 726.

Historical-legal research indicates that discriminatory language regulations have profound social backgrounds and are frequently based on prejudice.⁴⁰⁵ In the context of the United States, these regulations partly stem from the anti-German bias prevalent during the war years.⁴⁰⁶ More broadly, they reflect the conflict between cultural pluralism and the perceived necessity to establish a national identity evident in the enduring tensions between English-speaking settlers in the Midwest and the substantial German, Polish, and Scandinavian communities in these regions.⁴⁰⁷

The considerations and reflections of Americans also hold relevance in the context of Polish-German relations. Despite numerous social and economic changes, they remain burdened with stereotypes that, both consciously and unconsciously, influence legal battles in cross-border family disputes. Moreover, Polish-German family disputes concerning children have unfortunately been frequently exploited for political purposes in Poland, particularly in recent years. Government-controlled mass media has referred to the 'Germanisation' of Polish children, drawing parallels to World War II, during which Polish children were forcibly taken from their parents and deported to Germany for neutralisation.⁴⁰⁸ In such circumstances, there has been little room for substantive discourse and the pursuit of solutions which are in the best interests of the child and their parents. Nevertheless, both in Poland and Germany, there is currently no comprehensive quantitative and qualitative research documenting and analysing case law related to Polish-German family disputes.

4. The danger of linguistic exclusion

Although protecting national roots, personal identity, and mother tongue is important, integration in the adopted country remains in the child's best interest. Neglecting this has far-reaching negative consequences. The example of Japan illustrates that a lack of knowledge of the language spoken in the country of residence is no less challenging.⁴⁰⁹ A dangerous phenomenon observed globally is the self-isolation of immigrant families from the local community by creating closed national ghettos.⁴¹⁰ One of the primary reasons is the language barrier, which is insurmountable for many migrant

405 Perlmutter, United States of America, 725.

406 Perlmutter, United States of America, 725.

407 Perlmutter, United States of America, 725.

408 Perlmutter, United States of America, 723.

409 Nishitani/Aotake, Japan, 664.

410 Nishitani/Aotake, Japan, 664–665.

parents.⁴¹¹ If they do not speak the host country's language they are regularly uninformed about their rights and duties.⁴¹² The language barrier prevents them from playing an active role, whether in seeking support or defending themselves against interventions in their family life.⁴¹³ Unfortunately, this often affects the children and deprives them of the opportunity to immerse themselves in the new environment and gain its benefits.⁴¹⁴ Even in multilingual countries such as Switzerland, research has indicated that children growing up in non-native language environments frequently experience educational and developmental disadvantages.⁴¹⁵ Fortunately, early childhood education, care, and support services can help mitigate these challenges.⁴¹⁶

Interestingly, among migrant families living in Japan for a long time, another phenomenon is also observed.⁴¹⁷ Children who speak Japanese on a daily basis may have difficulties communicating with parents in their mother tongue.⁴¹⁸ It is therefore necessary to strike a balance between these interests. In doing so, the child's voice, which should be crucial, is often overlooked, and it may not necessarily coincide with what the parents believe is best for the child.⁴¹⁹ Children certainly cannot be forced to learn their native language if they are unwilling, especially if it causes them discomfort, stress, a sense of alienation, or even diminished value among their peers.⁴²⁰

5. The hardship of undocumented migrant families

A stark contrast was found between the U.S. and the EU in the treatment of migrant families with undocumented legal status. The differences result from legal and social specificity. While EU citizens enjoy freedom of movement, the issue of illegal residence in another EU country is limited only to migrants from non-EU countries.⁴²¹ The U.S. approach shows how the harsh sanctions in American migrant law influences family relations.⁴²² It documents the abuse of state power to interfere in family life through unfair and discriminatory treatment of vulnerable 'silenced' migrant parents (Mer-

411 Nishitani/Aotake, Japan, 665.

412 Nishitani/Aotake, Japan, 664–665.

413 Kilde, Switzerland, 504, 517, 523–524, 527–529.

414 Kilde, Switzerland, 517.

415 Kilde, Switzerland, 517.

416 Kilde, Switzerland, 523, 525, 527 and 529.

417 Nishitani/Aotake, Japan, 665.

418 Nishitani/Aotake, Japan, 665.

419 Perlmutter, United States of America, 740–742.

420 Perlmutter, United States of America, 740–742.

421 Perlmutter, United States of America, 737–738.

422 Perlmutter, United States of America, 713–716.

cedes S. case).⁴²³ The study reveals egregious errors by the court and child welfare agencies causing irreparable damage to the parent-child relationship and making it virtually impossible to reunite the family.⁴²⁴ Decision-making based on biases rooted in race and origin without carefully examining all the circumstances, providing language support (interpreter), and ensuring effective legal protection often triggers a 'domino effect' leading to separation, deportation, and termination of parental custody.⁴²⁵ This happens especially when a parent's undocumented immigration status alone is considered sufficient evidence to declare them unfit to care for their children or difficulties in communication—due to insufficient English language skills—are unsolved.⁴²⁶ Hardships like the separation of a child combined with deportation of their parents is an unlikely scenario in EU countries.⁴²⁷

6. Educational exclusion

The educational exclusion of children from migrant families in Japan is shocking.⁴²⁸ As discussed earlier, non-Japanese children are officially left out of the school system.⁴²⁹ Public education is guaranteed only to Japanese citizens.⁴³⁰ Schools aim to prepare Japanese children to serve the state.⁴³¹ Foreigners do not belong to this nationalistic concept.⁴³² It is hard to believe, that this blatant discrimination is in line with Japan's constitution.⁴³³ In fact, Japan's education policy violates the basic principles of the Convention on the Rights of the Child.⁴³⁴

The abuse of power consists of a failure to act rather than excessive interference. As discussed earlier, research has shown that children raised in foreign language environments in Switzerland often face educational and developmental disadvantages.⁴³⁵ Early childhood education, care, and support services can help mitigate these challenges.⁴³⁶ Voluntary child protection services in Switzerland are particularly valuable for families with a migrant

423 Perlmutter, United States of America, 729–733.

424 Perlmutter, United States of America, 729–733.

425 Perlmutter, United States of America, 732.

426 Perlmutter, United States of America, 735–736.

427 Perlmutter, United States of America, 737–738.

428 Nishitani/Aotake, Japan, 663.

429 Nishitani/Aotake, Japan, 663.

430 Nishitani/Aotake, Japan, 663.

431 Nishitani/Aotake, Japan, 664.

432 Nishitani/Aotake, Japan, 664.

433 Nishitani/Aotake, Japan, 664.

434 Nishitani/Aotake, Japan, 664.

435 Kilde, Switzerland, 517.

436 Kilde, Switzerland, 523, 525, 527 and 529.

background, as they are locally based, easily accessible, and offer tailored support during difficult times.⁴³⁷

In Kenya, there is a stark reality of actual exclusion or significant limitations in access to education for children from migrant families, even if not legally sanctioned.⁴³⁸ This issue is particularly visible among migrants fleeing conflicts in Ethiopia, Somalia, and South Sudan. Migrant children are often perceived as vulnerable and defenceless, facing daily discrimination as a result.⁴³⁹

7. Unaccompanied children

Many countries, such as Belgium, Spain, South Africa, Netherlands, and Germany, mentioned the increasing challenge of unaccompanied foreign children. For example, 11,278 out of 26,577 cases of placements into care involved unaccompanied foreign children in Germany in 2021).⁴⁴⁰ Each state treats unaccompanied foreign children differently though.

In Belgium, there is no nationality or residence status requirement in the Flemish child protection system.⁴⁴¹ The child is assigned a guardian who will use parental authority to find a lasting solution for the child's best interests, such as providing accommodation, psychological assistance, and medical care.⁴⁴² This has been assisted by a foster care project called, 'Give the world a home' which ensures that children under 15 years' old stay in a federal facility only for the time necessary to carry out medical checks and appoint a guardian.⁴⁴³ Nevertheless, there are still gaps in the law requiring clarification.⁴⁴⁴ The first question is whether guardians acting 'in the absence of the parent' includes non-attendance of the parent for an unaccompanied minor, or does it only apply if the parent(s) have died.⁴⁴⁵ The other question asks which youth court is territorially competent to impose protection measures.⁴⁴⁶ This is usually the place of residence of the parents, but for unaccompanied minors is this the place where the minor was found, or where

437 Kilde, Switzerland, 523, 525, 527 and 529.

438 Tuitoek/Milej, Kenya, 584.

439 Tuitoek/Milej, Kenya, 584.

440 Meysen, Germany, 261.

441 Put/Hofkens, Belgium, 160.

442 Put/Hofkens, Belgium, 160–161.

443 Put/Hofkens, Belgium, 163.

444 Put/Hofkens, Belgium, 161.

445 Put/Hofkens, Belgium, 161.

446 Put/Hofkens, Belgium, 161.

the offence occurred if the unaccompanied minor is suspected of a juvenile offence.⁴⁴⁷

Conversely, there are tensions between child protection law and migration law in the Netherlands.⁴⁴⁸ Unaccompanied asylum minors are almost never placed under child protection orders because they are already under guardianship of a certified institution (*Stichting Nidos*).⁴⁴⁹ Therefore, an unaccompanied asylum seeking minor will never qualify for a residence permit due to the inherent threats to their development.⁴⁵⁰ This makes them more vulnerable than children with parents that reside in the Netherlands.⁴⁵¹

There is an increasing number of unaccompanied foreign minors in Spain with 9,030 registered in 2020 alone.⁴⁵² Most unaccompanied foreign children made the journey from Morocco and North Africa.⁴⁵³ There are two applicable regulations—immigration and child protection regulations—but unlike the Netherlands, Spain places unaccompanied foreign children under child protection law.⁴⁵⁴ Unfortunately, there are delays in declarations of helplessness meaning some children reach the age of maturity without a declaration.⁴⁵⁵ This is important because once the state has legal guardianship of the unaccompanied foreign minor, the authorities can issue a residence permit.⁴⁵⁶

The vulnerability of unaccompanied minors is especially highlighted in South Africa.⁴⁵⁷ In theory, the South African Children's Act 2005 should process unaccompanied foreign children by considering their best interests.⁴⁵⁸ As discussed earlier in this comparative analysis, social workers face severe staff shortages and a lack of capacity.⁴⁵⁹ This results in these children being referred to NGOs who in turn, provide very few essential services for unaccompanied foreign children.⁴⁶⁰ A study across three provinces revealed that unaccompanied foreign children are essentially 'stateless' as South African immigration law does not allow children to document themselves or

447 Put/Hofkens, Belgium, 161.

448 Ruitenbergh, Netherlands, 352–353.

449 Ruitenbergh, Netherlands, 352.

450 Ruitenbergh, Netherlands, 352.

451 Ruitenbergh, Netherlands, 352.

452 Navarro-Michel, Spain, 496.

453 Navarro-Michel, Spain, 496–497.

454 Navarro-Michel, Spain, 497.

455 Navarro-Michel, Spain, 497.

456 Navarro-Michel, Spain, 497.

457 Essop/Rautenbach, South Africa, 629–630.

458 Essop/Rautenbach, South Africa, 629.

459 Essop/Rautenbach, South Africa, 629.

460 Essop/Rautenbach, South Africa, 629.

get visas.⁴⁶¹ For example, two vulnerable teenage girls from Rwanda fled to South Africa where a truck driver demanded sexual favours, instead of the accommodation and documentation he promised them.⁴⁶² Despite South African authorities trying to assist, the girls disappeared before they could be sent to a place of safety and were never found.⁴⁶³

8. Financial disadvantage

There are no specific measures to protect migrant children and families in Japan.⁴⁶⁴ Migrant children and families are vulnerable to financial hardship without state assistance, which is only available to the Japanese, those married to a Japanese national, or have the status of permanent residency.⁴⁶⁵ The Japanese report described how migrant parents often work in low paying jobs—such as subcontracting or dispatch workers—have unstable working environments, and are the first to be dismissed when the Japanese economy is in a recession.⁴⁶⁶ There has been criticism that migrant children and families are excluded from state assistance in Japan when they incur the same income and residence tax as Japanese nationals.⁴⁶⁷

As a comparison, the Turkish Constitution and Foreigners and International Protection Act (*Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu*), ensures every child before the law is treated equally in terms of education, social assistance, and health care.⁴⁶⁸ For migrant families from the EU, Turkey ratified 1951 Geneva Convention on Refugees with geographical reservation, ensuring that refugees from Europe are treated the same as Turkish nationals through public assistance.⁴⁶⁹ In addition, there are no repeated cases where child protection services have arbitrarily treated non-Turkish parents differently to Turkish families.⁴⁷⁰ There were previous attempts by the individual lower courts to make decisions in favour of Turkish parents using the reasoning that there was a legal and constitutional duty to consider Turkish customs, traditions, beliefs, and morals.⁴⁷¹ Nevertheless, this was swiftly rejected by

461 Essop/Rautenbach, South Africa, 630.

462 Essop/Rautenbach, South Africa, 630–631.

463 Essop/Rautenbach, South Africa, 631.

464 Nishitani/Aotake, Japan, 638.

465 Nishitani/Aotake, Japan, 665.

466 Nishitani/Aotake, Japan, 665–666.

467 Nishitani/Aotake, Japan, 666.

468 Zeytin/Klein, Turkey, 548–549.

469 Zeytin/Klein, Turkey, 548.

470 Zeytin/Klein, Turkey, 538.

471 Zeytin/Klein, Turkey, 538.

the highest court, the Turkish Court of Cassation, which instead focused on the best interests of the child.⁴⁷²

XII. Indigenous families

Countries with colonial pasts still face challenges in respecting the social and cultural differences of indigenous peoples. While principles of equal treatment, autonomy, and support are formally embedded in their legal systems, these often remain theoretical and disconnected from reality. If the spirit of these laws were fully implemented and consistently applied, state intervention in children's lives would be more equitable and balanced.⁴⁷³ This is especially clear in governmental family policies, where there is frequently a lack of understanding, and even reluctance or marginalisation when it comes to addressing the needs of indigenous families.⁴⁷⁴ This is particularly true in recognising their identity, traditions and culture, their approaches to raising children, and their ways of building and maintaining family relationships.⁴⁷⁵ These rules of social coexistence often differ from the norms of so-called modern society.⁴⁷⁶ Although progress has been made over time, a great deal remains to be done.

This is particularly evident in New Zealand, where a special ministry, known since 2017 as Oranga Tamariki, the Ministry for Children, was established.⁴⁷⁷ Its task is to effectively rebuild and transform the services for the care and protection of children from indigenous families.⁴⁷⁸ Certain legal provisions remain highly problematic, and the powers granted to officials responsible for child protection are often far-reaching, with their practical application raising even greater concerns.⁴⁷⁹ For example, there is a presumption that a parent poses a risk to their child if they have previously lost custody of another child.⁴⁸⁰ Consequently, the burden is placed on the parent to demonstrate, during the social worker's assessment, that they are unlikely to cause or allow similar harm to another child.⁴⁸¹ Rather than enhancing child protection, this approach has incentivised Oranga Tamariki

472 Zeytin/Klein, Turkey, 538.

473 Henaghan/Choi, New Zealand, 779.

474 Henaghan/Choi, New Zealand, 776, 786, 791, 792, and 794.

475 Henaghan/Choi, New Zealand, 776, 786, 791, 792, and 794.

476 Henaghan/Choi, New Zealand, 777.

477 Henaghan/Choi, New Zealand, 778.

478 Henaghan/Choi, New Zealand, 778.

479 Henaghan/Choi, New Zealand, 780–782.

480 Henaghan/Choi, New Zealand, 780.

481 Henaghan/Choi, New Zealand, 780.

social workers to adopt a biased approach to risk assessment, resulting in the increased removal of Māori children from their parents, even before the Māori infant is born.⁴⁸² This was discussed earlier in the 'Social Worker' and 'State interference during and after pregnancy' sections of this comparative analysis. The report from New Zealand highlights the implementation of such practices and outlines their detrimental effects.⁴⁸³ It raised concerns about statutory social workers lacking empathy for the mother-baby bond, undervaluing the importance of skin-to-skin contact, and neglecting the continuation of breastfeeding, all of which are vital to the baby's well-being.⁴⁸⁴ Finally, the report points out the use of questionable tactics during hospital-based removals, such as taking babies from their mothers while they were showering or attending Family Group Conferences, often with police involvement.⁴⁸⁵ There is a similar trend in the United States where Native American children under 18 years' old are at triple the risk of being placed into foster care.⁴⁸⁶

In Kenya, the villagisation policy was a massive rural relocation program launched by the British colonial authorities.⁴⁸⁷ This has lasting effects on several indigenous tribes where the significant issue of discrimination and inadequate protection for children exists today.⁴⁸⁸ On the one hand, children are exposed to inter-tribal conflicts that impact their upbringing and instil limited trust in individuals from different backgrounds.⁴⁸⁹ On the other, children from marginalised tribes, such as traditional pastoralists and indigenous communities, often face societal neglect, delayed educational opportunities, and struggle to integrate into school systems.⁴⁹⁰ The nomads living in the northern part of Kenya are an example of such a marginalised community.⁴⁹¹

XIII. Conclusion

The stark reality that comes off the pages of this research project is that laws regarding state intervention into family life bear very little connection to the

482 Henaghan/Choi, New Zealand, 780–782.

483 Henaghan/Choi, New Zealand, 783–785.

484 Henaghan/Choi, New Zealand, 785.

485 Henaghan/Choi, New Zealand, 785.

486 Eichner, United States of America, 763.

487 Tuitoeck/Milej, Kenya, 560.

488 Tuitoeck/Milej, Kenya, 584.

489 Tuitoeck/Milej, Kenya, 584.

490 Tuitoeck/Milej, Kenya, 584.

491 Tuitoeck/Milej, Kenya, 585.

realities of how systems work in practice. There are very few, if any, checks and balances in the systems analysed in depth that actually ensure that families and children will be safe from arbitrary and discriminatory practices driven by a range of factors such as political pressures, resource pressures, cultural traditions, and historical influences.

The reality that vulnerable families such as low socio-economic families, single mothers, migrant families (particularly non-documented migrants), and indigenous families, are targets for the worst of practices seen in this research. This highlights that not all families are treated equally by the practice of the law in a range of jurisdictions. The wide breadth of research on which this project is based, reveals a consistent pattern of poor treatment across almost all countries, when the state exercises its power in relation to family life.

Passing laws in itself does not lead to change when laws are constantly being ignored in practice. As Learned Hand, the famous U. S. judge said about the spirit of liberty—unless the law is in the hearts and minds of people—it is never going to work in practice.⁴⁹² This leads to the conclusion that we need a much greater understanding of what is happening to families who have been badly treated by these systems. Creating this awareness would provide the basis for fair-minded citizens to say, this is not good enough. We must do better. The voices of those families and their members who have been oppressed and badly treated by state systems are often suppressed and unheard due to restrictions in access to case law, political indifference, populist movements, and missing, incomplete, or outdated statistics. Anyone reading the many examples provided by the research in this project, would want things to change if they truly valued the importance of families and children in their society.

492 Gunther, *Learned Hand: the man and the judge* (2nd ed, OUP, 2011) 470.

Das Kindeswohl als Legitimation für staatliche Eingriffe im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht

Peter Mankowski / Arkadiusz Wudarski

I.	Einleitung	59
II.	Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes als effektives Schutzprinzip.	60
	1. Grundsätzliches.	60
	2. Gerichtliche Zuständigkeit am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes .	61
	3. Behördliche Zuständigkeit am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes .	62
	4. Gleichlaufprinzip: Anwendung des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes	63
III.	Verbliebene Verzögerungsquelle: der Streit um den gewöhnlichen Aufenthalt des zu schützenden Kindes	65
	1. Gewöhnlicher Aufenthalt eines Kinds	65
	2. Mögliche Rückkoppelung: das Kindeswohl als Faktor beim Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts	69
	3. Keine Verzögerung bei Kontrolle erst ex post.	69
IV.	Kindeswohl bei anderen Aspekten des Verfahrensrechts.	69
V.	Kindeswohl und Rückgabe als Regel unter dem HKÜ	70

I. Einleitung

Die einzelnen Sachrechte bilden das Kindeswohl in unterschiedlichem Maße und in unterschiedlicher Stärke ab. Sie reagieren auf eine Gefährdung des Kindeswohls in unterschiedlichem Maße und mit unterschiedlicher Intensität. Das dokumentieren die Beiträge dieses Bandes zu den nationalen Sachrechten eindrucksvoll.

Schon innerhalb eines Rechtskreises oder einer Familie an sich nach verwandter Rechte können sich erhebliche Unterschiede ergeben.¹ Bereits das Konzept des Kindeswohls und das Verständnis von „best interests of the child“ können stark divergieren und ganz unterschiedliche Inhalte in sich

¹ Siehe z. B. für die Rechtsordnungen des islamischen Rechtskreises die Beiträge in: N. Yassari/L.-M. Möller/I. Galalla-Arndt (Hrsg.), *Parental Care and the Best Interests of the Child in the Muslim Countries*, Den Haag 2017.

aufnehmen,² bis hin zum indirekten Stärken von Mutter- und darüber allgemein Frauenrechten durch Kindesrechte.³

Ein funktionaler, erweiterter Familienbegriff, der elternlose Kinder trotzdem Familien zuordnet, kann ebenfalls eine Art Schutzkonzept sein.⁴ Denn familienlose Kinder fallen der staatlichen Wohlfahrt anheim. Sie in nicht dysfunktionale persönliche Strukturen einzugliedern und ihnen dadurch Halt zu geben ist besser. Familienpolitischer Dogmatismus muss hinter dem Kindeswohl zurückstehen.

Das Kindeswohl ist in grenzüberschreitenden Kontexten sogar in besonderem Maße gefährdet. Denn grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung ist im Regelfall deutlich umständlicher, aufwändiger, langwieriger und schwieriger als Rechtsdurchsetzung innerhalb ein und desselben Staates. *Faits accomplis* und *first mover advantages* ist insoweit besonders zu wehren.

II. Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes als effektives Schutzprinzip

1. Grundsätzliches

Dem Kindeswohl ist am besten gedient, wenn bereits die Grundanknüpfung für Zuständigkeit und Recht „effektiv“ ist. Dies ist sie, wenn sie sich eines Anknüpfungspunkts bedient, welcher die Interessen des Kindes optimal abbildet. Der Anknüpfungspunkt, der dieser Anforderung genügt, ist der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes. Denn die Interessen des Kindes materialisieren sich zuvörderst dort, wo das Kind wirklich lebt.

Das Kind und sein Wohl sind nicht nur fernes Ziel, sondern ganz direktes Objekt von Eingriffen, Schutz- und Hilfsmaßnahmen. Doppelt gibt, wer schnell gibt, und doppelt hilft, wer schnell hilft. Wenn das Kind zu seinem Wohl aus Gefahr oder ungünstigen Umständen befreit werden muss, muss dies, um der Effektivität willen vor Ort geschehen und das Kind real und schnell erreichen. Jede zwischengeschaltete Notwendigkeit zu grenzüberschreitender Kooperation und jede Notwendigkeit, aufwändig ausländisches

2 Z. B. L.-M. Möller, *Journal of Women of the Middle East and the Islamic World* (Hawwa) 16 (2018), 309.

3 L.-M. Möller, in: M. Jänterä-Jareborg/H. Tigroudja (Hrsg.), *Women's Human Rights and the Elimination of Discrimination*, Leiden u. a. 2016, 465.

4 Siehe die Beiträge in: M. Yassari/L.-M. Möller/M.-C. Najm (Hrsg.), *Filiation and the Protection of Parentless Children. Towards a Social Definition of the Family in Muslim Jurisdictions*, Den Haag 2019.

Recht als Eingriffsgrundlage recherchieren zu müssen, drohen zu verlangsamen und den Schutz des Kindes damit entscheidend ineffektiver zu machen. Die sachgerechte Ausgestaltung der regulären Anknüpfung ist zwar nicht per se ein Eingriff, wenn man sie isoliert sieht. Aber sie bereitet Eingriffen den Boden für deren Effektivität. Sie verschiebt Gewichte und verteilt Chancen. Sie beruht auf klaren Wertungen und auf einer „Politik zugunsten des Kindeswohls“. Politik muss ja nicht immer große Staatspolitik sein, sondern kann durchaus die Interessen als besonders schutzwürdig bewerteter Personengruppen verfolgen.

2. Gerichtliche Zuständigkeit am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes

Das Kindeswohl zu wahren ist Leitprinzip der Brüssel IIb- wie schon der Brüssel IIa-VO für die Zuständigkeit in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung.⁵ Nach Art. 7 I Brüssel IIb-VO wie zuvor nach Art. 8 I Brüssel IIa-VO sind für Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung die Gerichte des Mitgliedstaats, in dem sich der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes befindet, zuständig. Die dadurch entstehende räumliche Nähe zwischen dem Forum und dem Kind bezweckt, wie ErwGr (20) Brüssel IIb-VO unterstreicht, den Schutz des Kindeswohls.⁶

Das Kind kann unmittelbar vor dem Gericht gehört werden, ohne dass eine möglicherweise zeit- und kostenaufwändige Anreise zum Gericht, gar aus dem Ausland, erforderlich ist.⁷ In der Regel wird das Kind der Sprache des Staats, in dem es sich gewöhnlich aufhält, also des Staats seiner unmittelbaren Lebensumwelt, mächtig sein, sodass eine etwaige Anhörung des Kindes durch das Gericht ohne Beiziehung eines Dolmetschers erfolgen kann.⁸ Die verfahrensbedingten Belastungen für das Kind werden also erheblich verringert, wenn die Gerichte im Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts international zuständig sind.⁹

5 EuGH v. 27.10.2016, Rs. C-428/15, ECLI:EU:C:2016:819 Rn. 43 (Child and Family Agency/J. D.).

6 T. Garber, in: E. Gitschthaler (Hrsg.), Internationales Familienrecht, Wien 2019, Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 4; T. Garber, in: T. Garber/K. Lugani (Hrsg.), Handbuch zur Brüssel IIb-VO, Wien 2022, Rn. 4.

7 Garber, in: Garber/Lugani (Fn. 6), Rn. 2.

8 Garber, in: Garber/Lugani (Fn. 6), Rn. 2.

9 D. Coester-Waltjen, FamRZ 2005, 241, 242; P. Gottwald, in: T. Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zum FamFG, Bd. II, 3. Aufl., München 2019, Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 4; R. Hausmann, Internationales und Europäisches Familienrecht, 2. Aufl., München 2018, A Rn. 82; Garber, in: Garber/Lugani (Fn. 6) Rn. 2.

Durch die Zuständigkeit der Gerichte des Staats, in dem das Kind zum Zeitpunkt der Antragstellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, soll zudem gewährleistet werden, dass das – zumindest in der Regel – sachnächste Gericht entscheidet.¹⁰ Die Gerichte des Staats, in dem sich der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes befindet, können in der Regel die familiären und sozialen Verhältnisse des Kindes am raschesten und am einfachsten klären.¹¹ Die Gerichte können in aller Regel am schnellsten tätig werden¹² und die Rechtssache aufgrund der Sach- und Beweisnähe ohne Verzögerungen, die etwa durch eine grenzüberschreitende Beweisaufnahme entstehen würden, entscheiden.¹³

An den gewöhnlichen Aufenthalt anzuknüpfen erleichtert die oft erforderliche Kommunikation zwischen den zuständigen Gerichten und dem Jugendamt, dem Kinder- und Jugendhilfeträger und anderen staatlichen Stellen.¹⁴ Dies gilt allerdings nur, wenn auf allen Seiten eine Zuständigkeitsanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes erfolgt.

3. Behördliche Zuständigkeit am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes

Art. 1 MSA und Art. 5 KSÜ sind exakte Umsetzungen des skizzierten Schutzprinzips: Sie knüpfen die behördliche Zuständigkeit für Schutzmaßnahmen zugunsten eines Kindes an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes als der allein maßgeblichen Schutzperson. Der Effektivität von Schutz und Eingriffsmöglichkeiten folgend knüpfen sie dynamisch an und stellen auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zum Zeitpunkt der letzten Sachentscheidung ab,¹⁵ nicht der perpetuatio fori verhaftet.¹⁶ Die Orien-

10 *Dilger*, in: R. Geimer/R. Schütze (Hrsg.), Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handels-sachen, Losebl., München 1973 ff., Art. 8 VO Nr 2201/2003 Rn. 1; *Garber*, in: Gitschthaler (Fn. 5), Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 3; *Garber*, in: Garber/Lugani (Fn. 6) Rn. 3; vgl. EuGH v. 23.12.2009, Rs. C-403/09, Slg. 2009, I-12193 = ECLI:EU:C:2009:810 (*Jasna Detiček/Maurizio Sgueglia*) Rn. 36 und EuGH (Child and Family Agency/J. D.) (Fn. 5) Rn. 45 f.

11 *Coester-Waltjen*, FamRZ 2005, 241, 242; *H. Dörner*, in: I. Saenger (Hrsg.), NomosHandkommentar Zivilprozessordnung, 9. Aufl., Baden-Baden 2021, Art. 8 EuEheVO Rn. 1; *Garber*, in: Garber/Lugani (Fn. 6), Rn. 3 sowie *Rauscher*, in: T. Rauscher, EuZPR/EuIPR. Kommentar, Bd. IV, 4. Aufl., Köln 2015, Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 6.

12 *Hausmann* (Fn. 9), A Rn. 82; *Rauscher* (Fn. 11), Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 6.

13 *Garber*, in: Garber/Lugani (Fn. 6.) Rn. 3 sowie *Rauscher* (Fn. 11), Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 6.

14 *Coester-Waltjen*, FamRZ 2005, 241, 242; *Garber*, in: Gitschthaler (Fn. 5), Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 5; *Hausmann* (Fn. 9), A Rn. 82; *Rauscher* (Fn. 11), Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 6; vgl. auch OLG Karlsruhe IPRspr. 2014 Nr. 222 = BeckRS 2015, 19394 sowie – allerdings in einem anderen Zusammenhang – OGH Zeitschrift für Familien- und Erbrecht (EF-Z) 2017/23 (*Nademleinsky*).

15 Siehe nur OLG Karlsruhe FamRZ 2014, 1565, 1566; KG IPRax 2016, 372, 373; OLG Frankfurt IPRax 2021, 172; *B. Heiderhoff*, IPRax 2016, 335, 336.

16 *Z. B. M. Andrae*, IPRax 2021, 153, 154.

tierung der Kollisionsnormen am Kindeswohl ist klare Materialisierung des Kollisionsrechts von einem materiellen Zweck her.¹⁷

4. Gleichlaufprinzip: Anwendung des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes

a) Gleichlauf zwischen forum und ius bei Aufenthaltsanknüpfung

Das Kollisionsrecht folgt, wenn das Kindeswohl berührt ist, in besonderem Maße dem Gleichlaufprinzip: Anwendbares Recht ist die *lex fori*, und das Forum orientiert sich eben am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes. Das Forum ist insoweit nicht nur Anknüpfungspunkt für die Kollisionsgrundnorm (Ausgangspunkt des kollisionsrechtlichen Rechtsanwendungsprozesses ist immer das Kollisionsrecht des Forums), sondern Anknüpfungspunkt für die Kollisionsnorm.

Zur Anwendung kommt das Sachrecht des Staates, in welchem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Der Gleichlauf von *forum* und *ius*, von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht, führt zur automatischen Anwendung von Forumrecht und erspart die potentiell zeit- und kostenaufwändige, jedenfalls mühevollere Ermittlung und Anwendung von *forumfremdem* Auslandsrecht. Das ist im Kindesschutzrecht besonders wichtig, weil Rechtsanwender im Kindesschutzrecht häufig keine ausgebildeten Juristen, sondern Verwaltungsbeamte sind.

Etwas anders nuanciert lässt sich gleichermaßen sagen: Durch die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes wird grundsätzlich eine besondere Rechtsnähe gewährleistet.¹⁸ Die Gerichte des Staats, in dem sich der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes befindet, können die Rechtssache entscheiden, ohne ausländisches Recht anwenden zu müssen. Deshalb können sie in der Regel am schnellsten über die Rechtssache entscheiden.¹⁹

b) Anwendung der *lex fori* für Schutzmaßnahmen nach Art. 15 I KSÜ

Das Gleichlaufprinzip wird auf die Spitze getrieben²⁰ und besonders konsequent verwirklicht wenn Eile geboten ist und besondere Schutzmaßnahmen in Rede stehen: Art. 15 I KSÜ unterwirft Schutzmaßnahmen der *lex fori*,

¹⁷ P. Grolimund, in: FS für Anton K. Schnyder, Zürich 2018, 145, 153.

¹⁸ Dilger (Fn. 10), IRV Art. 8 VO Nr 2201/2003 Rn. 1; Garber, in: Garber/Lugani (Fn. 6), Rn. 4.

¹⁹ Garber, in: Garber/Lugani (Fn. 6), Rn. 4.

²⁰ Siehe nur K. Thorn/K. V. Romero, IPRax 2021, 15, 17.

soweit Behörden der Vertragsstaaten des KSÜ im Rahmen ihrer Zuständigkeiten tätig werden. Die *lex fori* regiert Art, Umfang, Modifizierbarkeit, Flexibilität der Maßnahmen sowie Ausübungs- wie Entschließungsermessen der Behörden.²¹ Die Abänderung einer Maßnahme ist im Prinzip selber eine Maßnahme und unterliegt der *lex fori*.²² Die Beendigung einer Maßnahme unterfällt ebenfalls der *lex fori*.²³ Für Art. 15 I KSÜ zählt weder die Staatsangehörigkeit des Kindes²⁴ noch jene der Eltern.²⁵

Für Schutzmaßnahmen enthält Art. 15 II KSÜ eine Ausweichklausel: Die zuständige Behörde kann ein anderes Recht als die *lex fori* berücksichtigen oder anwenden, wenn der Schutz von Person oder Vermögen des Kindes es erfordert und wenn der Sachverhalt eine enge Verbindung zum Staat des betreffenden Rechts aufweist.²⁶ Diese Ausweichklausel hat klaren Ausnahmecharakter.²⁷ An die Erforderlichkeit einer Abweichung sind strenge Maßstäbe anzulegen.²⁸ Da die grundsätzliche Anknüpfung zur *lex fori* und zum eigenen Recht der zuständigen Behörde führt, führt jede Abweichung notwendig zu Auslandsrechtsanwendung. Dies stößt in der Praxis schon aus Kostengründen auf wenig Sympathie;²⁹ deshalb findet die Ausweichklausel praktisch kaum je Anwendung.³⁰

Denkbar erscheint freilich, Rücksicht zu nehmen auf das Recht eines anderen Landes, in dem eine zu treffende Maßnahme sich letztlich auswirken soll.³¹ Diesem für die Umsetzung der jetzt im Forumstaat getroffenen Maßnahmen Schritte abzuverlangen, die es nicht kennt, drohte mindestens psychologische Hürden aufzubauen, wenn nicht gar irreguläre eigene Maßnahmen jenes anderen Landes und damit eine Maßnahmenkonkurrenz zu provozieren.

21 Siehe nur A. Staudinger, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 10, 8. Aufl., München 2020, Art. 15 KSÜ Rn. 7 f.

22 Staudinger (Fn. 21), Rn. 11.

23 Staudinger (Fn. 21), Rn. 12.

24 OLG Karlsruhe FamRZ 2012, 1955.

25 OLG Frankfurt FamRZ 2013, 1225.

26 Denkbare Fälle sind aufgelistet in: The 1996 Hague Convention Practice Guide, 2013, 25 f.

27 J. Pirrung, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – EGBGB/IPR: Vorbem A-H zu Art 19 EGBGB (Internationale Abkommen und EU-Verordnungen zum Kindschaftsrecht), Neubearb., Berlin 2018, vor Art. 19 EGBGB Rn. 102.

28 Pirrung (Fn. 27), vor Art. 19 EGBGB Rn. 103.

29 The 1996 Hague Convention Practice Guide (Fn. 26), 25.

30 Pirrung (Fn. 27), vor Art. 19 EGBGB Rn. D 102.

31 T. Rauscher, Internationales Privatrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2017, Rn. 965.

III. Verbliebene Verzögerungsquelle: der Streit um den gewöhnlichen Aufenthalt des zu schützenden Kindes

1. Gewöhnlicher Aufenthalt eines Kinds

Wo hat ein Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt, das noch keinen rechtlich relevanten eigenen Willen bilden kann oder das zwar einen Willen artikulieren kann, während dieser Wille noch einen rechtlichen, verobjektivierenden und kontrollierenden Filter passieren muss? Einflussnahmen eigeninteressierter Bezugspersonen von Kindern auf die Willensbildung in ihrem Einwirkungsbereich befindlicher Kinder sind Legion.

Gewöhnlicher Aufenthaltsort ist im Ausgangspunkt der Ort, an welchem das Kind seinen Lebensmittelpunkt hat, also sozial und familiär integriert ist.³² Dies betrifft nicht nur innerfamiliäre Beziehungen, sondern vermittelt über die Verbundenheit mit den Familienangehörigen auch einen Bezug zu dem Staat, in den diese sich integriert haben.³³ Hierfür sind insbesondere die Dauer, die Regelmäßigkeit und die Umstände des Aufenthalts, aber auch die Gründe für den Aufenthalt und einen etwaigen Umzug abzuwägen.³⁴

a) Gewicht des Willens und der Intentionen der Eltern bzw. der anderen relevanten Bezugspersonen des Kinds

Welches Gewicht der Wille und die Intentionen der Eltern bzw. der anderen relevanten Bezugspersonen des Kinds haben sollen, ist Kernfrage für die Begriffsausfüllung beim gewöhnlichen Aufenthalt von Kindern.³⁵ Zwischen den Extrempolen, solchen Intentionen den Vorrang zu gewähren oder allein auf den Willen des Kindes selbst abzustellen, hat sich insbesondere unter dem HKÜ ein drittes, hybrides Verständnis entwickelt, eine kombinierte Methode, die auf alle Umstände des Einzelfalls blickt.³⁶ Insbesondere im angelsächsischen Bereich kämpfender Ansatz, der auf die Absichten der Eltern abstellt, der auf das Kind als eigenständige Persönlichkeit abhebende zweite Ansatz und ein beides gegeneinander abwägender, eben hybrider An-

32 EuGH v. 02.04.2009 – Rs. C-523/07, Slg. 2009, I-2805, I-2847, ECLI:EU:C:2009:225 (A) Rn. 44.

33 Vgl. P. Guez, Gazette du Palais (Gaz. Pal.) 2009, 3795, 3797. Zu kurz denkt hier R. Lamont, (2010) 47 Common Market Law Review (CMLRev) 235, 240.

34 EuGH (A) (Fn. 32) Rn. 39; zustimmend z. B. T. Rauscher, LMK 2009, 282910.

35 Siehe nur P. Beaumont/J. Holliday, in: Liber Amicorum Monika Pauknerová, Prag 2021, 27, 31.

36 Beaumont/Holliday (Fn. 35), 29.

satz miteinander.³⁷ In jüngerer Zeit hat bei den dortigen Höchstgerichten der hybride Ansatz die Oberhand gewonnen.³⁸

Eine umgesetzte *gemeinsame* Willensbildung der Eltern gewinnt durchaus entscheidende Bedeutung für den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes.³⁹ Eine ausdrückliche Vereinbarung der Eltern ist natürlich ein starkes Indiz für deren Willen.⁴⁰ Die Eltern können ihren Willen unter Bedingungen stellen und konditionieren, z. B. dadurch, dass das Kind in der Zukunft nur dann in einem bestimmten Staat leben soll, wenn auch eines der Elternteile dort leben darf und kann.⁴¹ Andererseits sind die Eltern nicht notwendig die Bezugspersonen; Bezugspersonen sind vielmehr die Personen, zu denen das Kind faktisch enge emotionale Bindungen hat.⁴²

b) Staatsangehörigkeit als Indiz

Ein weiterer denkbarer Faktor ist die Staatsangehörigkeit, da Integration im Heimatstaat leichter fallen kann.⁴³ Staatsangehörigkeit und gewöhnlicher Aufenthalt sind zwar eigentlich alternative Konzepte,⁴⁴ aber als inzidierendes und ausfüllendes Moment kann die Staatsangehörigkeit hier in begrenztem Maße durchaus wirken. Sprache und Nationalitätszugehörigkeit treten hinzu,⁴⁵ außerdem Ort und Umstände der Einschulung.⁴⁶

c) Soziale Bindungen und Kontakte des Kinds

Einbindung in Schule oder Kindergarten kann für Kinder besonders wichtig sein.⁴⁷ Außerdem können Freundeskreis und Freizeitaktivitäten Bedeutung erlangen.⁴⁸ Relevant kann auch Erwerb oder Anmietung einer Wohnung

37 Darstellung z. B. bei S. Bookman, [2018] IFL 222; P. L. Easteal/J. Favaloro/F. Thornton, (2016) 6 Family Law Review (Fam. L. Rev.) 194.

38 Ihn vertreten insbesondere *Punter v. Secretary of Justice* [2007] New Zealand Law Reports (NZLR) 40 (NZ Sup. Ct.); *Office of the Children's Lawyer v. Balev* 2016 SCC 16 [59]-[71] (Sup. Ct. Can., majority opinion per McLachlin C.J.).

39 *Mozes v. Mozes* 239 F. 3d 1067 (9th Cir. 1999); *Larbie v. Larbie* 690 F. 3d 295, 310 f. (5th Cir. 2012); R. Spector, 47 The International Lawyer (Int'l. Lawyer) Special Issue 147, 148 (2013).

40 *Vela v. Ragnarsson* 386 S.W. 2d 72, 74 f. (Ark. App. 2011).

41 *Mota v. Castillo* 692 F. 3d 108, 116 (2d Cir. 2012).

42 Cassaz. Dir. fam. e pers. 2017, 1191, 1194 f.

43 *Rauscher* (Fn. 11), Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 11.

44 Kritisch deshalb *Lamont*, (2010) 47 CMLRev. 235, 241.

45 GAin *Juliane Kokott*, Schlussanträge in der Rs. C-523/07 vom 29.01.2009, Slg. 2009, I-2808, I-2822, ECLI:EU:C:2009:39, Nr. 48; *Rauscher* (Fn. 11), Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 11.

46 EuGH (A) (Fn. 32) Rn. 39.

47 *E. Gallant*, *Revue Critique de Droit International Privé* (Rev. crit. dr. int. pr.) 98 (2009), 802, 809.

48 GAin *Juliane Kokott* (Fn. 45) Nr. 48.

oder das Einreichen eines Antrags auf Wohnungszuweisung bei einer staatlichen Stellung im Zuzugsstaat sein.⁴⁹

Erforderlich ist immer eine Gesamtbetrachtung.⁵⁰ Gesucht wird der Schwerpunkt der Bindungen; schematische Lösungen verbieten sich, und die Praxis hat den notwendigen Spielraum.⁵¹ Der Wortlaut „gewöhnlich“ macht nur insoweit eine Vorgabe, als ein gewöhnlicher Aufenthalt eine gewisse Beständigkeit oder Regelmäßigkeit, also eine Minimalfestigkeit haben muss.⁵²

d) Mindestaltersschwelle für Relevanz eines Kindeswillens

Unterhalb einer gewissen Altersschwelle können Kinder einen relevanten Willen noch gar nicht bilden oder artikulieren. Dies ist insbesondere bei Neugeborenen der Fall. Deren gewöhnlicher Aufenthalt erweist sich immer wieder als eine besondere Problemzone,⁵³ insbesondere in grenzüberschreitenden Leihmutterchaftsfällen.⁵⁴ Eine rein normative Aufenthaltsbestimmung (oder vielleicht noch treffender: eine rein normative Aufenthaltszuweisung) ohne das faktische Mindestsubstrat einer gewissen physischen Anwesenheit des Kindes wird in neuerer Zeit zumeist abgelehnt.⁵⁵ Physische Anwesenheit für einen bestimmten Zeitraum wird stattdessen zum entscheidenden Faktor.⁵⁶

e) Dauer eines Aufenthalts

Für die Zeitspanne, bis ein gewöhnlicher Aufenthalt begründet ist, arbeitet die deutsche Rechtsprechung gern mit einer widerleglichen Vermutung, dass ein gewöhnlicher Aufenthalt nach sechs Monaten Aufenthalt begründet sei.⁵⁷ Dies ist jedoch nur eine Faustformel. Sie steht nirgends in den

49 EuGH (A) (Fn. 32) Rn. 40; GAin *Juliane Kokott* (Fn. 45) Nr. 50.

50 Siehe nur EuGH (A) (Fn. 32) Rn. 42; Hof 's-Gravenhage, Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR) 2006 Nr. 179, 265; *Rauscher* (Fn. 11), Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 11.

51 *J. Pirrung*, in: FS für Peter Schlosser, Tübingen 2005, 695, 698.

52 EuGH 22.12.2010 – Rs. C-497/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:829 (*Barbara Mercredil/Richard Chaffé*) Rn. 44; GAin *Juliane Kokott* (Fn. 45) Nr. 14.

53 Zum Komplex insbesondere *U. P. Gruber*, IPRax 2019, 217; *B. Heiderhoff*, IPRax 2020, 521.

54 Namentlich BGHZ 221, 300 = NJW 2019, 1605 m. Anm. *Löhnig* = FamRZ 2019, 892 m. Anm. *v. Bary* = NZFam 2019, 428 m. Anm. *Löhnig* = FF 2019, 318 m. Anm. *Terp* = JAmt 2019, 326 m. Anm. *Knittel* = ZKJ 2019, 363 m. Anm. *Dürbeck* = JR 2020, 241 m. Anm. *Jost*; dazu *W. Siede*, FamRB 2019, 224; *M. Wellenhofer*, JuS 2019, 717; *M. Oldenburger*, jurisPR-FamR 15/2019 Anm. 3.

55 Z. B. KG FamRZ 2021, 438 m. zust. Anm. *Rieländer*.

56 GA *Nils Wahl*, Schlussanträge vom 16.05.2017 in der Rs. C-111/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:375, Rn. 56–61.

57 Z. B. OLG Stuttgart IPRax 2019, 434 Rn. 31 f. mwN.

Rechtsakten geschrieben. Man muss daher aufpassen, dass sich die – einprägsame – Faustformel nicht verselbständigt und das Gewand einer Regel annimmt.⁵⁸ Sie muss vielmehr in beide Richtungen offen bleiben:⁵⁹ Ein gewöhnlicher Aufenthalt kann schon früher als erst nach sechs Monaten begründet sein,⁶⁰ und der Ablauf von sechs Monaten macht einen Aufenthalt nicht automatisch zu einem gewöhnlichen.⁶¹ Von der Notwendigkeit, eine konkrete Beurteilung und Gewichtung des Einzelfalls vornehmen zu müssen, kann und will die Faustformel sowieso nicht entbinden. Sie kann aber als eine Zweifelsregel vermeiden, dass ein *non liquet* entsteht und dass die Anknüpfung nicht durchführbar würde, weil man ihren Anknüpfungspunkt nicht ausfüllen könnte.

Die Dauer des Aufenthalts ist ein wichtiges Indiz, aber eben nicht das einzige. Auf sie zu sehen bietet sich an, weil sie vergleichsweise einfach festzustellen ist und sich in Zahlen festmachen lässt.⁶² Der gewöhnliche Aufenthalt als Lebensmittelpunkt ist aber insgesamt nicht quantitativ, sondern qualitativ⁶³ auszufüllen: Er verlangt die besondere Qualität einer sozialen Integration der betreffenden Person.⁶⁴ Für diese Integration bietet die Aufenthaltsdauer ein Indiz⁶⁵ und trägt zumindest den komparativen Satz, dass um so eher von einer sozialen Integration auszugehen ist, je länger der betreffende Aufenthalt dauert.

Hauptstreitpunkt ist, inwieweit der Griff in die Zukunft statthaft ist, wenn eine Person sich mit dem Willen (*animus manendi*) niederlässt, an jenem Ort ihren Lebensmittelpunkt zu haben, jedenfalls soweit dies durch objektive, intersubjektiv belegbare Anstalten gestützt wird und keine bloße Behauptung bleibt.⁶⁶ Zumindest kann der Wille der maßgeblichen Bezugsperson

58 *J. Antomo*, IPRax 2019, 405, 408.

59 *Antomo*, IPRax 2019, 405, 408.

60 *P. Mankowski*, GPR 2011, 209, 211; vgl. auch Art. 9 Brüssel IIa-VO.

61 *P. Winkler v. Mohrenfels*, FPR 2001, 189, 191.

62 *D. Baetge*, in: FS für Jan Kropholler, Tübingen 2008, 77, 81.

63 *A. Richez-Pons*, GPR 2009, 247, 249; *Guez*, Gaz. Pal. 2009, 3795, 3797. Ungenau *GA Pedro Cruz Villalón*, Schlussanträge vom 06.12.2010 in der Rs. C-497/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:738, Rn. 66.

64 Siehe nur *P. Rogerson*, (2000) 49 International and Comparative Law Quarterly (ICLQ) 86, 88 f.; *Baetge* (Fn. 62) 81 f.; *U. Spellenberg*, in: FS für Konstantinos Kerameus, Bd. I, Athen u. a. 2009, 1307, 1321.

65 Zum Zeitmoment insbesondere *R. Espinosa Calabuig*, Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo, Madrid 2007, 128 ff.

66 Siehe zur Diskussion z. B. *GA Pedro Cruz Villalón* (Fn. 63) Rn. 88 f.; *D.-A. Simotta*, in: FS für Wolfgang Jelinek, Wien 2002, 291, 309; *J. Kropholler*, in: FS für Erik Jayme, Bd. I, München 2004, 471, 471; *U. Spellenberg*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Staudinger BGB: IntVerfREhe, Neubearb., Berlin 2005, Art. 8 EheGVO Rn. 10; *Baetge*

zur geplant ständigen Niederlassung ein wichtiges bestätigendes Indiz sein.⁶⁷ Zur Begründung eines neuen gewöhnlichen Aufenthalts muss ein Wille zur zeitnahen Rückkehr an den bisherigen Aufenthaltsort jedenfalls fehlen.⁶⁸

2. Mögliche Rückkoppelung: das Kindeswohl als Faktor beim Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts

Eine Rückkoppelung ist ebenfalls denkbar: Das Kindeswohl kann als Faktor beim Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts fungieren.⁶⁹ Dies würde gerade in der Teleologie der Aufenthaltsanknüpfung beim Kindesschutz liegen. Effektivität des Schutzes kann sich insoweit Bahn brechen. Dies fordert Erwägungsgrund (12) Brüssel IIa-VO. Der EuGH hat dem in A und Mercredi Folge geleistet.⁷⁰

3. Keine Verzögerung bei Kontrolle erst ex post

Der Streit, wo das zu schützende Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, ist indes dann keine Verzögerungsquelle, wenn eine Behörde Schutzmaßnahmen zunächst einmal trifft und erst danach eine Kontrolle ex post stattfindet, ob sie dafür überhaupt international zuständig war. Insoweit besteht keine Verzögerungsgefahr, sondern die umgekehrte Gefahr, dass vollendete Tatsachen auf unsicherer Grundlage geschaffen werden und dass die Aktivitätslast sich umkehrt, weil der Kontrollwillige aktiv werden und gegen das System ankämpfen muss.

IV. Kindeswohl bei anderen Aspekten des Verfahrensrechts

Im Verfahrensrecht kann das Kindeswohl in vielerlei Gewand eine Rolle spielen. Es kann, wie unter Art. 15 Brüssel IIa-VO; 12 Brüssel IIb-VO bei der Frage nach einem möglichen Verfahrenstransfer, zentraler Faktor bei einer Ermessensausübung sein.⁷¹ Es kann zentrales Legitimationselement

(Fn. 62), 84–86; *Spellenberg* (Fn. 64), 1322–1325 mwN; *M. Mellone*, Rivista di diritto internazionale privato e processuale (Riv. dir. int. priv. proc.) 2010, 685, 695.

67 *Richez-Pons*, GPR 2009, 247, 250; ähnlich *Gallant*, Rev. crit. dr. int. pr. 98 (2009), 802, 809 f.

68 *Boulanger*, La Semaine juridique Générale (JCP G) 2009 N° 41, 05.10.2009, 33, 36.

69 EuGH (A) (Fn. 32) Rn. 35, 37; *L. A. Pérez Martín*, Cuadernos de derecho transnacional (Cuad. Der. Trans.) 12 (2) (2020), 1119.

70 EuGH (A) (Fn. 32); EuGH (*Barbara Mercredi/Richard Chaffe*) (Fn. 52) Rn. 40.

71 Dazu EuGH 10.07.2019 – Rs. C-530/18, ECLI:EU:C:2019:583 (EP/FO); *Heiderhoff*, IPRax 2020, 521.

sein für Ersuchen auf Übertragung der Zuständigkeit durch ein eigentlich nicht zuständiges Gericht nach Art. 13 Brüssel IIb-VO. Es kann aber auch potenziell entgegenstehendes oder retardierendes Element sein wie in Vollstreckungsverfahren unter der Brüssel IIa- oder Brüssel IIb-VO.⁷²

Besonders hervorzuheben ist der Einfluss der Kindesrechte auf die Reform des Brüssel II-Systems mit der Brüssel IIb-VO: Nicht unwesentlich bedingt durch Anstöße aus der EMRK⁷³ im Gefolge der Povse-Entscheidung des EGMR⁷⁴ haben sich die Verfahrensrechte des Kinds eklatant verbessert.⁷⁵ Dies gilt zuvörderst für dessen Recht, gehört zu werden.⁷⁶ An anderer Stelle, insbesondere beim kritikwürdigen⁷⁷ „overriding mechanism“ für die Rückgabe entführter Kinder, hat sich dies aber noch nicht mit vollem Gewicht niedergeschlagen, denn der „overriding mechanism“ wurde beibehalten.⁷⁸ Verbesserte Verfahrensrechte des Kindes kann man als einen staatlichen Eingriff bezeichnen, wenn auch gewährender Natur, ohne dass die Rechtspositionen anderer dadurch vermindert würden.

V. Kindeswohl und Rückgabe als Regel unter dem HKÜ

Das HKÜ beruht auf der fundamentalen Überlegung, dass die rasche Rückführung eines entführten Kindes in seinen Herkunftsstaat dem Kindeswohl grundsätzlich am besten entspricht.⁷⁹ Kinder sollen nicht aus ihrem gewohnten Lebensraum herausgerissen werden und Schäden durch eine Entwurzelung erleiden.⁸⁰ Durch die Rückführung sollen sie zeitnah in ihr

72 Dazu G. Kuras, in: Liber Amicorum Edwin Gitschthaler, Wien 2020, 139.

73 Insbesondere V. Lazić, in: M. Župan (Hrsg.), Private International Law in the Jurisprudence of European Courts – Family at Focus, Osijek 2015, 295; *dies.*, in: C. Paulussen/T. Tacazs/V. Lazić u. a. (Hrsg.), Fundamental Rights in International and European Law – Public and Private Law Perspectives, Den Haag 2016, 161.

74 EGMR v. 18.06.2013 – 3890/11 (*Sofia Povse* u. *Doris Povse*/Republik Österreich).

75 Siehe nur L. Carpaneto, in: E. Bergamini/C. Ragni (Hrsg.), Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families, Cambridge 2019, 265.

76 Z. B. S. A. Kramar, Open Journal for Legal Studies (ojls) 3 (2020), 87.

77 Z. B. V. Lazić, in: S. Iglesias Sánchez/M. González Pascual (Hrsg.), Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice, Cambridge 2021, 192.

78 V. Lazić, NIPR 2021, 720, 731 f.

79 EuGH 08.06.2017 – Rs. C-111/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:436 (OL/PQ) Rn. 61; A. Schulz, FamRZ 2018, 797, 808; *Antomo*, IPRax 2019, 405, 406.

80 BVerfGE 99, 145, 158 f.; BVerfG IPRax 1997, 124, 125; R. Schuz, (1995) 44 ICLQ 771, 774 f.; V. Holl, Funktion und Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts bei internationalen Kindesentführungen, Frankfurt a. M. u. a. 2001, 24; *Antomo*, IPRax 2019, 405, 406.

vertrautes Umfeld zurückgelangen.⁸¹ Grundrechte des Kinds auf sozialen Kontakt schützt im (europäischen) Hintergrund zudem Art. 24 III GRC.⁸² Die UN-Kinderrechtskonvention⁸³ steht überhaupt und generell im Hintergrund bei der Auslegung des HKÜ.⁸⁴

Diese Prämisse operiert auf einem abstrakten Niveau. Sie erleidet nur die in Art. 13 HKÜ vorgesehenen engen Ausnahmen. Dagegen erfordert sie grundsätzlich keine umfassende, am Kindeswohl ausgerichtete konkrete Abwägung im Sinne eines Günstigkeitsvergleichs.⁸⁵ Es stehen also nicht zwei Rechtsordnungen nebeneinander zur Auswahl.

Indes ist eine mögliche Reversion mit Zeitablauf zu beachten: Das HKÜ stellt das Kindeswohl ganz in den Vordergrund, so stark, dass das Kindeswohl sogar noch über der Beseitigung von Unrecht stehen kann. Das HKÜ erkennt nämlich durchaus die normative Kraft der Fakten an, die ein länger andauernder gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes unter Aufbau eines sozialen Umfelds in einem Staat geschaffen hat, sei es auch nach einer Entführung oder Rückentführung. Die „Bestrafung“ des (rück-)entführenden Elternteils durch Rückführung des Kindes, auf dass unrecht’ Tun nicht gedeihe, wird im Interesse des Kindes am Erhalt seiner aktuellen sozialen Umwelt nicht konsequent verwirklicht.⁸⁶

81 Explanatory Report *E. Pérez-Vega*, Actes et Documents de la Quatorzième Session 1980 de la Conférence de La Haye du Droit International Privé, Tome III, 1982, Rn. 24; *Antomo*, IPRax 2019, 405, 406.

82 EuGH (OL/PQ) (Fn. 79) Rn. 66.

83 UN Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989, BGBl. 1992 II 16, 990; 2011 II 600.

84 Eindrucksvoll durchgehalten bei *R. Schuz*, The Hague Child Abduction Convention, Oxford 2013.

85 EuGH (OL/PQ) (Fn. 79) Rn. 61; *Antomo*, IPRax 2019, 405, 406.

86 *C. v. Bar/P. Mankowski*, Internationales Privatrecht II: Besonderer Teil, München 2019, § 4 Rn. 1107.

Part 2

Europe

Staatliche Eingriffe in Familien in Österreich – Rechtsschutzdefizite

Barbara Beclin

I.	Einleitung	75
II.	Die langen Schatten der Vergangenheit – Historisches zum „Jugendamt“	77
III.	Die Hauptakteure der Jugendwohlfahrt und ihre Befugnisse im Überblick	79
	1. Die Gerichte	79
	2. Der Kinder- und Jugendhilfe-Träger (KJHT)	80
IV.	Zur Aufgabenverteilung zwischen KJHT und Gerichten in der Realität.	82
	1. Kompetenzüberschreitende Kindesabnahmen der KJHT und fehlende Definition von „Gefahr im Verzug“	82
	2. Die Problematik der „freiwilligen“ Erziehungshilfen	87
V.	Ein exemplarischer Fall – stellvertretend für viele	89
VI.	Kindeswohlgefährdungen in der Fremdunterbringung	91
	1. Einschränkung der Kontakte des Kindes zu Familie und Freunden	91
	2. Sonstige Qualitätsmängel der Fremdunterbringung	94
	3. Mangelnde gerichtliche Kontrolle der Umstände in Fremdunterbringung	100
VII.	Verhältnismäßigkeit von staatlichen Obsorge-Entziehungen	102
	1. Außerachtlassung gelinderer Mittel.	102
	2. Faktoren, die unnötige Fremdunterbringungen begünstigen.	106
	3. Fehlende Abwägung mit Kindeswohl bei Fremdunterbringung	111
VIII.	Rechtsschutzdefizite im gerichtlichen Verfahren über die Obsorge- Entziehung (insbesondere nach Kindesabnahme durch den KJHT).	113
	1. Fristen und Verfahrensdauer	113
	2. Fehlende „Waffengleichheit“ im Verfahren	120
IX.	Verweigerte Rückführungen: auch Eltern haben Grundrechte.	126
X.	Resümee	130

I. Einleitung

Dieser Bericht befasst sich vorrangig mit dem massivsten Eingriff des Staates in die Familienautonomie: der Wegnahme eines Kindes aus seiner Familie mit anschließender Fremdunterbringung. Eine solche Maßnahme greift in die Grundrechte des Kindes und der Eltern ein, deren Recht auf Achtung des Familienlebens gemäß Art. 8 EMRK. Daher sind die gesetzlichen Vorgaben für Kindesabnahmen auf ihre Einhaltung in der Praxis zu prüfen,

besonders für Fälle, in denen nicht ein Gericht, sondern ein *Kinder- und Jugendhilfeträger* (KJHT; Verwaltungsorgan jedes Bundeslands, umgangssprachlich „Jugendamt“¹) eine Kindesabnahme aufgrund „Gefahr im Verzug“ selbst vornimmt: Es soll untersucht werden, ob die nachträgliche gerichtliche Überprüfung im Fall einer rechtswidrigen Kindesabnahme des KJHT die unverzügliche Rückkehr des Kindes in die Familie garantieren kann. Auch Missstände in der Fremdunterbringung und Reformvorschläge werden diskutiert.

Bei Erstellung dieses Beitrags fiel ein eklatanter Mangel an Daten und Studien zum gesamten Bereich Kindesabnahmen auf, der eine Bewertung der praktischen Tätigkeit der 9 KJHT in den Bundesländern² sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht schwierig macht. In den KJH-Statistiken fehlen z. B. Zahlen, wie viele Kinder aus nichtösterreichischen Familien,³ oder wie viele Kinder mit Behinderung⁴ fremduntergebracht sind, ebenso zum Verhältnis zwischen eigenmächtigen Kindesabnahmen der Jugendämter und vom Gericht angeordneten⁵: obwohl KJHT als Verwaltungsorgane nur bei „Gefahr im Verzug“ ohne vorherige Einschaltung des Gerichts ein Kind aus der Familie holen dürfen, lässt die Praxis vermuten, dass einige KJHT im Regelfall zuerst das Kind abnehmen und erst dann das Gericht anrufen.⁶ Im Justizministerium (BMJ) ist unbekannt, wie lange gerichtliche Überprüfungen von Obsorge-Entziehungen durchschnittlich dauern.⁷ Dass dort ein Modellprojekt die Verfahren nach Anträgen der KJHT auf 6 Monate „beschleunigen“ soll, lässt befürchten, dass aktuell Verfahren viel länger dauern, wodurch den von ihren Eltern getrennten Kindern irreparable Schäden drohen. Es fehlen Studien, wie oft Kindesabnahmen un-

1 Häufig mit negativem Beiklang; daher wurde als „kosmetische“ Verbesserung des Rufs der „neutrale“, sperrige Name KJHT (früher: Jugendwohlfahrtsträger) eingeführt; den Versuch des Imagewandels in der Umbenennung sieht auch A. Deixler-Hübner, Obsorge einer anderen Person, in dies. (Hrsg.), Handbuch Familienrecht, 2. Aufl., Wien 2020, 560.

2 Bundesweit einheitliche Verwaltungspraxis fehlt, da die Länder zuständig sind.

3 Der KJHT Wien erhebt das Verhältnis der österreichischen zu nicht-österreichischen fremduntergebrachten Kindern „nicht (in dieser Differenzierung)“ (Email vom 29.09.2022).

4 *Volksanwaltschaft (VA)*, Sonderbericht: Kinder und ihre Rechte in öffentlichen Einrichtungen (2017), Anhang: Bericht der Kinder- und Jugendanwaltschaften, 11.

5 KJH-Statistiken weisen eigenmächtige Kindesabnahmen der KJHT nicht extra aus, sondern als Fremdunterbringungen „aufgrund gerichtlicher Verfügung“ (das sind alle unfreiwilligen), siehe *Statistik Austria*, KJH-Statistik 2024, 35, 38 (Grafik 8).

6 Laut eigener Auskunft (vom 29.09.2022) verfügt der KJHT Wien selbst (!) nicht über die Zahlen der von ihm *mit* und *ohne* Sofortmaßnahme beantragten Obsorge-Entziehungen.

7 Laut BMJ erfasst das Bundesrechenzentrum Verfahren gem. § 211 ABGB nicht danach, ob das Kind vom KJHT zuvor abgenommen wurde; aber auch zur Verfahrenslänge bei Anträgen gem. § 211 (insgesamt) fehlen Daten (*E. Brousek/I. Hager*, Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht (iFamZ) 2021, 361).

nötig erfolgen, warum gelindere Mittel unterbleiben und wie sich voreilige Kindesabnahmen auf die Kinder und den Ausgang des Obsorgeverfahrens auswirken, z. B. ob sie durch Entfremdung dauerhafte Fremdunterbringungen verursachen. Die Rechtsmittel gegen Kindesabnahmen wurden noch nie unter Einbeziehung Betroffener evaluiert.⁸ Wichtig wäre auch eine Untersuchung, ob KJHT bei häuslicher Gewalt adäquate Kinderschutzmaßnahmen ergreifen (z. B. Wegweisung des Gefährders aus der Wohnung).

II. Die langen Schatten der Vergangenheit – Historisches zum „Jugendamt“

Die Geschichte der Jugendfürsorge im 20. Jh. ist geprägt von systematischen Verbrechen an Kindern in der Obhut der Jugendwohlfahrt und in kinderpsychiatrischen Abteilungen. Die Gräueltaten beschränkten sich nicht auf die Zeit des Nationalsozialismus: Die großen Kinderheim-Skandale der 2. Republik zogen sich bis in die 70er-Jahre und sind in ihrem erschreckenden Ausmaß an Gewalt und Missbrauch nur durch die am Ende der NS-Zeit nicht durchbrochene ideologische und personelle Kontinuität in der Jugendfürsorge erklärbar: Nach 1945 wurde nicht nur ein beträchtlicher Teil des NS-Personals beibehalten oder nach kurzer Pause wiederingestellt, sondern kamen auch Sympathisanten des NS-Regimes, die in ihren früheren Berufen nicht mehr Fuß fassten, problemlos als Heimerzieher unter.⁹ Die weiterhin brutalen Erziehungsmethoden wirkten wiederum auf das Personal zurück, da neu eintretende ErzieherInnen ihre kindeswohlgerechten Konzepte nicht durchsetzen konnten und gezwungen waren, sich anzupassen oder die Arbeitsstelle wieder zu verlassen.¹⁰

Die Liste vorbelasteter Personen, die die Jugendfürsorge Österreichs über Jahrzehnte in einflussreichen Positionen prägten, ist lang.¹¹ So war der pä-

8 Für die Evaluierung der neuen Beschwerdemöglichkeit gegen Kindesabnahmen der KJHT (§107a AußStrG) befragte das Österreichische Institut für Familienforschung (ÖIF) keine von Kindesabnahme Betroffenen, sondern nur (von den KJHT ausgewählte) Eltern, die freiwillig Erziehungshilfe annahmen (O. Kapella/C. Rille-Pfeiffer/G. Wernhart u. a., 2. Teilbericht der Evaluierung des B-KJHG 2013, ÖIF Forschungsbericht Nr. 28, Wien 2018, 27 ff.).

9 *Der Standard*, „Heimmutter“ Ute Bock: Keine Ausbildung und „SSler als Erzieher“, 2011; C. Zöchling, Erziehungslagerdenken, Wiener Heimskandal, Ehemalige NS-Pädagogen machten nach 1945 in der Jugendwohlfahrt Karriere, 2011, abrufbar unter <https://www.profil.at/home/wiener-heimskandal-erziehungslagerdenken-311934> (zuletzt abgerufen am 30.06.2023); H. Schreiber, Im Namen der Ordnung, Heimerziehung in Tirol, Innsbruck 2010, 69–72.

10 R. Sieder/A. Smioski, Gewalt gegen Kinder in Erziehungsheimen der Stadt Wien, Innsbruck u. a. 2012, 55, 519 f. (auch 529 f.: kein nennenswerter Widerstand gegen gewalttätige KollegInnen).

11 Biographien im Wikipedia-Artikel: „Heimerziehung in Österreich“ m. w. N.

dagogische Leiter der für Medizin-Experimente und Tötungen von ca. 800 Kindern („Kindereuthanasie“) berüchtigten Spiegelgrund-NS-Jugendfürsorgeanstalt ab 1954 Leiter des Referats der Wiener Jugendfürsorgeanstalten.¹² Ein an den Morden beteiligter Arzt wurde nach 1945 vielbeschäftigter Gerichtspsychiater und leitete ein eigens für ihn geschaffenes Ludwig Boltzmann-Institut.¹³

Physische und psychische Gewalt, medizinische Experimente (z. B. „Malaria-Therapien“¹⁴), sexueller Missbrauch, Vernachlässigung und seelische Grausamkeit durch Kontaktabbruch zur Familie waren in den Heimen der Jugendämter bis Ende des 20. Jh. an der Tagesordnung. Hilferufe der Kinder und Jugendlichen wurden von der Gesellschaft ignoriert, auch aufgrund diskriminierender Vorurteile ihnen gegenüber.¹⁵ Obwohl die meisten Großheime bis 2010 geschlossen waren und eine Aufarbeitung der Vergangenheit begann,¹⁶ ist davon auszugehen, dass die Täter des 20. Jh. als „anerkannte Koryphäen“ in Leitungspositionen bis heute Spuren hinterlassen haben.¹⁷

Die Geschichte der Jugendämter begann 1922 mit flächendeckender Überwachung aller ledig geborenen Kinder.¹⁸ Für die historisch gewachsene Unverhältnismäßigkeit der Einmischung der Jugendämter in Familien, sowie die Ausrichtung ihrer Tätigkeit am Ideal der „bürgerlichen Kleinfamilie“ als Norm, ist symptomatisch, dass ledigen Müttern erst seit 1989 (!) die Obsorge für ihr Kind zuerkannt wird;¹⁹ bis dahin war das Jugendamt ex lege Amtsvormund aller unehelichen Kinder (für Vertretung und Vermögensverwaltung).²⁰ Auswirkungen dieser Verkehrung des Subsidiaritätsprinzips

12 Hans Krenek (siehe *Zöchling* (Fn. 9)).

13 Im LBI „zur Erforschung der Missbildungen des Nervensystems“ arbeitete H. Gross ab 1968 an Präparaten, die er aus den Gehirnen der ermordeten Kinder herstellte.

14 Kinder dienten als „Reservoir“ zur Stammerhaltung des Erregers, vgl. *Tiroler Tageszeitung*, „Malaria-therapie“. Liste Pilz pocht auf Entschädigung der Opfer, 2018.

15 Die zum Teil bis heute existieren, *Sieder/Smioski* (Fn. 10), 533.

16 Siehe (neben den genannten) die Studien von B. Heligel/M. John/H. Schmucker u. a., Endbericht der Kommission Wilhelminenberg, Wien 2013; M. Ralse/N. Bischoff/C. Jost u. a., Das System der Fürsorgeerziehung, Innsbruck 2015; H. Mayrhofer/G. Wolfruber/K. Geiger u. a., Kinder und Jugendliche mit Behinderungen in der Wiener Psychiatrie von 1945 bis 1989, Wien 2017; D. Binder/M. John, Heimerziehung in Oberösterreich, Linz 2018; *Weißer Ring*, Hilfe für Opfer von Gewalt in Einrichtungen der Wiener Jugendwohlfahrt, Wien 2019.

17 Denn auch wenn der Einfluss der NS-Ideologie Ende des 20. Jh. schwand, ist durch die Rekrutierung vieler heutiger LeiterInnen der KJH gerade in den 90er-Jahren zu befürchten, dass der Ungeist schwarzer Pädagogik noch bei einigen nachwirkt.

18 *Sieder/Smioski* (Fn. 10), 24.

19 § 166 ABGB (BGBl 162/1989, ab 01.07.1989).

20 Die gesetzliche Vertretung ihrer Kinder traute man Frauen nicht zu! Ab 1971 (BGBl 342/1970) konnten Mütter beantragen, als Vormund ihres Kindes eingesetzt zu werden (§ 198 ABGB a.F.). Noch heute hat der KJHT diese Obsorge für alle Kinder minderjähriger lediger Mütter

zwischen Familienautonomie und staatlicher Fürsorge sind bis heute in überschießenden Kindesabnahmen und zwangsweisen „Erziehungshilfen“ der KJHT ohne vorherige Einbeziehung eines Gerichts sichtbar. Zwar wird auf dem Papier Partnerschaftlichkeit im Umgang mit den Eltern beschworen, in den letzten Jahren ist aber wieder verstärkt die Reduktion der KJH auf ihre Kontrolltätigkeit zu erkennen.²¹

III. Die Hauptakteure der Jugendwohlfahrt und ihre Befugnisse im Überblick

1. Die Gerichte

Einschränkungen der Obsorge- und Kontaktrechte von Eltern und Kindern sind nach österreichischem Recht als Eingriffe des Staates in die Familienautonomie (und damit das Grundrecht nach Art. 8 EMRK) grundsätzlich den Gerichten vorbehalten, die das Obsorge- und Kontaktrecht als Teil des Zivilrechts vollziehen.²² Das Gericht muss bei jeder Kindeswohlgefährdung (egal von wem es angerufen wird – auch amtswegig) die nötigen Verfügungen zur Sicherung des Kindeswohls treffen (§ 181 ABGB), gegebenenfalls den Eltern auch die Obsorge ganz oder teilweise entziehen. In diesem System kommt den Jugendämtern prinzipiell nur ein Antragsrecht auf Erlassung dieser gerichtlichen Verfügungen zu. Nur ausnahmsweise – bei „Gefahr im Verzug“ – können (und müssen) die KJHT aber Sofortmaßnahmen setzen (zum Beispiel das Kind zum Arzt bringen oder gleich den Eltern abnehmen), wenn das Gericht zu spät käme (sog. „Interimskompetenz“); das letzte Wort hat aber auch dann das Gericht: der KJHT muss binnen 8 Tagen ab Sofortmaßnahme die Verfügung bei Gericht beantragen.²³ Eigenmächtige Eingriffe der KJHT in Elternrechte sind also nur zulässig, wenn der primär vorgesehene Antrag an das Gericht nicht ausreicht, weil die akute Gefahr eine sofortige Änderung der Situation erfordert.²⁴

(statt, dass diese selbst eine Vertretungsperson für ihr Kind wählen); so geraten sie unfreiwillig ab Geburt des Kindes in eine Abhängigkeit vom KJHT, die nicht selten mit einer Kindesabnahme endet (z. B. *Die Presse*, Kindesabnahme: Mit Fakten „Recht“ erzwungen, 2010).

21 *O. Kapella/C. Rille-Pfeiffer/E.-M. Schmidt*, Evaluierung des B-KJHG 2013, ÖIF-Forschungsbericht Nr. 29, Wien 2018, 9f.

22 Siehe die materiell-rechtlichen Vorschriften im ABGB (insb. §§ 176–190 u. 204–212), sowie die dazu gehörenden Verfahrensvorschriften §§ 104–111a AußStrG.

23 § 211 Abs. 1 S. 1 (vorheriger Antrag) und S. 2 (Sofortmaßnahme) ABGB.

24 Ähnlich *M. Staffe-Hanacek/J. Weitzenböck*, Kinder- und Jugendhilferecht, Wien 2015, § 211 ABGB Rn 4.

2. Der Kinder- und Jugendhilfe-Träger (KJHT)

Da laut Verfassung die Jugendfürsorge in die Zuständigkeit der Länder fällt, sind die 9 Bundesländer (d. h. deren Landesverwaltungen) Kinder- und Jugendhilfe-Träger (früher „Jugendwohlfahrtsträger“; kurz: „Jugendämter“). Gesetzliche Grundlage für ihr Handeln bilden somit 9 unterschiedliche Landesgesetze (WKJHG, StKJHG, Oö KJHG, usw.).²⁵ Diese KJH-Gesetze listen vielfältige Aufgaben der KJHT auf: Erziehungsberatung, Betreuung von Schwangeren und Familien in Not, Feststellung von Entwicklungsrückständen, Gefährdungsabklärung, Hilfeplanung, Gewährung von Erziehungshilfen, bis hin zu Kooperation mit Bildungseinrichtungen, Öffentlichkeitsarbeit, etc.

Im Rahmen der Gefährdungsabklärung sind Eltern zur Kooperation verpflichtet: sie müssen dem KJHT zwecks Überprüfung des Verdachts einer Kindeswohlgefährdung Auskünfte erteilen, Dokumente und personenbezogene Daten zur Verfügung stellen, Kontaktaufnahmen mit dem Kind ermöglichen und sogar die „Besichtigung von Räumlichkeiten“ (z. B. Wohnung) zulassen.

Für diesen Bericht interessieren vor allem die „Erziehungshilfen“: KJHT erbringen diese den Familien, wenn eine Kindeswohlgefährdung festgestellt wird bzw. die Eltern „freiwillig“ Hilfe in Anspruch nehmen, um einer Kindeswohlgefährdung vorzubeugen. Kann die Gefahr voraussichtlich bei Verbleib des Kindes in der Familie gebannt werden, kommt „Unterstützung der Erziehung“ in Betracht, z. B. Hausbesuche der Sozialarbeiterin, Arztbesuche, Einschränkung des Kontakts zu kindeswohlgefährdenden Personen.²⁶ Kann die Gefährdung dagegen nach Ansicht des KJHT nur durch Betreuung des Kindes außerhalb der Familie beseitigt werden, erfolgt die Hilfe durch Fremdunterbringung des Kindes („volle Erziehung“) in einer sozialpädagogischen Einrichtung oder bei Pflegeeltern.

Bei „Einverständnis“ der Eltern werden beide Arten von Erziehungshilfen auf Basis einer Vereinbarung des KJHT mit den Eltern erbracht, wobei (selbst bei voller Erziehung) das Obsorgerecht bei den Eltern bleibt.²⁷ Stimmen die Eltern einer vom KJHT für nötig befundenen Hilfe jedoch nicht zu, so

25 Diese weisen Übereinstimmungen auf, die noch auf die bis 2020 bestehende Kompetenz des Bundes für *Grundsatzgesetze*, an welche die Länder gebunden waren (siehe B-KJHG 2013), zurückgehen. Seit 2020 sind Gesetzgebung und Vollziehung komplett Ländersache. 2020 verpflichteten sich die Länder, die im B-KJHG geregelten Instrumente und Leistungen der KJH zu übernehmen (Vereinbarung gem. Art. 15a B-VG über die KJH).

26 § 25 Abs. 2 B-KJHG 2013 (Stammfassung), § 44 Oö KJHG, § 29 WKJHG, u. a.

27 Da man auf dieses nicht „verzichten“ kann, OGH v. 16.12.2015 – 7 Ob 189/15t, iFamZ 2016/56 m. w. N.

beantragt dieser deren Verfügung durch das Gericht.²⁸ Bei „Gefahr im Verzug“ ergreift er die ihm nötig scheinende Sofortmaßnahme selbst, wodurch die Obsorge vorläufig²⁹ im betroffenen Ausmaß³⁰ auf ihn übergeht (sog. Interimskompetenz), und stellt erst danach³¹ den Antrag bei Gericht. Diese Konstruktion – ex lege-Übergang der Obsorge bei Sofortmaßnahmen – bedeutet, dass in diesen Fällen die Entziehung der Obsorge schon vor Einschaltung des Gerichts wirksam wird!

Beim eigenmächtigen Eingreifen des KJHT in die Obsorge der Eltern handelt es sich um privatrechtliches Handeln.³² Das überrascht angesichts der Systematik des österreichischen Rechts und ist m. E. bedenklich, weil Zwangsmaßnahmen eines Verwaltungsorgans, insb. Eingriffe in Grundrechte wie hier, sonst in Form von Hoheitsakten erfolgen, gegen die alle Beschwerdemöglichkeiten des öffentlichen Rechts offenstehen – bei Grundrechtseingriffen bis zum VfGH. Dieser Rechtsweg ist bei staatlichen Kindesabnahmen der KJHT durch einen gesetzgeberischen „Trick“ abgeschnitten: indem der KJHT sich durch die Sofortmaßnahme selbst zum Obsorgeträger macht, setzt er in dieser Position mit der zwangsweisen Kindesabnahme (oft mithilfe der Polizei) quasi als Privatrechtssubjekt seine „privaten Obsorge-rechte“ durch – vergleichbar mit Eltern, die ihr Kind von unberechtigten Dritten zurückholen.³³ In Ermangelung der Rechtsbehelfe gegen hoheitliche Verwaltungsakte müsste aus rechtsstaatlicher Sicht m. E. eine unverzügliche gerichtliche Kontrolle der Sofortmaßnahme des KJHT stattfinden – die derzeitigen Rechtsmittel nach Kindesabnahmen weisen jedoch gravierende Rechtsschutzdefizite auf.³⁴ Durch die Einordnung der Kindesabnahmen der KJHT als Privatrechtsakte von Obsorgeträgern finden sie ihre Rechtsgrundlage im Obsorgerecht des ABGB.³⁵ Dementsprechend ersetzt der Staat Schäden durch rechtswidrige Kindesabnahmen des KJHT nicht im Wege der Amtshaftung, sondern nach allgemeinem Schadenersatzrecht.³⁶

28 Gemäß § 211 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 181 ABGB.

29 Mit Wirksamkeit bis zur gerichtlichen Entscheidung, § 211 Abs. 1 S. 3 ABGB.

30 Bei Kindesabnahme für den gesamten Bereich der Pflege und Erziehung (inkl. diesbezüglicher Vertretungsbefugnis), sonst nur für einzelne Angelegenheiten.

31 Gem. § 211 Abs 1 S. 2 ABGB „unverzüglich, jedenfalls innerhalb von 8 Tagen“.

32 OGH v. 23.03.2021 – 1 Ob 211/20s, Zeitschrift für Familien- und Erbrecht (EF-Z) 2021/111 mit Hinweis auf die *gerichtliche* Überprüfung der Kindesabnahmen des KJHT (§ 107a AußStrG) (in Abkehr von seiner früheren Judikatur – z. B. OGH v. 24.06.2005 – 1 Ob 49/05w – die in Sofortmaßnahmen des KJHT hoheitliches Handeln sah); VfGH v. 08.10.1987 – G 47/87, VfSlg 11.492; A. Meisinger in: A. Kletečka/M. Schauer (Hrsg.), ABGB-ON1.06, § 207, Rn. 2 mwN.

33 Obwohl er erst durch seinen Zwangsakt zum Obsorgeträger geworden ist.

34 Vor allem fehlt eine verbindliche Frist für die Entscheidung des Gerichts!

35 Insbesondere in den speziellen §§ 207–211. Regelungen enthalten auch die neun KJH-Gesetze.

36 OGH v. 23.03.2021 (Fn. 32) (Vater psychisch krank wegen Trennung vom Kind).

IV. Zur Aufgabenverteilung zwischen KJHT und Gerichten in der Realität

1. Kompetenzüberschreitende Kindesabnahmen der KJHT und fehlende Definition von „Gefahr im Verzug“

In der Praxis stellt sich die Aufgabenverteilung zwischen Gericht und KJHT bei Anträgen des Jugendamts auf Obsorge-Übertragung oft geradezu umgekehrt zur Gesetzeslage dar: nicht das Gericht, sondern der KJHT ist de facto „Herr des Verfahrens“. Statt die gerichtliche Verfügung im Voraus zu erwirken, führen KJHT teilweise Kindesabnahmen unter Berufung auf angebliche „Gefahr im Verzug“ selbst durch,³⁷ obwohl angesichts der Situation ein Antrag an das Gericht ausreichen würde.³⁸ Daten, wie oft KJHT ihre Anträge bei Gericht erst nach Kindesabnahme stellen, fehlen;³⁹ es dürfte große regionale Unterschiede (zwischen den 9 KJHT) geben.⁴⁰

Sofortmaßnahmen des Jugendamts sieht das Gesetz nur subsidiär zur Beantragung einer gerichtlichen Verfügung vor, die KJHT haben nur eine Notkompetenz (bei „Gefahr im Verzug“).⁴¹ Daher sind die Anforderungen an das Ausmaß der Kindeswohlgefährdung für eine Sofortmaßnahme des KJHT deutlich höhere als für einen Antrag bei Gericht auf Übertragung der Obsorge: Sofortmaßnahmen des KJHT sind nur zulässig, wenn die (vermutete) Kindeswohlgefährdung eine „Erheblichkeitsschwelle“ überschreitet, „konkret und offenkundig“ ist,⁴² und die Maßnahme das gelindeste Mittel und verhältnismäßig ist.⁴³ Aus dem Wesen als Notkompetenz folgt m. E. auch, dass die Gefahr so akut sein muss, dass dem Kind die unveränderte Lage keinesfalls bis zum Einschreiten des Gerichts zugemutet werden kann (also nicht einmal mehr ein paar Wochen; das Gericht muss ohnehin nach

37 Als Sofortmaßnahme i. S. d. § 211 Abs. 1 S. 2 ABGB (anstelle Antrags gem. S. 1).

38 Von Überschreitungen ihrer Befugnisse durch KJHT geht auch *A. Deixler-Hübner*, Zivilrecht aktuell (Zak) 2013/8, 12 aus.

39 Die KJH-Statistik weist nicht einmal die Gesamtzahl der Anträge der KJHT gem. § 211 ABGB auf Obsorge-Übertragungen aus.

40 Der KJHT Wien (Email vom 29.09.2022) kennt angeblich die Zahlen seiner Anträge gem. § 211 ABGB mit und ohne Sofortmaßnahme selbst „nicht in dieser Differenzierung“. Während in Wien (bevölkerungsreichstes Bundesland) Sofortmaßnahmen überwiegen dürften, ist z. B. Vorarlberg zurückhaltend, vgl. *E. Brousek/I. Hager*, Evaluation des Modellprojektes Verfahrensablauf bei Anträgen der KJH gemäß § 211 Abs. 1 ABGB, Endbericht 04.2021, 51, 204 (laut dieser Stichprobe stellte Wien 81% der Anträge erst nach Kindesabnahme).

41 § 211 Abs. 1 S. 2 ABGB ist die Nachfolgebestimmung der „Notkompetenz“ des Jugendamts in § 26 JWG 1954 (vgl. *Kathrein*, in: Klang, ABGB, 3. Aufl., Wien 2008, § 215 ABGB, Rn. 7).

42 *Kathrein* (Fn. 41), Rn 8 ff. (zur Vorgängerbestimmung des § 211).

43 *A. Meisinger*, in: A. Kletečka/M. Schauer (Hrsg.), ABGB-ON1.06, § 211, Rn. 6.

dem Antrag so beschleunigt verfahren, dass aus der latenten nicht eine akute Gefährdung wird).

Unter Missachtung dieses Unterschieds zwischen Kindeswohlgefährdung (allgemein), der das Gericht mit den nötigen Verfügungen begegnet, und dem Konzept der „Gefahr im Verzug“ als Voraussetzung für Sofortmaßnahmen der KJH, nehmen KJHT Kinder wegen Erziehungsmängeln ab, die keinen sofortigen Eingriff rechtfertigen. Obwohl gerade das Kriterium „Gefahr im Verzug“ vor willkürlichen Grundrechtseingriffen der Verwaltung schützen soll und i. S. d. Art 8 EMRK eng auszulegen wäre, wird es von KJHT regelmäßig ignoriert.

Charakteristisch für Kompetenzüberschreitungen der KJHT ist deren stereotype Argumentation, sie hätten Missständen in der Familie ohnehin lange zugeschaut, bevor es irgendwann einfach nicht mehr ging und das Kind herausgenommen werden „musste“. „Wo viel Unterstützung stattgefunden hat, muss man rasch reagieren, wenn das alles nicht greift“; „nichts wird dem Zufall überlassen, wenn wir eine Abnahme planen“ – so beschreiben Sozialarbeiterinnen des KJHT Wien die typische Kindesabnahme als akribisch vorbereitete Aktion.⁴⁴ Dies belegt, dass KJHT auf chronische Gefährdungen eigenmächtig reagieren, statt das für die staatliche Anordnung von Erziehungshilfen allein zuständige Gericht anzurufen. Sofortmaßnahmen sind offenbar Routine im Rahmen der Hilfeplanung dieser KJHT – im klaren Widerspruch zum Gesetz. Als Gründe für Kindesabnahmen durch KJHT tauchen z. B. unregelmäßige Kindergartenbesuche und nachlässige Körperpflege,⁴⁵ zu passiver⁴⁶ oder zu permissiver⁴⁷ Erziehungsstil, unordentliche⁴⁸ oder beengte⁴⁹ Wohnverhältnisse, Schulden⁵⁰ oder Streit der Eltern um das Kontaktrecht⁵¹ auf. Sogar der Wunsch des KJHT, den Eltern einen „heilsamen Schock zu versetzen“,⁵² reicht als Vorwand für eine Kindesabnahme. Dabei räumen die KJHT ein, dass bei Kindesabnahmen meist eine liebevolle Beziehung zwischen Kind und Eltern intakt und weder Gewalt noch Missbrauch im Spiel ist!⁵³ In der Regel ist Vernachlässigung⁵⁴

44 *Kurier*, Familiensatz: Das Jugendamt und seine Kinder, 2017.

45 OGH v. 30.08.2016 – 1 Ob 99/16i, iFamZ 2016/215 (Kinder „wirkten ungepflegt“).

46 *Die Presse* (Fn. 20): Mutter „interagiere nur wenig“ mit Kind.

47 Beispiel: Mutter setzt dem Kleinkind zu wenig „Grenzen“ (bei einem der selten erlaubten 2-stündigen Besuche in der Fremdunterbringung! OGH (Fn. 45)).

48 OGH v. 22.12.2014 – 3 Ob 179/14s, iFamZ 2015/56 (*Fucik*).

49 *Addendum*, Gutachter – die wahren Richter?, 2018 (kurze Zeit kein Kinderzimmer).

50 *ORF*, Am Schauplatz: Gebt mir mein Kind zurück, 2016.

51 Siehe die zwei Fälle in *E. Meinhardt*, „Erziehungstäter“, profil 20/2021, 2021, 30 ff.

52 OGH v. 23.10.2012 – 5 Ob 152/12g, EF-Z 2013/45.

53 Siehe *ORF*, Am Schauplatz (Fn. 50); *Kurier*, Immer mehr abgenommene Kinder, 2016.

54 Beim KJHT Wien der häufigste Grund (*Kurier* (Fn. 44)).

oder (ein „Klassiker“) „mangelnde Kooperation“ der Eltern mit dem KJHT, z. B. im Rahmen der Gefährdungsabklärung, der Anlass für die Kindesabnahme (aber sogar wenn Eltern kooperieren und vom KJHT angebotene Hilfen akzeptieren, wird das Kind manchmal abgenommen⁵⁵). Alle diese Gründe verbindet, dass sie mangels akuter Gefahr⁵⁶ keine Sofortmaßnahme rechtfertigen und die Kindesabnahme auch nicht das gelindeste Mittel zu ihrer Behebung⁵⁷ ist: das Gericht muss zuvor klären, ob Alternativen die Überforderung der Eltern beseitigen können, z. B. Erziehungsberatung,⁵⁸ Babysitter, Psychotherapie, Schuldnerberatung...

Kindesabnahmen der KJH ohne akute Gefährdung sind daher eine Anmaßung der den Gerichten zugewiesenen Zuständigkeit für Obsorge-Entziehungen. KJHT greifen dabei praktisch dem Gericht vor, gestützt nur auf die eigene Gefährdungsabklärung, die – schon mangels Akteneinsicht⁵⁹ – kein rechtsstaatliches Verfahren ist. Die Sofortmaßnahme wird von ihnen wie eine Entscheidungskompetenz in der Sache gehandhabt, statt als Gefahrenabwehr. Die nachträglich angerufenen Gerichte dulden oft diese Kompetenzüberschreitung,⁶⁰ weil sie froh sind, dass ihnen „Fachleute“ die schwierige Frage der Eignung der Eltern abnehmen,⁶¹ und nicht gern die Verantwortung übernehmen, falls dem Kind in der Familie etwas zustößt. De facto zieht sich dann die vom KJHT dem Gericht (nach Kindesabnahme) vorgelegte Antragsbegründung oft unverändert durch den ganzen Pflegschaftsakt: sie wird im Sachverständigengutachten und in der Gerichtsentscheidung abgeschrieben, und unter Umständen noch Jahre später gegen eine Rückführung des Kindes eingewandt.⁶² Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass die endgültige Obsorge-Entscheidung des Gerichts, „sofern die vom KJHT gesetzte Maßnahme richtig, notwendig und verhältnismäßig war“, „im Regelfall“ (!) darin bestehen wird, dass die Obsorge in den davon betroffenen Angelegenheiten den Eltern „entzogen und anderen Personen, allenfalls dem KJHT selbst, übertragen wird“.⁶³ Dies negiert die Pflichten des Gerichts, eigenständig zu ermitteln und aktiv auf den Erhalt der Familie

55 Siehe Bericht der VA an den Wiener Landtag 2017, 44 f.

56 Siehe auch Berichte der VA an den Wiener Landtag 2015, 43 f. (Eltern 45 Minuten nicht telefonisch erreichbar); 2019, 40 ff. (Beratungstermin abgesagt).

57 Selbst bei „Gefahr im Verzug“ stünden als Sofortmaßnahme i. S. d. § 211 ABGB ja oft gelindere Alternativen offen, z. B. ein Arztbesuch, Haushaltshilfen.

58 Siehe die Möglichkeit des gerichtlichen Auftrags in § 107 Abs. 3 AußStrG.

59 § 106a Abs. 3 AußStrG (keine Pflicht, Akten vorzulegen).

60 Den Unterschied zwischen Voraussetzungen für Sofortmaßnahmen und für gerichtliche Obsorge-Übertragungen „verwischend“ z. B. auch OGH (Fn. 52)

61 Siehe zum Beispiel OGH v. 24.06.2021 – 3 Ob 67/21f.

62 So z. B. in OGH v. 19.12.2018 – 3 Ob 178/18z, iFamZ 2019/59.

63 LGZ Wien 43 R 478/09a; 45 R 677/10g; 45 R 364/17p, EF 153.006.

hinzuarbeiten⁶⁴. Durch die bloße Übernahme der Argumentation des KJHT ohne ausreichende eigene Erhebungen lässt das Gericht zwischenzeitige Entwicklungen in der Familie außer Acht⁶⁵ und vernachlässigt auch die Sozialarbeit zum Erhalt der Familie als gelinderes Mittel.

Überschießende Kindesabnahmen der KJHT schaffen zudem vollendete Tatsachen, bevor das Gericht überhaupt eingeschaltet wird – z. B. durch Unterbringung bei Pflegeeltern, den Kontaktabbruch zu Eltern und Geschwistern, einen Schulwechsel – die sich auf den Ausgang des Obsorge-Entziehungsverfahrens zum Nachteil der Familie auswirken und sogar dauerhafte Fremdunterbringungen bewirken können.⁶⁶ Eine vom KJHT herbeigeführte Entfremdung des Kindes benützt er selbst später als Argument gegen eine Rückführung (insbesondere bei Kleinkindern). Schon die Gefahr der Traumatisierung durch den oft gewaltsamen Akt der Kindesabnahme selbst gebietet es, Sofortmaßnahmen des KJHT im Sinne der Verhältnismäßigkeit auf äußerste Notfälle zu beschränken. Voreilige Kindesabnahmen der KJHT verletzen außerdem den gesetzlichen Vorrang natürlicher Personen aus dem Umfeld des Kindes bei der Obsorge-Betrauung: Wenn die (bisher obsorgeberechtigten) Eltern verhindert sind, hat das Gericht eine andere geeignete natürliche Person mit der Obsorge zu betrauen.⁶⁷ Nur wenn sich weder Verwandte noch andere nahestehende (oder sonst besonders geeignete) Personen finden, soll das Gericht die Obsorge dem KJHT übertragen. Dessen Betrauung ist nach dem Gesetz also klar ultima ratio.⁶⁸ Die KJHT sprechen sich jedoch oft gegen die Obsorge von Großeltern (selbst bei Rüstigkeit) oder erwachsenen Geschwistern aus, z. B. weil diese Familienmitglieder nicht die nötige Distanz („Abgrenzung“) zu den Eltern hätten und Kontakte zwischen Kind und Eltern entgegen den (oft willkürlichen!) Restriktionen des KJHT zulassen würden.⁶⁹ Die Gerichte folgen diesen Argumenten teilweise unkritisch; KJHT verletzen aber

64 Letztere besteht gem. Art. 8 EMRK, s. z. B. EGMR v. 12.07.2001 – 25702/94 (*K. u. T./Finnland*); EGMR v. 30.05.2006 – 34141/96 (*R./Finnland*), EF-Z 2006/66 (*Nademleinsky*).

65 OGH (Fn. 45) (Mutter behebt praktisch alle vom KJHT monierten Mängel, Erstgericht folgt trotz für sie positiven SV-Gutachtens undifferenziert der Ansicht des KJHT, es „könnte“ ja wieder zu einer Überforderung der Mutter kommen).

66 Ähnlich A. *Deixler-Hübner/A. Meisinger*, Obsorge einer anderen Person, in: A. Deixler-Hübner (Hrsg.), *Handbuch Familienrecht*, 3 Aufl., Wien 2025, 589.

67 Die bisher in §§ 178, 204 ABGB festgelegte Reihenfolge innerhalb der geeigneten natürlichen Personen, nach welcher vorrangig (bisher nicht betraute) Eltern, Groß- und Pflegeeltern zu betrauen waren, hat der VfGH (09.03.2023 – G 223/2022–26, wirksam ab 01.10.2024) beseitigt, da im Sinne des Kindeswohls immer die *geeignetste* Person zum Zug kommen soll.

68 OGH (Fn. 45); OGH v. 28.06.2017 – 9 Ob 27/17m, EF-Z 2018/54 (*Pfurtscheller*); OGH v. 27.07.2021 – 5 Ob 97/21g, iFamZ 2021/200 (*Beck*). Vgl. § 209 ABGB.

69 Zum Beispiel in Bericht der VA an den Wiener Landtag 2018, 39 f.

auch bewusst Anordnungen von Gerichten:⁷⁰ So hat der Wiener KJHT den Gerichtsbeschluss, ein abgenommenes Kleinkind sofort den Großeltern zu übergeben, so lange ignoriert, bis es nur deshalb endgültig bei den Pflegeeltern bleiben musste.⁷¹ Selbst wenn das Gericht also Personen aus dem Umfeld des Kindes findet, die es aufnehmen wollen, besteht nach Kindesabnahme die große Gefahr, dass der KJHT sich mit dem Argument durchsetzt, diese Menschen seien für das Kind „Fremde“, verglichen mit den vom KJHT ausgesuchten Pflegeeltern, an die das Kind sich bereits gewöhnt habe, und ein weiterer Betreuungswechsel sei unzumutbar.⁷² Dies ist eine willkürliche Auslegung der Maxime der Erziehungskontinuität: Nach Art. 8 EMRK haben zur Familie gehörende Personen Vorrang.⁷³

Um menschenrechtswidrige Kindesabnahmen zu verhindern, ist m. E. eine Konkretisierung des Begriffs der „Gefahr im Verzug“ in § 211 ABGB nötig: Analog ähnlichen Notkompetenzen der Verwaltung, die Grundrechtseingriffe ohne förmliches Verfahren zulassen, wenn das zuständige Gericht zu spät käme (polizeiliche Festnahme, Unterbringung, etc.), müssten Kindesabnahmen der KJHT explizit auf Fälle unmittelbar drohender Schäden für die körperliche und seelische Gesundheit („Gefahr für Leib und Leben“, z. B. durch Missbrauch oder Gewalt gegen das Kind⁷⁴) beschränkt werden. Denn sie greifen – obwohl systemwidrig als „privates Handeln“ deklariert – wie Zwangsakte der Verwaltung in Grundrechte ein, potentiell sogar stärker als z. B. Verhaftungen, indem sie auch Kinder betreffen. Die aktuell viel zu langen Gerichtsverfahren bei Kindeswohlgefährdung stehen m. E. in direktem Zusammenhang mit zu häufigen Kindesabnahmen, da KJHT sie als Vorwand für eigenmächtiges Handeln nützen.⁷⁵ Die faktische Verfahrensdauer berechtigt KJHT aber nicht, durch Sofortmaßnahmen die Gerichte zu umgehen. Kindesabnahmen der KJHT ohne akute Gefahr sind mangels gesetzlicher Grundlage staatliche Willkür.

70 Vgl. Bericht der VA an den Wiener Landtag 2021, 41 f; 2022, 48 f.

71 Bericht der VA an den Wiener Landtag 2019, 38 ff.

72 OGH (Fn. 48) (türkische muslimische Familie).

73 Gemäß § 205 ABGB sind bei Obsorgeübertragungen die Wünsche der Eltern zu berücksichtigen. Oft würde es i. S. d. gelinderen Eingriffs genügen, wenn Eltern die *Ausübung* der Obsorge (ohne Obsorge-Wechsel!) der anderen Person übertragen.

74 *Kathrein* (Fn. 41), Rn 9.

75 So vertreten KJH-Mitarbeitende immer wieder, es sei in Österreich „nicht vorgesehen, dass die Obsorge vom Jugendamt beantragt wird, während die Kinder noch in der Familie bleiben“ (*Die Presse* (Fn. 20)).

2. Die Problematik der „freiwilligen“ Erziehungshilfen

Der KJHT erbringt Erziehungshilfen⁷⁶ entweder mit Zustimmung der Eltern oder aufgrund einer gerichtlichen Verfügung (die er vor oder erst nach der Maßnahme beantragt⁷⁷). In beiden Fällen dienen die Hilfen demselben Zweck, nämlich der Abwehr einer Kindeswohlgefährdung.⁷⁸ Daher verschwimmt die Grenze zwischen freiwillig erhaltener Unterstützung und staatlichem Eingriff ins Elternrecht auf rechtsstaatlich bedenkliche Weise: Die „Freiwilligkeit“ der Fremdunterbringung (oder anderen Erziehungshilfe) ist für die Eltern oft nur eine scheinbare, da KJHT meist den Gang zu Gericht oder Sofortmaßnahmen wegen „Gefahr im Verzug“ ankündigen, falls die Eltern ablehnen. Oft wird den Eltern als Druckmittel in Aussicht gestellt, die Einschaltung des Gerichts werde die Fremdunterbringung verlängern oder sie dürften ihr Kind dann nicht mehr (oder weniger) sehen. Unter dem Druck dieser Drohungen (bzw. „im Schock“ aufgrund der gegen sie erhobenen massiven Verdächtigungen) willigen viele Eltern zunächst in die als alternativlos dargestellte Unterbringung ein – auch weil sie hoffen, eine „freiwillige“ Maßnahme selbst wieder beenden zu können. Ziehen sie später ihre Einwilligung zurück, folgt für die Eltern meist eine böse Überraschung: die Rückgabe des Kindes wird vom KJHT verweigert.⁷⁹ Dadurch besteht die Fremdunterbringung nun als Sofortmaßnahme des KJHT „wegen Gefahr im Verzug“ weiter,⁸⁰ die Obsorge geht auf den KJHT über⁸¹ und die Frist für die gerichtliche Überprüfung der (nunmehrigen) Zwangsmaßnahme beginnt zu laufen.⁸² Dieser Wechsel von „freiwilliger“ zu „zwangsweiser“ Erziehungshilfe ist oft so schleichend, dass für die Eltern unklar ist, ob der KJHT gesetzeskonform binnen 8 Tagen das Gericht eingeschaltet hat.⁸³ Ihr Recht auf zügige Befassung des Gerichts nach Grundrechtseingriffen wird in all diesen Fällen eklatant verletzt.

76 Als „Unterstützung der Erziehung“ oder „volle Erziehung“ (= Fremdunterbringung).

77 § 211 Abs. 1 ABGB ist nicht nur die Rechtsgrundlage für Kindesabnahmen, sondern auch für alle weniger invasiven Erziehungshilfen gegen den Willen der Eltern.

78 Siehe z. B. §§ 29 f. WKJHG (setzt zumindest drohende Kindeswohlgefahr voraus).

79 Siehe z. B. P. Aichinger, Sorgerecht: Mutter darf Zwillinge zurückfordern, Die Presse, 2017; OGH v. 28.06.2017 (Fn. 68).

80 OGH (Fn. 62); OGH v. 23.03.2021 (Fn. 32).

81 Erst mit Beginn der Sofortmaßnahme (= Verweigerung der Rückgabe des Kindes) erhält der KJHT gem. § 211 Abs. 1 S. 2 und 3 ABGB die Obsorge, *freiwillig* können die Eltern nur deren *Ausübung* (nicht das Recht selbst) übertragen (OGH (Fn. 27)). Eine im BMJ geplante Reform will den Obsorgeverzicht zugunsten des KJHT ermöglichen, was die gerichtliche Kontrolle des Verlusts der Obsorge eliminieren würde.

82 Die Frist (§ 107a AußStrG) übersehen Eltern leicht, deren Kind schon länger weg ist.

83 Bericht der VA an den Wiener Landtag 2019, 40 ff. (KJHT leugnet Kindesabnahme).

Nicht nur bei Kindesabnahmen, sondern auch bei weniger invasiven Eingriffen in die Elternrechte („Unterstützung der Erziehung“), z. B. durch inhaltliche Vorgaben für die Ausübung ihrer Obsorge oder Auflagen, besteht eine rechtsstaatlich bedenkliche Situation: Auch „Aufträge“ des KJHT an Eltern, z. B. zur Umgestaltung der Wohnung, Änderung der Ernährung, Erziehungsberatung, Arztbesuchen, sind staatliche Grundrechtseingriffe, die nur ein Gericht, bei konkreter Kindeswohlgefährdung,⁸⁴ verfügen darf.⁸⁵ Etikettiert als „eilvernehmlich“ – und somit ohne Beiziehung des Gerichts – sind auch diese „minderschweren“ Eingriffe ins Erziehungsrecht problematisch, da sie oft nur unter Druck akzeptiert werden, weil der KJHT den Eltern „bei mangelnder Kooperation“ mehr oder weniger offen mit Kindesabnahme droht. Aufgrund ihrer Zustimmung haben die Eltern später kein Rechtsmittel gegen die aufgedrängten Erziehungshilfen. Das Damoklesschwert der Kindesabnahme verhindert also, dass sie sich gegen diese Grundrechtseingriffe wehren. Damit wird die „Freiwilligkeit“ zur zynischen Fiktion, denn solche Erziehungshilfen unterscheiden sich von behördlichen Zwangsakten letztlich nur durch das Fehlen von Rechtsschutz. Ein „Vertrag“ mit den Eltern ist für letztlich doch zwangsbewehrte – weil auf dem Verdacht einer Kindeswohlgefährdung fußende – staatliche Erziehungsmaßnahmen m. E. keine geeignete Rechtsform: Da die Willensbildung der Eltern oft nicht wirklich frei ist, kann ihre „Einwilligung“ keinen tragfähigen Rechtsgrund für Grundrechtseingriffe bilden. Die „Freiwilligkeit“ ist ein gesetzlicher Etikettenschwindel zur Umgehung der Pflegschaftsgerichte, denn solange die Eltern (wenn auch unter Druck oder im Irrtum über die Folgen) ihre Zustimmung geben, muss sich der KJHT nicht ans Gericht wenden. „Freiwillige Hilfen“ der KJH sind somit oft verdeckte staatliche Zwangsakte, ohne einen behördlichen Beschluss und daher auch ohne Rechtsmittel. Um bei Grundrechtseingriffen die vorgesehene gerichtliche Kontrolle zu garantieren, müssten die KJHT m. E. verpflichtet werden, auch „freiwillige“ Erziehungshilfen dem Gericht zu melden, welches die Eltern und Kinder über ihre Rechte belehren und die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen (i. S. d. Art. 8 EMRK) prüfen könnte. Der KJHT müsste zudem die Eltern unverzüglich informieren, wenn er hinsichtlich einer zunächst „freiwilligen“ Hilfe bei Gericht deren Verfügung beantragt, damit die Eltern den Beginn der Sofortmaßnahme – und damit der Frist für ihren Einspruch⁸⁶ – klar erkennen.

84 § 181 ABGB; Ausnahmen sind nur Maßnahmen i. S. d. § 107 Abs. 3 AußStrG, die das Gericht schon zur „Sicherung des Kindeswohls“, nicht erst bei Gefährdung, anordnen kann.

85 Auch *M. Huber*, Rechte und Pflichten zwischen Eltern und Kindern, in: Deixler-Hübner (Fn. 66), 310.

86 Gemäß § 107a AußStrG beträgt diese Frist 4 Wochen.

Den Erziehungshilfen vorgelagert ist die Gefährdungsabklärung des KJHT, bei der die Eltern laut KJH-Gesetzen zur Mitwirkung verpflichtet sind. Auch hier besteht bezüglich der Befugnisse des KJHT ein Graubereich.⁸⁷ Grundrechtlich⁸⁸ bedenklich ist m. E., dass die Eltern MitarbeiterInnen der KJH Zutritt zur Wohnung gewähren müssen⁸⁹ – ohne gerichtliche Anordnung und ohne dass die Reichweite dieser Befugnis des KJHT, deren gerichtliche Überprüfung oder die Rechtsfolgen bei Weigerung der Eltern klar wären.⁹⁰ Eine Einschaltung des Gerichts im Gefährdungsabklärungsverfahren sieht das Gesetz nicht vor.⁹¹ KJHT reagieren aber auf „mangelnde Kooperation“ der Eltern auch hier überschießend mit Kindesabnahmen,⁹² sodass sich Eltern aus Angst nicht gegen die Eingriffe wehren. M. E. wäre die Herstellung der Verfahrenshoheit des Gerichts sowohl über die Gefährdungsabklärung, als auch die Hilfeplanung rechtsstaatlich geboten, um die Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in die Familienautonomie zu sichern.

V. Ein exemplarischer Fall – stellvertretend für viele

Zwei Geschwister (10 und 13 Jahre) werden vom KJHT direkt aus dem Schulunterricht geholt und „wegen Gefahr im Verzug“ in ein Krisenzentrum der KJH Wien gebracht. Grund ist die Meldung eines Lehrers, das ältere Kind habe über Gewalt des Vaters gegen die Kinder geklagt. Da der KJHT den Eltern eine rasche Klärung in Aussicht stellt, falls sie der Fremdunterbringung zustimmen, erklären sie sich einverstanden. Erst einen Monat später beantragt der KJHT bei Gericht, ihm Pflege und Erziehung zu übertragen (selbst 2 Jahre später gibt es keine Entscheidung des Gerichts darüber). Keiner der Zeugen, die die Eltern anführen, wird je vernommen, dem Vater monatelang der Kontakt zu den Kindern verweigert, da er sie „beeinflusse“. 3 Monate nach Abnahme sind die Kinder in eine sozialpädagogische Wohngemeinschaft (WG) eines anderen Bundeslands (200 km von Wien) gebracht worden. Das ältere wird (inzwischen 14-jährig) endlich

87 Z. B. OGH v. 28.04.2015 –5 Ob 33/15m, iFamZ 2015/172.

88 Art. 8 EMRK garantiert im Rahmen des Privat- und Familienlebens auch das sog. Hausrecht (Achtung der Wohnung; siehe auch Art. 9 StGG).

89 So z. B. § 25 StKJHG (Steiermark), § 40 Oö KJHG (Oberösterreich).

90 Vgl. OGH 1 Ob 179/17f, EF-Z 2018/78 (*Joening-Kogler*).

91 OGH (Fn. 90); *Huber* (Fn. 85), 312. Laut OGH könnte erst eine „beharrliche Verweigerung notwendiger Abklärungsschritte“ durch die Eltern eine pflegschaftsgerichtliche Verfügung erforderlich machen (gem. § 181 ABGB wegen Kindeswohlgefährdung, 5 Ob 17/17m, iFamZ 2017/110).

92 Berichte der VA an den Wiener Landtag 2015, 43 f. (weil Eltern 45 Minuten nicht telefonisch erreichbar waren); 2019, 40 ff. (Elternberatung einmal abgesagt).

vom Gericht angehört und gibt zu Protokoll, seine Vorwürfe gegen den Vater seien gelogen gewesen, die BetreuerInnen glaubten ihm jedoch nicht, und es wolle nun nur mehr rasch zu den Eltern zurück. Diesem Wunsch entspricht die Richterin letztlich. Das jüngere Kind hört sie hingegen nie an. Es muss weiter in der WG bleiben. Dort wiederholt es immer wieder gegenüber Betreuern, Lehrern und Jugendamtsleiter, dass es nie vom Vater geschlagen worden ist und endlich nach Hause wolle. Der Jugendamtsleiter sagt ihm, es gehe gar nicht mehr um den ursprünglichen Vorwurf, seine Eltern müssten sich aber „kooperativ“ gegenüber dem KJHT zeigen. Auf Gefährdungsmeldungen der Eltern, dem Kind gehe es in der WG psychisch schlecht, reagiert die Richterin nie. Nach über einem Jahr Fremdunterbringung findet eine Pressekonferenz eines NR-Abgeordneten zum Fall statt. Am Vortag wird die WG plötzlich geschlossen, die untergebrachten Kinder werden auf andere Bundesländer verteilt. Das Wiener Kind soll wieder ins Krisenzentrum kommen, entwischt jedoch zu Verwandten ins Ausland. Als ein weiteres Jahr später eine parlamentarische Anfrage an den Justizminister klären soll, warum das Gericht noch immer nicht über den Antrag des KJHT entschieden hat, zieht dieser seinen Antrag plötzlich zurück. Das Kind kann (nach über 2 Jahren) endlich zu seinen Eltern heimkehren.

In einem einzigen (realen) Fall⁹³ zeigen sich hier viele Rechtsprobleme und typische Vorgangsweisen der österreichischen Vollziehung im Zusammenhang mit Kindesabnahmen:⁹⁴ unzureichende Prüfung der „Gefahr im Verzug“ bzw. gelinderer Mittel vor der Kindesabnahme; einschüchternde Vorgangsweise bei Kindesabnahme; Einwilligung der Eltern unter Druck/Täuschung; späte Einschaltung des Gerichts; Behinderung des Kontakts zwischen Kindern und Eltern durch entfernte Unterbringung und Kontaktverbot; Weigerung des Gerichts, den Sachverhalt zu erheben (1 Kind und Zeugen nie vernommen); willkürlicher Argumentationswechsel des KJHT zur Begründung der Fremdunterbringung; „Bestrafung“ der Eltern, die Rechtsmittel ergreifen, für „mangelnde Kooperation“; Untätigkeit des Gerichts bei Gefährdungsmeldungen hinsichtlich der Unterbringung und intransparente dortige Umstände (siehe Schließung der WG nach Einschaltung der Medien); Verhinderung eines Gerichtsbeschlusses nach Jahren durch plötzliche Antragsrückziehung.

93 Sachverhalt laut Anfrage 3819/J, 26. GP. (Nationalrat) an den Justizminister; siehe auch *Addendum*, Kindesabnahme: Ein rechtsfreier Raum?, 2018.

94 Die Autorin hat 2018 als Mitarbeiterin eines Parlamentsklubs, der sich gegen Willkür von KJHT einsetzte und auf dessen Aufruf sich ca. 150 Familien meldeten, Einsicht in viele Leidensgeschichten erhalten und mit Betroffenen gesprochen. Der geschilderte Fall erschien typisch für viele dieser Berichte und fand daher Eingang in die parlamentarische Anfrage.

VI. Kindeswohlgefährdungen in der Fremdunterbringung

1. Einschränkung der Kontakte des Kindes zu Familie und Freunden

Nach der meist dramatischen Kindesabnahme folgt in der Fremdunterbringung für viele Kinder und Eltern die nächste schwere Belastung, indem KJHT die Kontakte des Kindes willkürlich und unverhältnismäßig beschränken (bis hin zu Beziehungsabbrüchen), auch zu liebevollen Eltern, Geschwistern, Verwandten und Freunden, wodurch sie das Kindeswohl regelmäßig und bewusst verletzen.⁹⁵ Der in Art. 8 EMRK⁹⁶ als eines der wichtigsten Grundrechte des Kindes garantierte Kontakt zu beiden Eltern teilen⁹⁷ wird weder in Häufigkeit und Dauer, noch in der Qualität dem „besonderen Naheverhältnis zwischen Kind und Eltern“ entsprechend⁹⁸ (das hieße mehrmals wöchentlich, teils über Nacht) zugelassen, obwohl in den meisten Fällen bei Kindesabnahme eine liebevolle Beziehung zwischen Kind und Eltern besteht, und keine Gewalt im Spiel ist (auch laut den KJHT). In den ersten Wochen nach der Abnahme werden Besuche oft komplett untersagt,⁹⁹ sogar bei einem (rechtswidrig weggenommenen) in einem Krisenzentrum (!) untergebrachten Säugling.¹⁰⁰ In den Folgemonaten (bzw. -jahren) werden oft nur alle 4 Wochen, stundenweise Kontakte zugelassen und selbst da nur begleitet (überwacht).¹⁰¹ Familiäre Feste (Weihnachten, Geburtstage) müssen daher ohne Eltern „gefeiert“ werden, außer sie fallen zufällig auf Besuchstage; unter der Woche wird teilweise jede Kontaktaufnahme, sogar per Telefon, verboten, während der Ferien Kontakte komplett ausgesetzt.¹⁰² Solche Restriktionen gibt es sogar bei freiwilligen Unterbringungen (entgegen vorheriger Abmachung).¹⁰³ Durch systematische „Verschickung“ von Kindern in andere Bundesländer,¹⁰⁴ Unterbringung an entlegenen Orten oder

95 VA (Fn. 4), 25 ff.

96 Ebenso Art. 9 Abs. 3 KRK (siehe Art. 2 Abs. 1 BVG über die Kinderrechte).

97 VA (Fn. 4), 25, 28; ebenso zu Geschwistern.

98 So sieht es § 187 ABGB für Kontakte des Kindes zu den Eltern vor.

99 Vgl. z. B. die Fallberichte in ORF, Am Schauplatz (Fn. 50).

100 Bericht der VA an den Wiener Landtag 2018, 39 f.

101 StRH Wien, „MA11, Bereich Pflegekinder“, StRH II – 2355434-2022, 48.

102 ORF, Am Schauplatz (Fn. 50).

103 OGH (Fn. 62) (Besuchsbegleitung).

104 VA, Präventive Menschenrechtskontrolle 2021, 83; VA (Fn. 4), 25 ff. (insb. durch die KJH Wien und Steiermark); beim Wiener KJHT befanden sich mit Stand 30.06.2022 von 1880 Kindern in Einrichtungen „circa 250“ in anderen Bundesländern, von 1465 Kindern bei Pflegeeltern sogar 590 (laut dessen Auskunft vom 29.09.2022).

im Ausland,¹⁰⁵ oft unter falschen Vorwänden,¹⁰⁶ werden Besuche erschwert, sodass der Kontakt zu Eltern und Geschwistern aufgrund der mühevollen Anreise oft abreißt.¹⁰⁷ In der Steiermark und im Burgenland stießen Kommissionen der Volksanwaltschaft (VA) auf Wohngruppen, in denen nicht ein einziges Kind aus dem eigenen Bundesland lebte.¹⁰⁸ Jahrelang wurde diese Praxis sogar finanziell „gefördert“, indem den Einrichtungen ein Zuschlag gezahlt wurde, wenn das betreute Kind nicht aus demselben Bundesland kam.¹⁰⁹ Dies führte zu weit entfernten Unterbringungen,¹¹⁰ da KJHT finanzielle Interessen über das Kindeswohl stellten.

In der Wahl des Unterbringungsorts zeigt sich die Tendenz, Kinder ihren Familien zu entfremden und durch komplette Entwurzelung eine dauerhafte Fremdunterbringung herbeizuführen. In dieselbe Richtung wirken Bestrebungen der KJHT zur Unterbindung jeglicher vertraulicher Kommunikation des Kindes, z. B. durch die Anordnung einer Begleitung aller Besuche¹¹¹ durch KJH-Personal (trotz liebevoller Eltern¹¹²), das (von ausländischen Eltern beklagte) Verbot, beim Besuch die Muttersprache zu sprechen oder das Verbot, sich vom eigenen (Klein-)Kind noch „Mama“ nennen zu lassen.¹¹³ Besonders bei Kleinkindern streben KJHT oft durch Unterdrücken des Einflusses der leiblichen Eltern eine „Umgewöhnung“ auf die Pflegeeltern an, um eine Rückführung zu verhindern, selbst wenn die Kindesabnahme vom Gericht als rechtswidrig festgestellt wurde!¹¹⁴

Kontaktverbote verhindern auch, dass die Eltern (ungefilterte) Informationen über die Zustände in der Einrichtung oder darüber, wie es ihrem Kind (wirklich) geht, erlangen. Parallel dazu wird nämlich auch die Informationspflicht des KJHT gegenüber den Eltern¹¹⁵ betreffend die Entwicklung des

105 Siehe z. B. § 4 Abs. 2 StKJHG (ausdrückliche Möglichkeit „voller Erziehung“ im Ausland). Der Wiener KJHT gibt an (Email vom 29.09.2022), Kinder „nur in Ausnahmefällen“ bei Pflegeeltern im Ausland unterzubringen, z. B., wenn diese „ins Ausland übersiedeln“. Früher wurden auch Heimkinder häufig in ausländischen Einrichtungen untergebracht, 2012 z. B. 84 Kinder (ORF, Heimkinder oft im Ausland untergebracht, 27.03.2012, Ö1).

106 Bericht der VA an den Wiener Landtag 2016, 33 f. (Wiener KJHT gab an, Kinder seien in der Steiermark – mit öffentlichem Verkehr vier Stunden entfernt –, weil sie sozialtherapeutische WG mit höherem Betreuungsschlüssel bräuchten; beides traf auf die gewählte WG aber nicht zu!).

107 VA (Fn. 4), 27 (mit öffentlichem Verkehr kaum erreichbare Orte).

108 VA (Fn. 4), 27.

109 Heute haben einige KJHT 15%-Obergrenzen für Kinder aus anderen Bundesländern.

110 Davon geht auch die VA aus, siehe VA (Fn. 4), 26.

111 Entgegen § 111 AußStrG (Besuchsbegleitung nur gemäß Kindeswohl), und obwohl KJHT vom Gericht angeordnete Kontakte oft wegen „Ressourcenmangels“ verweigern.

112 ORF, Am Schauplatz (Fn. 50).

113 Die Presse (Fn. 20).

114 Die Presse (Fn. 20).

115 § 189 ABGB (Staffe-Hanacek/Weitzenböck (Fn. 24), § 189 ABGB, Rn. 2, 5).

Kindes verletzt: Eltern erfahren ohne gerichtliche Anordnung oft nichts über medizinische Behandlungen, Schulerfolg oder sogar den Aufenthaltsort.¹¹⁶ Engmaschige, vertrauliche Kontakte des Kindes zu Bezugspersonen sind aber zum Zweck der Verhinderung bzw. Aufdeckung von Missständen in der Fremdunterbringung unerlässlich: Das Kontaktrecht erfüllt eine wichtige Kontroll- und Schutzfunktion gegen sämtliche Rechtsverletzungen, die an fremduntergebrachten Kindern begangen werden. Exemplarisch ist der Fall eines 9-jährigen Mädchens, das angab, vom Vater sexuell missbraucht worden zu sein, und vom KJHT jahrelang in stationärer Unterbringung von Mutter und Geschwistern isoliert wurde (!).¹¹⁷ Derart kindeswohlmissachtende, willkürliche Kontaktabbrüche zeugen nicht nur von Inkompetenz (Empathielosigkeit oder gar Sadismus) mancher KJH-Mitarbeitender,¹¹⁸ sie sind m. E. auch Indizien für die Vertuschung eigener Rechtsverletzungen der KJHT.

Als Vorwand für Kontaktverbote wird von KJHT oft die mangelnde Akzeptanz der Fremdunterbringung durch die Eltern¹¹⁹ bzw. deren „fehlende Kooperation“ angeführt; Eltern wird „zur Strafe“ mit dem Kontaktabbruch zum Kind gedroht – und dies auch umgesetzt –, wenn sie ihrem Kind beim Besuch versprechen, sich für dessen baldige Rückkehr einzusetzen (was wohl von Elternliebe zeugt), oder sich bei Gericht gegen die Grundrechtseingriffe beschweren¹²⁰ (was ihr gutes Recht ist). Kinder und Eltern werden also von KJHT durch Androhung noch weitergehender Verletzungen ihrer Grundrechte an der Durchsetzung eben dieser gehindert, was in einem Rechtsstaat inakzeptabel ist. Die KJHT begründen ihre Anträge auf völlige Entziehung des Kontaktrechts bei Gericht dann unter anderem damit, der Kampf der Eltern um ihr Kind bringe das Kind in einen „Loyalitätskonflikt“ zwischen Eltern und BetreuerInnen.¹²¹ Derartig kindeswohlschädigendes Verhalten – Behindern des Kontakts zu Bezugspersonen – wird bei Eltern längst als Verstoß gegen das „Wohlverhaltensgebot“¹²² geahndet, bei KJHT bleibt es meist folgenlos.

116 Bericht der VA an den Wiener Landtag 2019, 38 (Ort der Unterbringung).

117 Bericht der VA an den Wiener Landtag 2015, 42 f.

118 Im konkreten Fall befürworteten einzelne BetreuerInnen des Kindes einen Kontakt zur Familie, der KJHT unterband diesen jedoch weiterhin, ohne nachvollziehbaren Grund.

119 Jahresbericht des KJHT Wien 2020, 27.

120 ORF, Am Schauplatz (Fn. 50).

121 ORF, Am Schauplatz (Fn. 50); vgl. Jahresbericht des KJHT Wien 2020, 27.

122 § 159 ABGB gilt auch für die KJHT (*E. Ondreasova* in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB, 4. Aufl., Wien 2022, § 159, Rn. 6; *C. Fischer-Czermak* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.06, § 159, Rn. 4), § 226 ABGB sieht bei Verstößen des KJHT (§§ 209 f.) an sich sogar Obsorgeverlust vor!

Kinder haben auch ein Recht auf Kontakt zu Dritten.¹²³ Gerade während Fremdunterbringung besteht besonderer Bedarf nach Kontakten zum sozialen Umfeld „draußen“. Regelmäßige Treffen mit Geschwistern, Freunden und deren Eltern, LehrerInnen, Verwandten, usw., geben dem Kind in einer Situation extremer Umbrüche Halt und stellen ein Minimum an Kontinuität zum bisherigen Leben her, weshalb der KJHT verpflichtet ist, diese Kontakte aktiv zu fördern, mindestens aber ungehindert zuzulassen. In der Realität erleben betroffene Kinder oft den völligen Abbruch ihrer Sozialkontakte.¹²⁴

2. Sonstige Qualitätsmängel der Fremdunterbringung

Neben Kontaktrechtsverletzungen geschehen in „voller Erziehung“ noch viele weitere Rechtsverletzungen an Kindern. 2022 gab es wiederholt Hilferufe aus der stationären KJH; der Dachverband österreichischer KJH-Einrichtungen (DÖJ), sowie Kinder- und Jugendanwaltschaften (KJA) schickten Gefährdungsmeldungen an öffentliche Träger (Salzburg, Steiermark und Wien, wo die Lage laut DÖJ am prekärsten ist), da das Wohl der Kinder aus Personalmangel gefährdet sei. Laut KJA Wien bedeutete das: „eklatanten Platzmangel, keine Privatsphäre und Kleinkinder neben psychiatrisch auffälligen bzw. delinquenten Jugendlichen“; 2 von 16 Krisenzentren waren gesperrt, 40 Stellen unbesetzt; pro Sozialarbeiterin waren 60 Fälle und mehr zu bearbeiten.¹²⁵

Allein 2021 hat die VA als Nationaler Präventionsmechanismus¹²⁶ bei unangekündigten Besuchen¹²⁷ ihrer Kommissionen in Einrichtungen der KJH folgende Missstände festgestellt:¹²⁸ Die prekäre Personalsituation in Institutionen der KJH (in Wien verrichten BetreuerInnen z. B. seit Jahren Einzeldienste¹²⁹) hat sich in der Pandemie durch vermehrte Auflösungen von Dienstverhältnissen weiter verschärft.¹³⁰ Statt durch Verbesserung der Ar-

123 Sofern diese dazu bereit sind und es dem Wohl des Kindes dient (§ 188 ABGB).

124 Bericht der VA an den Wiener Landtag 2021, 39 ff; oft erfolgt sogar komplette Isolierung vom Herkunftsumfeld (z. B. Bericht an den Wiener Landtag 2015, 42 f.).

125 Statt der empfohlenen 25 pro Person (*Der Standard*, Wenn Österreichs Kinder- und Jugendhilfe nach Hilfe schreit, 2022). Ähnlich *ders.*, Steckt die KJH in der Krise?, 2025.

126 Beauftragte gemäß UN-Fakultativprotokoll zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (OPCAT).

127 Diese gibt es seit Inkrafttreten des OPCAT-Durchführungsgesetzes (Juli 2012).

128 Siehe auch deren Empfehlungen abrufbar unter www.volksanwaltschaft.gv.at/empfehlungsliste (zuletzt abgerufen: 30.06.2023).

129 VA 2021 (Fn. 104), 88; *dies.*, Präventive Menschenrechtskontrolle 2022, 79. Nachts und am Wochenende ist dies auch anderswo die Regel, obwohl es bei Problemen dringend eine 2. Person in Bereitschaft bräuchte (VA 2022 (ebd.), 78 f.).

130 VA 2021 (Fn. 104), 73.

beitsbedingungen die angespannte Personalsituation zu beheben, nehmen die Länder lieber Verschlechterungen der Betreuungsqualität in Kauf.¹³¹ In den meisten Einrichtungen waren die von FICE Austria¹³² 2019 publizierten¹³³ Qualitätsstandards unbekannt (!);¹³⁴ zur Einhaltung dieser Standards¹³⁵ nötige Weiterbildungen fanden nicht statt.¹³⁶ Nicht einmal eine ordnungsgemäße Medikamentenvergabe war in den Einrichtungen selbstverständlich: oft fehlten fachärztliche Verordnungen für Psychopharmaka oder die verabreichte Dosis stimmte nicht mit der Verordnung überein.¹³⁷ Die Sauberkeit vieler Einrichtungen ließ zu wünschen übrig.¹³⁸ In allen Einrichtungen der KJH stellt Gewalt ein mehr oder weniger großes Problem dar: Regelmäßig werden Kinder Opfer, auch von sexuellem Missbrauch, z. B. durch ältere Kinder, weshalb jüngere in ständiger Angst leben müssen.¹³⁹ Auch 2021 wurden in Einrichtungen Gewalt, Drohungen und sexuelle Übergriffe festgestellt, teilweise obwohl die VA in denselben Einrichtungen bei Vorbesuchen diese Übergriffe aufgedeckt und Schutzkonzepte eingemahnt hatte!¹⁴⁰ Bezüglich der Meldepflichten von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen nach dem Heimaufenthaltsgesetz (z. B. sedierende Medikamente, Einsperren) bestanden Wissenslücken und mangelnde Sensibilität beim Personal.¹⁴¹

Der seit Jahren bestehende Mangel an sozialtherapeutischen Plätzen und Plätzen in der Kinderpsychiatrie führt zur Unterbringung von Kindern mit erhöhtem Betreuungsbedarf in zu großen und für sie ungeeigneten „sozial-inklusiven“ Wohngruppen (von wo sie bei Gewalttätigkeit polizeilich weg- gewiesen und auf die Psychiatrie verlegt werden); Fehlplatzierungen aus Mangel an spezialisierten Betreuungsplätzen führen zu Überforderung und erhöhtem Gewaltpotential in den Einrichtungen, und damit zu weiteren Traumatisierungen der Kinder.¹⁴² In Wien stellte die VA bei fast jedem Besuch in Krisenzentren fest, dass Kinder unnötig lange dort bleiben müs-

131 VA 2021 (Fn. 104), 89.

132 Sektion Austria der Fédération Internationale des Communautés Educatives (FICE).

133 FICE Austria (Hrsg.), Qualitätsstandards für die stationäre Kinder- und Jugendhilfe.

134 VA 2021 (Fn. 104), 77.

135 Diese bezwecken eine österreichweit vereinheitlichte Qualität der stationären Betreuung; der föderalistische Charakter der KJH (9 Gesetze) führt zu stark divergierenden Vorgaben für private und öffentliche stationäre Einrichtungen in den Ländern.

136 VA 2021 (Fn. 104), 74 (vgl. auch VA 2022 (Fn. 129), 82).

137 VA 2021 (Fn. 104); *dies.* 2022 (Fn. 129), 68 (gleichlautend).

138 VA 2021 (Fn. 104), 77.

139 VA (Fn. 4), 18 ff.

140 VA 2021 (Fn. 104), 79 f; vgl. auch Berichte der VA an den Wiener Landtag 2014, 38 f.; 2017, 47 f. (beide: keine Abhilfemaßnahmen).

141 VA 2021 (Fn. 104), 90 ff.

142 VA 2021 (Fn. 104), 81 ff. (vgl. auch VA 2022 (Fn. 129), 83–86).

sen, weil für sie kein Nachfolgeplatz (z. B. WG oder Pflegeeltern) gefunden wird;¹⁴³ in Niederösterreich werden statt Überbelegung der Krisenzentren Kinder direkt in sozialpädagogische WGs gebracht, wo keine Krisenabklärung stattfindet; auch in Krisenzentren gibt es nicht für alle Kinder die zur Wahl der weiteren Betreuung nötige klinisch-psychologische Abklärung; in Wiens Krisenzentren schlafen Kinder wegen seit Jahren chronischer Überbelegung auf Matratzen auf dem Boden, ein Ausbau der Zentren scheitert schon am Bewerbermangel;¹⁴⁴ andererseits wurden Kinder angetroffen, die nur deshalb noch nicht nach Hause entlassen waren, weil die vom KJHT Wien vorgesehene „nachsorgende ambulante Unterstützung“ nicht verfügbar war, sodass ihr Aufenthalt im überlasteten Krisenzentrum noch unnötig verlängert wurde!¹⁴⁵

Der Wiener Stadtrechnungshof bestätigt den Ressourcenmangel im Bereich Wiener Krisenzentren: 2019 wurde die genehmigte Gruppengröße 2.539mal überschritten, die Einrichtungen waren durchschnittlich 43,5% der Tage überbelegt, es gab Überbelegungen um 75%.¹⁴⁶ Der RH bemängelt, dass seit 2019 die „Fachlichen Standards“ der Wiener KJH für die Krisenunterbringung keine konkreten Vorgaben mehr enthalten, z. B. für die Häufigkeit der Krisengespräche oder die Höchstdauer des Aufenthalts; daher ist die Qualität der sozialpädagogischen Arbeit nicht sichergestellt.¹⁴⁷ Der früher geltende Maximal-Aufenthalt von 6 Wochen wurde bei ca. 39% der Kinder überschritten, die 2019 ein Krisenzentrum verließen (ein Kind nach 539 Tagen!); Grund ist vor allem das Fehlen von Plätzen in Nachfolgeeinrichtungen.¹⁴⁸ Der Überlastung müsste durch Stärkung der Sozialen Arbeit und ambulanten Hilfen gegengesteuert werden.¹⁴⁹ Auch bei Krisenpflegeeltern für Kinder unter 3 Jahren gibt es Engpässe: Wien öffnete daher ein „Kleinkinderkrisenzentrum“,¹⁵⁰ obwohl Institutionalisierung in diesem Alter besonders schädlich ist (trotzdem werden vorhandene familiäre Ressourcen ignoriert¹⁵¹).

Das Personal weist nicht die nötige Qualifikation auf, insbesondere wenn es (wie so oft) um psychisch belastete oder traumatisierte Kinder geht,¹⁵² nur

143 VA 2021 (Fn. 104), 83. Ähnlich *dies.*, Präventive Menschenrechtskontrolle 2024, 89 f.

144 VA 2021 (Fn. 104), 85 f.

145 VA 2021 (Fn. 104), 75.

146 *StRH Wien*, „MA 11, Prüfung der Krisenzentren; Nachprüfung“, *StRH II – 35/19* (2020) 33.

147 *StRH Wien* (Fn. 146), 21 ff.

148 *StRH Wien* (Fn. 146), 34.

149 *StRH Wien* (Fn. 146), 37.

150 *StRH Wien* (Fn. 146), 36.

151 Bericht der VA an den Wiener Landtag 2018, 39 f.

152 VA (Fn. 4), 19 f., 34.

ca. die Hälfte der BetreuerInnen in den Einrichtungen hat eine sozialpädagogische (oder sozialarbeiterische) Ausbildung.¹⁵³ Zwischen Überforderung des Personals (2022 wurde in 41% der Einrichtungen die Polizei zu Hilfe gerufen¹⁵⁴) und Menschenrechtsverletzungen an Kindern besteht ein direkter Zusammenhang.¹⁵⁵ In Einrichtungen der KJH kommt es zu unmenschlichen und erniedrigenden Behandlungen i.S.d. Art. 3 EMRK: ein Kind wurde „als Strafe“ dafür, dass es einnässte, nachts fast nackt in den Regen gestellt! Bei Kälte und im Dunkeln mussten Kinder im Hof oder in der Einfahrt der Einrichtung stehen, ein Bub einen ganzen kalten Novembertag ohne Essen und ohne Jacke im Freien ausharren.¹⁵⁶ Stundenlanges Festhalten (zum Teil durch Security-Personal ohne pädagogische Schulung)¹⁵⁷, Abrasieren der Haare, kalte Duschen, tagelang Mahlzeiten bestehend aus Wasser und Brot, Sprechverbote, „Bei-Fuß-Gehen“ (und Ähnliches) kamen als entwürdigende Strafen zur Anwendung.¹⁵⁸

Vernachlässigung droht Kindern auch durch mangelnde schulische Förderung: Statt ein Studium zu beginnen, werden auch sehr begabte Kinder vom KJHT gedrängt, nur eine Lehre zu absolvieren.¹⁵⁹ Und noch schlimmer: Kinder werden willkürlich in Sonderschulen gesteckt.¹⁶⁰ Spätestens mit 18 Jahren endet der Rechtsanspruch auf Betreuung in der KJH, laut VA zu früh, da dies die Bildungschancen massiv schmälert. Wien entlässt Jugendliche oft sogar schon mit 16 aus der WG und unterstützt sie nicht mehr.¹⁶¹ In Oberösterreich bereitete die KJH jugendliche Care Leaver gezielt auf ein Leben in Obdachlosigkeit vor!¹⁶²

Da es durch den Personalmangel zu Überforderung, Burnout und hoher Fluktuation („Branchenflucht“) beim Personal kommt,¹⁶³ leiden die meisten Kinder in Einrichtungen zwangsläufig auch unter emotionaler Vernachlässigung, aufgrund der extrem schädlichen Beziehungsabbrüche und des Mangels an persönlicher Zuwendung. Dies hinterlässt umso größere Schäden, als die Kinder gleichzeitig oft des Kontakts zu ihrer Familie beraubt sind.

153 VA 2022 (Fn. 129), 65, 73.

154 VA 2022 (Fn. 129), 84f.

155 VA 2022 (Fn. 129), 71.

156 VA (Fn. 4), 30f.

157 *OTS Presseaussendung*, Fixieren von Kindern ist eine Form der Gewalt, OTS0184 (30.11.2022): Re-Traumatisierung eines 12-jährigen Mädchens, das früher schon Opfer sexueller Gewalt war, indem es eine Stunde in Bauchlage fixiert wurde.

158 VA, Präventive Menschenrechtskontrolle 2018, 82.

159 VA 2021 (Fn. 104), 95ff.

160 *ORF*, Am Schauplatz (Fn. 50).

161 VA 2021 (Fn. 104), 95ff.

162 VA 2022 (Fn. 129), 67.

163 VA 2022 (Fn. 129), 65 (siehe auch 71).

Dazu kommt noch eine m. E. Kindeswohlgefährdende „laissez-faire“-Haltung in Teilen der KJH: Im Herbst 2022 wurden ein 11- und ein 14-jähriges Mädchen von Dealern mittels Drogen in eine Wohnung gelockt und missbraucht, beide Kinder wohnten in einer WG der KJH. Der KJHT „recht fertigte“ sich, dass nach Wiener Jugendschutzgesetz „unter 14-Jährige“ bis 23 Uhr draußen bleiben dürfen; eine Abgängigkeitsanzeige wird daher nicht vor Mitternacht gemacht.¹⁶⁴ Hier wird in schockierender Weise die konkrete Aufsichtspflicht für ein Kind mit der Maximal-Ausgehzeit gemäß WrJSchG verwechselt: innerhalb der Grenzen der letzteren müssen Erziehungsberechtigte selbstverständlich jedem Kind die seinem Entwicklungsstand angemessenen Einschränkungen auferlegen (so § 5 WrJSchG!). Gerade Kinder, die schon gefährdet sind,¹⁶⁵ brauchen engmaschigere Betreuung, Elfjährige auf der Straße einfach sich selbst zu überlassen, wäre aber sogar bei nicht vorbelasteten Kindern eine grobe Vernachlässigung der Aufsichtspflicht. Manche WGs werden tagsüber sogar geschlossen, sodass die Kinder draußen sich selbst überlassen sind.¹⁶⁶ Kinder in Obhut der KJH sind verstärkt gefährdet, Opfer von Drogen¹⁶⁷ und in der Folge von Gewalt bzw. sexuellem Missbrauch zu werden: So kam der Großteil der von einem Journalisten 2022 in der Drogenszene im Wiener Stadtpark angetroffenen Jugendlichen aus Einrichtungen der KJH¹⁶⁸ (auch die beiden genannten Mädchen). Aufgrund der Praxis der KJH können potentielle Täter sicher sein, dass tagsüber niemand diese Kinder sucht. Auch die Gefahr, selbst straffällig zu werden, steigt in Fremdunterbringung.¹⁶⁹

Ein großer Risikofaktor für Rechtsverletzungen an Kindern ist die systematische Abschottung von der Außenwelt in Einrichtungen der KJH: Kinder sind besonders verwundbar und erhalten Schutz in der Regel durch die eigene Familie. Werden die Kontakte zu den Eltern unterbunden, fällt dieser weg. Fallberichte über jahrelanges Isolieren gerade von Missbrauchsopfern,¹⁷⁰ bewusstes Verwehren von Schutz trotz bekannt gewordenen

164 *Der Standard*, Vergewaltigte Mädchen: Wo die Aufsicht an Grenzen stößt, 2022.

165 Wenn sich z. B. ein Kind mit Freunden trifft, die Drogen konsumieren.

166 VA, Präventive Menschenrechtskontrolle 2020, 77.

167 Siehe z. B. den Todesfall eines Mädchens in einer WG im Zusammenhang mit Drogenkonsum (*E. Meinhardt* (Fn. 51), 30 ff.); Bericht der VA an den Wiener Landtag 2016, 31 ff.

168 *L. Matzinger*, „Azra, warum machst du so einen Scheiß?“, *Falter* 48/22, 2022; *Falter*, „Wiens verlorene Kinder“, Video (09.12.2022).

169 Bericht der VA an den Wiener Landtag 2016, 31 ff. (durch Kontakt mit straffälligen Jugendlichen).

170 Siehe z. B. den Fall des wegen Missbrauchs durch den Vater vom KJHT abgenommenen 9-jährigen Mädchens (Bericht der VA an den Wiener Landtag 2015, 42 f.).

sexuellen Missbrauchs in einer Einrichtung¹⁷¹ oder entlegene Unterbringung¹⁷² erwecken den Eindruck der Vertuschung von Missständen. Es besteht daher leider Grund zur Annahme, dass in der KJH auch heute zum Teil Personen tätig sind, die eher mit den Gewalt- und Missbrauchstätern sympathisieren als mit den kindlichen Opfern und diese vorsätzlich weiterem Leid aussetzen. Der chronische Personalmangel in den Einrichtungen führt nicht nur zu Überforderung, sondern kann auch bewirken, dass bei der Personalaufnahme über persönlichkeitsbedingte Defizite, z. B. Empathielosigkeit, hinweggesehen wird. Ungenügende Ausbildung (z. B. nur Psychologiestudium) und mangelnde Vorbereitung auf die in Familien bzw. im Fürsorgesystem auftretenden Probleme zwingen neue BetreuerInnen dazu, ihren Beruf „on the job“ von älteren KollegInnen zu lernen, wodurch berufsegoistische Deutungen begünstigt werden.¹⁷³ Dieser Befund trifft m. E. auch heute auf Teile der KJH zu. Um das Weiterwirken negativer Pädagogik zu durchbrechen, bedürfte es bundeseinheitlicher Mindeststandards für die Ausbildung und einer Evaluation des gesamten Personalstands durch Überprüfung der Erziehungsfähigkeit der einzelnen Mitarbeitenden (psychologische Gutachten).¹⁷⁴ Strikte arbeitsrechtliche Konsequenzen bei Verstößen gegen Kinder- und Elternrechte (nicht bloß Versetzungen) und – wo immer möglich – Neuaufbau statt Fortführung von Teams könnten strukturelle Probleme lindern. Dagegen einzuwenden, dass ohnehin schon Personalnot herrscht, verkennet den Ursachenzusammenhang: Die hohe Fluktuation ist weniger der Kündigung pädagogisch untragbaren Personals geschuldet, als seiner Beibehaltung. Eine Reduktion des Einflusses ungeeigneter PädagogInnen würde das Berufsfeld für gute SozialarbeiterInnen attraktiver machen. Dafür bräuchte es aber auch höhere Löhne!¹⁷⁵ Eine verstärkte Öffentlichkeitsarbeit sollte zudem Politik und Gesellschaft für das Kindern in der Obhut der KJH drohende Leid (Vernachlässigung, Gewalt) sensibilisieren.

171 Vgl. den verstörenden Bericht der VA 2021 (Fn. 104), 80: BetreuerInnen einer WG in Wien duldeten wiederholte sexuelle Übergriffe und Drohungen gegen ein Mädchen; sie zeigten eine „starke Ambivalenz“, indem sie zum Täter „eine tragfähige Beziehung“ unterhielten, zum Opfer aber „wenig Zugang“ fanden. Auch Gefährdungsmeldungen wegen sexuellen Missbrauchs in Familien begegnen KJHT teilweise sehr nachlässig; s. Berichte der VA an den Wiener Landtag 2018, 37 ff; 2020, 38 f.

172 Vgl. die Sperre der KJH-Einrichtung (im exemplarischen Fall) am Tag vor Medienberichterstattung.

173 Sieder/Smioski, (Fn. 10), 520, zur Fürsorgepraxis im 20. Jh.

174 Zur aktuellen Lage VA 2022 (Fn. 129), 72–76.

175 Diese würden die Personalsuche erleichtern (VA 2022 (Fn. 129), 87 f., unter Berufung auf eine Abfrage des DÖJ in KJH-Einrichtungen).

3. Mangelnde gerichtliche Kontrolle der Umstände in Fremdunterbringung

Dass den vielen Kindeswohlgefährdungen in Fremdunterbringung nicht entschiedener entgegengetreten wird, ist nicht nur dem Mangel an personellen Ressourcen in der KJH geschuldet, sondern auch der Passivität der übergeordneten Behörden, z. B. der Fachaufsichten der Länder, in deren Verantwortung Organisation der KJH und Erziehungshilfen fallen, die jedoch schon deshalb keine effektiven Kontrollorgane sind, weil sie derselben Dienststelle entstammen wie die KJHT; sie machen in „Problem-Einrichtungen“ zu selten und nur angekündigte Besuche.¹⁷⁶ Externe Vertrauenspersonen¹⁷⁷ ersetzen eine rechtsstaatliche Überprüfung ebenso wenig, da sie Missstände nicht abstellen können, sodass Kinder, die sich ihnen anvertrauen, die Erfahrung machen, es ändere sich sowieso nichts.

Letztlich verantwortlich für das Kindeswohl in Fremdunterbringung und damit für die dort stattfindenden Rechtsverletzungen sind aber die Gerichte, da sie die Fremdunterbringung des Kindes verfügen. Sie müssen bei Kindeswohlgefährdung von Amtswegen unverzüglich die nötigen Verfügungen treffen (§ 181 ABGB), dies geschieht aber nur selten. Grund für die fehlende aktive Kontrolle der Gerichte¹⁷⁸ und deren zu zögerliches Eingreifen bei Anzeigen (wie im exemplarisch geschilderten Fall), ist m. E. auch hier ein „negativer Kompetenzkonflikt“ zwischen Gerichten und Verwaltung: Hat ein Land als KJHT einmal die Obsorge für ein Kind, zögern Gerichte, ihm diese wieder zu entziehen und auf geeignete Personen zu übertragen (z. B. auf die Eltern, wenn die Fremdunterbringung eine größere Gefahr für das Kind darstellt als die Familie). Die Gerichte greifen z. B. kaum ein, wenn ein Kind weit entfernt von der Familie untergebracht oder sonst sein Kontaktrecht verletzt wird, und berufen sich auf die „Zuständigkeit“ der KJHT für die Regelung des Ortes, der Art und der Umstände der Fremdunterbringung.¹⁷⁹ Dies hängt m. E. damit zusammen, dass im BMJ die Ansicht vertreten wird, das Pflegschaftsgericht habe auf den konkreten Ort der Unterbringung nach erfolgter Kindesabnahme „keinen Einfluss“, dieser sei – wie die Wahl der Betreuungsform – Angelegenheit der KJH.¹⁸⁰ An dieser Aussage ist problematisch, dass sie suggeriert, es gehe um das Ver-

176 VA 2018 (Fn. 158), 81 ff.

177 Z. B. aus Kinder- und Jugendanwaltschaften, s. VA (Fn. 4), 18.

178 Ebenso *Deixler-Hübner*, (Fn. 1), 562.

179 Z. B. OGH v. 16.11.2016 – 2 Ob 216/16b, iFamZ 2017/46.

180 BM C. *Jabloner* in der Anfragebeantwortung 3940/AB 26. GP., 4f., auf die Anfrage 4059/J 26. GP. der AbgNR. D. *Holzinger-Vogtenhuber u. a.*, 2019 zu den Möglichkeiten des Gerichts, die Qualität der Betreuung und das Kontaktrecht des Kindes sicherzustellen.

hältnis der Kompetenzen zweier Behörden. Im Licht der Qualifikation des KJHT als „Privatrechtssubjekt“ kommt das Unterlassen des Eingreifens des Gerichts aber einer Rechtsverweigerung gleich: der KJHT handelt bei Inobhutnahme nicht behördlich (der Verwaltungsrechtsweg scheidet also aus), seine Obsorge unterliegt (wie die der Eltern) daher nur der Kontrolle des Gerichts.¹⁸¹ Zu Recht entzog der OGH z. B. einem KJHT, der Geschwister getrennt unterbringen wollte, teilweise die Obsorge.¹⁸² In der Praxis funktioniert der Rechtsschutz (insb. in 1. Instanz) für Kinder in der Obhut der KJH aber nur selten, wenn sie z. B. von jahrelangen Kontaktverboten,¹⁸³ Beziehungsabbruch zur eigenen Familie,¹⁸⁴ Verbringung in ein anderes Bundesland,¹⁸⁵ Trennung von Geschwistern,¹⁸⁶ Beschränkung der Kontakte auf wenige Stunden pro Monat¹⁸⁷ o. Ä. betroffen sind, da die Gerichte oft einfach den Argumenten der KJHT folgen. Und selbst wenn engagierte RichterInnen ihre Verantwortung für das Kindeswohl wahrnehmen und Eltern umfangreiche Kontakte zu den Kindern einräumen, scheitern sie oft am faktischen Widerstand des KJHT, der sich z. B. auf fehlende Ressourcen für die Begleitung des Kindes zum Besuch beruft oder Kinder so entfernt unterbringt, dass die Eltern sie nicht besuchen können. Sogar ein gerichtlicher Befehl zur Rückführung des Kindes in die Familie wird von KJHT mitunter verweigert.¹⁸⁸

Auch die im BMJ vertretene Auffassung, das Kontaktrecht des ABGB sei nur für Scheidungskinder konzipiert und passe nicht für fremduntergebrachte Kinder,¹⁸⁹ begünstigt m. E. Kontaktrechtsverletzungen durch KJHT, denn sie verleitet diese dazu, das Ausmaß der Kontakte der Kinder willkürlich nach „eigenen Regeln“ festzulegen, – und die Gerichte dazu, diese rechtswidrige Praxis aufgrund der vermeintlichen „Unklarheit der Anwendbarkeit“

181 § 181 ABGB gilt auch für KJHT (vgl. § 204 ABGB), *Huber* (Fn. 85); *Deixler-Hübner/Meisinger* (Fn. 66), 585; OGH v. 24.03.2009 – 5 Ob 44/09w.

182 Das Recht zur Aufenthaltsorts-Bestimmung (OGH v. 26.06.2007 – 10 Ob 64/07w, iFamZ 2007/122).

183 Z. B. Fall des 9-jährigen Mädchens, Bericht der VA an den Wiener Landtag 2015, 42 f.

184 In zahlreichen Berichten der VA und im exemplarisch geschilderten Fall.

185 Dass die Wiener Mutter ihr Kind in Graz unter großem Zeitaufwand besuchen muss, ist lt. OGH zumutbar (OGH v. 09.11.2011 – 5 Ob 173/11v, iFamZ 2013/51), m. E. aber nicht gelindestes Mittel!

186 Z. B. Bericht der VA an den Wiener Landtag 2021, 39 ff.

187 OGH (Fn. 48) (1 Stunde begleiteter Besuch monatlich); OGH (Fn. 45) (4 Stunden begleiteter Besuch monatlich).

188 Bericht der VA an den Wiener Landtag 2019, 38 ff.

189 siehe: <https://www.bmj.gv.at/themen/Zivilrecht/Kinderschutz-Kindesabnahme.html> (zuletzt abgerufen: 30.06.2023); ebenso Anfragebeantwortung 3940/AB 26. GP., S. 2 und 4 (BMJ).

des ABGB (§§ 186 ff.)¹⁹⁰ zu dulden, statt allen Familienmitgliedern zügig die gesetzeskonformen Kontakte einzuräumen. Vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes (Art. 14 EMRK) besteht keinerlei Rechtfertigung, zwischen fremduntergebrachten und anderen von ihren Eltern getrenntlebenden Kindern zu differenzieren: in beiden Fällen gibt es Eltern, die z. B. wegen Gewalt vom Kind ferngehalten werden müssen, ohne dass dies das Kontaktrecht anderer Bezugspersonen schmälern darf.

Die Sanktionierung von Rechtsbrüchen des KJHT durch das Gericht ist schwierig (z. B. wenn die Rückkehr des Kindes in die Familie ausscheidet). Das Gericht müsste aber dem KJHT m. E. mehr konkrete Aufträge hinsichtlich der Ausübung seiner Obsorge erteilen¹⁹¹ und auch viel öfter Teilbereiche der Obsorge entziehen,¹⁹² um sie besser geeigneten Personen zu übertragen (z. B. bei Kontaktrechtsverletzungen durch den KJHT eine Person aus dem Umfeld des Kindes mit der Verantwortung für das Kontaktrecht betrauen). Das Gesetz müsste den Gerichten explizit Gefährdungsabklärungen für fremduntergebrachte Kinder auftragen und effektivere Sanktionsmittel gegen die KJHT an die Hand geben.

VII. Verhältnismäßigkeit von staatlichen Obsorge-Entziehungen

1. Außerachtlassung gelinderer Mittel

Nur wenn und soweit es zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung erforderlich ist, darf das Gericht den Eltern die Obsorge entziehen (Subsidiarität staatlicher Eingriffe, §§ 181 f ABGB), ggf. also nur für Teilbereiche, z. B. die medizinische Versorgung oder (noch enger) die Zustimmung zu einer Bluttransfusion¹⁹³. Vor einer Entziehung muss es also prüfen, ob gelindere Mittel (z. B. Hilfen der KJH in der Familie) zur Beseitigung der Gefahr rei-

190 Das 3. Hauptstück gilt auch für KJHT! (*Deixler-Hübner/Meisinger* (Fn. 66), 572). Schon weil spezielle Regeln für fremduntergebrachte Kinder fehlen, ist das Kontaktrecht des ABGB m. E. ohne Zweifel anzuwenden (da sonst das Menschenrecht auf Kontakt zur Familie gerade für Kinder in Obhut der KJH nicht gesetzlich verankert wäre!). § 187 ABGB sieht – flexibel genug – regelmäßige, den Bedürfnissen des Kindes und dem Naheverhältnis zwischen Eltern und Kindern entsprechende Kontakte vor.

191 Insbesondere gem. § 181 ABGB (*Staffe-Hanacek/Weitzenböck* (Fn. 24), § 181 ABGB, Rn. 13).

192 Bei Obsorge durch andere Personen als die Eltern (i. S. d. § 204 ABGB, worunter der KJHT fällt, s § 210 ABGB) sieht § 226 ABGB Entziehung der Obsorge sogar schon früher als bei Eltern vor, nämlich sobald sie das Wohlverhaltensgebot (§ 159 ABGB) verletzen, indem sie den Kontakt zu Bezugspersonen des Kindes stören, *Staffe-Hanacek/Weitzenböck* (Fn. 24), § 181 ABGB, Rn. 2. Dies müsste endlich effektiv umgesetzt werden!

193 OGH v. 04.06.1996 – 1 Ob 601/95, *Recht der Medizin* (RdM) 1997/9; *Huber* (Fn. 85), 309.

chen.¹⁹⁴ Denn gem. Art. 8 EMRK muss der Staat auf den Erhalt der Familie (bzw. die Rückführung des Kindes) aktiv hinwirken.¹⁹⁵ Die Tendenz der (Unter-)Gerichte zur Verfügung der beantragten Maßnahme unter Übernahme der Argumentation des KJHT – sodass die Sachlage zum Zeitpunkt der Kindesabnahme richtungweisend für die Obsorge-Entscheidung wird – steht in Widerspruch zur Anwendung gelinderer Mittel, denn während des Verfahrens müsste an der Behebung der Gefährdung durch Organisieren der nötigen Hilfen für die Familie gearbeitet werden. Die von den KJHT in ihren Anträgen angeführten Gründe können in der Regel weder eine (oft schon erfolgte!) Kindesabnahme rechtfertigen, noch eine gerichtliche Obsorge-Übertragung (ohne weitere Erhebungen) stützen, denn meist werden nicht Gewalt oder Missbrauch vorgebracht, sondern Probleme, die in den Familien zu beheben wären. Am häufigsten wird „Vernachlässigung“ geltend gemacht (oft auch Konflikte, Armut oder psychische Probleme der Eltern).¹⁹⁶ Dieser Begriff zeichnet sich – genauso wie der im 20. Jh. gebräuchlichere „Verwahrlosung“ – durch eine besondere Unschärfe aus, die es dem KJHT erlaubt, aus so verschiedenen Indikatoren wie mangelnde Körperpflege, Armut, seelische Zustände und Lebensverhältnisse von Eltern oder Kind, durch willkürliche Bündelung von Indizien das sehr subjektive Urteil der „Kindeswohlgefährdung“ (negativ formuliert: „fehlender Erziehungsfähigkeit“) – und damit die Notwendigkeit zur Intervention – abzuleiten.¹⁹⁷ Bei ihrer Gefährdungsabklärung gehen KJHT offenbar anhand einer Art „Checkliste“ vor, in der sie Risiko- und Schutzfaktoren in der Familie auflisten.¹⁹⁸ Es spricht nichts gegen eine erste Einschätzung der Lage anhand von Indikatoren und Erfahrungssätzen, jedoch scheinen KJHT auch ihre Gesamtbeurteilung mehr an der Zahl der Indizien zu orientieren, als an deren Gewicht. Eine qualitative Beurteilung der Situation wird ersetzt durch simples Aufsummieren von Schutz- und Risikofaktoren, ohne Rücksicht darauf, dass die liebevolle Beziehung zu den Eltern für das Kind vorrangige Bedeutung hat.¹⁹⁹ Dies wird begünstigt durch § 138 ABGB („Legaldefinition des Kindeswohls“), der nur eine beispielhafte Aufzählung von Kriterien liefert, ohne die Elternliebe oder das Bedürfnis von Kindern nach liebevoller Zuwendung

194 Huber (Fn. 85), 309.

195 In diesem Sinn EGMR (*K. u. T./Finnland*), EGMR (*R./Finnland*) (beide Fn. 64).

196 In der Stichprobe für das Modellprojekt des BMJ zu Anträgen gem. § 211 ABGB waren die häufigsten Risikofaktoren „Vernachlässigung“, „Konflikte/psychische Probleme der Eltern“ und „finanzielle Probleme“ (*Brousek/Hager* (Fn. 7)). In Wien ist Vernachlässigung der häufigste Grund für Kindesabnahmen (*Kurier* (Fn. 44)).

197 Genauso *Sieder/Smioski* (Fn. 10), 28 f., zum früheren Begriff.

198 *Brousek/Hager* (Fn. 40), 39, 42 (Tabellen 14 und 17).

199 Dies ist letztlich der tiefere Grund für den Schutz der Familie in Art. 8 EMRK.

auch nur zu erwähnen.²⁰⁰ Diesem wichtigsten Schutzfaktor wird von KJHT und Untergerichten nicht das gebührende Gewicht beigemessen (er spielt oft eine untergeordnete Rolle).²⁰¹ Ist er vorhanden (wie beim Großteil der Kindesabnahmen²⁰²), müsste von KJHT und Gerichten mit allen Mitteln daran gearbeitet werden, die Kindesabnahme zu vermeiden, jedenfalls dem Kind die Eltern als Bezugspersonen zu erhalten. Keine Fremdunterbringung kann das Aufwachsen mit der eigenen liebevollen Familie ersetzen.²⁰³

Einige Kriterien *für Kindeswohlgefährdung auf der „Checkliste“ der KJHT* können zur Diskriminierung bestimmter Gruppen führen: Eine „Paarbeziehung“ der Mutter gilt als „Schutzfaktor“²⁰⁴ (egal, ob sich der Vater überhaupt in die Betreuung einbringt), sodass alleinerziehende Mütter tendenziell stärker von einer Kindesabnahme bedroht sind.²⁰⁵ Ebenso diskriminierend wirken die „Risikofaktoren“ Armut, psychische Belastung und Wohnungsnot. Der Staat hat die Pflicht, schutzbedürftige Familien durch gelindere Mittel vor Kindesabnahmen zu bewahren, z. B. durch eine Unterhaltssicherung für alle Kinder. Angesichts der Kosten einer stationären Fremdunterbringung von bis zu 8000 € monatlich²⁰⁶ ist es absurd, dass KJHT Schulden oder Wohnungsnot als Abnahmegründe nennen, statt den Familien mit diesem Geld zu helfen. KJHT nehmen lieber den Aufwand für die Unterbringung in Kauf und belasten die überschuldete Familie noch zusätzlich mit dem (teilweisen) Regress dieser Kosten.²⁰⁷

Da nicht-österreichische Familien öfter von Armut, Kinderreichtum und Wohnungsnot betroffen sind, die laut KJHT Risikofaktoren²⁰⁸ darstellen, ist für sie wahrscheinlich die Gefahr einer Kindesabnahme besonders hoch. Dazu kommt, dass sie sich kaum zur Wehr setzen können, da sprachliche Barrieren sie im Umgang mit Behörden behindern und ihnen das Geld für einen Anwalt fehlt. Laut einer Studie ist unter in Österreich lebenden Menschen ausländischer Herkunft die Angst weit verbreitet, dass die KJH „die

200 Eltern kommen in § 138 ABGB nur mit ihrem „Kontaktrecht“ (d. h. getrennt vom Kind lebend!) und ihrer „Wertschätzung und Akzeptanz“ für das Kind vor, sodass nahegelegt wird, das Wohl des Kindes wäre von der persönlichen Betreuung und liebevollen Zuwendung der Eltern weitgehend abkoppelbar.

201 „Positive emotionale Bindung“ scheint im Rahmen des Modellprojekts des BMJ als einer unter fünf Schutzfaktoren auf (Brousek/Hager (Fn. 40), 42).

202 Siehe nur die Stichprobe in Brousek/Hager (Fn. 40), 43.

203 Siehe die oft verzweifelte Suche adoptierter Kinder nach ihren Herkunftsfamilien.

204 Tabelle 17 in Brousek/Hager (Fn. 40), 42.

205 OGH (Fn. 62) (von Rekursgericht als Risikofaktor genannt).

206 Siehe *Addendum*, Teures fremdes Heim, 2018.

207 ORF, Am Schauplatz (Fn. 50).

208 Brousek/Hager (Fn. 40), 39 (Tabelle 14).

Kinder wegnimmt“, sobald jemand als instabil oder psychisch krank gilt.²⁰⁹ Besonders häufig treten Ängste vor dem Jugendamt in der türkischsprachigen Community auf.²¹⁰ Manche Gerichtsentscheidungen zeugen von wenig Sensibilität im Umgang mit Eltern ausländischer Herkunft,²¹¹ worunter letztlich das Kind leidet. Um Diskriminierungen durch Jugendämter vorzubeugen, sollte im Hilfeplanungs- und Obsorgeverfahren eine unbeteiligte Auskunftsperson aus dem Kulturkreis/der Minderheit der Familie beigezogen werden, um das Verständnis der Behörden für deren Lebensweise²¹² zu fördern und die Eltern im Verfahren zu stärken. Ein „Günstigkeitsvergleich“ wird vom OGH zu Recht abgelehnt: die Tatsache, dass ein Kind von Pflegeeltern „besser“ versorgt, betreut oder erzogen würde als von den leiblichen Eltern, rechtfertigt also noch keine Obsorge-Entziehung; dennoch setzen sich KJHT oft bei den Untergerichten mit einer entsprechenden Argumentation durch (wie man an den Entscheidungen des unermüdlich dieser Praxis entgegentretenden OGH²¹³ sieht).

Selbstverständlich rechtfertigt massive oder wiederholte familiäre Gewalt die Entziehung der Obsorge und oft auch Sofortmaßnahmen des KJHT. Als Kindeswohlgefährder gelten aber nicht nur die Gewalttäter selbst, sondern auch Obsorgeberechtigte, die Gewalt durch Dritte (z. B. den Lebensgefährten der Mutter) nicht unterbinden,²¹⁴ und auch das Miterleben von Gewalt an Bezugspersonen, z. B. der Mutter, stellt eine Kindeswohlgefährdung dar. Dies bewegt leider KJHT dazu, Müttern, die selbst von Gewalt betroffen sind, die Kinder wegzunehmen, da sie diese nicht ausreichend ge-

209 M. Weigl/S. Gaiswinkler, Blickwechsel. Migration und psychische Gesundheit, Wien 2019, 66f.

210 Weigl/Gaiswinkler (Fn. 209), 67. Diese Ängste sind auch in der österreichischen Bevölkerung weit verbreitet, m. E. wird das Thema kollektiv verdrängt und tabuisiert.

211 Beispiel 1: Nach 18 Monaten bei der Pflegemutter trug die 3-jährige Tochter türkischer muslimischer Eltern (denen wegen „Verwahrlosung der Wohnung“ die Kinder abgenommen und später nur die drei älteren zurückgegeben wurden) bei einem der monatlichen einstündigen Besuche ein Kreuz um den Hals. Als der Vater empört reagierte, wurde der Kontakt beider Eltern komplett verboten, OGH (Fn. 48).

Beispiel 2: Unterbringung der 2-jährigen Tochter muslimischer Eltern bei christlichen homosexuellen Pflegevätern, wodurch die Eltern Entfremdung befürchten. Dass die KJH Pflegeeltern nicht nach den „Anschauungen der Eltern“ aussuchen könne (so LGZ Wien 48 R 305/08w, EF 119.761), vernachlässigt m. E. Art. 20 KKK: Danach ist bei Wahl der Betreuung sehr wohl auf die ethnische, religiöse, kulturelle und sprachliche Herkunft des Kindes Rücksicht zu nehmen (ebenso Deixler-Hübner/Meisinger (Fn. 66), 566).

212 In einem mir bekannten Fall wurde Vernachlässigung eines ca. 1,5 Jahre alten türkischen Mädchens unter anderem darin gesehen, dass es kein Spielzeug besaß. Das bei uns übliche Beschenken eines Säuglings mit Spielzeug ist für dessen Wohl aber entbehrlich.

213 OGH (Fn. 45); OGH v. 20.09.2013 – 5 Ob 63/13w; OGH v. 17.12.2013 – 4 Ob 165/13p, iFamZ 2014/87; OGH v. 28.06.2017 (Fn. 68).

214 Huber (Fn. 85), 307.

schützt hätten. Einer Gewalt-Beziehung zu entkommen, ist aber an sich ein gefährliches Unterfangen, wie die häufigen Straftaten im Zusammenhang mit einem Beziehungsende zeigen. Die Mutter benötigt daher ihrerseits Schutz und Unterstützung, um sich und das Kind aus der Gefahrenzone zu bringen. Gemäß seiner Schutzpflicht müsste der Staat z. B. beide gemeinsam (in Frauenhäuser) aufnehmen oder (statt des Kindes) eher den Täter in Verwahrung nehmen. Der Umgang der KJHT mit von Gewalt betroffenen Kindern entspricht leider oft nicht deren Bedürfnissen. Auch hier sind meist Kindesabnahmen das Mittel der Wahl, mit all ihren negativen Folgen, wie Kontaktbeschränkung, Entfremdung und dauernde Fremdunterbringung. Die KJHT nehmen ihre Pflicht, Gewaltschutzanträge zu stellen, um z. B. die Wegweisung des Gewalttäters aus der Wohnung zu erwirken,²¹⁵ in der Praxis fast nie wahr²¹⁶ – eine m. E. nicht nachvollziehbare Fahrlässigkeit. Mütter, die sich aus Gewaltbeziehungen befreien wollen, erleben statt Hilfe und Stärkung vom KJHT Bevormundung, Verdächtigungen, Kontrolle und (Drohung mit) Kindesabnahme.²¹⁷

2. Faktoren, die unnötige Fremdunterbringungen begünstigen

Derzeit befinden sich in Österreich viel zu viele Minderjährige in Fremdunterbringung,²¹⁸ davon der Großteil in Institutionen.²¹⁹ Die VA empfiehlt zur Vermeidung unnötiger Kindesabnahmen dringend den Ausbau ambulanter Unterstützungen der Familien.²²⁰ Der KJHT Wien, der die höchste Fremdunterbringungsquote, aber die vorletzte Unterstützungsquote hat,²²¹

215 Gemäß §§ 382b, 382c und 382d EO (siehe § 211 ABGB).

216 M. Mayrhofer, Wohnungsschutz und Gewaltschutz in der Familie, in Deixler-Hübner (Fn. 66), 191. Der KJHT Wien gab auf Anfrage der Autorin an, keine Zahlen zur Häufigkeit eigener Anträge gem. §§ 382b–382d EO zu sammeln (!), auch konnte er die Frage nicht beantworten, ob oder wie oft er Verfügungen gem. § 107 Abs. 3 Z 3 AußStrG („Anti-Aggressions-Training“) beantragt (Email vom 29.09.2022).

217 Diesen Eindruck schilderte die Leiterin der Wiener Interventionsstelle gegen Gewalt in der Familie, mit Hinweis auf jahrzehntelange Arbeit mit Gewaltopfern; einer Mutter seien z. B. nach ihrer Anzeige gegen den Gewalttäter vom KJHT sofort die Kinder abgenommen worden, sodass sie, als sie nach mühsamer Rückerlangung der Kinder wieder vom Ex-Partner bedroht wurde, auf die Anzeige verzichtete und aus Angst vor einer neuerlichen Kindesabnahme in ihr Heimatland zurück flüchtete (Interview mit R. Logar, Mai 2022).

218 Die Quote fremduntergebrachter Kinder betrug bundesweit 0,83% der Bevölkerung unter 18 Jahren, in Wien, Burgenland und Kärnten über 1%, in Salzburg u. Oberösterreich ca. 0,6% (KJH-Statistik 2024, 23), dies sind laut VA (Fn. 4) „nicht nachvollziehbare Unterschiede“ (S. 17).

219 Nämlich ca. 62%, beim Kärntner KJHT sogar 77% (KJH-Statistik 2024, 25).

220 VA (Fn. 4), 17; VA 2021 (Fn. 104), 75.

221 KJH-Statistik 2024, 18, 23 (1,2% der Minderjährigen in Fremdunterbringung!).

bezweifelt allerdings diesen Zusammenhang.²²² Nach einer UN-Studie sollte Österreich für alle Kinder dringend eine De-Institutionalisierung durch Stärkung der Familien (oder Betreuung in familienartigen Strukturen) anstreben.²²³ Ob und welche ambulanten Hilfsangebote Familien erhalten, ist derzeit jedoch je nach KJHT (ja sogar auf Bezirksebene!) völlig uneinheitlich.²²⁴ Die nicht sachlich begründeten Unterschiede erkennt man z. B. daran, dass in Kärnten und Niederösterreich 2021 rund doppelt so viele Kinder Unterstützung ohne Kindesabnahme erhielten wie in Wien oder Oberösterreich.²²⁵ Paradoxerweise berufen sich KJHT zur Ablehnung bestimmter Hilfen auf fehlende Ressourcen, wählen selbst aber als Erziehungshilfe viel zu oft die „volle Erziehung“, obwohl keine andere Hilfe so teuer ist wie die Fremdunterbringung. Der KJHT Wien verbrauchte in den letzten Jahren rund 95% seines Erziehungshilfen-Budgets für Fremdunterbringungen (und nur 5% für Hilfen in den Familien),²²⁶ bundesweit sind es immer noch ca. 75%.²²⁷ Dass Hilfen auch durch eigenes Personal erbracht würden, die Personalkosten aber nicht im Hilfebudget enthalten seien,²²⁸ kann den Eindruck einer Schieflage bei der Mittelverwendung zu Lasten der Familien nicht beseitigen, denn die Hilfe für eine konkrete Familie darf sich nicht an den Qualifikationen des KJH-Personals bemessen: ist aus Sicht der Familie z. B. eine Psychotherapie oder Haushaltshilfe die indizierte Hilfe und kann diese vom KJH-Personal (z. B. mangels passender Ausbildung) nicht erbracht werden, so darf nicht das Interesse des KJHT, vorrangig eigenes Personal einzusetzen, den Ausschlag geben.

Leider spielen aber finanzielle Interessen der beteiligten Akteure eine große Rolle bei der Entscheidung für eine Fremdunterbringung anstelle gelinderer Mittel. Auf die Unterbringung von Kindern in anderen Bundesländern wegen eines finanziellen Anreizes (höherer Kostenersatz) wurde schon hin-

222 Bericht der VA an den Wiener Landtag 2020, 33.

223 *Kleine Zeitung*, Alarmierende Studie: 10000 Kinder sind in Österreich von Freiheitsentzug betroffen, 2019. Nach der UN Global Study on Children Deprived of Liberty (2019, Leitung: Manfred Nowak) war in Österreich 2019 ca. 10.000 Kindern die Freiheit entzogen, z. B. in Einrichtungen mit straffen Regelsystemen (*Der Standard*, Wie Kindern die Freiheit genommen wird, 2019). Der UN-Ausschuss für Kinderrechte rügt Österreich, weil behinderte Kinder sogar im Vorschulalter seit Jahren vermehrt in Institutionen leben müssen statt zu Hause, weil Tagesbetreuungsangebote für sie fehlen, z. B. inklusive Kindergärten (*Der Standard*, Im Heim statt daheim: Mehr behinderte Kinder in Österreich in Institutionen, 2022).

224 VA (Fn. 4), 15.

225 KJH-Statistik 2024, 17 f (K: 4,4; NÖ: 3,9; W: 2,0; OÖ: 1,7% der Minderjährigen).

226 KJH-Statistik 2018. 2024 sank der Anteil in Wien auf knapp über 91%.

227 KJH-Statistiken (2018 und 2019: Grafik 10; ab 2020: Grafik 9).

228 So begründet der KJHT Wien zum Teil den hohen Kostenanteil der „vollen Erziehung“ (KJH-Statistik 2024, 38, 40 f.).

gewiesen. Dringend nötig wäre m. E. die Einführung von Unvereinbarkeitsbestimmungen für Mitarbeitende der KJH²²⁹ und gerichtliche Sachverständige: Eine Nahebeziehung zu einer im Auftrag der KJH tätigen Institution oder zu Pflegeeltern sollte ein Ausschlussgrund für jede Entscheidungs- oder Gutachtensfunktion bei Kindesabnahmen sein.²³⁰ Ein Interessenkonflikt besteht wohl auch bei Nebenerwerbstätigkeiten von FamilienrichterInnen im Bereich KJH, z. B. bezahlten Vorträgen. Ein finanzielles Interesse, die Betreuung eines Kindes zu übernehmen, haben neben privaten Einrichtungen²³¹ auch Pflegeeltern, da sie (neben Kindesunterhalt) ein Entgelt erhalten und sich unter Umständen auch anstellen lassen können.²³²

Bei Pflegeeltern spielt freilich noch ein größerer Interessenkonflikt mit: Kinderlose Paare wollen sich mangels Adoptivkindern ihren Kinderwunsch oft durch ein Pflegekind erfüllen.²³³ Statt mit dem KJHT und den Herkunftseltern rechtmäßig an der Rückführung des Kindes zu arbeiten, wollen diese Pflegeeltern (mit Unterstützung der KJH) vor allem kleine Kinder an sich binden und auf Dauer behalten. Die Tatsache, dass die KJHT weitgehend freie Hand bei der Auswahl der Pflegeeltern haben, einerseits, und das enorme Interesse von Paaren und Einzelpersonen an kleinen Pflegekindern andererseits, machen die Pflegeelternschaft für Kleinkinder m. E. in ihrer aktuellen Ausgestaltung zu einem stark missbrauchs- und korruptionsanfälligen Bereich, in dem die gerichtliche Grundrechtskontrolle dringend ausgebaut werden müsste. Die Rolle der Pflegeeltern sollte dahingehend verändert werden, dass sie nicht im Sinn eines Adoptionsersatzes, sondern eines Co-Parenting agieren, das heißt, als „Bonusern“ die leiblichen Eltern unterstützen, sie aber nicht ersetzen. Dies würde den „Nachfragedruck“ bezüglich kleiner Kinder senken. Eine Unvereinbarkeit liegt daher auch vor, wenn ein „Verein für Adoptiv- und Pflegeeltern“ ein Krisenzentrum betreibt.²³⁴ Zur Vermeidung von Interessenskonflikten wäre es besser, Fremdunterbringung nicht gewinnorientiert von Privaten, sondern vom Staat erbringen zu lassen. Auch die (für Eltern belastenden) Kosten für Sachverständigengutachten

229 So auch *Deixler-Hübner/Meisinger* (Fn. 66), 586.

230 Ähnlich *Deixler-Hübner/Meisinger* (Fn. 66), 586; vgl. „Gutachterfall“ (ORF, Am Schauplatz, (Fn. 50)).

231 Pro Monat und Kind in einer WG werden sechs- bis achttausend Euro gezahlt.

232 Zum Beispiel in Wien, siehe www.wien.gv.at/menschen/kind-familie/pflegefamilie/wissenswertes.html (zuletzt abgerufen: 30.06.2023); zu den Entlohnungssystemen auch *C. Geserick/W. Mazal/E. Petric*, Die rechtliche und soziale Situation von Pflegeeltern in Österreich, Wien 2015, 31 ff.

233 Unerfüllter Kinderwunsch ist eines der häufigsten Motive von Pflegeeltern, andere sind z. B. finanzielle oder „altruistische“ (*Geserick/Mazal/Petric* (Fn. 232), 88 ff.).

234 Zum Beispiel die Krisenbetreuung „plan B“ (Oberösterreich): gleicher Dachverband wie Adoptivelternverein.

sollten im Interesse des Kindes durch unabhängige staatlich finanzierte Gutachter gesenkt werden. Es ist anzunehmen, dass allein durch Ent-Kommerzialisierung der Fremdunterbringung eine Reduktion der Kindesabnahmen erreicht würde, da der „Pull-Effekt“ durch leere Betten und hohe Personalkosten in privaten Institutionen wegfiel. Gewinnorientiert zu wirtschaften („Betten zu füllen“²³⁵) ist m. E. mit der Wahrung des Kindeswohls unvereinbar, denn Leerstände und Personalreserven sind zur Bewältigung von Bedarfsspitzen und Vermeidung von (angebotsabhängigen) Fehlplatzierungen unerlässlich.²³⁶

Gründe für das Scheitern der Hilfe in den Familien sind auch auf der persönlichen Ebene von KJH-Mitarbeitenden zu finden. Statt Familien zu unterstützen und für die Bedürfnisse ihres Kindes zu sensibilisieren, stehen beim Einschreiten der KJH (wie im vorigen Jh.) oft immer noch obrigkeitliches Kontrollieren, Vorwürfe und pseudowissenschaftliches Pathologisieren im Vordergrund: Der Mutter eines 18-monatigen Babys, das noch „nicht so recht spricht“, wird vorgeworfen, „wenig mit dem Kleinkind zu interagieren“, und befohlen, wöchentlich zur Kontrolle zu erscheinen;²³⁷ dass ein Baby „beim Stillen keinen Augenkontakt zur Mutter hat“,²³⁸ dass eine Mutter bei einem der seltenen erlaubten Besuche ihrem abgenommenen Kleinkind „nicht genug Grenzen setzt“,²³⁹ oder ein Kind vorübergehend kein eigenes Zimmer hat,²⁴⁰ sind für KJHT Gründe für eine Kindesabnahme bzw. einen Antrag auf Obsorge-Übertragung. Betroffene Eltern und deren Rechtsvertretungen berichten, sie hätten bei KJH-Mitarbeitenden den Eindruck von Zynismus, Sadismus oder Intoleranz gegenüber vom traditionellen Familienbild abweichenden Lebensweisen gehabt. Mindestens wird in solchen Fällen Inkompetenz vorgelegen haben. Wenn z. B. ein KJHT das komplette Besuchsverbot für Kinder in der Corona-Zeit als positiv darstellt, weil die Kinder nicht mehr durch Besuche ihrer Eltern gestresst worden seien,²⁴¹ zeigt dies m. E. eine Tendenz zur egozentrischen Umdeutung des Kindeswohls, sowie fehlenden Respekt vor den Eltern und

235 So ist es wohl kein Zufall, wenn eine stationäre Einrichtung feststellt: „Wenn uns heute ein Kind verlässt, ist am nächsten Tag schon wieder ein neues da“ (*Land&Leute*, Wenn das familiäre Gleichgewicht kippt, braucht es einen „Plan B“, 2015).

236 *Sieder/Smioski*, (Fn. 10), 19 (zum letzten Jh.).

237 *Die Presse* (Fn. 20) (Kindesabnahme nach versäumtem Termin).

238 *Kurier* (Fn. 44).

239 OGH (Fn. 45).

240 Siehe den Fall in *Addendum* (Fn.49).

241 „Lockdown – eine Krise und ein Segen“, in: Jahresbericht des KJHT Wien 2020, 27: „Für diese Kinder war der 1. Lockdown auch ein Segen, denn sie durften ihre Eltern nicht sehen. Somit war der Loyalitätskonflikt nicht permanent präsent und wurde nicht jedes Wochenende genährt“.

dem Wert ihrer liebevollen Zuwendung für das Kind. Statt sich selbst als Konkurrenz für die Eltern und das Kind im „Loyalitätskonflikt“ zu sehen (wie dies sonst Eltern in Trennung tun) und von Eltern zu verlangen, die Kindesabnahme zu „tolerieren“,²⁴² bestünde eine professionelle Haltung wohl eher darin, durch respektvolle Kooperation mit den Eltern deren Verständnis für die Bedürfnisse des Kindes zu fördern. Indem KJH-Mitarbeitende Eltern vorwurfsvoll, herablassend und autoritär begegnen,²⁴³ fördern sie nicht ernsthaft das Kindeswohl.

Damit endlich die nötigen Erziehungshilfen geleistet werden, um Kindesabnahmen zu verhindern, sollte künftig das Gericht die Hilfeplanung übernehmen. Nach dem Antrag des KJHT müsste es von Amts wegen²⁴⁴ prüfen, ob die Sofortmaßnahme wirklich nötig war (und sie anderenfalls zum Schutz des Kindes sofort aufheben, § 181 ABGB), sowie untersuchen, ob gelindere Mittel vom KJHT noch nicht ausgeschöpft wurden, und auf dieser Basis einen gerichtlichen Hilfeplan erstellen. Es ist typisch für den mangelhaften Rechtsschutz der Familien, dass ein gerichtlicher Hilfeplan nicht (explizit) vorgesehen ist, sondern nur der (nicht rechtsstaatlich überprüfbare) Plan des KJHT (laut KJH-Gesetzen). Nur besonders engagierte RichterInnen nehmen daher derzeit ihre Verpflichtung zur sorgfältigen Prüfung gelinderer Mittel wahr. Die Gerichte müssten wenigstens ihre bestehenden Möglichkeiten, Eltern zunächst Aufträge (z. B. zur Erziehungsberatung) zu erteilen,²⁴⁵ konsequent wahrnehmen.²⁴⁶ Eine Reform müsste m. E. vorsehen, dass das Gericht über den vom KJHT vorgeschlagenen Hilfeplan einen separat anfechtbaren Beschluss fällt, damit die Eltern dessen Verhältnismäßigkeit mit Rechtsmitteln überprüfen lassen könnten. Die Umsetzung des Plans wäre für den endgültigen Obsorgebeschluss maßgeblich. Nur durch ein solches zweistufiges Verfahren kann m. E. dem Verhältnismäßigkeitsgebot des Art. 8 EMRK entsprochen werden. Eine effiziente Hilfe für Familien erfordert aber auch, dass die Gerichte staatliche Hilfen der KJH anordnen könnten. Im fehlenden Instrumentarium der Gerichte zur Anwendung gelinderer Mittel liegt mit Sicherheit eine der Hauptursachen für unverhältnismäßige Kindesabnahmen: Selbst wenn Gerichte zum Ergebnis kommen, dass gelindere Maßnahmen anstelle der Fremdunterbringung ausreichen, sind sie auf die Kooperationsbereitschaft des KJHT angewiesen, dem sie keine Wei-

242 Vgl. den zitierten (Fn. 241) Jahresbericht des KJHT Wien 2020, 27.

243 So traten laut einer 2023 befragten Anwältin „6 von 7“ ihr bekannten KJH-Teams auf.

244 Derzeit geschieht es nur auf Antrag, s. § 107a AußStrG.

245 Gem. § 107 Abs. 3 AußStrG bzw. § 181 Abs. 1 ABGB.

246 Ähnlich OGH v. 28.01.2020 – 4 Ob 216/19x, EF-Z 2020/70 (Huter).

sungen²⁴⁷ zu Hilfen in der Familie (z. B. Therapie für das Kind) erteilen können. Verweigert ein KJHT die vom Gericht beschlossene ambulante Unterstützung,²⁴⁸ hat er es damit selbst in der Hand, die Kindesabnahme durch Vereiteln des gelinderen Mittels notwendig zu machen.²⁴⁹ Es sollte daher eine Kompetenz der Gerichte geschaffen werden, den KJHT bestimmte Erziehungshilfen aufzutragen,²⁵⁰ um Fremdunterbringungen gesetzeskonform nur mehr als ultima ratio einzusetzen.

Der Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch überschießende Kindesabnahmen ist also durch eine Neugestaltung des Hilfeprozesses zu begegnen, um die Ressourcen der Familie und die Sozialleistungen des Staates unter Aufsicht des Gerichts zu bündeln und bedürfnisgerechte (statt angebotsorientierte) Hilfen zu gewährleisten. Dazu sollte im Verfahren auch ein „Familienrat“ (family group conference, FGC²⁵¹) institutionalisiert werden, der das gesamte soziale Umfeld der Familie (Lehrer, Verwandte, Freunde) und sonstige Freiwillige (z. B. „Wahlomis“, Teilzeit-Pflegeeltern) einbindet, um alle Ressourcen zu aktivieren und schon während des Verfahrens den Verbleib des Kindes im privaten Umfeld zu ermöglichen. Damit würde man auch dem Vorrang von Familienmitgliedern bei der Obsorge-Zuteilung gerecht. Derzeit finden maßgeschneiderte Problemlösungen nur auf Initiative sehr engagierter SozialarbeiterInnen statt, sind jedoch nicht Standard.²⁵² Die abweichenden Praktiken und unterschiedlichen Qualitätsniveaus der KJH in den 9 Bundesländern sollten durch Wiedereinführung einer Bundeskompetenz für KJH behoben werden,²⁵³ womit auch die hier empfohlene Unterstellung der Hilfeplanung unter die Gerichte (Bundesbehörden) erleichtert würde.

3. Fehlende Abwägung mit Kindeswohl bei Fremdunterbringung

Die Pflegschaftsgerichte vernachlässigen vor einer Obsorge-Übertragung an den KJHT oft auch die Abwägung mit den Kindeswohlgefahren, denen das

247 Aufträge des Gerichts (gem. § 181 ABGB, vgl. auch § 107 AußStrG) kommen nur an Obsorgeträger in Frage: an den KJHT also nur, wenn er das Kind bereits abgenommen hat.

248 Z. B. wegen Ressourcenmangels, manchmal aber auch schlicht deshalb, weil der KJHT die Obsorgeentscheidung des Gerichts in Frage stellt!

249 Der Wiener KJHT verweigerte die Unterstützung eines von Gericht und Gutachter für die Obsorge befürworteten Vaters (Bericht der VA an den Wiener Landtag 2014, 39 f.).

250 Zumindest wenn diese kostengünstiger als die geplante Fremdunterbringung sind.

251 In Neuseeland/Australien entwickeltes Konzept der Einbindung des Herkunftssystems in die Entscheidung über Maßnahmen bei Kindeswohlgefährdung.

252 VA (Fn. 4), 16.

253 Internationalen Vorgaben (hier: EMRK, KRK) kann m. E. der primär verpflichtete Bund selbst besser entsprechen als neun Landesgesetzgeber (siehe Natur- und Klimaschutz!).

Kind gerade durch die Kindesabnahme und Fremdunterbringung ausgesetzt wird.²⁵⁴ Dies passiert schon deshalb, weil sie sich an den Argumenten des KJHT orientieren, der jedoch als jene Verfahrenspartei, in deren Verantwortung die Missstände in Fremdunterbringung liegen, diesbezüglich befangen ist. Die Gerichte müssten vor Verfügung der Fremdunterbringung (und währenddessen regelmäßig) von Amts wegen prüfen, ob die dem Kind dadurch zugemutete Situation im Verhältnis steht zur Gefährdung bei Verbleib im familiären Umfeld.

Schon der Akt der Kindesabnahme – z. B. unter Einschaltung der Polizei,²⁵⁵ in „Nacht- und Nebel-“ oder aber „öffentlichen Überrumpelungs-Aktionen“ (z. B. in der Schulklass²⁵⁶ oder Kindergartengruppe²⁵⁷) – bedeutet für Kinder oft Schock,²⁵⁸ Traumatisierung²⁵⁹ oder seelisches Leid. Der KJHT demonstriert den Kindern meist wirkmächtig ihre eigene Ohnmacht und die ihrer Eltern (was für Kinder oft schlimmer ist). Eine öffentliche Kindesabnahme kann zudem kindeswohlgefährdende²⁶⁰ Scham- oder Schuldgefühle im Kind, z. B. vor den KlassenkameradInnen, auslösen und das Sozialleben der Familie durch Stigmatisierung im Umfeld²⁶¹ nachhaltig schädigen, was KJHT gern ignorieren.²⁶² Durch den überraschenden Zugriff besteht auch ein hohes Risiko der Eskalation der Gewalt durch Gegenwehr²⁶³ (in der Fremdunterbringung dann die Gefahr der Verletzung von Kindern bei Be-

254 Die Verpflichtung zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit unter Einbeziehung der Kindeswohlgefährdungen durch Fremdunterbringung folgt schon daraus, dass eine Kindesabnahme dem Kind mehr schaden als nützen kann, OGH v. 27.7.2021 (Fn. 68); vgl. auch OGH v. 24.03.2014 – 8 Ob 7/14h, EF-Z 2014/157 (Beck).

255 OGH v. 22.09.2016 – 3 Ob 135/16y („unter Einsatz verummter und bewaffneter Polizisten“).

256 Siehe den exemplarischen Fall oben und die in *Addendum* (Fn. 49) geschilderten Fälle.

257 OGH (Fn. 61)

258 Praktisch jedes Kind erlebt die Abnahme als „Schock“, vor allem wenn die Polizei im Spiel ist (s. *Meinhart* (Fn. 51), 30 ff.). Der 1. Tag der Fremdunterbringung wird von Betroffenen als eine ihrer schlimmsten Erfahrungen genannt (*Salzburg24*, Wenn Kinder ihren Eltern weggenommen werden, 2018).

259 Seit den traumatisierenden Kindeswegnahmen des 20. Jh. (z. B. in der „Wiener Kinderübernahmestelle“, s. *Sieder/Smioski* (Fn. 10), 523), hat sich an der Art der Abnahmen nicht viel geändert (vgl. z. B. VA 2018 (Fn. 158), 83: posttraumatische Belastungsstörungen durch überfallsartige „Überstellungen“ von einer Einrichtung in eine andere (mit Polizei), bei denen sich Kinder nicht einmal von MitbewohnerInnen und BetreuerInnen verabschieden dürfen).

260 Siehe § 138 Z 10 ABGB (Kindeswohlkriterium „Vermeidung von Schuldgefühlen“).

261 *ORF*, Am Schauplatz (Fn. 50).

262 Vgl. Kritik der VA am Hinterlassen einer für jeden lesbaren Aufforderung zur Kontaktaufnahme mit dem Jugendamt an der Tür (Jahresbericht an den Wiener Landtag 2017, 48).

263 *Kurier*, Kindesabnahme in Wien eskaliert: Vater laut Polizei reumütig, 2021.

freiungs- oder Fluchtversuchen²⁶⁴). Schon deshalb sind insb. die vorläufigen Kindesabnahmen der KJHT auf wirkliche Notfälle zu beschränken.

Aufgrund des Vorrangs des Kindeswohls in allen Kinder betreffenden Verfahren²⁶⁵ müssen sämtliche staatliche Stellen auch die faktische Situation, die das Kind in Fremdunterbringung erwartet, berücksichtigen: Da Kinder aufgrund der Missstände in den stationären Einrichtungen zahlreichen akuten Gefahren ausgesetzt sind (wie emotionaler und schulischer Vernachlässigung, Kontaktrechtsverletzungen, Entfremdung von Eltern und Geschwistern, schlechter Gesundheitsversorgung, Drogenmissbrauch, Gewalt),²⁶⁶ dürfen die Gerichte nicht davon ausgehen, dass der KJHT seiner Pflicht zur Sicherung des Kindeswohls in Fremdunterbringung gewachsen ist. Die „Vermutung der Erziehungsfähigkeit des KJHT“ ist durch die tatsächlichen Verhältnisse entkräftet, was den Gerichten aus den Prüfberichten von VA und RH sowie den medialen Hilferufen des Betreuungspersonals bekannt sein muss. Die chronischen Missstände sind also Teil der Entscheidungsgrundlage des Gerichts, gerade weil es die konkrete Gestaltung der Fremdunterbringung durch den KJHT nur schwer beeinflussen kann. In die Abwägung muss auch einfließen, dass abgenommenen Kindern gezielte Entwurzelung und letztlich der dauerhafte Verlust ihrer Familie droht.

VIII. Rechtsschutzdefizite im gerichtlichen Verfahren über die Obsorge-Entziehung (insbesondere nach Kindesabnahme durch den KJHT)

1. Fristen und Verfahrensdauer

a) Überprüfung von Kindesabnahmen des KJHT gemäß § 107a AußStrG

Bis 2013 konnten Eltern, denen ihr Kind vom KJHT abgenommen wurde, diese Maßnahme nicht sofort bekämpfen. Das Kind musste das Ende des monatelangen Obsorgeverfahrens in Fremdunterbringung abwarten.²⁶⁷ Um

264 Vgl. die Fluchtversuche eines 6-jährigen ukrainischen, Russisch sprechenden Mädchens, das mit seiner Mutter vor dem Krieg nach Österreich flüchtete und vom Wiener KJHT wegen „Vernachlässigung“ abgenommen und in ein Krisenzentrum gebracht wurde (*Kurier*, Suche nach Flüchtlingskind: Erste Hinweise aus der Bevölkerung, 2022). In einem mir bekannten Fall verletzte sich ein Kind in einer WG selbst, damit die Eltern es im Spital „entführen“ konnten.

265 Siehe § 3 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention.

266 Siehe die geschilderten Kindeswohlgefährdungen in Fremdunterbringung.

267 Außer der KJHT beendete sie spontan oder das Gericht hob sie von Amtswegen auf.

dieses massive Rechtsschutzdefizit zu beheben, wurde § 107a AußStrG eingeführt: Eltern und Kind können einmalig binnen 4 Wochen nach Kindesabnahme deren Überprüfung beantragen, worauf das Gericht²⁶⁸ („tunlichst“ binnen weiterer 4 Wochen) über das vorläufige Weiterbestehen der Fremdunterbringung entscheidet.²⁶⁹

Trotzdem hat sich die unerträgliche Situation nach Kindesabnahmen für Betroffene wenig verbessert: Auch heute noch bleiben Kinder für Monate, ja sogar Jahre, in Einrichtungen oder bei Pflegeeltern, ohne dass die zweifelhaften Umstände, die der KJHT als Grund für eine Kindesabnahme sah, vom Gericht geklärt werden. Der Kontakt zu den Eltern wird vom KJHT ab der Trennung oft so rigoros beschränkt, dass Eltern nicht mehr feststellen können, wie es ihrem Kind geht; auch zum Gericht haben viele Kinder nie persönlichen Kontakt; und oft kehren sie überhaupt nicht mehr heim, selbst in Fällen, in denen die Abnahme nachweislich zu Unrecht erfolgte.

Das Fortbestehen der Rechtsverletzungen in der Praxis liegt daran, dass der Rechtsschutz gegen Grundrechtsverletzungen des KJHT weiterhin aus mehreren Gründen unzulänglich ist: Zu Recht wird kritisiert, dass der Antrag während des gesamten (oft monatelangen) Pflegschaftsverfahrens nur ein einziges Mal gestellt werden darf: Ist die 4-Wochen-Frist abgelaufen, kann die Kindesabnahme auch dann nicht mehr bekämpft werden, wenn sich maßgebliche Umstände ändern, z. B. die Kindeswohlgefährdung wegfällt! Eine rechtswidrige Sofortmaßnahme besteht so unter Umständen monate- oder jahrelang weiter, sodass die Grundrechte der Eltern und des Kindes immer massiver verletzt werden.²⁷⁰ Die Begründung des Gesetzgebers²⁷¹ für die Präklusion des Antragsrechts nach 4 Wochen – wiederholte Anträge würden das Hauptverfahren über die Obsorge verzögern – überzeugt nicht.²⁷² Vielmehr entspricht bei so massiven Grundrechtseingriffen nur eine regelmäßige Evaluierung dem rechtsstaatlichen Standard. Das Gericht müsste aufgrund seiner amtswegig wahrzunehmenden Pflicht zur Wahrung des Kindeswohls²⁷³ also während des Verfahrens ohnedies laufend die Voraus-

268 Nach der Sachlage zur Zeit seiner Entscheidung, *J. Höllwerth/A. Meisinger*, Pflegschaftsverfahren, Vermögensrechte Pflegebefohlener und sonstige Bestimmungen, in: Deixler-Hübner (Fn. 66), 775.

269 Nach Beendigung der Maßnahme können Eltern binnen drei Monaten gem. § 107a AußStrG außerdem beantragen, dass deren Unzulässigkeit rückblickend festgestellt wird.

270 *Höllwerth/Meisinger* (Fn. 268), 774f.

271 JAB 2087 BlgNR 24.GP., 2.

272 So auch *J. Höllwerth*, Gerichtliche Kontrolle der Interimskompetenz des Jugendwohlfahrts-trägers, in: E. Gitschthaler (Hrsg.), Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, EF-Spezial, Wien 2013, 233.

273 OGH v. 09.11.2016 – 7 Ob 179/16y, iFamZ 2017/47.

setzungen für eine weitere Fremdunterbringung evaluieren²⁷⁴ und bei deren Wegfall sofort die Maßnahme beenden,²⁷⁵ sodass eine wiederholte Antragstellung keinen wirklichen Mehraufwand bedeutet.²⁷⁶ Die Beschränkung von Anträgen auf sofortige Rückkehr des Kindes auf die ersten 4 Wochen nach Kindesabnahme²⁷⁷ ist daher m. E. verfassungswidrig.²⁷⁸ Das gilt umso mehr, als nach der Rechtsprechung gerade die Dauer der Unterbringung (durch Entfremdung) über die Rückführung entscheiden kann!

Verschärft wird die Problematik dadurch, dass viele Eltern auf Druck des KJHT die vier Wochen nach Kindesabnahme ohne Antrag verstreichen lassen, weil ihnen z. B. die Sozialarbeiterin versichert, das Kind komme sowieso bald wieder nach Hause, eine Anrufung des Gerichts würde diese Rückkehr nur verzögern. Bis die Eltern merken, dass dies nicht der Wahrheit entspricht, ist die Frist abgelaufen. Viele Eltern fürchten auch zu Recht,²⁷⁹ dass ihnen der KJHT das Beschreiten des Rechtsweges als „mangelnde Kooperation“ vorwirft und sie (und ihr Kind) dafür mit Kontakteinschränkung „bestraft“.

Problematisch ist auch die Regelung des Fristbeginns: Der KJHT muss nach einer Kindesabnahme binnen 8 Tagen das Gericht einschalten (§ 211 ABGB), schon mit Beginn der Sofortmaßnahme läuft aber die 4-Wochen-Frist. Solange der KJHT seinen Antrag nicht stellt, gibt es aber gar kein Verfahren bei Gericht, in dem die Eltern ihren Antrag stellen könnten.²⁸⁰ Lässt der KJHT die 8-Tage-Frist ungenutzt verstreichen, so ist dafür (im Gegensatz zur früheren Rechtslage²⁸¹) keine explizite Rechtsfolge vorgesehen. Zwar vertreten Lehre und OGH, dass der KJHT dann das Kind nach Hause entlassen müsse,²⁸² in der Realität ist es für Eltern aber unmöglich, ihr Kind zurück zu holen, wenn der KJHT einwendet, eine Rückführung bedeute wieder „Gefahr im Verzug“ (womit eine neue 8-Tage-Frist beginnt).

274 In diesem Sinn auch EGMR (*K u. T/Finland*) (Fn. 64).

275 Diese Pflicht trifft natürlich auch den KJHT selbst (OGH (Fn. 255)).

276 Bei „Kettenanträgen“ muss das Gericht ohnehin nur im Fall einer maßgeblichen Änderung der Umstände neu entscheiden.

277 Die Frist gilt für alle Anträge mit demselben Rechtsschutzziel wie § 107a AßStrG, OGH v. 17.06.2014 – 1 Ob 97/14t, iFamZ 2014/172 (*Thoma-Twaroch*); OGH (Fn. 45).

278 So auch *Höllwerth/Meisinger* (Fn. 268), 775; vgl. *dens.*, Österreichische Jurist:innenzeitung (ÖJZ) 2015, 390f. Siehe aber VfGH v. 21.09.2017 – G 88/2017, G 92/2017, iFamZ 2017/197 (der Beschwerden, die sich auf Art. 5 und 13 EMRK stützten, „mangels Erfolgsaussicht“ ablehnte) und OGH (Fn. 277); OGH (Fn. 45) (Befristung „verfassungsrechtlich unbedenklich“).

279 ORF, Am Schauplatz (Fn. 50).

280 § 107a AußStrG sieht den Antrag nur „in Verfahren über einen Antrag des KJHT nach § 211 Abs. 1 S. 2“ vor (s. Bericht der VA an den Wiener Landtag 2019, 40 ff.).

281 § 26 Abs. 2 JWG 1954: „so gilt die Maßnahme als widerrufen“.

282 OGH (Fn. 273) mit Nachweisen zur h. L.

Umgekehrt muss der KJHT die Eltern nicht einmal von seinem Antrag ans Gericht verständigen,²⁸³ trotzdem läuft ab Beginn der Sofortmaßnahme für die Eltern – kenntnisunabhängig (!)²⁸⁴ – die Frist. Bis den Eltern vom Gericht ein Schriftstück zugestellt wird, können die 4 Wochen vorbei sein. Problematisch ist dies besonders bei „freiwilligen“ Unterbringungen: Oft stimmen Eltern zunächst einer Fremdunterbringung zu, weil ihnen suggeriert wird, ein Anrufen des Gerichts würde die Situation weiter eskalieren. Wenn sie ihre Zustimmung widerrufen, wird ihnen regelmäßig die Rückgabe des Kindes verweigert, wodurch sich die „freiwillige“ Fremdunterbringung ex lege in eine zwangsweise wegen „Gefahr im Verzug“ wandelt und – für die Eltern mangels äußerlicher Änderung der Umstände schwer erkennbar – die 4-Wochen-Frist zu laufen beginnt. Zu Recht wird daher gefordert, den Fristbeginn des § 107a an die Kenntnis von der Maßnahme zu knüpfen.²⁸⁵ Solange sich das Jugendamt auf die Vereinbarung mit den Eltern beruft, läuft keine 8-Tage-Frist für die Einschaltung des Gerichts, weil noch keine Sofortmaßnahme vorliegt. Das bedeutet aber, dass sich für das Kind die Zeit in der Fremdunterbringung unter Umständen um die Periode der „freiwilligen“ Unterbringung verlängert, weil der KJHT das Verfahren bei Gericht so lange nicht einleitet, bis die Eltern mit Nachdruck verlangen, ihr Kind zurückzubekommen. Auch für das Gericht ist der Zeitpunkt schwer festzustellen, denn der KJHT kann diesen je nach eigenem Interesse später (führt zur „Erstreckung“ seiner 8-Tagesfrist) oder früher (führt zur „Verkürzung“ der 4-Wochenfrist der Eltern) darstellen, wenn nicht genau dokumentiert ist, wann die Eltern ihr Einverständnis beendeten. Abhilfe könnte m. E. nur die verbindliche Überprüfung auch „freiwilliger“ Fremdunterbringungen durch das Gericht bringen.

Der wohl größte Fehler²⁸⁶ in der Konzeption des § 107a liegt aber darin, dass für die gerichtliche Entscheidung über die Zulässigkeit der Kindesabnahme keine verbindliche Frist existiert.²⁸⁷ Die „tunlichst“ 4 Wochen werden vom Gericht oft nicht eingehalten,²⁸⁸ es vergehen im Schnitt mehrere Monate,²⁸⁹ sodass die Funktion einer raschen Überprüfung der Kindesabnahme nicht erfüllt ist.

283 Siehe *Höllwerth* (Fn. 272), 231 f.

284 AA. nur *Höllwerth/Meisinger* (Fn. 268), 774 (Fristbeginn mit Kenntnis).

285 *Höllwerth* (Fn. 272), 232 f; *ders.*, ÖJZ 2015, 390.

286 Kritisch auch *Höllwerth* (Fn. 272), 233 f.

287 Ein Überschreiten der 4 Wochen hat keine unmittelbaren Rechtsfolgen (*Höllwerth/Meisinger* (Fn. 268), 775), nur in Extremfällen dienstrechtliche (OGH v. 03.10.2017 – 2 Ds 6/17f.).

288 Bericht des Rechnungshofes (RH), Familiengerichtbarkeit, Reihe BUND 2017/24, 17, 69.

289 Siehe Anfragebeantwortung der Justizministerin 835/AB (09.04.2020), Anlage 2.

b) Verfahren über den Antrag des KJHT auf Entziehung der Obsorge

Auch für die Dauer des eigentlichen Pflegschaftsverfahrens über den Antrag des KJHT auf Obsorge-Entziehung gibt es keine verbindlichen Fristen und auch kein dem deutschen Recht vergleichbares Beschleunigungsgebot.²⁹⁰ Schon „normale“ Obsorgeverfahren (z. B. nach Trennung der Eltern) dauern um Monate länger, wenn es zu einer Beteiligung von KJHT oder Familiengerichtshilfe (FGH) kommt.²⁹¹ Die nicht absehbare Verfahrensdauer bringt für die Betroffenen große psychische und finanzielle Belastungen mit sich und führt in Fällen, in denen das Kind schon während des Verfahrens in Fremdunterbringung ist, zu gravierendsten Grundrechtsverletzungen, falls die Kindesabnahme des KJHT rechtswidrig war oder die Rückführung wegen der eingetretenen Entfremdung unterbleibt.

In Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage, die sich unter anderem mit dem Reformbedarf bei gesetzlichen Fristen für Verfahren nach Kindesabnahmen befasste,²⁹² stellte der Justizminister 2019 fest, dass „das gerichtliche Verfahren im Zusammenhang mit einer Kindesabnahme derzeit – mangels konkreter gesetzlicher Vorgaben – stark abhängig vom Engagement und der Erfahrung der einzelnen RichterIn bzw. des einzelnen Richters“ ist. „Generell sollte daher die Gestaltung von Obsorge- und Kontaktrechtsverfahren nach einer Kindesabnahme stärker gesetzlich reglementiert werden.“²⁹³ Dieser Befund ist in rechtsstaatlicher Hinsicht eine Bankrotterklärung: In einem Gesetzesstaat wie Österreich²⁹⁴ darf der Grundrechtsschutz nicht vom „Engagement“ einzelner FamilienrichterInnen abhängen, die noch dazu oft jung und eher unerfahren sind. Das BMJ hat 2018 einen Modellversuch gestartet, der sowohl der „Beschleunigung als auch inhaltlichen Verbesserung und Standardisierung des Verfahrensablaufes“ bei Anträgen der KJHT gem. § 211 ABGB dienen soll.²⁹⁵ Nach der Modellskizze soll auf den Antrag des KJHT binnen 4 bis 6 Wochen eine mündliche Verhandlung bei Gericht folgen, in der z. B. den Eltern Auflagen zur Behebung der Kindeswohlgefährdung erteilt werden; die endgültige Entscheidung über die Obsorge (nach Prüfung der Ergebnisse dieser Maßnahmen) soll tunlichst nach 6 Monaten

290 § 155 dtFamFG.

291 In einer Stichprobe des RH dauerten Obsorgeverfahren unter Beteiligung von KJHT oder FGH durchschnittlich 7 Monate, bei Sachverständigen-Gutachten sogar über ein Jahr (Bericht des RH (Fn. 288), 13 f.).

292 Anfrage *Holzinger-Vogtenhuber u. a.* (Fn. 180).

293 *Jabloner* (Fn. 180), 2.

294 Gesamte Vollziehung durch Gesetze determiniert (Legalitätsprinzip, Art. 18 B-VG).

295 *Brousek/Hager* (Fn. 40), 26.

fallen.²⁹⁶ Diese Vorgaben sind m. E. jedoch völlig unzureichend mit Blick auf die dadurch weiterhin in Kauf genommenen Grundrechtsbeeinträchtigungen, denn das Modell differenziert nicht zwischen Verfahren mit und ohne Sofortmaßnahme des KJHT: dem Gericht werden selbst dann sechs Monate für seine Entscheidung zugebilligt, wenn schon eine Kindesabnahme stattgefunden hat. Bei Kleinkindern bewirkt diese Zeitspanne jedoch bereits eine weitgehende Umgewöhnung von den Eltern auf die Pflegeeltern, sodass sie einer Missachtung der Grundrechte von Eltern und Kindern gleichkommt und unnötige dauerhafte Fremdunterbringungen verursacht. Daher sind keinesfalls für beide Fälle dieselben Verfahrensfristen anzudenken.

c) Reformbedarf bei der Verfahrensdauer

Eine Fremdunterbringung ist hinsichtlich der Schwere des damit verbundenen Grundrechtseingriffs m. E. mit einer Freiheitsentziehung bei Erwachsenen vergleichbar: Der Freiheit, seinen Aufenthaltsort, seine persönlichen Kontakte und Aktivitäten nach eigenem Willen zu gestalten, entspricht beim Kind das Grundrecht auf Gestaltung dieser Aspekte nach dem Willen seiner Eltern, die gemäß Art. 8 EMRK die Freiheit ihres Kindes stellvertretend für dieses ausüben. Kinder werden von ihren Erziehungsberechtigten in ihrer Bewegungsfreiheit durch alters- und entwicklungsbedingte Verbote beschränkt, eventuell sogar körperlich festgehalten, wenn sie klein sind. Da solche Freiheitsbeschränkungen die Würde des Kindes berühren, muss es sich diese zwar von seinen Eltern, nicht aber von fremden Personen gefallen lassen, denen im Gegensatz zu den Eltern eben kein Erziehungsrecht i. S. d. Art. 8 EMRK zukommt. Schützenswert ist bei der persönlichen Freiheit eines Kindes daher auch der Aspekt, im Rahmen der Erziehung nur jenen Einschränkungen ausgesetzt zu sein, die dem Willen der eigenen Eltern entsprechen. Das uneingeschränkte Freiheitsrecht gegenüber Dritten endet aber mit einer unfreiwilligen Fremdunterbringung, da Kinder nun ihre erziehungsbedingten Beschränkungen durch Fremde auferlegt bekommen. Bei stationärer Unterbringung sind die Einschränkungen besonders zahlreich, z. B. Verbote, die Einrichtung zu verlassen oder Besucher von draußen zu empfangen. Das rückt in Summe die Fremdunterbringung m. E. in die Nähe des Entzugs der persönlichen Freiheit i. S. d. Art. 5 EMRK, selbst wenn ein solcher im wörtlichen Sinn nicht immer gegeben sein mag²⁹⁷ und die KJH betont, die Betreuung erfolge heute meist in „offenen Einrichtungen“. Nicht

²⁹⁶ Brousek/Hager (Fn. 40), 27 f.

²⁹⁷ So ist laut OGH z. B. die von den Kindern selbst gewünschte Unterbringung in einem Krisenzentrum der KJH bei Weiterbesuch der Schule und Kontakten zu ihren Eltern keine Freiheitsentziehung i. S. d. Art. 5 EMRK (OGH v. 27.11.2020 – 1 Ob 164/20d, RdM-LS 2021/55).

umsonst berücksichtigte die UN-Studie zu „Kindern in freiheitsbeschränkenden Einrichtungen“ auch Einrichtungen der österreichischen KJH.²⁹⁸ Ein Freiheitsentzug wiegt für ein Kind aufgrund seines gedehnten Zeitempfindens, seiner noch nicht ausgereiften Selbstschutzmechanismen (rationales Einordnen und Verarbeiten des Geschehenen), vor allem aber wegen der unwiderruflich vergebenen Entwicklungschancen im Leben „draußen“ (mit den Eltern), weit schwerer als für einen Erwachsenen. Und zusätzlich werden die Erziehungsrechte der Eltern beeinträchtigt.

Dass derzeit das Gesetz Kinder nach ihrer Fremdunterbringung viel weniger schützt, als Erwachsene in vergleichbaren Situationen (z. B. nach Einweisung in eine Anstalt wegen Gefährlichkeit oder nach Festnahme), verstößt daher m. E. gegen den Gleichheitssatz (Art. 7 B-VG). Im Gegensatz zu einem vom KJHT untergebrachten Kind ist nach dem Unterbringungsgesetz (UbG) eine Person durch sehr kurze, verbindliche Fristen geschützt: Betroffene müssen innerhalb weniger Tage persönlich vom Richter besucht werden; binnen 2 Wochen müssen 1 oder 2 Gutachten vorliegen und das Gericht bereits über die vorläufige Fortdauer der Anhaltung entscheiden.²⁹⁹ Es gibt keinen Grund, dass Kinder im Gegensatz dazu unbefristet (bis zur Gerichtsentscheidung) in Einrichtungen „verschwinden“ können. Ihr Rechtsschutz müsste ebenso strikten Verfahrensgarantien folgen wie das UbG. KJHT müssten nach Kindesabnahme verpflichtet sein, wirklich unverzüglich das Gericht einzuschalten, z. B. binnen 24 Stunden³⁰⁰ (die derzeit 8 Tage sind laut OGH eine „gemessen an Art. 6 BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit zweifelhaft lange Frist“³⁰¹). Auch für die folgende amtswegige³⁰² gerichtliche Überprüfung der Sofortmaßnahme müssten verbindliche Fristen (statt „empfohlene“, wie derzeit) und eine Rückkehr des Kindes in seine Familie spätestens zwei Wochen³⁰³ nach einer rechtswidrigen Kindesabnahme garantiert sein; bei Kleinkindern müssten diese Fristen m. E. noch weiter gestrafft werden, da sie stärker unter der Trennung leiden; und Säuglinge dürfte ein KJHT nie ohne Gerichtsbeschluss von der Mutter trennen, sondern maximal beide gemeinsam aufnehmen (auch weil dies das gelindere Mittel ist).³⁰⁴

298 Nach der UN Global Study on Children Deprived of Liberty (Fn. 223) waren 2019 ca. 10.000 Kinder in Österreich von Freiheitsentziehung betroffen.

299 §§ 2 ff. UbG.

300 Dafür bräuchte es einen gerichtlichen *Bereitschaftsdienst*.

301 OGH (Fn. 273).

302 Statt nur auf Antrag der Eltern oder des Kindes gem. § 107a AußStrG!

303 Für zwingende 14-tägige Frist auch *Höllwerth* (Fn. 272), 234. Zwei Wochen Abwesenheit der Bezugspersonen können Kinder meist verkraften (vgl. Urlaub).

304 In diesem Sinn auch Bericht der VA an den Wiener Landtag 2017, 45 ff.

Mit der Entscheidung über die vorläufige Zulässigkeit der Kindesabnahme müsste bereits eine Kontaktregelung verbunden sein. Wegen des fortdauernden Grundrechtseingriffs wäre die Aufrechterhaltung der Fremdunterbringung in regelmäßigen angemessenen Abständen zu überprüfen³⁰⁵ und auch im eigentlichen Obsorgeverfahren Beschleunigung geboten, sodass m. E. nach 4 Wochen zumindest der gerichtliche Hilfeplan vorliegen sollte.

Beantragt dagegen der KJHT Übertragung der Obsorge, ohne das Kind schon vorher in Obhut zu nehmen (was in der Praxis mancher KJHT entgegen § 211 ABGB die Ausnahme sein dürfte³⁰⁶), so ist im Gerichtsverfahren nicht im selben Maß Eile geboten. In Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung müssen die nötigen Verfügungen aber in einer dem Ausmaß der Gefahr angemessenen Zeitspanne erfolgen, je nachdem, wie lange der status quo dem Kind noch zumutbar ist. Nur für solche Verfahren (ohne vorherige Kindesabnahme) könnte das im BMJ erprobte Modell³⁰⁷ unter Umständen eine angemessene Lösung sein.

2. Fehlende „Waffengleichheit“ im Verfahren

a) Zu enge Verflechtungen zwischen KJH, Gericht und Sachverständigen

Im PflEGSchaftsverfahren über einen Antrag des KJHT auf Obsorge-Übertragung stehen einander oft eher junge und daher wenig erfahrene FamilienrichterInnen und ein mit Kindesabnahmen routinemäßig befasstes Team der KJH gegenüber. Erstere neigen dazu, sich auf die Einschätzung des KJHT über die Familie zu verlassen, zum Teil deshalb, weil sie nicht die Verantwortung übernehmen wollen, falls dem Kind in der Familie etwas zustößt. In der Beratung des Gerichts hat der KJHT (trotz Einführung der FGH 2013) immer noch eine bedenkliche Monopolstellung,³⁰⁸ da er die Familie oft schon aus der Gefährdungsabklärung kennt, allerdings dort meist vor Einleitung des Gerichtsverfahrens eine negative Position gegen die Eltern eingenommen hat und daher nicht mehr objektiv ist. Auch dass die Mitarbeitenden des Jugendamts regelmäßig keine ausgebildeten Psychologen sind und daher bei ihrer Vermutung, die Eltern seien nicht erziehungsfähig, Sachverständige nicht ersetzen können, bleibt unterbelichtet. Selbst wenn

305 So auch EGMR (*K u. T/Finland*) (Fn. 64); m. E. auch analog Art. 6 Abs. 2 BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit.

306 Die Zahlen sind nicht öffentlich. Der Wiener KJHT gab an (Email vom 29.09.2022), das Verhältnis seiner eigenen Anträge gem. § 211 ABGB *mit* und *ohne* Sofortmaßnahme nicht zu kennen (!), erstere dürften bei ihm wohl überwiegen.

307 Siehe *Brousek/Hager* (Fn. 40), 28 (Skizze des Ablaufs).

308 Kritisch auch *Deixler-Hübner/Meisinger* (Fn. 66), 571 m. w. N.

das Gericht ein Sachverständigen-Gutachten einholt, bleibt oft der Eindruck fehlender Objektivität bestehen: die GutachterInnen werden z. B. vom KJHT selbst dem Gericht vorgeschlagen (worauf die Gerichte zum Teil unkritisch eingehen) und stehen schon jahrelang in „Geschäftsbeziehung“ zum KJHT, d. h. sie befinden sich in einer wirtschaftlichen Abhängigkeit von ihrer Gutachtenstätigkeit und haben daher die Tendenz, die Begründung des KJHT für die Kindesabnahme in ihr Gutachten zu übernehmen,³⁰⁹ da sie sonst vom KJHT wohl nicht mehr dem Gericht vorgeschlagen werden. Immer wieder wird Mangelhaftigkeit psychologischer Gutachten beklagt,³¹⁰ die Medien thematisierten besondere Auswüchse, z. B. dass einer der best-bezahlten Gerichtsgutachter systematisch Kinder in eine von ihm selbst geleitete sozialpädagogische Einrichtung „einwies“, wobei er die Gutachten zu Lasten der Eltern serienmäßig aus Textbausteinen fertigte, ohne auf die konkrete Familie einzugehen.³¹¹

Die quasi-ExpertInnen-Stellung des KJHT durch seinen Informationsvorsprung gegenüber dem Gericht hinsichtlich der Situation der Familie – wobei der KJHT seine Akten aus der Gefährdungsabklärung dem Gericht nicht einmal vorlegen muss (!)³¹² – und hinsichtlich Kindeswohlfragen generell, sowie sein großer faktischer Einfluss auf Betreuungseinrichtungen, Pflegeeltern und Sachverständige, machen den KJHT oft zum eigentlichen „Herrn des Verfahrens“. Diese zahlreichen Rollen des KJHT vermischen sich im Verfahren in rechtsstaatlich bedenklicher Weise: einerseits ist er Partei, welche die Übertragung der Obsorge auf sich selbst beantragt; andererseits „Sachverständiger“ für Kinder und die konkrete Familie; schließlich aufgrund seiner Interimskompetenz Vertreter (der Interessen) des Kindes³¹³, obwohl das Kind im Verfahren eigenständige Partei mit unter Umständen dem KJHT entgegengesetzten Interessen ist; schließlich sogar „verlängerter Arm des Gerichts“, ³¹⁴ dem gem. § 105 AußStrG die Befragung des Kindes überlassen werden kann (und zwar sogar in Verfahren über Kindesabnahmen wegen „Gefahr im Verzug“, in denen er antragstellende Partei ist!). Zunächst mit dem Auftrag tätig, den Eltern zu helfen, wandelt er sich mit Kindesabnahme bzw. Antragstellung zum mächtigsten Gegner der Eltern –

309 OGH (Fn. 62); *Addendum* (Fn. 49).

310 ORF, Am Schauplatz (Fn. 50); *Addendum* (Fn. 49).

311 Er hatte eine Monopolstellung in Salzburger Obsorgeverfahren und schrieb im Nebenjob (hauptberuflich betrieb er das Heim, in das er Kinder zur Unterbringung empfahl!) 60 Gutachten pro Jahr, oft im „copy-paste-Verfahren“, weshalb gegen ihn wegen falscher Zeugenaussage ein Strafverfahren geführt wurde (ORF, Am Schauplatz (Fn. 50)).

312 Gemäß § 106a Abs. 3 AußStrG besteht nur eine Auskunftspflicht des KJHT.

313 Ab Kindesabnahme ist der KJHT Obsorgeträger für Erziehungsangelegenheiten.

314 So A. Deixler-Hübner/J. Schmidt, iFamZ 2015, 272.

als gegnerische Partei im Gerichtsprozess.³¹⁵ Für die Eltern stellt dies in der Regel einen Vertrauensbruch dar: Sie wenden sich in der Hoffnung um Unterstützung an den KJHT, der ihnen daraufhin das Kind wegnimmt.³¹⁶ All diese Rollenkonflikte sollten m. E. dringend aufgelöst werden, da sie einem fairen rechtsstaatlichen Verfahren entgegenstehen. Sie manifestieren sich nicht zuletzt darin, dass sich das betroffene Kind oft schon während des Verfahrens in der Obhut und unter der Vertretung des KJHT befindet, der jedoch als Partei gleichzeitig auch über eigene subjektive Verfahrensrechte verfügt, mit denen er meist gegen die Rückführung des Kindes zu den Eltern kämpft. Jedem Kind in der Obhut des KJHT müsste daher dringend ein Kollisionskurator (als gesetzlicher Vertreter) und ein eigener Verfahrenshelfer (Rechtsanwalt) bestellt werden, wenn die Obsorge schon während des Verfahrens beim KJHT ist. Die PflEGschaftsgerichte können sich seit einigen Jahren zwar bei ihren Erhebungen und bei der Sozialarbeit mit den Familien von der FGH unterstützen lassen, die nach dem Willen des Gesetzgebers ausdrücklich auch zur Vermeidung der Rollenkonflikte des KJHT (der als Partei z. B. nicht vermitteln kann) geschaffen wurde.³¹⁷ Dieser geplanten Funktion der FGH widerspricht leider die Beobachtung, dass Gerichte bei „guter Zusammenarbeit“ mit dem KJHT oft weiterhin diesen anstelle der FGH einbinden und seiner Expertise mehr Glauben schenken.³¹⁸ Die Beiziehung der FGH sollte in Verfahren über Anträge des KJHT verpflichtend sein, um seinen mit seiner Parteistellung unvereinbaren faktischen Einfluss auf das Verfahren³¹⁹ zu mindern.

Bis heute funktioniert die seit Beginn der Jugendfürsorge intendierte Kontrolle der Jugendämter durch Gerichte und Sachverständige nicht, da sich oft ein geschlossener Kreislauf ausbildet, in dem alle professionellen Akteure voneinander abhängig sind, und der daher für überschießende Maßnahmen anfällig ist: jene, die Erziehungshilfen beantragen, wie jene, die psychologische und medizinische Diagnosen und Prognosen verfassen, sowie die RichterInnen, die Maßnahmen der Jugendämter absegnen, verstricken sich in ein System wechselseitiger Abhängigkeiten und Loyalitäten, in dem sys-

315 *Höllwerth/Meisinger* (Fn. 268), 749 plädieren daher zu Recht für eine stärkere Trennung der Tätigkeiten der Unterstützung und der Parteistellung im Rahmen der KJH.

316 OGH (Fn. 61): Eine junge Mutter, noch in Ausbildung, bat die KJH um eine Familienhefnerin ein- bis zweimal pro Woche, weil im Lockdown 2020 der Kindergarten schloss. Der KJHT bot nur Aufnahme beider in ein Mutter-Kind-Heim an, was sie ablehnte. Sie bekam stattdessen Unterstützung von Freunden und der eigenen Mutter. Der KJHT holte daraufhin das Kleinkind aus dem Kindergarten und brachte es bei Pflegeeltern unter.

317 Siehe Materialien zum KindNamRÄG 2013: ErläutRV 2004 BlgNR 24.GP. 5f.

318 ÖIF, Endbericht, Evaluierung des KindNamRÄG 2013, Obsorge- und Kontaktrechtsverfahren, Wien 2017, 47, 74.

319 Ähnlich *M. Mayrhofer/H. Salicites*, iFamZ 2015, 60.

temexterne und verfahrenskritische Kontrollinstanzen fehlen. Dieser Befund zum ausgehenden vorigen Jh.³²⁰ trifft m. E. immer noch vielfach zu. Ist ein Kind einmal abgenommen, ist es äußerst schwierig für die Familie, dem System wieder zu entkommen. Während das Gerichtsverfahren noch läuft, schafft der KJHT bereits wirksam Fakten zugunsten von Pflegeeltern oder des anderen Elternteils³²¹, auch gegen das Recht, und ist sich dieser Macht nur allzu bewusst.³²²

b) Unterbleiben der Befragung des Kindes

Besondere Bedeutung kommt im Verfahren über die Obsorge dem Willen des betroffenen Kindes zu,³²³ wobei das Kind nicht als Objekt, sondern als Subjekt des Verfahrens zu behandeln ist. Die Berücksichtigung des Kindes als eigenständige Person gelingt in Gerichtsverfahren derzeit nur unzureichend, besonders bei jüngeren Kindern. Das Gericht ist nicht verpflichtet, das Kind persönlich zu befragen (auch das ist eine unsachliche Differenzierung im Vergleich zu Erwachsenen im Unterbringungsrecht), sondern kann aus einer Reihe von Gründen auf die Anhörung verzichten und das Kind durch die FGH, einen Sachverständigen, oder sogar den KJHT(!) befragen lassen, z. B. schon allein deshalb, weil das Kind noch nicht 10 Jahre alt ist,³²⁴ aber auch aus gesundheitlichen Gründen oder wenn „eine Äußerung der unbeeinflussten Meinung nicht zu erwarten ist“. Oft ist die Verweigerung der Anhörung jedoch überhaupt nicht nachvollziehbar.³²⁵ Es besteht hier gleich in mehrfacher Hinsicht die Gefahr der Beeinträchtigung des Rechts des Kindes auf Partizipation durch den KJHT, besonders bei jenen Kindern, die schon in „voller Erziehung“ sind: So kann der KJHT vor Gericht (unter Berufung auf seine eigene psychologische Expertise) die Belastbarkeit des Kindes oder dessen Fähigkeit, einen unbeeinflussten Willen zu bilden (z. B. wegen behaupteter Einflussnahme der Eltern bzw. eines „Loyalitätskonflikts“³²⁶), bestreiten, was bereits ein Unterbleiben der persönlichen Anhörung durch den/die Richter/in und stattdessen die Befragung durch den

320 *Sieder/Smioski* (Fn. 10), 522.

321 Zwei Fälle in *Meinbart* (Fn. 51), 30 ff.

322 *Die Presse* (Fn. 20).

323 Siehe die verfassungsrechtliche Absicherung des Rechts des Kindes auf angemessene Berücksichtigung seiner Meinung in allen es betreffenden Angelegenheiten in Art. 4 B-VG Kinderrechte 2011 (basierend auf Art. 12 KRK).

324 In einer Stichprobe des RH wurden 2013 bis 2015 nur 16% der unter Zehnjährigen in Ob-sorge- und Kontaktrechtsverfahren von RichterInnen selbst angehört, je 34% von KJHT und FGH (Bericht des RH (Fn. 288), 87).

325 Siehe z. B. den exemplarisch geschilderten Fall.

326 Jahresbericht des KJHT Wien 2020, 27 („Loyalitätskonflikte durch Besuche“).

KJHT zur Folge haben kann.³²⁷ Letzteres verstößt aber gegen die Prinzipien eines fairen Verfahrens und wird zu Recht als Verletzung des Grundsatzes der Befangenheit kritisiert, da der KJHT in einen Interessenkonflikt zwischen Pflicht zur Unparteilichkeit (bei Befragung des Kindes) und eigener Parteistellung gerät.³²⁸ In Verfahren, in denen der KJHT selbst Antragsteller ist, dürfte die Befragung des Kindes nicht durch ihn stattfinden, vor allem wenn er das Kind schon in seiner Obhut hat.³²⁹

Auch bei Befragung des Kindes durch eine andere Person sollte der Richter/die Richterin zumindest anwesend sein und es sollte einen (informellen) Termin mit gleichzeitiger Anwesenheit von Eltern und Kind vor dem Gericht geben, damit sich der/die Richter/in ein persönliches Bild von der Familie als Einheit machen kann. Wegen der Bedeutung des Verfahrens für das weitere Leben des Kindes müsste m. E. obligatorisch ein Verfahrenshelfer (Rechtsanwalt)³³⁰ bestellt werden, der dessen Rechte wahrnimmt.³³¹ Gerade der mögliche Interessenkonflikt zwischen KJHT und Kind in seiner Obhut muss durch eine unbeteiligte 3. Person entschärft werden, um eine gleichberechtigte Partizipation des Kindes am Verfahren überhaupt erst möglich zu machen.

c) Unterbleiben der Befragung von Auskunftspersonen

Negativen Einfluss auf das Verfahren aus Sicht der Familie nimmt der KJHT auch bei der Auswahl der vom Gericht befragten Auskunftspersonen. Immer wieder hört man von betroffenen Eltern, dass z. B. der Lehrer oder die Kinderärztin die Vorwürfe des Jugendamts entkräften wollte, diese Personen aber trotz bekundeter Bereitschaft nie vom Gericht angehört wurden, z. B. weil der KJHT den Eindruck erweckt hat, selbst ausreichend Erhebungen im Rahmen seiner „Gefährdungsabklärung“ gemacht zu haben, oder ihm schlicht geglaubt wird. Das Gericht sollte jedoch möglichst viele Personen, die die Familie kennen – Lehrerinnen, Nachbarn, Verwandte, Ärztinnen, Freunde –, hören, um die Situation objektiv einschätzen und die Ressourcen im Umfeld des Kindes zur Behebung der Probleme (wer kann welche Unterstützung übernehmen, um die Kindesabnahme zu vermeiden?) zwecks

327 Beck in E. Gitschthaler/J. Höllwerth (Hrsg.), *AußStrG*, 2. Aufl., Wien 2019, § 105, Rn. 31.

328 *Deixler-Hübner/Schmidt*, *iFamZ* 2015, 272.

329 Dies fordern auch *Deixler-Hübner/Schmidt* (Fn. 328).

330 Dies kann nicht durch den Kinderbeistand (gem. § 104a *AußStrG*, der dem Kind den Verfahrensverlauf altersgemäß erklärt und den Willen des Kindes ggf. dem Gericht übermittelt, allerdings nicht rechtskundig ist) ersetzt, sondern allenfalls ergänzt werden.

331 Z. B. ähnlich dem Patientenanwalt in der Psychiatrie (so die Forderung einer Rechtsanwältin, *Meinhart* (Fn. 51), 30). Die Kindesabnahme führt zum Obsorgeübergang auf den KJHT, daher ist für die Vertretung des Kindes auch ein *Kollisionskurator* nötig.

Anwendung des gelindesten Mittels ausloten zu können.³³² Aufgrund der schlechten personellen Ausstattung der Familiengerichte ist davon auszugehen, dass gerichtliche Maßnahmen zum Kindeswohl nur dann verlässlich stattfinden, wenn sie das Gesetz ausdrücklich vorschreibt (nicht dem Ermessen überlässt). Ein verbindlich einzuberufender Familienrat (nach Vorbild der FGC) würde die Einbeziehung aller relevanten Auskunftspersonen sichern.

d) Kostenbelastung der Eltern

Familien, die von Kindesabnahme betroffen sind, können sich oft die anwaltliche Vertretung im Verfahren über mehrere Instanzen und den Gang zum OGH, der die Grundrechte der Familien konsequenter schützt als viele Untergerichte, nicht leisten. Neben den hohen Verfahrenskosten³³³ (zB für Sachverständigengutachten³³⁴) belastet sie wegen ihrer Unterhaltspflicht auch ein Teil der Kosten der Fremdunterbringung.³³⁵ Das führt z. B. zur absurden Situation, dass Eltern wegen Schulden die Obsorge für ihre Kinder entzogen wird, sie gerade dadurch aber hohe Zusatzausgaben haben,³³⁶ unter anderem durch Fahrtkosten zu Besuchen in weit entfernten Einrichtungen oder Besuchsbegleitung, falls der KJHT Kontakt nur beaufsichtigt gestattet. Nicht nur das Einkommen der Eltern wird durch eine Kindesabnahme oft bis zum Rand des Existenzminimums belastet: Haben sie Eigentum, z. B. ein Haus, so kann auch dieses für die Kosten der Unterbringung gepfändet und versteigert werden.³³⁷ Die finanzielle Basis der Familie wird so zerstört, was zynischerweise wiederum ein Argument für den KJHT liefern kann, die Rückführung des Kindes abzulehnen, da Armut ja zu den am häufigsten von KJHT genannten Gründen für Kindesabnahmen zählt. Angesichts des massiven Grundrechtseingriffs³³⁸ dürften Betroffene ein Obsorge-Entziehungsverfahren nicht aus Geldmangel ohne Anwalt führen müssen. Es sollte den Eltern ein kostenloser Verfahrenshelfer gewährt werden (analog

332 Für Einbindung des Umfelds im Hilfeplan auch VA (Fn. 4), 15.

333 Einen Kostenersatz gibt es in Obsorgeverfahren nicht (§ 107 Abs. 5 AußStrG). Evtl. können Eltern, die wenig Vermögen und Einkommen haben, *Verfahrenshilfe* erhalten.

334 Dieses kann die Eltern bis zu 8000 € kosten, siehe *Addendum* (Fn.49).

335 Das gilt auch, wenn die Fremdunterbringung durch den KJHT rechtswidrig war (!): OGH v. 14.02.2013 – 5 Ob 157/12t; OGH v. 09.07.2013 – 4 Ob 47/13k, EF-Z 2014/17; OGH v. 23.02.2016 – 4 Ob 191/15i, Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (EvBl) 2016/117 (*Brenn*).

336 Z. B. wurden Eltern 12.000 € verrechnet, für zwei Kinder, die zuvor vom KJHT wegen Schulden (!) der Eltern abgenommen wurden, *ORF*, Am Schauplatz (Fn. 50).

337 Eltern haften auch mit ihrem Vermögen für Kindesunterhalt (OGH v. 24.06.2014 – 4 Ob 85/14z).

338 M. E. massiver als eine kurze Haftstrafe (vgl. OGH v. 23.03.2021 (Fn. 32)).

dem Pflichtverteidiger im Strafprozess). Aus den korrigierenden Entscheidungen des nur selten von Eltern anrufbaren OGH³³⁹ muss auf eine hohe Zahl rechtswidriger Sofortmaßnahmen der KJHT und Fehlentscheidungen von Untergerichten geschlossen werden. Es bedarf daher sowohl effizienterer (auch finanzieller) Mittel für die Familien, ihr Recht zu erstreiten, als auch mehr amtswegiger Kontrollen durch die Gerichte.

IX. Verweigerte Rückführungen: auch Eltern haben Grundrechte

Nach der Rechtsprechung des OGH soll eine Rückführung dann erfolgen, wenn „die ordnungsgemäße Pflege und Erziehung durch den antragstellenden Elternteil, dem schon einmal die Obsorge wegen Gefährdung des Kindeswohls entzogen werden musste, gewährleistet ist und keine Gefahr mehr für das Wohl des Kindes besteht“.³⁴⁰ Die Rückübertragung der Obsorge an die Eltern setzt demnach den Wegfall der ursprünglichen Kindeswohlgefährdung voraus, und zwar so nachhaltig, dass sich daraus auch eine positive Zukunftsprognose³⁴¹ ergibt. Einer Rückführung stehen „vorübergehende Umstellungsschwierigkeiten“ des Kindes, z. B. durch die Trennung von den Pflegeeltern, nicht entgegen, sondern nur „konkrete und ernste“ Gefahren für die Kindesentwicklung.³⁴² Bei für das Kind annähernd gleichwertigen Situationen geben somit die Grundrechte der Eltern (Art. 8 EMRK) den Ausschlag. Wie bei der Kindesabnahme, lehnt der OGH also auch bei der Rückführung zu Recht einen „Günstigkeitsvergleich“ ab:³⁴³ Dass ein Kind in sozialen Einrichtungen oder bei Dritten „besser“ betreut oder erzogen würde als von seinen Eltern, rechtfertigt noch keinen Eingriff in die Obsorge der Eltern und steht auch einer Rückführung nicht entgegen. Dies entspricht der Judikatur des EGMR, der festhält, dass die Inobhutnahme von Kindern durch den Staat prinzipiell als temporäre Maßnahme anzusehen und daher zu beenden ist, sobald es die Umstände erlauben; der Staat habe die positive Pflicht, aktiv ernsthafte Bemühungen zu unternehmen, um das oberste Ziel, die Wiedervereinigung des Kindes mit seinen leiblichen Eltern zu ermöglichen; Minimum seien regelmäßige Kontrollen, ob sich die Situation in der Familie verbessert hat; die Beschränkung der Kontakte zwischen Kind und

339 Unter anderem wegen gesetzlicher Hürden für eine Revision (siehe § 502 ZPO).

340 Rechtssätze RIS-Justiz RS0009676 und RS0048731 (T1, T6), z. B. OGH v. 18.09.2014 – 1 Ob 167/14m, EvBl-LS 2015/10 (*Brenn*); vgl. § 185 ABGB.

341 OGH v. 27.05.2014 – 9 Ob 25/14p; OGH (Fn. 340).

342 OGH (Fn. 340), OGH (Fn. 62).

343 OGH v. 28.06.2017 (Fn. 68); OGH (Fn. 62).

Eltern auf seltene Treffen sei eine Verletzung des Art. 8 EMRK, da sie die Rückführung des Kindes erschwere.³⁴⁴

Die vom EGMR geforderten staatlichen Anstrengungen zur Rückführung des Kindes finden in der Praxis jedoch nur selten statt. Selbst bemühte RichterInnen scheitern an den fehlenden Möglichkeiten einer Hilfeplanung, da sie bei der Gewährung von Hilfen an die Familien von der Kooperation der KJHT abhängen, die oft gemeinsam mit ihren Vertragspartnern – sozialpädagogischen Einrichtungen und Pflegeeltern – im Gegensatz zum Gericht auf eine dauerhafte Fremdunterbringung hinarbeiten.³⁴⁵ Die nie wirklich durchbrochene Praxis willkürlicher und überschießender Eingriffe der Jugendämter in Familien zeigt sich auch bei der Vereitlung von Rückführungen: Durch Beschränkung der Kontakte zwischen Kind und Eltern, Entfremdung des Kindes, fehlende Unterstützung und Nichtbeachtung von Fortschritten der Eltern, in Verbindung mit viel zu langen Obsorgeverfahren, führen KJHT besonders bei Kleinkindern (die bei Pflegeeltern am beliebtesten sind) oft dauerhafte Fremdunterbringungen herbei. Folgender exemplarischer Fall illustriert das typische Zusammenwirken von KJHT, Pflegeeltern und Gerichtssachverständigen bei Verhinderung einer Rückführung:³⁴⁶

Eine junge Mutter überträgt wegen Wohnungslosigkeit vorübergehend Pflege und Erziehung für ihre 1- und 3-jährigen Kinder dem KJHT, dieser gibt sie in die Obhut einer Pflegemutter. Als die Mutter eine Wohnung gefunden hat, will sie die Kinder zu sich holen, was ihr unter Hinweis auf ihre neuerliche Schwangerschaft verweigert wird. Der Mutter werden nun nur mehr begleitete Kontakte mit ihren Kindern erlaubt, sie gewinnt den Eindruck, die Pflegemutter betrachte ihre Kinder schon als eigene. Auf Antrag des KJHT überträgt das Erstgericht diesem nach Einholung eines Sachverständigengutachtens die Obsorge, obwohl das Gutachten keine Begründung für eine aktuelle Beeinträchtigung des Kindeswohls liefert, sondern nur die Umstände am Beginn der Fremdunterbringung wiedergibt; auch das Rekursgericht lehnt die Rückführung ab, da die Mutter Alleinerzieherin (!) und es an Kooperation mit dem KJHT mangle; die Trennung vom jüngsten Geschwister sei „nicht relevant“, da die beiden älteren ja schon vor seiner Geburt ausgezogen waren (!). Der OGH verwies die Sache zur Ergänzung um Feststellungen zur aktuellen Situation der Mutter zurück. Zu diesem

344 EGMR (*K. u. T./Finnland*), EGMR (*R./Finnland*) (beide Fn. 64).

345 Mit regionalen Unterschieden: in Vorarlberg wird mit Elternarbeit oft die Rückführung erzielt (*VA* (Fn. 4), 39), der KJHT Wien startet nach einem Jahr bei Pflegeeltern gar keinen Versuch mehr, das Kind zurückzuführen (*Kurier* (Fn. 44)).

346 Sachverhalt in OGH (Fn. 62).

Zeitpunkt sind allein seit Einholung des mangelhaften Gutachtens weitere 9 Monate vergangen.

Wie an diesem Bsp. zu sehen ist, werden Fremdunterbringungen von Untergerichten auf Wunsch der KJHT fortgesetzt, auch wenn bei den Eltern keine Kindeswohlgefährdung mehr besteht,³⁴⁷ entgegen der Judikatur von EGMR und OGH. Bei Kleinkindern werden Rückführungen freilich vom KJHT mit der Begründung abgelehnt, sie erinnerten sich nicht mehr an ihre Eltern, weshalb ihnen ein „zweiter Beziehungsabbruch“ (nach dem ersten durch Kindesabnahme) nicht zumutbar sei, selbst wenn die ursprüngliche Kindesabnahme unberechtigt war (!).³⁴⁸ Bei Kindern unter drei Jahren trete diese „Eingewöhnung“ bei den Pflegeeltern schon nach ca. 12 Monaten ein,³⁴⁹ ab dann stelle ein nochmaliger Obsorgewechsel eine Kindeswohlgefährdung dar.³⁵⁰ Dagegen wendet der OGH zu Recht ein, dass die Rechtsansicht, das Kind solle bei den Pflegeeltern bleiben, wenn es ihm bei ihnen „gut“ gehe und sie nun seine primären Bezugspersonen seien, mit dem Recht auf Familienleben nach Art. 8 EMRK unvereinbar ist, da sie bei jedem in den ersten Jahren fremduntergebrachten Kleinkind dazu führen müsste, es dort zu belassen.³⁵¹ Bei einer derzeit durchschnittlichen Dauer des Obsorge-Verfahrens von mehreren Monaten laufen leibliche Eltern also selbst bei einem für sie positiven Ausgang Gefahr, ihr Kind nicht zurückbekommen.

Offenbar soll nun ein im BMJ diskutierter Reformvorschlag genau diese menschenrechtswidrige Praxis der Jugendämter künftig begünstigen: Fremduntergebrachte Kinder sollen nur noch dann zu ihren Eltern zurückkehren, wenn diese sie nachweislich „besser“ betreuen als die Pflegeeltern bzw. das Personal der Einrichtung des KJHT³⁵² – ein Verfahrensergebnis, das von den leiblichen Eltern kaum je zu erzielen sein wird, schon weil sie im Prozess unter enormer emotionaler Belastung stehen, während dieser für den KJHT „daily business“ ist. Ihre Position im Obsorgeverfahren ist von vornherein strukturell schwächer angelegt als die des KJHT, der sich in der Regel auf die Seite der Pflegeeltern stellt, die er selbst ausgesucht hat und die oft eine adoptionsartige Stellung anstreben. Die geplante Reform soll explizit der aktuellen Rechtsprechung des OGH entgegenwirken, die Rückführungen grds. schon bei Wegfall der Gefährdung in der Familie befürwortet, und widerspräche damit m. E. Art. 8 EMRK, nach dem eine Obsorge-Entziehung nur

347 Auch in OGH (Fn. 45) (trotz positiven Gutachtens!).

348 *Die Presse* (Fn. 20).

349 *Huber* (Fn. 85), 310; OGH (Fn. 48).

350 OGH (Fn. 48).

351 OGH (Fn. 45); OGH v. 28.06.2017 (Fn. 68).

352 Bis November 2025 lag öffentlich noch nicht der konkrete Gesetzesentwurf vor.

bei Kindeswohlgefährdung gedeckt ist, während bei ähnlich guten Alternativen den Grundrechten der Eltern der Vorrang zu geben ist. Was für ein Kind „besser“ ist, können nur Eltern im Rahmen ihrer Familienautonomie nach den eigenen subjektiven Kriterien entscheiden, ein (mit Recht abgelehnter) Günstigkeitsvergleich würde staatlicher Willkür Tür und Tor öffnen, denn für jedes Kind fänden sich Pflegeeltern, die in gewisser Hinsicht „besser“ qualifiziert wären (z. B. reicher, gebildeter). Die Reform käme daher einer gesetzlichen Legitimierung der grundrechtswidrigen Praxis einiger KJHT, durch voreilige Kindesabnahmen vollendete Tatsachen zu schaffen und die Rückführung von kleinen Kindern zu vereiteln, gleich.

Um der bei Kleinkindern (aufgrund ihres anderen Zeitempfindens³⁵³) besonders schnell eintretenden Entfremdung entgegenzuwirken, müssten m. E. die Weiterführung enger Kontakte zu den Eltern, eine rasche Überprüfung der Kindesabnahme (analog zu den Fristen des Unterbringungsrechts), ein beschleunigtes Obsorge-Verfahren und regelmäßige gerichtliche Prüfungen der Rückführungsmöglichkeit³⁵⁴ im Gesetz vorgeschrieben werden. Die Rückführung kann auch durch schrittweise Ausweitung der Kontakte der Eltern unter Aufrechterhaltung der Beziehung zu den Pflegeeltern (denen ein eigenes Kontaktrecht zukommt³⁵⁵) eingeleitet werden, was dem Kind im Gegensatz zu einem abrupten Betreuungswechsel eher zumutbar sein wird.³⁵⁶ Ein Hauptfehler in der Diskussion liegt m. E. darin, nur ein „Entweder-Oder“ zwischen leiblichen Eltern und Pflegeeltern zu sehen. Der Vorrang der leiblichen Eltern bedeutet nicht, die Beziehung des Kindes zu den Pflegeeltern abzubrechen. Eine Reform sollte daher fördern, dass sich leibliche Eltern und Pflegeeltern die Betreuung des Kindes in einer Übergangszeit teilen.³⁵⁷ Die Argumente dagegen, das Kind brauche einen „sicheren Hafen“ oder gerate durch die Präsenz der leiblichen Eltern in einen Loyalitätskonflikt, ähneln auffällig der längst überholten Ansicht, Kinder würden durch zu viel Kontakt mit dem getrennt lebenden Elternteil (z. B. nach Scheidung der Eltern) belastet. Nicht der aufrechterhaltene Kontakt schadet dem Kind, sondern der Beziehungsabbruch, der eine lebenslange Hypothek³⁵⁸ darstellt und daher bei getrennten Eltern heute tunlichst vermieden wird. In der KJH gehören Beziehungsabbrüche aber leider noch immer zum typischen Reper-

353 Deixler-Hübner/Meisinger (Fn. 66), 591.

354 Entsprechend EGMR (*K u. T/Finnland*) (Fn. 64).

355 § 188 ABGB (*Fischer-Czermak* (Fn. 122), § 188 Rn 2).

356 OGH v. 28.06.2017 (Fn. 68); OGH (Fn. 62).

357 Auch bei getrennten Eltern werden Kinder faktisch oft von zwei Familien abwechselnd betreut, nämlich von ihren beiden Eltern und deren neuen PartnerInnen.

358 Die oft lebenslange Suche von Adoptivkindern nach ihren leiblichen Eltern zeigt, dass für das Kindeswohl sehr wohl auch die biologische Verbundenheit zählt.

toire der KJHT im Interessenkonflikt zwischen Eltern und Pflegeeltern. Interessenvertretungen von Pflegeeltern fordern sogar, im Gesetz einen „point of no return“ zu verankern, nach dem gar kein Rückführungsantrag von den Eltern mehr gestellt werden könnte.³⁵⁹ Dies wäre m. E. menschenrechtswidrig. Vielmehr ist durch intensive Kontakte zur Herkunftsfamilie auch während Fremdunterbringung i. S. d. Art. 8 EMRK die Rückführung des Kindes zu fördern. Ansätze für eine stärkere Einbindung der leiblichen Eltern in die Betreuung nach Kindesabnahme sind vereinzelt erkennbar, z. B. die „Familienbegleitende Pflegeplatzunterbringung“ der steirischen KJH mit dem Ziel der Rückführung³⁶⁰ oder (m. E. noch treffsicherer, weil gelinderes Mittel) die „Teilzeitpflegeelternschaft“ der oberösterreichischen KJH zur tageweisen Entlastung von Familien³⁶¹, eine bundeseinheitliche Praxis fehlt auch hier wegen der Länder-Zuständigkeit. In vielen Fällen könnte schon die „Paten-schaft“³⁶² einer zusätzlichen Bezugsperson außerhalb der Familie, die sich regelmäßig um das Kind kümmert, reichen.

X. Resümee

In Österreich wird ein großer Teil der Kindesabnahmen von Jugendämtern ohne vorherigen Gerichtsbeschluss, ohne eingehende Prüfung gelinderer Mittel und oft auch ohne echte Dringlichkeit durchgeführt. Eltern, denen ihr Kind vom KJHT abgenommen wird, können nicht sicher sein, dass ein Gericht diese Maßnahme binnen grundrechtskonformer Frist überprüft. Auch sonst ist für Eltern kein faires Verfahren über Anträge des KJHT auf Obsorge-Entziehung garantiert: Ihre Parteistellung ist strukturell und faktisch schwächer als die des KJHT, Sachverständigengutachten sind zum Teil von mangelhafter Qualität und die Gerichte nicht einmal verpflichtet, betroffene Kinder persönlich anzuhören. Während der Fremdunterbringung müssen Kinder und Eltern willkürliche Beschränkungen ihres Kontaktrechts hinnehmen, die Entfremdung begünstigen und eine Rückführung erschweren. Durch die Bedingungen in der Unterbringung drohen dem Kind weitere Menschenrechtsverletzungen: Weder angemessene Schulbildung, noch die nötige medizinische oder psychologische Versorgung, ja nicht ein-

359 Geserick/Mazal/Petric (Fn. 232), 120 ff. Bei manchen KJHT (z. B. Wien) geht die Praxis in diese Richtung.

360 Geserick/Mazal/Petric (Fn. 232), 27 f.

361 KJH OÖ, siehe <https://www.kinder-jugendhilfe-ooe.at/808.htm> (zuletzt abgerufen: 30.06.2023).

362 Nach Vorbild der Paten der „ARGE Patenfamilien“ für Kinder psychisch belasteter Eltern (laut Presseinfo vom 15.02.2023 bald in der gesamten Steiermark ausgerollt).

mal Schutz vor Gewalt und Missbrauch können die KJHT den Kindern in ihrer Obhut bieten, geschweige denn eine förderliche Umgebung oder empathische Zuwendung durch das chronisch überforderte und ständig wechselnde Personal. Schließlich ist auch nicht sichergestellt, dass die Behörden i. S. d. Art. 8 EMRK aktiv am Erhalt der Familie oder der Rückführung des Kindes arbeiten; der Umgang mit den Eltern ist oft herablassend und wenig hilfreich. Auch fehlen Strategien zur De-Institutionalisierung in der Fremdunterbringung.

Die aktuellen Gesetze könnten (und müssten) zwar verfassungskonform interpretiert werden, sodass nur notwendige und verhältnismäßige Eingriffe in Familien stattfänden, in der Praxis ist das Gelingen des Grundrechtsschutzes jedoch vom Engagement der handelnden Personen abhängig, weil in den Gesetzen Konkretisierungen der Befugnisse der KJHT (insb. durch explizite Nennung der Kriterien für Kindesabnahmen wegen Gefahr im Verzug) und verfahrensrechtliche Garantien für einen effektiven Rechtsschutz – dh. Vorschriften für eine unverzügliche und dann regelmäßige Überprüfung der Fremdunterbringung und ein faires Verfahren über die Obsorge mit angemessenen Fristen – fehlen. Trotz der schon jetzt massiven rechtsstaatlichen Probleme im Bereich Kindesabnahmen (Jugendämter setzen sich teilweise sogar über Gerichtsbeschlüsse hinweg) bestehen aktuell Tendenzen, die gesetzlichen Befugnisse der KJHT noch weiter auszubauen. Durch das Versagen des österreichischen Rechtsstaats im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe zerstören staatliche Willkürakte das Leben von Kindern und ganzen Familien. Wird weiter der Mantel des Schweigens über die aktuellen Menschenrechtsverletzungen in der KJH gebreitet, muss künftig wieder – wenn es für die Opfer zu spät ist – die Aufarbeitung der heutigen Skandale erfolgen.

Between the Obligation to Protect and the Prohibition to Interfere: Child Protection in Flanders (Belgium)

Johan Put / Liese Hofkens

I.	Introduction	133
II.	The Belgian youth welfare landscape.	134
III.	The Flemish child protection system in a nutshell	136
	1. Aims, guiding principles and scope.	136
	2. Voluntary child protection	137
	3. Mandated services	140
	4. Judicial child protection	141
IV.	Striking a balance: children's and human rights compliance.	145
	1. International and European standards	145
	2. Belgian constitutional foundation	150
	3. Evaluation of the Flemish child protection system	151
V.	The unique position of the unaccompanied foreign minor.	159
	1. Applicability of the Flemish child protection.	159
	2. Specific questions and initiatives	161
VI.	Conclusion	163

I. Introduction

Globally, youth welfare and child protection systems face a tension between the state's power to intervene on the one hand and the autonomy and integrity of families on the other. The recognition of the child as a legal subject has after all led to increasing government control in the area of child-rearing. In the past, child-rearing was provided by parents according to their own insights and abilities, behind closed doors. Now, it is the subject of a controlled authority.¹ Parents or legal guardians are still seen as primarily responsible for the upbringing and development of their children.² However, the state should intervene by positively supporting parents in their child-rearing responsibilities and by providing a safety net when parents are truly unable

1 K Goris, E Dumortier, S Pleysier, 'Het "probleemkind" in de Belgische jeugdbescherming, een geschiedenis. Een geschiedenis van het "probleemkind" in de Belgische jeugdbescherming (1912–2012)', *Orde van de Dag* 58 (2012) 9.

2 Preamble, arts 5 and 18 CRC.

to provide their child with what he or she needs.³ The international and European children's and human rights regulations impose restrictions on member states to refrain from an arbitrary intervention in the private and family life, but also require them to protect the development and upbringing of children.⁴ Consequently, the authorities are faced with an obligation to intervene and a ban on intervention at the same time.⁵

In this article, the focus is on the Flemish child protection system, and the way in which this system balances the obligation to protect and the prohibition to interfere. First, this requires a basic outline of the general Belgian youth welfare landscape and a description of the specific Flemish child protection system. The authors then discuss the system requirements from the CRC,⁶ as well as the case law of the ECtHR regarding arts 3 and 8 of the ECHR⁷ and evaluate the global Flemish child protection system on that framework. Finally, the authors focus on the unique position of the unaccompanied foreign minor.

II. The Belgian youth welfare landscape

Belgium is a federal state, composed of communities (the Flemish Community, the French Community and the German-speaking Community) and regions (the Flemish Region, the Walloon Region and the Brussels Region).⁸ The federal state and communities provide a wide range of rules, institutions, facilities and services to assist parents and legal guardians in the performance of their child-rearing responsibilities, thereby promoting and ensuring the well-being and development of children.⁹ These include the legal organisation of the family and the status of the minor, the prohibition of child labour, compulsory education, family benefits, youth health care, the general youth policy and youth employment policy, as well as social and welfare services for families and children.¹⁰

3 Art 3, para 2, art 18, para 2, arts 19 and 20 CRC; principles 4, 5 and 32 Resolution A/64/434 of 24 February 2010, adopted by the General Assembly of the United Nations, concerning 'Guidelines for the Alternative Care of Children' (GAC); arts 3 and 8 ECHR.

4 Among others arts 3–5, 9, 16, 18–20, 37, a) and 39 CRC; arts 3 and 8 ECHR.

5 J Put, H Asselman, 'Jeugdhulp tussen beschermingsplicht en inmengingsverbod' in I Boone, J Put, F Swennen, G Verschelden (eds), *Liber amicorum Patrick Senaevae* (Mechelen 2017) 707.

6 New York, 20 November 1989.

7 Rome, 4 November 1950.

8 Arts 1–3 The coordinated Constitution of 17 February 1994 (Belgian Constitution), *Belgian Official Gazette* (17 February 1994).

9 J Put, L De Geyter, 'De Jeugdbescherming' in B Seutin, G van Haegendoren (eds), *De bevoegdheden van de gemeenschappen* (Brugge 2017) 432.

10 J Put, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht* (Brugge 2025) 3–4.

However, in a number of situations, these general youth welfare regulations cannot prevent children's welfare from being seriously threatened. When the developmental or welfare needs of minors would benefit from additional or specific interventions, it is justified, or even required, for the authorities to intervene in form of specific youth care (*jeugdbescherming*), which consists of child protection (*jeugdhulp*) and juvenile delinquency (*jeugddelinquentie*) law.¹¹ Child protection focuses on children in a problematic situation, whereas juvenile delinquency law targets children who are being prosecuted for a juvenile offence.

Since the state reform in Belgium in the beginning of the 1980s, the communities have the responsibility regarding personal matters, including a part of the youth care.¹² This power was further extended in 2014. As a result, the communities are responsible for almost the entire area of child protection and juvenile delinquency. Given that it is a community responsibility, four systems of child protection and juvenile delinquency are possible: the system of Brussels,¹³ of the Flemish Community,¹⁴ of the French Community¹⁵ and of the German-speaking Community.¹⁶ However, the federal state remains responsible for several related matters: (1) the rules of civil law on the status of minors and the family; (2) the rules of criminal law which define an offence as conduct which infringes youth care and which makes such infringements punishable, including the provisions relating to the prosecution; (3) the organisation of the youth courts, their territorial jurisdiction and the administration of justice before them; (4) the execution of the sentences pronounced with regard to minors who have committed a juvenile offence

11 Put, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, 3–5.

12 Art 128, para 1 Belgian Constitution; art 5, para 1, II, 6° Special Act of 8 August 1980 *tot hervorming der instellingen*, *Belgian Official Gazette* (15 August 1980); Put, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, 27.

13 Ordinance of 29 April 2004 *inzake hulpverlening aan jongeren*, *Belgian Official Gazette* (1 June 2004). Brussel has already drawn up its own juvenile delinquency law in the Ordinance of 16 May 2019 *betreffende de jeugdhulpverlening en jeugdbescherming*, *Belgian Official Gazette* (5 June 2019), which will also replace the Ordinance of 2004 on child protection, but the date of enactment has yet to be determined. Until then, the juvenile delinquency law from the Federal Act of 8 April 1965 *betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade* (Youth Care Act), *Belgian Official Gazette* (15 April 1965) applies.

14 Decree of 12 July 2013 *betreffende de integrale jeugdhulp*, *Belgian Official Gazette* (13 September 2013); Decree of 15 February 2019 *betreffende het jeugddelinquentierecht*, *Belgian Official Gazette* (26 April 2019).

15 Decree of 18 January 2018 *portant le code de la prévention, de l'Aide à la jeunesse et de la protection de la Jeunesse*, *Belgian Official Gazette* (3 April 2018).

16 Decree of 13 November 2023 *über die Jugendhilfe und den Jugendschutz*, *Belgian Official Gazette* (15 February 2024).

and who have been transferred to the adult criminal justice system, except for the management of care facilities for minors up to 23 years of age; and (5) the deprivation of parental authority and the supervision of family benefits or other social benefits.¹⁷

Consequently, the upbringing and development of children is extensively regulated in Belgium and consists not only of general youth welfare regulations, but also specific child protection and juvenile delinquency laws. Research and media attention tend to focus on the delinquent behaviour of minors. This is striking, since child protection is a more common occurrence.¹⁸ In this article, however, the focus is on child protection, and more specifically on the system of the Flemish Community.



III. The Flemish child protection system in a nutshell

1. Aims, guiding principles and scope

The Flemish child protection system went through a transformation to get to where it is today. It was thoroughly restructured due to the last major decretal intervention in 2013.¹⁹ The Child Protection Decree,²⁰ executed by the Child Protection Order,²¹ aims to provide tailor-made, flexible, and accessible help for minors and their parents²² and, when applicable, the persons responsible for their upbringing and the relevant people in their living environment, who, for various reasons, have a demand or need for professional

17 Art 5, para 1, II, 6° Special Act of 8 August 1980.

18 In the Flemish Community about 87% of the cases before the youth court are based on an 'alarming situation', while only 8.6% is about committing a juvenile offence. 4.2% concerns both matters <www.opgroeien.be/kennis/cijfers-en-onderzoek/jeugddelinquentie> accessed 24 September 2025.

19 E Roevens, J Put, S Pleysier, 'De vele wegen van integrale jeugdhulp', *Tijdschrift voor Jeugd en Kinderrechten* (TJK) 3 (2021) 180.

20 Decree of 12 July 2013 *betreffende de integrale jeugdhulp*, *Belgian Official Gazette* (13 September 2013).

21 Order of 21 February 2014 *betreffende de integrale jeugdhulp*, *Belgian Official Gazette* (28 February 2014).

22 Parents are defined as the natural persons holding parental authority or, in their absence, the legal representatives (art 2, para 1, 43° Child Protection Decree).

help, or who find themselves in a situation of danger or difficulty. This help and care are based on cooperation and coordination between the various actors in the child protection field. The client participation and an integrated approach to the situation are also of great importance.²³

A few guiding principles follow from these aims. The assistance provided must start from and link up with the client's request or need for help. Furthermore, it must make maximum use of and reinforce the client's own strengths and those of the people around him/her. Subsidiarity is also a guiding principle and implies that professional care should only be used when the need for help exceeds the own strengths of the client and the people around him/her. Also, when different forms of child protection are available, the least intrusive form should be offered. Compulsory, judicial child protection should only apply when voluntary care is not immediately possible and other measures are necessary. Other guiding principles are continuity, efficiency, effectiveness, and confidentiality.²⁴

The territorial scope of the Flemish child protection system is limited to the Dutch language area.²⁵ As far as voluntary child protection is concerned, it can also apply in Brussels. The criterion, according to the Constitutional Court, is the child's family residence, unless he or she does not have a family residence.²⁶ In the latter case, the residency is determined where the minor is educated and maintained. The judge determines residency based on the factual elements of the case.²⁷

2. Voluntary child protection

Child protection can be organised on a voluntary basis as well as through a compulsory, judicial process.²⁸ The aim of voluntary child protection is to match a demand for help with the least intrusive and most suitable (available) assistance as quickly and in as few steps as possible.²⁹ In contrast to judicial child protection, voluntary child protection always requires the consent of the parents and, if applicable, the person responsible for the upbringing of the minor. The minor himself or herself must also consent if he or she is older than 12 years or is able to make a reasonable assessment of his or her

23 Art 5, s 1 and arts 8–10 Child Protection Decree.

24 Arts 6–7 Child Protection Decree; Put, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, 174–177.

25 Art 128, para 2 Belgian Constitution.

26 Constitutional Court 11 December 1996, no 72/96.

27 Put, De Geyter, 'De Jeugdbescherming', 447.

28 Art 5, s 2 Child Protection Decree.

29 Art 11, s 3 Child Protection Decree.

interests.³⁰ In the best interests of the child, however, it is possible to deviate from the requirement of consent.³¹

The assistance offered is expressed in type modules and concrete modules, which are considered to be a common language between care providers.³² These modules are divided into directly and indirectly accessible modules.³³ The breakdown is made on the basis of at least the following characteristics: frequency, intensity and duration.³⁴ The majority of child protection is directly accessible. There is a so-called 'broad entry' (*brede instap*), which provides the boarding procedure (welcoming, clarification of questions, clarification of the offer, proposal for assistance and referral), brief assistance and information.³⁵ Whether or not using this procedure, parents, minors or persons responsible for their upbringing can directly contact services without many formalities.³⁶ The more severe or intrusive assistance is not directly accessible and can only be obtained with a 'child protection decision' from the intersectoral gateway (*intersectorale toegangspoort*).³⁷ In 2023, 15,263 children and young people were registered here.³⁸ It is of course important to look at such figures in relation to the overall population data: on 1 January 2024, Flanders had 6,821,770 inhabitants, 1,316,505 of whom are minors.³⁹

Within the intersectoral gateway two teams work independently of each other: the assessment team (*team indicatiestelling*) and the direction team

30 Art 8 Decree of 7 May 2004 *betreffende de rechtspositie van de minderjarige in de integrale jeugdhulp en binnen het kader van het decreet betreffende het jeugddelinquentierecht* (Legal Status Decree), *Belgian Official Gazette* (4 October 2004); art 6, s 5 Child Protection Decree. However, it is important to be aware that 'voluntary child protection' is a flexible concept, ranging from self-requested to non-refused assistance. After all, the lack of consent can, via the intermediary of mandated services or in case of urgency, lead to a compulsory, judicial intervention if there is an alarming situation.

31 Art 6, s 6 Child Protection Decree.

32 Art 13 Child Protection Decree; arts 2–6 Order of 9 December 2005 *betreffende de modulering in de integrale jeugdhulp* (Modulation Order), *Belgian Official Gazette* (23 February 2006). The highly structured database 'Jeugdhulpwijzer' offers an overview of the total integrated child protection <www.jeugdhulp.be/jeugdhulpwijzer> accessed 24 September 2025.

33 Art 14 Child Protection Decree; arts 7–11 Modulation Order.

34 Art 15 Child Protection Decree; appendix II Modulation Order.

35 Art 15 Child Protection Order.

36 Put, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, 187.

37 Art 14 Child Protection Decree.

38 <www.opgroeien.be/kennis/cijfers-en-onderzoek/aanvragen-crisisjeugdhulp-en-niet-recht-streeks-toegankelijke-jeugdhulp> accessed 24 September 2025. Note that these figures relate to all young people in child protection (which in certain circumstances is possible unto the age of 25), not just minors.

39 <<https://statbel.fgov.be/nl/themas/bevolking/structuur-van-de-bevolking>> accessed 24 September 2025.

(*team jeugdhulpregie*).⁴⁰ The assessment team evaluates the need, desirability and urgency of the assistance, taking into account the guiding principles mentioned above. The assessment report describes the desired assistance in the form of type modules.⁴¹ The direction team will adapt the indicated help into concrete child protection and will help to find suitable care providers. Formally, the direction team makes a ‘child protection decision’ in which the agreed modules are established. In principle, the decisions are taken chronologically according to the assessments, unless – as is the case for many files – there is prioritisation.⁴² In 2023, 1,405 prioritisations were adopted.⁴³

In addition to this regular offer, a subsidiary ‘crisis course’ of child protection is developed, consisting of a central permanent crisis hotline, an ambulatory⁴⁴ or mobile⁴⁵ crisis intervention offer, an ambulatory or mobile crisis counselling offer and a residential crisis offer⁴⁶. Care providers and youth magistrates can turn to it if they are faced with a crisis situation and cannot find an appropriate solution in a timely manner. Exceptionally, a client can call on it directly if he or she is confronted with a crisis situation and cannot turn to regular assistance.⁴⁷ A crisis situation is defined as an acutely experienced emergency requiring immediate assistance.⁴⁸ In 2023, crisis child protection was initiated for 2,393 unique children and young people.⁴⁹

If necessary or desirable, mediation and client consultation can be organised.⁵⁰ In 2023, 110 mediation processes were started and 624 applications

40 Art 17 Child Protection Decree; art 17 Child Protection Order.

41 Art 21 Child Protection Decree; art 26 Child Protection Order.

42 Art 26 Child Protection Decree; arts 37–38 Child Protection Order.

43 <www.opgroeien.be/kennis/cijfers-en-onderzoek/aanvragen-crisisjeugdhulp-en-niet-recht-streeks-toegankelijke-jeugdhulp/cijfers-op-maat> accessed 24 September 2025.

44 This means that the assistance is offered in the facility, but the client does not stay overnight in the facility (art 2, para 1, 4° Child Protection Decree).

45 This means that the assistance is not offered in the facility but elsewhere (at home, at school etc.) (art 2, para 1, 37° Child Protection Decree).

46 This means that the assistance is offered in the facility and the client stays overnight in the facility (art 2, para 1, 49° Child Protection Decree).

47 Art 44 Child Protection Decree; arts 73–74 Child Protection Order.

48 Art 2, para 1, 9° Child Protection Decree.

49 <www.opgroeien.be/kennis/cijfers-en-onderzoek/aanvragen-crisisjeugdhulp-en-niet-recht-streeks-toegankelijke-jeugdhulp> accessed 24 September 2025.

50 Art 30 Child Protection Decree; arts 51–51/4 Child Protection Order.

for client consultation were made.⁵¹ Furthermore, the clients have the possibility to be assisted by a confidant throughout the process.⁵²

3. Mandated services

If the care providers estimate that they are not (or are no longer) able to deal with an alarming situation in an appropriate manner, they have the option of turning to a mandated service: a Youth Care Support Centre (*onders-teuningscentrum jeugdzorg* – OCJ) or a Trust Centre Child Abuse (*vertrouwenscentrum kindermishandeling* – VK).⁵³ In addition to the care provider, the public prosecutor, the minor, his/her parents or persons responsible for his/her upbringing and their confidant can also go to a mandated service.⁵⁴ The Child Protection Decree does not specify which mandated service to choose.⁵⁵ It only stipulates that an investigation of the situation of a minor by a mandated service excludes the intervention of the other mandated service.⁵⁶ The Child Protection Order specifies, however, that the specific expertise of each mandated service must be considered.⁵⁷

The mandated service will investigate and monitor the alarming situation. To this end, it carries out a ‘social need’ (*maatschappelijke noodzaak*) investigation. An assessment of the seriousness of the situation is made.⁵⁸ If child protection is socially necessary and ongoing, the mandated service examines whether it provides sufficient guarantees for the development or safety of the minor. If so, that assistance is continued and the OCJ or the VK will further monitor the situation.⁵⁹ If child protection is socially necessary but not yet or no longer organised, the OCJ or the VK can propose an intervention themselves, if necessary by means of an application to the intersectoral gateway insofar as it concerns not directly accessible child protection.⁶⁰ Also in this case, the OCJ or the VK will further monitor the situation.

51 <www.opgroeien.be/kennis/cijfers-en-onderzoek/bereik-jeugdhulp-en-dwarsdoorsnede-opgroeien/cijfers-op-maat> accessed 24 September 2025.

52 Art 2/1, art 31, para 2 and art 77, para 3 Child Protection Decree; art 76 Child Protection Order.

53 Art 32 Child Protection Decree.

54 Art 33, para 1 and art 42, para 1 Child Protection Decree.

55 G Decock, ‘Het jeugdhulprecht in Vlaanderen’ in Orde van Vlaamse Balies, *Handboek voor de advocaat. Bijzondere opleiding jeugdrecht 2022–2023* (Brussels 2022) 65.

56 Art 43 Child Protection Decree.

57 Art 70 Child Protection Order.

58 Arts 34 and 42, para 3 Child Protection Decree.

59 Arts 35 and 42, para 3 Child Protection Decree; art 67 Child Protection Order.

60 Arts 36 and 42, para 3 Child Protection Decree; art 68 Child Protection Order.

In all these cases, the mandated service cannot impose assistance ‘by force’; ultimately, the consent of those involved is always required. But, if necessary, the OCJ or the VK can refer the minor to the public prosecutor. This will be the case when child protection is socially necessary, but is not accepted voluntarily by those concerned, or if they refuse to cooperate in the ‘social need’ investigation.⁶¹ In 2023, the OCJs decided to refer 932 out of 4,388 ‘social need’ investigations and the VKs 457 out of 1,643 ‘social need’ investigations.⁶²

4. Judicial child protection

If the public prosecutor chooses⁶³ to bring the case to court after this referral due to the impossibility of voluntary child protection, one ends up in judicial child protection. The youth court judge (preparatory phase) or youth court (judgement phase) can then impose judicial measures in alarming situations (*verontrustende situaties* – VOS). The concept of ‘alarming situation’ is broadly defined as ‘a situation that threatens the development of a minor by impairing his or her psychological, physical or sexual integrity or that of one or more members of his or her family, or by impairing his or her ability to develop affectively, morally, intellectually or socially, which may make the provision of child protection socially necessary.’⁶⁴ Some examples of VOS-situations cited in the explanatory memorandum of the Child Protection Decree are: a minor running away from home, family violence, extra-familial violence on a minor, persistent truancy problems, youth prostitution and drug abuse by a parent or by a minor themselves.⁶⁵

As in juvenile delinquency cases, the public prosecutor has a monopoly to start legal proceedings.⁶⁶ Therefore, neither care providers, nor the intersectoral gateway or mandated services, nor minors or parents can bring a VOS-case before the youth court (judge). Furthermore, apart from the case of a referral from a mandated service, the public prosecutor can only start legal proceedings in two other situations: in urgent cases or during or after a juvenile delinquency procedure.⁶⁷ In 2023, 3,840 VOS-claims were brought before the youth court (judge), of which the majority was brought after

61 Arts 39 and 42, para 3 Child Protection Decree; art 72 Child Protection Order.

62 <www.opgroeien.be/kennis/cijfers-en-onderzoek/verontrusting> accessed 24 September 2025.

63 The public prosecutor retains his autonomy and can, for example, still dismiss a case without being held accountable (Put, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, 218–219).

64 Art 2, para 1, 54° Child Protection Decree.

65 Explanatory Memorandum, *Parl.St.* VI.Parl. 2012–13, no 1952/1, 14.

66 Put, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, 218.

67 Art 47 Child Protection Decree.

a referral by a mandated service and the minority for a VOS linked with a juvenile offence.⁶⁸ Apart from these possibilities, the public prosecutor becoming aware of an alarming situation (e.g. via the police) can also make an application to a mandated service, make use of the crisis offer or suggest that the persons present themselves to the broad entry or a care provider through directly accessible child protection.⁶⁹

There are currently twelve⁷⁰ possible judicial measures:

1. providing an educational directive to the minor's parents or, if applicable, to the persons responsible for his or her upbringing.
2. placing the minor under supervision of the social service for up to one year.
3. imposing an educational project on the minor, possibly together with his or her parents or, if applicable, the persons responsible for his or her upbringing, for up to six months.
4. imposing guidance for up to one year.
5. imposing day care for up to one year.
6. imposing diagnostics for up to one year.
7. imposing treatment for up to one year.
8. imposing training for up to one year.
9. imposing residence in an institution for up to one year or in a foster family.⁷¹
10. imposing a secure stay for up to nine months.⁷²
11. in exceptional circumstances, entrusting the minor to an appropriate open institution outside child protection for up to one year.
12. entrusting the minor to a psychiatric institution for up to one year if that proves necessary after a psychiatric assessment.⁷³

68 <www.opgroeien.be/kennis/cijfers-en-onderzoek/verontrusting> accessed 24 September 2025.

69 Put, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, 218.

70 On 28 February 2023, after a transition phase, the Juvenile Delinquency Decree of 15 February 2019 ended the possibility of placing VOS-children in a community institution. These institutions are now reserved for juvenile delinquents, and closed care in VOS-situations has consequently become a remit of private facilities. The only exception to this is the placement of a VOS-child in a community institution in the context of a recovery-oriented time-out of fourteen days, in order to unblock a difficult ongoing counselling process (L Hofkens, J Put, 'Recente ontwikkelingen in het Vlaamse jeugdbeschermingsrecht: gesloten plaatsing' in VRG-Alumni (ed), *Recht in beweging. 30ste VRG-Alumnidag 2023* (Antwerp 2023) 102–103).

71 For foster care the specific time limits in art 48, para 1, s 3 Child Protection Decree apply: for young children, the youth court (judge) can immediately decide on a placement up to the age of 12. For those older than 12, a placement is possible for up to three years, renewable. For specific types of foster care, other maximum time limits apply (Put, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, 237–238).

72 Art 86, para 2, 2° Child Protection Order.

73 Art 48, para 1, s 1 Child Protection Decree.

These measures can be taken during the preparatory phase as well as during and after the judgement phase.⁷⁴ However, in cases of urgency, the educational directive and mere supervision are not possible.⁷⁵ Moreover, if the out-of-home placement of the minor is necessary, foster care should always be the first consideration.⁷⁶ A combination of measures is also possible.⁷⁷ Furthermore, the youth court (judge) can determine additional conditions, attached to and concretising the measure taken. The possibility of setting additional conditions does not exist for the educational directive.⁷⁸ In 2023, many judicial measures were imposed: 16,124 children and young people were subject to a judicial measure after a referral by a mandated service, 1,528 on grounds of urgency and 297 for a VOS linked with a juvenile offence.⁷⁹

Apart from the educational directive and the non-extendable educational project, the measures are bound by a maximum duration as stated above, but may be extended for a period not exceeding the maximum period set for the measure in question. For diagnostics and secure stay extension is possible only once. The other measures can be extended several times, but the maximum age limit in all cases is 18 years.⁸⁰ In addition, an extra limitation applies in the preparatory phase: all measures together are limited to six months, counting from the initial demand of the public prosecutor.⁸¹ Appeals may be lodged by the public prosecutor or by each party with (the juvenile chamber of) the court of appeal.⁸² Finally, the measure can be revoked at any time by the youth court (judge) or replaced by another measure at the request of the minor, his or her legal representative, the public prosecutor or the social service.⁸³

In the preparation, execution and follow-up of judicial child protection, the youth court (judge) is supported by the social service of the youth court (*sociale dienst jeugdrechtsbank* – SDJ), a service of the Flemish Community organised in each judicial district.⁸⁴ The social service's first task is to inves-

74 Art 51, s 1 Child Protection Decree.

75 Art 53, s 1 Child Protection Decree.

76 Art 48/1, s 1 Child Protection Decree.

77 Art 48, para 1, s 1 Child Protection Decree. However, the Ministerial Order of 18 July 2019 (*Belgian Official Gazette* 17 December 2019) contains a list of combinations of type modules that cannot be applied simultaneously.

78 Art 49 Child Protection Decree.

79 <www.opgroeien.be/kennis/cijfers-en-onderzoek/verontrusting> accessed 24 September 2025.

80 Art 51, s 2 and art 52, s 2 Child Protection Decree.

81 Art 51, s 3 and 5 Child Protection Decree.

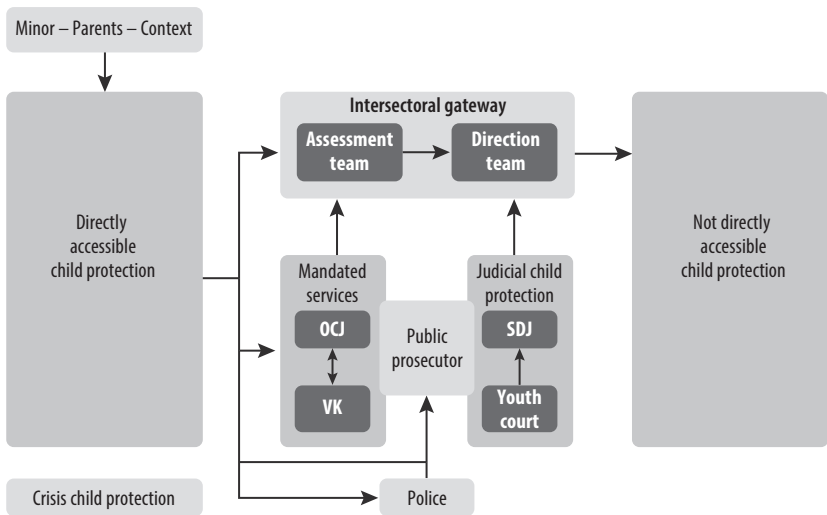
82 Art 52ter, s 6 *juncto* art 63 *quater* and art 58 Youth Care Act; B De Smet, 'Hulpverlening aan minderjarigen in een verontrustende situatie', *Rechtskundig Weekblad* 24 (2020–21) 938–939.

83 Art 51, s 1 Child Protection Decree.

84 Arts 56–58 Child Protection Decree; arts 77–85 Child Protection Order.

tigate the personality and environment of the minor, with a view to taking a judicial measure. Requests for not directly accessible child protection are registered on the intersectoral registration list at the request of the youth court (judge).⁸⁵ In addition, the social service has tasks of a social nature, namely implementing the supervision of measures and contextual guidance.⁸⁶ Finally, the social service is also responsible for monitoring the implementation of the judicial measures in accordance with an action plan that was drawn up at the request of the social service in consultation with the parties involved and care providers.⁸⁷

The Flemish child protection has without doubt an extensively regulated organisational structure. The figure below summarises the system in a simplified manner.



Finally, at the federal level there are two more measures with regard to parents, which the youth court can impose: the supervision of family benefits and other social benefits⁸⁸ and the deprivation of parental authority, a civil sanction that can only be imposed in exceptional cases when the parent has endangered his or her child and the deprivation is in the best interests of that child.⁸⁹

85 Art 55 Child Protection Decree.

86 Art 57, s 1 Child Protection Decree.

87 Art 58 Child Protection Decree.

88 Art 29 Youth Care Act.

89 Art 32 Youth Care Act; Put, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, 718.

IV. Striking a balance: children's and human rights compliance

1. International and European standards

In view of its target group, objectives and organisational structure, Flemish child protection is characterised by an inherent tension between the desire or duty to protect the minor on the one hand, and the respect for private and family life on the other. After all, most child protection interventions involve an interference into private and family life. The same tension is reflected in international and European children's and human rights, and more specifically in the CRC and arts 3 and 8 *juncto* art 1 of the ECHR.⁹⁰ Arts 3–5, 9, 18–20, 37, a) and 39 of the CRC and arts 3 and 8 of the ECHR⁹¹ require states to take measures to protect children from all forms of abuse and neglect. The ECtHR is particularly vigilant in its assessment of such cases, as it considers that measures should provide effective protection for children in particular.⁹² Besides, arts 4, 5, 9, 16, 18 and 39 of the CRC and 8 of the ECHR protect the child and his or her family from arbitrary interference with their private and family life.

From these two sets of provisions, the General Comments of the Committee on the Rights of the Child and the Guidelines for the Alternative Care of Children explaining the provisions of the CRC, and the case law of the ECtHR, requirements can be derived regarding the global child protection system.

The first obligation placed on states is to develop an adequate legal framework to protect children against violence by private individuals.⁹³ The

⁹⁰ Put, Asselman, 'Jeugdhulp tussen...', 707.

⁹¹ It is not clear in which cases the ECtHR considers certain facts under art 3 ECHR or under the positive obligations of art 8 ECHR. The Court seems to demarcate the boundary between the two articles somewhat vaguely by sometimes dealing with the case under art 3 ECHR and sometimes under art 8 ECHR or even under both provisions (ECtHR, *Guide on Article 3 of the European Convention on Human Rights*, last updated on 28 February 2025, 11; Put, Asselman, 'Jeugdhulp tussen...', 713–714).

⁹² *Z and others v United Kingdom*, App no 29392/95 (ECtHR, 10 May 2001) para 73; *E and others v United Kingdom*, App no 33218/96 (ECtHR, 26 November 2002) para 88; *MC v Bulgaria*, App no 39272/98 (ECtHR, 4 December 2003) para 150; *Bevacqua and S v Bulgaria*, App no 71127/01 (ECtHR, 12 June 2008) para 64; *O'Keeffe v Ireland*, App no 35810/09 (ECtHR, 28 January 2014) paras 144–146; *M and M v Croatia*, App no 10161/13 (ECtHR, 3 September 2015) para 136; *X and others v Bulgaria*, App no 22457/16 (ECtHR, 2 February 2021) para 177; *AE v Bulgaria*, App no 53891/20 (ECtHR, 23 May 2023) para 88.

⁹³ Art 3, para 2 and art 4 CRC; *Bevacqua and S v Bulgaria*, para 65; *DMD v Romania*, App no 23022/13 (ECtHR, 3 October 2017) para 51; *A and B v Croatia*, App no 7144/15 (ECtHR, 20 June 2019) para 107; *X and others v Bulgaria*, para 178; U Kilkelly, *The Child and the European Convention on Human Rights* (Burlington 1999) 168.

ECtHR only explicitly mentions protection under civil and criminal law.⁹⁴ Moreover, the application of art 3 of the ECHR requires a seriousness criterion, taking into account the age of the minor involved.⁹⁵ Art 19 of the CRC extends this principle and explicitly states that minors must be protected against ‘all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation’, however slight. To this end, states have a positive obligation to take all appropriate legal and administrative measures in the social and educational field, both as a preventive and a supportive nature.⁹⁶ Moreover, the best interests of the child must always be the primary consideration.⁹⁷ The adequacy requirement also applies to government measures impacting private and family life. These measures must have a legal basis that is sufficiently accessible, precise and foreseeable.⁹⁸ However, in child protection cases, the ECtHR seems to be rather lenient when assessing this requirement and does not see any harm in vague statutory legal grounds for intervention. The Court rules in favour of the effectiveness of child protection, requiring vague definitions rather than precise legislation.⁹⁹

A second system requirement concerns the duty to investigate. States must take reasonable steps to protect the minor from abuse and neglect when they know or ought to know that the child is at risk of becoming a victim.¹⁰⁰ With this wording, the ECtHR actually indicates that the authorities must be vigilant to such situations and further investigate and monitor in case of a wor-

94 *X and Y v The Netherlands*, App no 8978/80 (ECtHR, 26 March 1985) para 27; *A v United Kingdom*, App no 25599/94 (ECtHR, 23 September 1998) paras 23–24; *MC v Bulgaria*, para 153; *O’Keeffe v Ireland*, para 148; *MMB v Slovakia*, App no 6318/17 (ECtHR 26 November 2019) para 59; *X and others v Bulgaria*, paras 179–180; *Loste v France*, App no 59227/12 (ECtHR, 3 November 2022) paras 85 and 92; *AE v Bulgaria*, para 100, *L and others v France*, App nos 46949/21, 24989/22 and 39759/22 (ECtHR 24 April 2025), paras 193–195.

95 *M and M v Croatia*, paras 131 and 135; *Affaire association innocence en danger et Association enfance et partage v France*, App nos 15343/15 and 16806/15 (ECtHR 4 June 2020) para 156; *AE v Bulgaria*, paras 84 and 90–91.

96 Art 19, para 1 CRC; General Comment no 13 on the right of the child to freedom from all forms of violence, paras 17 and 38–44.

97 Art 3, para 1 CRC; *A and B v Croatia*, para 111.

98 Art 9, para 1 and art 16 CRC; art 8, para 2 ECHR; *Eriksson v Sweden*, App no 11373/85 (ECtHR, 22 June 1989) para 59; *Hybkovi v Czech Republic*, App no 30879/17 (ECtHR, 13 October 2022) paras 73–81; W Vandenhoe, GE Türkelli, S Lembrechts, *Children’s rights. A Commentary on the Convention on the Rights of the Child and its Protocols* (Cheltenham 2019) 189.

99 *Olsson v Sweden* (n°1), App no 10465/83 (ECtHR, 24 March 1988) para 62. Also *Johansen v Norway*, App no 17383/90 (ECtHR, 7 August 1996) para 58.

100 Art 4 CRC; *E and others v United Kingdom*, para 88; *M and M v Croatia*, para 136; *X and others v Bulgaria*, para 178.

rying 'history' or risk signals.¹⁰¹ A similar obligation can be found in art 19 of the CRC, which encourages states to establish procedures for the detection, notification, referral, investigation, treatment and follow-up of situations of child abuse, and where appropriate, the involvement of judicial authorities. The best interests of the child must be a guiding principle.¹⁰²

A third and final system requirement can be described as a duty to legitimate and proportionate intervention. If it is established that the states knew or should have known about the (risk of the) violence, they must take all reasonably available measures to protect the minor.¹⁰³ It is sufficient that the reasonably available measure is likely to bring about an actual change in the outcome or has a mitigating effect on the damage caused. It is not required that the measure ensured that no abuse or neglect would occur.¹⁰⁴ Exactly which measures are required depends on the concrete circumstances of the case and the best interests of the minor.¹⁰⁵ If the measure involves an interference with family life, it must meet two additional requirements. First, the measure taken must pursue a legitimate aim, such as the 'protection of health or morals' or 'the protection of the rights and freedoms of others'.¹⁰⁶ In addition, it must be 'relevant and sufficient', whereby the latter term implies that the measure must be sufficiently far-reaching to achieve the aim pursued, but must not go beyond what is necessary to achieve that aim.¹⁰⁷ The authorities have a certain margin of discretion in this respect.¹⁰⁸ Nevertheless, this proportionality requirement contains some specific obligations: careful decision-making, participation of the persons concerned and family-orientation.

101 *E and others v United Kingdom*, paras 96–100; *Loste v France*, para 96; *AE v Bulgaria*, para 103; Put, Asselman, 'Jeugdhulp tussen...', 716.

102 Art 3, para 1 CRC.

103 Art 3, para 2, arts 4, 19 and 20 CRC; principle 5 GAC; *Z and others v United Kingdom*, paras 73–74; *O'Keeffe v Ireland*, para 144; *Affaire association innocence en danger et Association enfance et partage v France*, para 157; *X and others v Bulgaria*, paras 178 and 183.

104 *E and others v United Kingdom*, para 99; *O'Keeffe v Ireland*, para 149; *Loste v France*, para 100.

105 Art 3, para 1 CRC; Put, Asselman, 'Jeugdhulp tussen...', 712.

106 Art 8, para 2 ECHR; *Eriksson v Sweden*, para 66.

107 Art 9, para 1 CRC; General Comment no 14 (GC 14) on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration (art 3, para 1), para 60; art 8, para 2 ECHR; *Olsson v Sweden* (n°1), para 68; *Rieme v Sweden*, App no 12366/86 (ECtHR, 22 April 1992), para 69; *Johansen v Norway*, para 64; *K and T v Finland*, App no 25702/94 (ECtHR, 12 July 2001) para 154; *Affaire Barnea and Caldararu v Italy*, App no 37931/15 (ECtHR, 22 June 2017) para 63; *Strand Lobben and others v Norway*, App no 37283/13 (ECtHR, 10 September 2019) para 203.

108 *Olsson v Sweden* (n°1), para 67; *TP and KM v United Kingdom*, App no 28945/95 (ECtHR, 10 May 2001) para 71; *Strand Lobben and others v Norway*, para 211.

A first requirement arising from the principle of proportionality is the provision of a careful decision-making process. The ECtHR recognises that making decisions in child protection cases is sometimes an extremely difficult task for authorities, so it would be undesirable to have to follow a rigid procedure in every case. It therefore grants the authorities some discretionary power in the procedures leading to a decision that falls within the scope of art 8 of the ECHR. However, it does attach importance to the way in which such decisions are arrived at.¹⁰⁹ The ECtHR, as well as the CRC, require that the placement decision is taken in a well-considered, fair and non-discriminatory manner.¹¹⁰ Before making a placement decision, the authorities must make a careful and unbiased assessment of all the concrete circumstances of each case.¹¹¹ The reasons for the decision must reflect the careful balancing of the arguments for and against the placement, in light of the best interests of the child. It must also show that other, less intrusive measures have been considered.¹¹² Moreover, there should always be an opportunity for review or appeal against such decisions.¹¹³

The participation of those involved is a second requirement. A careful placement decision presupposes that the parents are involved in decisions concerning their child(ren) and that their opinions and interests are taken into account.¹¹⁴ This also implies that they are adequately informed about the different elements that play a role in the decision-making process, including through access to relevant documents, unless it is in the child's best interest to withhold this information.¹¹⁵ Children themselves must, when they are capable of forming their own views, also be adequately involved in decisions taken in the context of legal or administrative proceedings affecting their rights and be given the opportunity to be heard and thus to express their views.¹¹⁶

109 *W v United Kingdom*, App no 9749/82 (ECtHR, 8 July 1987) para 62.

110 Principles 57–58 GAC; *TP and KM v United Kingdom*, para 72.

111 Principles 6 and 39–40 GAC; GC 14, paras 48–49; *K and T v Finland*, para 165.

112 *Kutzner v Germany*, App no 46544/99 (ECtHR, 10 July 2002) para 75; *KA v Finland*, App no 27751/95 (ECtHR, 14 January 2003) paras 95 and 103.

113 Principle 47 GAC; GC 14, para 98; *W v United Kingdom*, para 63; Vandenhoe, Türkelli, Lembrechts, *Children's rights...*, 119.

114 Art 9, para 2 CRC; principle 57 GAC; *W v United Kingdom*, para 63; *Olsson v Sweden* (n°1), para 71.

115 *TP and KM v United Kingdom*, paras 73 and 80. See also *BT and BKCS v Hungary*, App no 4581/16 (ECtHR 10 June 2025), paras 74 and 91.

116 Art 12 CRC; principle 57 GAC; General Comment no 12 on the right of the child to be heard; *M and M v Croatia*, para 181; *Q and R v Slovenia*, App no 19938/20 (ECtHR, 8 February 2022) para 97.

Finally, states have a duty to pursue family-orientation. Given the gravity of the impact on the child of separation from his or her parents, such separation should only occur as a last resort measure, when it is specifically appropriate, necessary and constructive for the individual child concerned and in his or her best interests. Separation should not take place if less intrusive measures could protect the child.¹¹⁷ In particular, poverty, or conditions directly and uniquely imputable to such poverty, or the fact that a child could be placed in a more beneficial environment for his or her upbringing should never be the only justification for the removal of a child from parental care but should be seen as a signal for the need to provide appropriate support to the family.¹¹⁸ If the child is separated from his or her parents, the state should take measures to reunite them.¹¹⁹ In principle, removal from the home should be temporary and should be ended as soon as possible. To achieve this result, the national authorities must take active measures.¹²⁰ At the very least, they can be expected to reassess the circumstances from time to time in order to determine whether the family situation has improved.¹²¹ It is also important to enable personal contact between the child and his or her family.¹²² Of course, this does not mean that reunification must take place in every case. The right of the natural parents to reunification is not absolute. States must carefully balance the interests of the child and those of the parents. When assessing this balance, particular attention should be paid to the child's best interests, which may, in some cases, override those of the parents.¹²³ However, the ECtHR is strict about additional restrictions that further under-

117 Art 9, para 1 CRC; principles 14, 21, 45 and 54 GAC; GC 14, para 61; *Strand Lobben and others v Norway*, para 207.

118 Principle 15 GAC; GC 14, para 62; *K and T v Finland*, para 173.

119 *Olsson v Sweden* (n°1), para 81; *Eriksson v Sweden*, para 71; *TP and KM v United Kingdom*, para 78; *Kutzner v Germany*, para 76; *M and M v Croatia*, para 178; *Strand Lobben and others v Norway*, para 205; *DG and SG v Serbia*, App no 61347/21 (ECtHR 24 June 2025), paras 175 and 188-189.

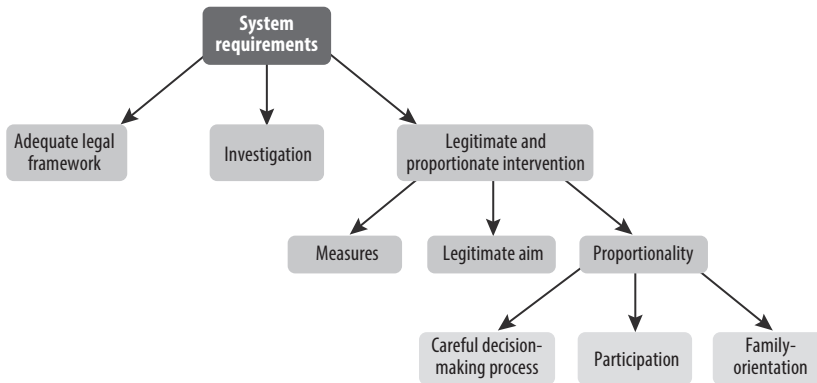
120 Art 9, para 3, art 18, para 1, and art 39 CRC; principles 3 and 123 GAC; *M and M v Croatia*, para 178; *Strand Lobben and others v Norway*, para 208; *Kilic v Austria*, App no 27700/15 (ECtHR, 12 January 2023) paras 119–121, 128 and 130–137.

121 Art 25 CRC; principles 14 and 67 GAC; GC 14, para 32; *K and T v Finland*, para 179; *KA v Finland*, para 139.

122 Art 9, para 3 CRC; principles 51 and 81 GAC; *Kutzner v Germany*, para 78.

123 Art 3, para 1 CRC; GC 14, paras 37 and 65; *Olsson v Sweden* (n°2), App no 13441/87 (ECtHR, 27 November 1992) para 90; *Hokkanen v Finland*, App no 19823/92 (ECtHR 23 September 1994) para 58; *Johansen v Norway*, para 78; *Abdi Ibrahim v Norway*, App no 15379/16 (ECtHR, 10 December 2021) paras 145, 149–150 and 162; *Roengkasettakorn Eriksson v Sweden*, App no 21574/16 (ECtHR, 19 May 2022) paras 81–82.

mine family life, such as restrictions on parental rights or restrictions on the access of parents to their out-of-home placed children.¹²⁴



2. Belgian constitutional foundation

Similar provisions and thus obligations as in the international and European standards can be found in the Belgian Constitution, the highest internal legal rule. The right to respect for private and family life is guaranteed in art 22 and specific children's rights are contained in art 22*bis*. These rights concern: the right to respect for the child's moral, physical, mental and sexual integrity; the right of the child to express his or her views in all matters affecting him/her, which shall be taken into account in accordance with his or her age and capacity for discernment; and the right to benefit from measures and services which promote his or her development. Finally, it is stated that the best interests of the child shall be a primary consideration in all decisions affecting him/her.

The Constitutional Court can rule on the violation of arts 22 and 22*bis* of the Belgian Constitution by a legal norm, such as a Decree of the Flemish Community.¹²⁵ Besides, courts are, barring exceptions, obliged to submit a preliminary question to the Constitutional Court when a conflict is raised

¹²⁴ *Olsson v Sweden* (n°2), para 91; *Johansen v Norway*, para 64; *K and T v Finland*, para 194; *ML v Norway*, App no 64639/16 (ECtHR, 22 December 2020) para 81; *AL v Norway*, App no 45889/18 (ECtHR, 20 January 2022) paras 48–51; *EM and others v Norway*, App no 53471/17 (ECtHR, 20 January 2022) paras 58–59; Steunpunt tot bestrijding van armoede, bestaansonzekerheid en sociale uitsluiting, *Cabier rechtspraak nr. 2. Het behoud van de band tussen ouder en kind bij plaatsing* (Brussel 2021).

¹²⁵ Art 142 Belgian Constitution; art 1 Special Act of 6 January 1989 *op het Grondwettelijk Hof*, *Belgian Official Gazette* (7 January 1989); C Behretdt, M Vrancken, *Beginselen van het Belgisch staatsrecht* (Brugge 2022) 651.

between a legal provision and a fundamental right guaranteed by the Belgian Constitution as well as by international or European law.¹²⁶ In such assessments, the Constitutional Court interprets these constitutional law provisions in the light of the parallel international and European children's and human rights standards, considering them as an inseparable whole.¹²⁷ The above system requirements are thus also indirectly based in the Belgian Constitutional provisions.

3. Evaluation of the Flemish child protection system

a) Duty to establish an adequate legal framework

In order to verify whether the Flemish child protection meets the standards outlined above, it should first be examined whether an adequate legal framework regarding protection and intrusive measures is provided. The system of integrated child protection discussed in this article is not at the classical repressive level. In contrast to criminal law, which also offers protection to minors,¹²⁸ it does not even contain sanctions. However, the Flemish child protection system does seem to comply – on a legal level¹²⁹ – with the broad, supportive¹³⁰ protection obligation of art 19 of the CRC. A right (albeit not an unlimited one) to child protection has been created: within the available range of child protection any minor with a request or need for assistance, as well as any parent or person responsible for the upbringing with a request or need for assistance related to the upbringing

126 Art 26, para 4 Special Act of 6 January 1989; K Herbots, J Put, 'De grondwettelijke verankering van kinderrechten', TJK 1 (2010) 17.

127 Among others Constitutional Court 2 July 2015, nos 101/2015 and 102/2015; Constitutional Court 29 August 2019, nos 118/2019 and 119/2019; C Bimbenet et al, 'De toetsing aan grondrechten door het Grondwettelijk Hof. Overzicht van rechtspraak 2018', *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht* 3 (2020) 109.

128 Put, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, 164–167.

129 The evaluation report on the Child Protection Decree, however, cites that in practice, organisations sometimes try to follow up on children for too long, and steps towards more radical assistance are therefore delayed, with the risk of the situation escalating (E Roevens, L Op de Beeck, S Pleysier, J Put, T Van Regenmortel, K Hermans, J Voet, *Evaluatie van het decreet van 12 juli 2013 betreffende de integrale jeugdhulp* (Leuven 2020) 49–50; Roevens, Put, Pleysier, 'De vele wegen van integrale jeugdhulp', 187).

130 The Child Protection Decree pays little attention to prevention. In this respect, reference can be made to the above-mentioned general child welfare system of the Belgian and Flemish governments and, in particular, to the decree of 29 November 2013 *houdende de organisatie van preventieve gezinsondersteuning*, *Belgian Official Gazette* (29 January 2014). However, the 'Early and Close' (*Vroeg en Nabij*) plan aims to strengthen the links between preventive family support and child protection. In this context, the Decree of 17 May 2024 *over de organisatie van een geïntegreerd jeugd- en gezinsbeleid* (*Belgian Official Gazette* 20 June 2024) has already been adopted, which primarily sets out future policy objectives.

or development of the minor, shall have the right to child protection as provided for in the Child Protection Decree.¹³¹ As mentioned above, in the event of questions or problems, this child protection attempts to provide appropriate help as quickly as possible in order to prevent the emergence of complex problems that require more drastic interventions.¹³² It also introduces a graduated system for detecting and dealing with VOS-situations, ranging from voluntary intervention to judicial imposition of interventions. Appropriate handling of alarming situations is explicitly stated as an objective, and the awareness of this also seems to have increased in practice.¹³³ To realise this, care workers are supported in dealing with VOS.¹³⁴ This support takes the form of specific training, for example on the Signs of Safety method, tools for assessing risk signals, leaflets, etc.¹³⁵ Mandated services are also set up to investigate and monitor alarming situations and consult care providers.¹³⁶ Furthermore, special attention is paid to crisis and urgent situations by applying specific mechanisms discussed above. Finally, the federal Youth Care Act provides the possible measure of total or partial deprivation of parental authority of a father or mother who has been sentenced to a criminal or correctional punishment for an offence committed on the person or with the help of the child, who by ill-treatment, abuse of authority, evidently bad behaviour or gross negligence endangers the health, safety or morality of the child or who marries a person who has been deprived of parental authority.¹³⁷

The above-mentioned requirement of a legal basis for measures intervening in family life seems also fulfilled. The child protection regulation explicitly defines its scope *ratione materiae*, *ratione personae* and *ratione loci*, the various referral methods for child protection and an extensive list of possible interventions. Whether the broad VOS-ground for intervention is sufficiently precise, is open to criticism. Given the lenient attitude of the ECtHR, confirmed by the Belgian Court of Cassation,¹³⁸ it is unlikely that this criticism would be echoed in Strasbourg.¹³⁹ Besides being precise, the legal basis must be sufficiently clear and thus foreseeable. This seems to be guaranteed by the

131 Art 7 Legal Status Decree; art 6, s 1 Child Protection Decree.

132 Explanatory Memorandum, *Parl.St.* VI.Parl. 2012–13, no 1952/1, 21.

133 Art 8, 4° Child Protection Decree; Roevens et al, *Evaluatie van het decreet van 12 juli 2013...*, 93; Roevens, Put, Pleysier, 'De vele wegen van integrale jeugdhulp', 183.

134 Art 32 Child Protection Decree; art 52 Child Protection Order.

135 Put, Asselman, 'Jeugdhulp tussen...', 715; also <www.jeugdhulp.be/signs-of-safety> accessed 24 September 2025.

136 Arts 33 and 42 Child Protection Decree.

137 Arts 32–33 Youth Care Act.

138 Cass. 27 January 2010, AR P.09.1686.F.

139 Put, Asselman, 'Jeugdhulp tussen...', 726.

requirement of consent as long as it concerns voluntary or mandated child protection. Judicial child protection is slightly more complicated. It is characterised by an exhaustive list of possible measures. Furthermore, from the above-mentioned general principles and objectives, decision-making criteria can be derived to some extent, while the context-oriented effect of placement measures and the priority of foster care are specifically provided as decision-making criteria for judicial measures.¹⁴⁰ On the other hand, there is a wide range of possible measures (without clear priority), the lack of explicit decision-making criteria and the possibility to combine and revise the measures. These shortcomings do not seem to violate the principle of legality but could lead to a recommendation to clarify the decision-making criteria of the youth court (judge).

b) Duty to investigate

Whether or not the investigatory duty has been met is often a case-by-case assessment. However, the support provided to care workers and the establishment of mandated services do offer safeguards for catching signs of abuse and neglect and for referring concerns to specialised agencies. Furthermore, the VKs have, in addition to their task as mandated services, a general task to investigate reports and suspicions of child abuse and to provide appropriate assistance.¹⁴¹ Moreover, a helpline for violence, misuse and child abuse (*hulplijn 'Geweld, Misbruik en Kindermishandeling'*) was established where anyone can report situations or suspicions of violence, misuse or child abuse free of charge and anonymously.¹⁴²

In addition to care providers and mandated services, the following elements are also worth mentioning: the intersectoral gateway and OCJs can call on external experts or organisations that are not involved in the child protection of the minor for input of relevant expertise,¹⁴³ the assessment team can request additional information from the applicant or a recognised multidisci-

¹⁴⁰ Art 48, para 2, s 2 and art 48/1, s 1 Child Protection Decree.

¹⁴¹ Art 42, para 1, s 2, 1° and 2° Child Protection Decree; art 7, para 2 Order of 17 November 2017 *betreffende de erkenning en subsidiëring van de vertrouwenscentra kindermishandeling en de partnerorganisatie*, *Belgian Official Gazette* (15 December 2017).

¹⁴² Arts 2–9 Decree of 21 June 2013 *houdende diverse bepalingen betreffende het beleidsdomein Welzijn, Volksgezondheid en Gezin*, *Belgian Official Gazette* (14 August 2013).

¹⁴³ Arts 19 and 60 Child Protection Order.

plinary team,¹⁴⁴ the above mentioned tasks of the social service of the youth court and the possible exceptions to the obligation of secrecy.¹⁴⁵

c) Duty to legitimate and proportionate intervention

Finally, the question arises whether the Flemish child protection complies with the duty to legitimate and proportionate intervention. This means in the first place that the state must take all reasonably available measures to protect the minor. At the regulatory level, a wide range of possible measures have been determined by law, which can be agreed upon voluntarily, but can also be imposed by force if necessary. Some examples of possible measures are diagnostics, context counselling, foster care and residential care. These are offered and accomplished by an entire field of care providers.¹⁴⁶ Moreover, in crisis situations, there is the possibility to appeal crisis child protection or to immediately submit a claim to the youth court (judge). Also, emergency situations or situations in which the integrity of the minor may be at risk are given priority in the handling of files.¹⁴⁷ Finally, the appropriateness of the intervention is a guiding principle. Art 6, fourth section of the Child Protection Decree stipulates that the child protection must, to the maximum extent possible, be in line with the request or need for help. Whether the appropriate action was taken *in concreto* can only be judged at a case level. However, it is clear here that, despite many efforts, the services and judicial authorities are regularly confronted with a lack of space in care facilities or waiting lists. As a result, the most appropriate measure cannot always be taken and crisis aid as well as accelerated procedures risk being used improperly in order to reach a solution.¹⁴⁸ For example, as of 31 December

144 Art 22, s 1 Child Protection Decree.

145 This concerns the right to speak in cases of abuse and sexual offences concerning minors and vulnerable persons (art 458*bis* Criminal Code), case consultation (*casusoverleg* – art 458*ter* Criminal Code), reporting criminal offences of which the client is a victim, the duty to provide assistance or the failure to provide assistance (*schuldig hulpverzuim* – art 422*bis* Criminal Code) and the state of emergency (*noodtoestand*).

146 Arts 3–10 Child Protection Order.

147 Art 26, para 1, s 5, 2° Child Protection Decree; art 39, para 2, 1° Child Protection Order.

148 See for example *Vr. and Antw.* VI.Parl., Vr. no 435, 29 March 2023 (C Rousseau) <www.vlaam.sparlement.be/nl/parlementair-werk/plenaire-vergaderingen/1721711/verslag/1724042> accessed 24 September 2025; Flemish Office of the Children's Rights Commissioner, *Memorandum: Make children's rights a priority in Flanders, Belgium and Europe: everyone wins* (2023) 19 <www.kinderrechten.be/advies/memorandum-2024-als-kinderrechten-een-prioriteit-worden-in-vlaanderen-belgie-en-europa-wint> accessed 24 September 2025; Roevens et al, *Evaluatie van het decreet van 12 juli 2013 ...*, 50–51 and 104; Roevens, Put, Pleysier, 'De vele wegen van integrale jeugdhulp', 185–186.

2023, a total of 8,545 children and young people were on a waiting list for not directly accessible child protection.¹⁴⁹

If the measure involves an interference with family life, it must also pursue a legitimate aim. In our opinion, this requirement does not pose a problem. Voluntary child protection responds to a request or need for help from the parties involved, having agreed to this assistance. Compulsory interventions are only possible after reasoned referral by a mandated service, in proven urgent situations or during or after a juvenile delinquency procedure, and linked to the existence of an 'alarming situation'.

The measures should also be necessary in a democratic society. From this, the requirement for a careful decision-making process can be derived. The child protection law determines, sometimes in detail, the possible procedures for bringing about child protection. Nevertheless, there is a wide margin of discretion at crucial decision-making stages. It is difficult to realise child protection in any other way, as the ECtHR also considers, but this should be counterbalanced by guarantees of due care and legal protection, including in the form of participation. In the Flemish child protection law, sufficient guarantees for a careful decision-making process seem to be present. For example, specific bodies have been created to prepare and propose child protection decisions (the intersectoral gateway, the mandated services and the social service) and are expected to have expert experience in the matter. Logical and informed (although sometimes complex) decision-making procedures apply, such as diagnostics → notification → assessment → direction at the intersectoral gateway.¹⁵⁰ In addition, subsidiarity as a basic principle and the obligation to justify (final) decisions¹⁵¹ encourages the consideration of alternatives. Also interesting to mention is the feedback function of mandated services. In that case these services try to persuade juvenile magistrates to refer cases to the non-judicial circuit if they are given a guarantee through feedback that the case will actually be handled.¹⁵² Furthermore, each case is handled separately.¹⁵³ Whether these elements are used correctly is again a

149 Excluding the Personal Assistance Budget <www.opgroeien.be/kennis/cijfers-en-onderzoek/aanvragen-crisisjeugdhulp-en-niet-rechtstreeks-toegankelijke-jeugdhulp> accessed 24 September 2025.

150 Arts 17–28 Child Protection Decree.

151 Art 149 Belgian Constitution; art 195 Code of Criminal Procedure of 17 November 1808, *Belgian Official Gazette* (27 November 1808); art 52ter, s 3 *juncto* art 63quater Youth Care Act; art 2 Act of 29 July 1991 *betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen*, *Belgian Official Gazette* (12 September 1991); art 21, s 1, 2°, art 26, para 1, arts 34 and 48/1 Child Protection Decree; art 33, 5° Child Protection Order.

152 Art 33, para 1, 3° and art 42, para 1, s 2, 5° Child Protection Decree; Explanatory Memorandum, *Parl.St.* VI.Parl. 2012–13, no 1952/1, 43–44; Put, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, 214.

153 Arts 48 and 56 Youth Care Act; Put, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, 562 and 583.

factual assessment at case level. The consideration of alternatives is difficult to deduce from the court decisions themselves. Research shows that standard motivations are often used when imposing measures.¹⁵⁴ Finally, parents and minors themselves do not have direct access to the youth court (judge). They cannot bring their case or oppose certain decisions or practices in voluntary child protection. One can nuance that this is compensated by the fact that the entire non-judicial child protection is characterised by 'voluntariness,' that in exceptional circumstances child protection clients can address the intersectoral gateway themselves,¹⁵⁵ that a second assessment report can be requested¹⁵⁶ and that the parties are heard if it becomes a judicial child protection case. This does not address the 'coercion' that characterises many voluntary child protection cases. The legal form of voluntariness through the requirement of consent does not always correspond to what is actually felt to be a limited possibility of choice and freedom to decide whether or not to accept proposals for aid. This is particularly – but not exclusively – the case when it concerns a proposal from a mandated service, arrived at after a complete process, with the determination that there is a 'social need' to initiate help and under the 'threat' of transferring the case to the court.¹⁵⁷ On the contrary, a decision by the youth court (judge) concerning judicial child protection can be appealed by each party, as stated above.

The requirement of proportionality also implies the participation of the minor, his or her parents and the persons responsible for his or her upbringing. The legal framework leaves adequate room for information and participation:

1. child protection must start from, and meet, the needs of those involved;¹⁵⁸
2. involvement and participation are guiding principles;¹⁵⁹
3. client organisations and a client forum are established;¹⁶⁰
4. in various (referral) procedures, involvement is arranged in the form of information, hearing, consultation, etc.;¹⁶¹

154 L. Cappon, *Minderjarigen met een psychiatrische problematiek op de jeugdrechtsbank: Genomen maatregelen* (doctoral dissertation Criminological Sciences, U Gent 2015) 106; S. Smets, J. Put, 'Rechtspraak in het jeugdbeschermingsrecht: een juridisch-empirische analyse' in J. Put (ed), *Themis 88 – Jeugdbeschermingsrecht* (Brugge 2014) 8–9.

155 Art 29 Child Protection Decree; art 22 Child Protection Order.

156 Art 24 Child Protection Decree; art 29 Child Protection Order.

157 Put, Asselman, 'Jeugdhulp tussen...', 729–730.

158 Art 6, s 4 Child Protection Decree.

159 Arts 5, 8–12 and 16–19/1 Legal Status Decree; art 6, s 5, arts 8, 6°, and 45–46 Child Protection Decree.

160 Arts 45/1–45/3 Child Protection Decree.

161 For example, art 20, s 2, 1°, art 21, s 1, 1°, art 26, para 1, s 1, 2°–4°, art 36, s 2, art 39, s 2, art 40, s 1, 2°, art 46, arts 54 and 58, s 1 Child Protection Decree; art 45, 2°, art 65, para 1, s 3 and art 79, s 3 Child Protection Order.

5. there is an extensive regulation on dossier creation and access,¹⁶² albeit with a possible restriction on the minor's right of access to certain data¹⁶³ and with an investigation option for the mandated services that allows (temporarily) not to inform the persons involved about the gathering of information for security reasons;¹⁶⁴
6. the minor can, in certain cases, make a complaint to a child protection facility, the intersectoral gateway or the OCJ;¹⁶⁵
7. methods of mediation and client consultation can be used.

In addition, voluntary child protection is subject to a general requirement of consent, except in very exceptional circumstances discussed above. In case of judicial child protection, the parents, guardian, person having custody of the minor and the minor himself (from the age of 12) are parties to the proceedings;¹⁶⁶ they are therefore heard and given access to the file.¹⁶⁷ The minor is automatically assigned a lawyer, who provides free assistance.¹⁶⁸ The parents, guardian, person having custody of the minor and the minor himself (from the age of 12) receive a copy of the court decisions.¹⁶⁹ These positive elements should not conceal certain problems or shortcomings, such as difficult direct access to the intersectoral gateway by clients themselves,¹⁷⁰ lack of guaranteed assistance from a lawyer in non-judicial child protection,¹⁷¹ problems concerning the representation of the child by a lawyer before the youth court (judge),¹⁷² the not guaranteed quality of the assistance from the lawyer,¹⁷³ absence of a clear legal obligation for the youth court (judge) to hear -12-year-olds,¹⁷⁴ the observation that, in practice, the +12-year-olds are

162 Arts 20–23 Legal Status Decree; art 46, 1° and 72–77 Child Protection Decree.

163 Art 11, para 3 and art 22, para 2, s 2, 3° Legal Status Decree.

164 Art 76 Child Protection Decree.

165 Art 29 Legal Status Decree.

166 Art 63ter Youth Care Act.

167 Art 52ter *juncto*, *quater* art 63quater and art 55 Youth Care Act.

168 Art 508/13/1, para 4 Judicial Code of 10 October 1967, *Belgian Official Gazette* (31 October 1967); art 52ter *juncto* art 63quater and art 54bis Youth Care Act.

169 Art 52ter *juncto*, art 63quater and art 61bis Youth Care Act.

170 Art 29 Child Protection Decree.

171 H Asselman, J Put, 'Een ongenode gast: de jeugdadvoaat in de buitengerechtelijke jeugdhulp', *TJK* 4 (2016) 305–321.

172 H Asselman, 'Participatie van minderjarigen in protectionele procedures voor de jeugdrechtsbank: overwegingen bij het hoorrecht en het recht op vertegenwoordiging door een advocaat' (note below Antwerp (Jk.) 22 October 2015), *TJK* 2 (2016) 179–185; Put, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, 563–564.

173 L Vercruysse, 'Een kwaliteitsvolle jeugdadvoaat: Een *must-have* voor minderjarige verdachten', *Panopticon* 4 (2022) 383–398.

174 Art 51, para 2 Youth Care Act; E Alofs, S De Bus, 'De procespositie van de minderjarige in het jeugdrecht', *Tijdschrift voor Familierecht* 5–6 (2022) 150.

not always heard beforehand about the decision to be taken¹⁷⁵ and certain research results that indicate that ‘hearing’ the persons involved does not always mean that the views of those persons have a real impact on the decision-making process.¹⁷⁶

Finally, states must also pursue family-orientation. This requirement also seems to be fairly well regulated. In order to proceed with ‘mandated’ or judicial child protection, it is obligatory to establish that there is a social need for intervention and/or an alarming situation.¹⁷⁷ As emphasised above, subsidiarity and context-orientation are guiding principles of Flemish child protection.¹⁷⁸ Measures are temporary and their extension requires a new decision.¹⁷⁹ There is an obligation for regular re-evaluation.¹⁸⁰ In 2021, a right for siblings not to be separated from each other in case of out-of-home placement under the child protection system – unless a joint placement would be contrary to their interests – was inscribed in art 387*septiesdecies* of the Civil Code.¹⁸¹ Besides, in the event of out-of-home placement, further efforts are made to reunite the child with his or her family environment through a right to information and regular personal and direct contact, unless this would be contrary to the interests of the child or to a court decision.¹⁸² Furthermore, deprivation of parental authority is a very exceptional measure and can be revised at any time.¹⁸³ Even in this case, personal contact with the child is still

175 Alofs, De Bus, ‘De procespositie van de minderjarige in het jeugdrecht’, 151.

176 E Goedseels, *Jeugdrechtmodellen in theorie en praktijk. Een empirisch onderzoek naar het discours en de van Belgische jeugdrechters* (doctoral dissertation Criminological Sciences, KU Leuven 2015) 177–178, 327–328 and 336–345; W De Bondt, L Vercruysse, ‘Participatie van minderjarigen in de jeugdrechtbank: getuigenissen over de Vlaamse praktijk’, *Tijdschrift voor Criminologie* 1–2 (2023) 57–59.

177 Arts 34 and 47 Child Protection Decree.

178 Art 13 Legal Status Decree; art 6, arts 9–10, art 11, s 3, art 20, s 2, 3°, art 48/1, s 1 and art 54 Child Protection Decree; art 31 and art 65, para 1, s 1, 1° and s 2 Child Protection Order. In 2024, a provision (15/1) was added to the Legal Status Decree that explicitly grants minors the right to child protection close to their place of residence.

179 Art 63*quinquies* Youth Care Act; arts 27, 48 and 51–52 Child Protection Decree.

180 Art 17 Legal Status Decree; art 37, art 46, 2°, art 51, s 4 and art 58 Child Protection Decree.

181 Law of 20 May 2021 *tot wijziging van het oud Burgerlijk Wetboek, betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zussen*, *Belgian Official Gazette* (9 June 2021). Art 48/1, s 2 of the Child Protection Decree already contains an obligation for the youth court (judge) to motivate why several minors from the same family could not be entrusted to the same foster family in case of judicial foster care. And art 39, para 1, s 1, 2° of the Child Protection Order already stipulates as a criterion for prioritisation: the fact that it concerns a sibling of a minor who is already using not directly accessible child protection, unless it is not appropriate for the minor to use the offer of the same child protection provider together with his sibling.

182 Arts 374, 375*bis*, 387*sexies*, 387*undecies* and 387*septiesdecies* Old Civil Code of 21 March 1804, *Belgian Official Gazette* (3 September 1807); arts 14–14/2 Legal Status Decree.

183 Arts 60 and 63 Youth Care Act.

possible.¹⁸⁴ Finally, the best interests of the child must be weighed against the interests of the parents¹⁸⁵ and are referred to as ‘the most important consideration’.¹⁸⁶

Nevertheless, some shortcomings can also be pointed out. The evaluation report on the Child Protection Decree shows that the principle of subsidiarity has gained in importance in practice and that the least intrusive assistance is chosen as much as possible while maintaining the same efficiency and effectiveness.¹⁸⁷ This is also reflected in the annually increasing number of foster care placements. In 2023 there were 11,169 unique children and young people in foster care, which means an increase of approximately 70% over a ten-year period.¹⁸⁸ However, the report also mentions that certain interventions are sometimes experienced as (too) drastic and that due to a lack of information residential care is sometimes used too quickly out of concern for the child’s safety, which entails a risk of unnecessary detachment and alienation.¹⁸⁹ Besides, visiting hours are sometimes (too) rigid. Little consideration is given to unexpected events, such as traffic jams or a bus that is late, as a result of which parents cannot be on time and (partially) miss the visitation. At times, facilities are difficult to reach and are located outside the city, threatening to further weaken contact with the home environment.¹⁹⁰

V. The unique position of the unaccompanied foreign minor

1. Applicability of the Flemish child protection

A specific, and very vulnerable, group of children concerns unaccompanied foreign minors, namely children of foreign origin who arrive in Belgium without a person who exercises parental authority or guardianship over them.¹⁹¹ These minors usually first end up in an Observation and Orienta-

184 Cass. 19 April 1989, AR 7424; L Hofkens, Menten N, ‘Ontzetting van het ouderlijk gezag: verenigbaar met het recht op eerbiediging van het familieleven?’, TJK 4 (2023) 223.

185 Cass. 20 October 2020, AR P.20.0604.N.

186 Art 5 Legal Status Decree.

187 Roevens et al, *Evaluatie van het decreet van 12 juli 2013...*, 92–93; Roevens, Put, Pleysier, ‘De vele wegen van integrale jeugdhulp’, 183.

188 <www.opgroei.be/kennis/cijfers-en-onderzoek/pleegzorg> accessed 24 September 2025.

189 Roevens et al, *Evaluatie van het decreet van 12 juli 2013...*, 50.

190 Roevens et al, *Evaluatie van het decreet van 12 juli 2013...*, 48.

191 Art 5 Programme act (I) (art 479) of 24 December 2002, *Titel XIII – Hoofdstuk VI: Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen* (Guardianship Act), *Belgian Official Gazette* (31 December 2002).

tion Centre (OOC) of the Federal Agency for the Reception of Asylum Seekers (Fedasil).¹⁹² During this phase, the Guardianship Service verifies whether the child is indeed unaccompanied and a minor.¹⁹³ The child is then assigned a guardian,¹⁹⁴ who must use the means of parental authority to seek a lasting solution in the best interests of the child. This includes taking care of the child's orientation, accommodation, psychological assistance, and medical care.¹⁹⁵ The stay in the OOC also allows the minor's vulnerability to be examined with a view to orientation towards a suitable place.¹⁹⁶

After this initial observation phase, the unaccompanied foreign minors move on to various forms of follow-up care.¹⁹⁷ They can also enter the child protection system since the Flemish child protection is aimed at all minors who have their family residence, or in the absence thereof, the place where they are educated and maintained in the Dutch language area, and in voluntary child protection cases in Brussels. When an unaccompanied foreign minor finds himself in a foster family or facility, his or her place of factual residence will be decisive. Consequently, there is no nationality or residence status requirement in the Flemish child protection system.¹⁹⁸ Moreover, the explanatory memorandum to the Child Protection Decree explicitly mentions that 'finding an unaccompanied foreign minor' can constitute a VOS-situation.¹⁹⁹ Within the private special youth assistance facilities in Flanders, 5.6% of all unique clients (started files) were registered as unaccompanied

192 Arts 40–41 Act of 12 January 2007 *betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen*, *Belgian Official Gazette* (7 May 2007); also <www.fedasil.be/nl/asile-en-belgique/mineurs/niet-begeleide-minderjarige-vreemdelingen-nbm> accessed 24 September 2025; S De Jonghe, G Braeye, *Handboek voor voogden. Boek 5: Opvang en ondersteuning* (Brussel 2022) 14–18.

193 Art 6, para 2, 1° Guardianship Act.

194 Art 6, para 2, 2° and 8 Guardianship Act.

195 Arts 9–16 Guardianship Act; also <https://justitie.belgium.be/nl/themas_en_dossiers/kinderen_en_jongeren/niet-begeleide_minderjarige_vreemdelingen/voogd> accessed 24 September 2025; Federale Overheidsdienst Justitie, *Algemene richtlijnen voor voogden van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen* (2 December 2013).

196 Art 2 Royal Decree of 9 April 2007 *tot vastlegging van het stelsel en de werkingsregels voor de centra voor observatie en oriëntatie voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen*, *Belgian Official Gazette* (7 May 2007).

197 Art 7, s 2 Royal Decree of 9 April 2007; S Bouckaert, 'Sociale bescherming voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen in België' in E Desmet, J Verhellen, S Bouckaert (eds), *Rechten van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen in België* (Brugge 2019) 368 and 371–372.

198 F De Keyzer, J Put, 'De niet-begeleide minderjarige vreemdeling in de (reguliere) jeugdhulp en de pleegzorg' in Desmet, Verhellen, Bouckaert (eds), *Rechten van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen in België*, 389–390.

199 Explanatory Memorandum, *Parl.St.* VI.Parl. 2012–13, no 1952/1, 14.

foreign minors.²⁰⁰ In total, this is 637 children.²⁰¹ Still, the evaluation report on the Child Protection Decree indicates that access to assistance for young people with a migrant background is more difficult.²⁰²

2. Specific questions and initiatives

The Flemish child protection law raises some questions concerning the assistance of unaccompanied foreign minors. The first question that arises is who should agree to voluntary child protection for the unaccompanied foreign minor. In most cases, these children are assisted by a guardian. Art 2 of the Child Protection Order stipulates that, for the purposes of this order, guardians for unaccompanied foreign minors are treated as parents. The exact scope of this equalisation is far from clear. An equalisation only for this Order (and not for the Child Protection Decree, nor other orders) is strange. Moreover, the guardians can, through the legal representation of the minor, act ‘in the absence’ of the parents.²⁰³ What exactly the latter means is not so clear. Does ‘absence’ or ‘non-attendance’ suffice, or does it only apply if the parent(s) has/have died?²⁰⁴ Given the absence of a person exercising parental authority or guardianship, the powers of the guardian and the specific situation of the unaccompanied foreign minor, we believe that it can be deduced that the guardian may give his or her consent even if the parents of the minor are still alive and legally able to exercise parental authority. After all, the opposite reasoning could mean a stay on child protection. If the parents are known and accessible, it is desirable to involve them.²⁰⁵ However, this lack of clarity is problematic in light of the above-mentioned system requirements, and the importance of the consent requirement in voluntary child protection, as revealed by the assessment. Clarification is therefore strongly recommended.

Another question concerns which youth court (judge) is territorially competent for imposing judicial child protection measures. Art 44, para 1 of the Youth Care Act states that the place of residence of the persons exercising parental authority constitutes the territorial connecting factor. If those persons do not have a place of residence in Belgium or if their place of residence is

200 In 2022 it was 6%. This was an increase compared to 2020 (4.8%) and 2021 (4.6%) due to the influx of children from Ukraine.

201 Opgroeien, *BINC cijferrapport 2023*, 34 <www.opgroeien.be/aanbod/jeugdhulp/werking/e-dossier/binc> accessed 24 September 2025.

202 Roevens et al, *Evaluatie van het decreet van 12 juli 2013...*, 95.

203 Art 9 Guardianship Act; art 2, para 1, 43° Child Protection Decree.

204 Put, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, 182.

205 De Keyser, Put, ‘De niet-begeleide minderjarige vreemdeling...’, 390-391.

unknown or uncertain, the place where the young person committed a juvenile offence, the place where he or she is found, or the place where the person or institution to whom he or she was entrusted by the competent authorities has its residence or its seat is decisive.²⁰⁶ The legislators explicitly chose the place of residence of the parents instead of the foster family or institution.²⁰⁷ The specific situation of an unaccompanied foreign minor is not addressed in the Act. However, Circular 15/2016 of the College of Procurators General mentions that for an unaccompanied foreign minor, who is known to the Guardianship Service, the private residence of the guardian is decisive. When the Guardianship Service does not know the minor or he/she does not have a guardian yet, the place where the offence occurred is taken into account when he or she is suspected of a juvenile offence or, in other cases, the place where he or she was found.²⁰⁸ In 2024, the Court of Appeal in Antwerp ruled that the specific situation must be taken into account. If the guardian exercises pedagogical authority, the place of residence of the guardian is relevant for determining the territorial jurisdiction of the youth court (judge). If that is not the case, his or her place of residence is not relevant and the territorial jurisdiction of the youth court (judge) must be determined on the basis of the minor's place of residence.²⁰⁹ In light of the assessment conducted in this article, this gap in the law should also be filled.

Besides these two specific issues, specific initiatives for unaccompanied foreign minors in the Flemish child protection system are also worth mentioning. Since additional difficulties arise when an unaccompanied foreign minor reports to the intersectoral gateway, such as difficulties with the language and the lack of important data regarding identity, specialised notification points have been set up. The guardian can use this service to get advice or to find effective help in reporting to the intersectoral gateway. However, it is not an obligatory step in the application procedure.²¹⁰ There is also a categorical offer of special child protection to care for and guide unaccompanied foreign minors. This offer consists of community groups and the assistance with autonomous living services of Minor-Ndako, De Oever and Kiosk (Joba

206 Art 44, para 2 Youth Care Act.

207 Justification of amendment no 27 (Faes and Vanlouwe) to the draft law on the establishment of a family and youth court, *Parl.St.* Senate 2011–12, no 5–1189/2.

208 Circular no COL 15/2016 of the College of Procurators General of 2 July 2016 on *vademecum met betrekking tot de interdisciplinaire tenlasteneming van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen* (NBMV) 4.

209 Antwerp 25 January 2024, TJK 2 (2024) 163.

210 De Jonghe, Braeye, *Handboek voor voogden...*, 40; De Keyzer, Put, 'De niet-begeleide minderjarige vreemdeling...', 393.

Vluchtelingenwerking).²¹¹ Furthermore, 135 places were also created by the Belgian State and the Flemish Community. Unaccompanied foreign minors younger than 15, older than 15 but with a clear vulnerability, and brothers and sisters of whom one or both are younger than 15 can be accommodated here upon referral from Fedasil.²¹²

Since 2016, through the foster care project 'Give the world a home', Foster care Flanders (*Pleegzorg Vlaanderen*) has paid extra attention to unaccompanied foreign minors. It aimed to promote foster care as a form of care for unaccompanied foreign minors and was consolidated into the regular operation of foster care in 2019.²¹³ Among other things, this project led to the realisation of rapid foster care placements in which a child under 15 years of age, after arrival in Belgium, stays in a federal facility only for the time necessary to carry out medical checks and appoint a guardian. Thereafter, the child is immediately directed to foster care and a foster family without any prior acquaintance or matching. However, additional training opportunities for these foster families, preparation of the minor and guidance is provided by Foster care Flanders and Minor Ndako.²¹⁴ Finally, art 15 of the Legal Status Decree explicitly states that unaccompanied foreign minors are entitled to support in the search for information on the situation of family members and other persons who are important to the minor. All specialised services

211 De Jonghe, Braeye, *Handboek voor voogden...*, 40; De Keyser, Put, 'De niet-begeleide minderjarige vreemdeling...', 394; also <<https://minor-ndako.be/wat-we-doen/>>, <www.deoever.be/begeleidingstrajecten> and <<https://mmzkiosk.be/vluchtelingenwerk>> accessed 24 September 2025.

212 *Vr. and Antw.* VI.Parl., Vr. no 547, 30 March 2021 (K Verheyen) <<https://docs.vlaamsparlement.be/pfile?id=1692407>> accessed 24 September 2025.

213 *Vr. and Antw.* VI.Parl., Vr. no 547, 30 March 2021 (K Verheyen) <<https://docs.vlaamsparlement.be/pfile?id=1692407>> accessed 24 September 2025. In 2023, 330 unaccompanied foreign minors were placed in foster care (Opgroeien, *BINC cijferrapport 2023*, 34 <www.opgroeien.be/aanbod/jeugdhulp/werking/e-dossier/binc> accessed 24 September 2025). However, there appear to be too few foster families for the (youngest) unaccompanied foreign minors (Flemish Office of the Children's Rights Commissioner, *Children between law and reality: Annual Report 2023-2024* (2024) 95 <www.kinderrechten.be/sites/default/files/2025-02/KRC_jaarverslag_2023_24-def-interactief-corr.pdf> accessed 24 September 2025).

214 *Vr. and Antw.* VI.Parl., Vr. no 582, 12 May 2022 (K Schryvers) <<https://docs.vlaamsparlement.be/pfile?id=1852628>> accessed 24 September 2024; De Jonghe, Braeye, *Handboek voor voogden...*, 66; L Trogh, K Brabants, *Eindrapport 2018. Geef de wereld een thuis* (2018) 13–14, <www.pleegzorg.be/files/Documenten/Kenniscentrum/Eindrapport-2018-Geef-De-Wereld-Een-Thuis.pdf> accessed 24 September 2025; see also <<https://minor-ndako.be/watwedoet/pleegzorg/>> accessed 24 September 2025. In 2023, 7 direct foster placements were realised (*Vr. and Antw.* VI.Parl., Vr. no 83, 15 November 2024 (K Schryvers) <www.vlaamsparlement.be/nl/parlementaire-documenten/schriftelijke-vragen/1841572> accessed 24 September 2025).

should cooperate on this.²¹⁵ All these initiatives contribute to accessible, context-oriented child protection tailored to the needs of the minor and can, in view of the system requirements identified in this article, only be welcomed.

VI. Conclusion

From the evaluation carried out in this article, we can conclude that from the perspective of the necessary balance between protection and interference, the Flemish integrated child protection system, which also applies to unaccompanied foreign minors, has a decent legal arsenal. Both duties are given careful attention at the regulatory level. However, the weaknesses and points for improvement mentioned, such as access to the court in case of voluntary and mandated child protection, decision-making criteria in judicial child protection, rigid visiting hours and the requirement of consent in case of child protection for unaccompanied foreign minors, should not be forgotten. Moreover, these weaknesses and points for improvement mainly relate to the obligations of the states to respect the right to private and family life. This seems to indicate that the obligation of protection of the development and upbringing of children is better regulated than the obligation to respect the right to private and family life.

We end by emphasising a limitation of this article, namely that the foregoing assessment is necessarily partial because it is limited to an evaluation at the regulatory level of the global Flemish child protection system, supplemented by figures and findings from the evaluation report on the Child Protection Decree. However, the greatest importance lies in the careful deployment of the legal framework at the case level. This nuancing is therefore also an invitation to a follow-up to this legal evaluation, in the form of an empirical study of child protection practices from a children's and human rights perspective.

215 Explanatory Memorandum, *Parl.St.* VI.Parl. 2003–04, no 2063/1, 17.

Child Protection System in Bulgaria: Achievements and Challenges

Velina Todorova

I.	Legal and organisational background	165
1.	Introductory remarks	165
2.	The legacy of socialist state in child care	167
3.	The transformation of the child protection policies (1997–2017)	169
4.	The Child Protection Act	174
5.	Institutional framework.	177
II.	The Child, the Family and the State	179
1.	Situation of the families and children.	179
2.	Services for families and children under the Social Assistance Act . . .	181
3.	Child at risk.	184
4.	Protection from violence	186
5.	Child protection interventions and safeguards for non-separation . . .	187
6.	Transnational families	191
III.	Conclusions	191

I. Legal and organisational background

1. Introductory remarks

The ‘birth’ of the Child Protection System (CPS) in Bulgaria is associated with the legal reform that took place in 2000 with the adoption of the Child Protection Act (CPA).¹ It was followed by institutional and policy reforms. The movement around the CPA is part of the Bulgarian modernization after the fall of the Berlin wall in 1989.² Three major factors accelerated the establishment and functioning of the system at the very beginning. The first one is the UN Convention on the Rights of the Child (CRC), which was

1 *Zakon za zakrila na deteto* 2000.

2 The historical delay and the need for catching up with the more advanced European countries (after the split from the Ottoman Empire in 1878, the fall in the orbit of the USSR's influence after 1945 and the post-communist transition after 1989) is the main mark of the Bulgarian modernizations. D Mishkova, ‘Liberalisms, Traditions, Transfers. Towards the History and Methodology of Transfer in the Periphery of Europe’ in I Hristov, *The (Un)accomplished Rule of Law Society in Bulgaria* (Sofia 2012) 9–41; A Spendzharova, M Vachudova, ‘Catching Up? Consolidating Liberal Democracy in Bulgaria and Romania after the EU Accession’, *West European Politics*, 35(1) (2012) 39–58; P Stubbs, *International Organizations and Child Care System Reform in South East Europe. Final Report for UNICEF* (Zagreb 2007), para 3.

in force for the Republic of Bulgaria since 1991.³ Ten years after the ratification, it became clear that the principles and norms of the CRC could be implemented only after their integration into the domestic legislation and the CPA was the first attempt in that direction. The political situation at that time was dominated by the accession to the European Union agenda, which was another favourable factor. That was also an impetus for the development of civil society, a process supported by various international and foreign donors.

The CPA established the legal basis for the development of the CPS but also for other policy and value transformations such as – recognition of children as rights holders, development of the new profession of a social worker, deinstitutionalisation of child care, start of the foster care system as an alternative of institutional care, child protection case management, hearing of children in all judicial and administrative proceeding that affect them, services for families and children, early child care and development and protection from violence.⁴ This chapter will present and critically examine the main developments and the current status of the Bulgarian CPS. The analysis aims to prove that although the CPS started as clear ‘top down’ reform this was the only way to start the modernisation of policies towards the protection of children’s rights and to fulfil the obligations taken under the international law. The evolution of the system, although uneven, followed the main lines of the CPA and materialised in the deinstitutionalisation of child care, establishing the national capacity to apply the best interest of the child principle, hearing of children and the development of services for families and children. The chapter will also focus on the possible abuse of power in interfering in family life referring to the statutory safeguards and case law.

A small clarification regarding the scope of the Bulgarian CPS is needed at the beginning. The CPA defines child protection as ‘a system of legislative, administrative and other measures to guarantee the rights of every child.’⁵ The Bulgarian law, in line with CRC,⁶ considers a child to be any person

3 Bulgaria ratified the CRC by a decision of the Great National Assembly on 11 April 1991, promulgated in State Gazette 55 of 12 July 1991, in force since 3 July 1991. Art 5(4) of the Bulgarian Constitution stipulates that ‘The international treaties ratified by constitutional procedure, promulgated and entered into force for the Republic of Bulgaria are part of the domestic law of the country. They shall prevail over those norms of domestic law which contradict them.’ Also Decision of the Constitutional Court No 7/1992, case 6/1992.

4 Arts 3–5 CPA.

5 Art 1 CPA.

6 Art 1 CRC: child is a human being ‘below the age of 18 unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier’.

below the age of 18.⁷ The system is designed to work for children and not for youth, although the definitions overlap for a certain age group of children. The Youth Act⁸ defines the 'youth' as the persons between 15 and 29 years of age. The youth policies in Bulgaria have a slightly different dimension. The youth policy is considered '... a targeted and consistent activity of the state, municipalities, youth organizations and society aimed at creating favourable conditions for the full personal development of young people and their participation in social and economic life, as well as their inclusion in governance at local, regional and national level through activities promoting the development of youth in the country.'⁹

2. The legacy of socialist state in child care

The Bulgarian social policy after the Second World War was factored by the accelerated industrialisation and urbanisation served by a strong pro-natalism¹⁰ movement and women's 'liberation.' Its topical features are considered to include: labour market driven policy towards women and the families; universal child benefits and considerable investments in child healthcare and education (which was obligatory till the age of 18)¹¹ and institutional care for children without parental care.¹² The appearance of the state as a generous provider for children diminished the role of the parents. 'In both the

7 Art 2 CPA.

8 *Zakon za mladezta* 2012.

9 Art 2 Youth Act.

10 As a result of the specifics of socio-economic development during this period the out-of-wedlock fertility rate increased significantly over the years 1946–47 to 1956–57 from 7.3 to 23.2 with a decline in the marital fertility rate over the same period. At least 90% of children born out of wedlock were to young women, half of whom were under the age of 19; 76% of mothers indicated that they would place the child for adoption. M Belcheva, *Social-demographic Researches and Analyses* (Sofia 2004) 99–103, 133, 135–137.

11 As per UNICEF research, during the 1980s, 14% of children aged 0–3 were enrolled in nurseries, 82% of children aged 3–7 were enrolled in kindergartens. The fee for the day care cost 2–4% of the average family incomes and the service was free for families with low incomes. The school canteens were free or charged symbolic fees. At least 13% of the medical doctors were paediatricians, children up to the age of 6 receive free medicines for outpatient treatment, and parents of children aged 7–14 paid 25% of the price of the drugs. The hospital treatment was free of charge. The ratio between paediatrician and children patients was 1: 1,000, whereas in the Roma neighbourhoods it was 1:800 children. Each school has a medical doctor, a nurse and the dental care was regular. UNICEF, *National Analysis of the Situation of Bulgarian Children and Families*, Bulgarian National Committee for UNICEF, Bulgaria 1992.

12 V Zhekova, T Kotzeva, 'Demographic policy in Bulgaria until 2004' in A Atanasov, M Ivanov (eds), *Demographic development of Bulgaria* (Sofia 2005) 185–190; Belcheva, *Social-demographic Researches...*, 24–28; UNICEF, *National Analysis...*; D Tobis, *Moving from residential Institutions to Community based Social services in CEE and the former SU* (Washington 2000); K Pringle, *Children and Social Welfare in Europe* (Buckingham, Philadelphia 1998)

education and CPSs, the child was seen as [an] individual in relationships with the state rather than as a member of a family. Since the upbringing and education of the young generation was a key public interest, the role of the parents was regarded as an important public duty. Thus, parental obligations became a major element of parental functions and dominated over the rights [of] that time. Consequently, families were often blamed rather than supported, and frequently state institutions we considered preferable.¹³ This context could partially explain the demand for public child care as an alternative to care by the parents and its expansion by late 1980 but also the overall acceptance by the society of the placement of children in care, which has been believed to be a parental decision. Families in need were perceived as a societal dysfunction and the institutionalisation of children was not questioned, particularly of children with disabilities whose placement was nearly automatic. In the early 1950s, institutional care was justified by the need to address the medical risks of newborn babies and young children but also the babies of single mothers.¹⁴ The legislation regularised the medical approach to the care of newborns and young children under the age of three which makes it difficult to challenge this approach even today.¹⁵ The number of and the type of large scale institutions gradually increased as well as the criteria for entry of children (i. e. children born to single mothers, underage

109–110; J Micklewright, K Stewart, 'Child Well-being in the EU and Enlargement to the East', UNICEF Innocenti Working Papers, Economic and Social Policy Series 75 (2000) 5.

- 13 UNICEF Innocenti Research Centre. MONEE project, 1999, Women in Transition, Regional Monitoring Report, 44, 'Women in Transition', *Regional Monitoring Report* 6 (1999) 44; A Kasabova, 'The State Child' in I Elenkov, D Koleva (eds), *Ethatisation of Child Care in Socialist Bulgaria* (Sofia 2010) 94–107; V Todorova, 'Children's Rights in Bulgaria after the End of Communism', *The International Journal of Children's Rights* 17(4) (2009) 623–646.
- 14 The medical approach was not recognised as harmful for children by leading Bulgarian experts for a long time. *End the silence: the case for the elimination of the institutional care for children* (Hopes and Homes 2016) 14 <<https://www.hopeandhomes.org/content/uploads/2022/05/End-the-Silence.pdf>> accessed 25 July 2023; Belcheva, *Social-demographic Researches...*, 198; A Doichinova, 'A brief observation on the creation and development of the "Mother and Baby" Homes in Bulgaria' in V Banova (ed), *To grow up without parents* (Sofia 1999) 99–102.
- 15 The institutional care system was fragmented and supervised by different ministries based on the age criteria as well as the specific needs of that group of children: Mother and Baby Homes for babies from 0 to 3 years under the Ministry of Health; for children from 3 to 7 and from 7 to 18 years – Homes for children and adolescents under the Ministry of Education and homes for children with physical and mental disabilities under the Ministry of Labour and Social Policy. The legal regulation of public care was also sectoral and issued by the respective minister. The Regulation for Placement of Children in the 'Homes for Children and Adolescents' of 1967 even views the placement as a privilege for some category of parents (activists of the communist party, for instance). They did not need to refer to specific grounds applying for placement of their child.

mothers, children with disabilities, children born into family poverty, parents who participated in shift work).¹⁶

The 'institutionalisation' service has gradually established not merely the culture of child abandonment, but also the 'industry' of abandonment, through the expanded supply of the service.¹⁷ Provided that no alternatives were available, the service became acceptable and approved by society, which created a culture of discrimination that impacted the new policy for deinstitutionalisation when small group homes were built in the communities.¹⁸ Children from institutions were perceived as 'second quality' individuals with unacceptable manners and bearing.¹⁹

3. The transformation of the child protection policies (1997–2017)

Setting up the Bulgarian CPS has been a swift and complex process that combined so called 'top down' reforms²⁰ with creation of 'bottom-up' proj-

16 The first survey on children in Bulgaria (1980–86) found out that 18,000 children (0.8% of the child's population) were placed in institutions mainly due to social reasons. The survey shows that children with disabilities are the largest group of children in institutions (11,423), the next largest group is formed by the children of single mothers (6,467), as well as orphans (9,281). Bulgarian National Committee for UNICEF 1992, 60–61. The next research (1991) found out that 65% of institutionalised children have families; over 50% of children were placed with the institutions after they had become 3 years old and were sent there by their families, whereas only 1/3 were transferred from other institutions: for children aged 0–3 years. See also Belcheva, *Social-demographic Researches...*, 158; Reports on the situation of childcare institutions in Bulgaria, State Agency for Child Protection 2004.

17 Even after the start of the deinstitutionalisation policy, the residential care institutions actively recruited children by various means, including advice from medical staff in the hospitals as well as by media advertisements. This was important to maintain their staffing and budgets, which demonstrated that the system worked rather for its own interest. In *The continuing misuse of children in institutions in Bulgaria*, Save the Children 2003.

18 For example, the idea to move some children from the remote village to one neighbourhood in Russe has risen a protest and rejection because, as people said, 'they are not used to seeing children with disabilities': 'The citizens in Ruse were disgusted by the children from Mogilino' <<https://news.bg/bulgaria/rusentsi-ne-iskat-detsata-ot-mogilino.html>> accessed 1 August 2023.

19 *Deinstitutionalization of child care in Bulgaria: Views from inside and from outside*, Alpha research, Sociological research, 2018 <https://alpharesearch.bg/api/uploads/Articles%202019/0119_Presentation_Survey_Alpha_Research_Final.pdf> accessed 20 July 2023.

20 VR Hadjiev, *The Impact of the European Union on the transformation of child protection policies: a study of Bulgarian deinstitutionalization reform (1989–2015)* (Doctorate en science politique Institut d'études politiques de Paris – Sciences Po, 2018) <https://alpharesearch.bg/api/uploads/Articles%202019/0119_Presentation_Survey_Alpha_Research_Final.pdf> accessed 2 August 2023.

ect-based practices for child care and protection.²¹ The domestic actors have worked under the political pressure coming from the process of ‘Europeanisation’ of Bulgaria. The child rights and protection issues have entered the negotiation process through the political criteria,²² as a pre-accession condition and have been followed in the regular reports of the EU Commission, thanks mainly to advocacy efforts of the newly emerged NGOs.²³

The transformation of the CPS was prepared by the economic hardships during Bulgaria’s transition towards democracy, rule of law and market economy. The transition period resulted not only in gradual decline in the social policy for children and families but also in collapse of the major systems of social cohesion: the labour market, health care, education, justice.²⁴ The situation for children deteriorated rapidly. Society was faced with the new phenomena of street children, increasing number of school dropouts and children left behind by their parents, labour migrants. Mass impoverishment, polarisation of society and lack of job prospects, loss of trust in institutions gave rise to migrants in search of jobs in other, richer countries. Children from transnational families remain unprotected from the processes of chaotic social transformation, such as those observed in some Eastern bloc countries.²⁵ The number of children placed in institutions doubled from

-
- 21 ‘The new practices such as individual needs assessment and care for children, reintegration into the birth family, supporting families to prevent the separation, improving the living conditions of children in institutions were driven by the foreign donors. The analyses of the international assistance, however, draws attention to some issues such as contribution to a fragmented, inconsistent, badly sequenced, and short-term reform agenda; International organisations have tended to prioritise working with “champions of change” at the expense of ensuring wider buy in; the “passion for pilots” has, sometimes, proved to be unsustainable and has created false positives.’ Stubbs, *International Organizations...*, para 6.
 - 22 Established in the European council in Copenhagen in 1993 <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/enlargement-policy/glossary/accession-criteria_en> accessed 5 August 2023.
 - 23 V Todorova, ‘Children’s Rights in Bulgaria after the End of Communism’, *The International Journal of Children’s Rights* 17(4) (2009) 623–646.
 - 24 Micklewright, Stewart, *Child Well-being in the EU...*, 7–10; K Stoyanova, A Kirova, M Fileva, K Kirova, R Gocheva, *Social Policy for the Families* (Sofia 1997) 18. UNICEF/MONEE, *Children at Risk in Central and Eastern Europe: Perils and Promises*, Regional Monitoring Report 1997, 21–25. UNICEF/MONEE, *Poverty, Children and Policy: Responses for a Brighter Future*, Regional Monitoring Report 1995, 6–12.
 - 25 K Koev, A Popova, ‘Social Aspects of the Intra-EU Mobility’, 7-th International e-Conference on Studies in Humanities and Social Sciences (Centre for Open Access in Science, Belgrade 28 June 2021) <<https://centerprode.com/conferences/7IeCSHSS/coas.e-conf.07.16169k.pdf>> accessed 24 August 2023; ‘The Ombudsman: Every Fourth Child is a Viber Child with Parents Working Abroad’, Ombudsman of the Republic of Bulgaria (12 December 2022) <<https://www.ombudsman.bg/en/n/the-ombudsman-every-fourth-child-is-a-viber-child-with-parents-working-abroad-1950>> accessed 24 August 2023.

18,000 in 1991 to 35,123 in 2000.²⁶ This number was found to be alarming by experts, NGOs and the international community, which made the policy of deinstitutionalisation as a first, major and long-lasting policy of the new CPS in Bulgaria.²⁷

The external pressure within the EU accession of Bulgaria was another factor since it strengthened the liberal movements and aspirations favourable for the accelerated child protection reforms.²⁸ This reinforced the position of the first liberal Government (1997–2001) to adopt the first National Strategy for Child Protection (1998–2002),²⁹ to support the Draft CPA and to establish the new child protection administration at central and local levels. The aspiration to EU membership encouraged the involvement of foreign³⁰ and international donors (such as the British organisations ‘Save the Children Fund,’ ‘European Children’s Trust,’ ‘Christian’s Children Fund,’ ‘Every Child,’ and ‘SOS Children’s Villages’) in the transformation of the CPS. UNICEF established an office in Bulgaria in 2006.

The practical realisation of the reform was prepared by the Government implemented Child Welfare Reform Project (2000–2003) funded by a World Bank loan at the amount of 23 million USD. The project aimed to prepare the state policy of deinstitutionalization of child care through creating the so-called ‘gate keeping’ mechanisms and alternatives of institutional care. The ‘gate keeping’ concept developed services at the municipal level that would support parents to care for children and to reduce the flow of children into institutions. The services within the project were day care centres for

26 Project Appraisal Document for a Child Welfare Reform Project (2001), Rep No 21012–Bul <<https://eq-bg.org/wp-content/uploads/2021/09/World-Bank-2001-pdf-58.pdf>> accessed 10 August 2023.

27 NGOs Alternative report on the Bulgaria’s progress towards the process of accession of to EU, 9 <https://issuu.com/bghelsinki/docs/2004_ngoalternativerreport_en-1-/10> accessed 1 April 2022. The CRC Committee also made a strong recommendation to Bulgaria regarding alternative care: CRC/C/BGR/CO/2, 2008, paras 35–36.

28 In 1995, Bulgaria applied for European Union membership, opened accession negotiations in 2000, concluded them in December 2004, and achieved full membership in January 2007. More at <https://www.europarl.europa.eu/enlargement/briefings/6a3_en.htm> accessed 1 April 2023.

29 The first Government Strategy and Action Plan for Childcare Reform of 2000 explicitly stated the problems in this area, such as: 1. over-institutionalisation – 2.15% of the children’s population, 2. super-centralisation and subordination to 5 ministries of child care, and 3. low effectiveness and high cost from the perspective of public costs and children’s rights.

30 The foreign donors phased out their activities by the moment of accession of Bulgaria to the European Union in 2007. Other NGOs, such as Lumos and Better Care started activities to support the process of deinstitutionalisation of child care after 2010.

children with disabilities and for children living in the streets as well as community support centres including 'Mother and Baby Units' where mothers and babies could stay for a short term in order to prevent the abandonment of the child. Although the services were fragmented and piloted in 10 municipalities, these services remained as good examples and the only community-based services for children and families of that period. This project did not result in a national strategy for the deinstitutionalisation of child care. This came ten years later after several public scandals around institutions and a BBC movie³¹ about the harmful practices in institutions for children with disabilities.³²

In 2010 the Government (that declared its pro-EU orientation) adopted the national strategy 'Vision for Deinstitutionalisation of the Children in Bulgaria' (2010–2025).³³ Its main objective was to guarantee the right of children to a family environment and access to quality care and services according to their individual needs. The related sub-objectives are to ensure adequate regulation, budget allocations and staffing for a wide range of community based services for children and families, to enhance capacity of the CPS by clearly outlining and effectively distribute powers and responsibilities of the child protection authorities, service providers as well as to ensure the professional capacity of the workforce, to close down 137 residential care institutions for children within 15 years period and to ban the placement of children aged 0 to 3 years in residential care of any type after the completion of the reform. The Deinstitutionalisation Action Plan envisaged a minimum level of service provision in each region for the prevention of institutionalisation, emergency measures for the protection of children at risk, foster care and residential care. The residential care was to be provided only for a small number of children with 'extremely complex disabilities or older adolescents with deviant (antisocial) behaviour who do not want to live with a family.'³⁴ The Deinstitutionalisation Action Plan provided for broad administrative and legislative changes to ensure the well-being for all children and compre-

31 BBC Documentary: Bulgaria's Abandoned Children, 2007 <<https://www.youtube.com/watch?v=mCHafUIVuuE>> accessed 1 August 2023.

32 See also Validity Foundation, Deinstitutionalisation and the life in the Community in Bulgaria (2021), 16 <<https://validity.ngo/wp-content/uploads/2021/09/Deinstitutionalisation-and-Life-in-the-Community-in-Bulgaria-FINAL.pdf>> accessed 1 April 2023.

33 The Strategy in Bulgarian: <<http://www.strategy.bg/StrategicDocuments/View.aspx?lang=bg-BG&Id=601>> accessed 1 April 2023. Additional funding to the state budget was envisaged from EU structural programmes in the amount of 40m euros.

34 Small group care, initially for no more than 6 children, which then increased to 12, was envisaged as the only type of residential care. This was criticised by NGOs working for and with children with disabilities as being not in line with CRPD Convention. See: Validity Foundation, *Deinstitutionalisation...*, 9–10.

hensively guaranteeing their rights; developing services to support parents to fulfil their responsibilities, rather than the state taking on these responsibilities, and improving the quality and effectiveness of alternative forms of care and services; a modern approach to health care that supports mothers before, during and after the birth of their children and prevents sick children and children with special needs from being separated from their parents for long periods of time; an education system that has the capacity and resources to support the diverse needs of all children.

The deinstitutionalisation of child care was the first comprehensive policy drafted by the national experts, crafted after attentive consideration of the national context and the principles of rule of law and children's rights. It articulated important visions for systematic reforms to differentiate the systems of child protection and social assistance; to build a child-friendly justice system, where every child who appears in court – whether as a victim of or accused of involvement in a crime – must be treated first and foremost as a child. These were obviously too far reaching for the state administration at the time. The implementation of deinstitutionalisation of child care required sustained and informed political commitment, however, the domestic processes that followed demonstrated that evolution of the system was marked by a heavy resistance from the 'old' administrations,³⁵ staff in the institutions and their trade unions; lack of political support from the subsequent governments and negligence from the local authorities.³⁶ This caused a gradual slowdown of the pace of implementation of deinstitutionalisation of child care reform after the enthusiastic start. The big institutions were closed and the first ones were the institutions for children with disabilities.³⁷ Many of the other legislative objectives, including capacity building, workforce

35 For instance, the subsequent MLSP did not support the WB Project: P Kabakchieva, 'The Legacy of Institutions, Institutional Culture and Institutional Change in Bulgaria after 1989' in R Avramov et al, *The State against the Reforms* (Sofia 2004) 142.

36 UNICEF, *Deinstitutionalisation of Children in Bulgaria – how far and where to?* Independent review of progress and challenges (Sofia 2014) 30–32.

37 Information from the ASA suggests that by the end of 2019 the number of children living in residential care institutions dropped from 7,587 in 2010 to 495 in 2019 (93%), 21 residential care institutions remain, of them eight – for children aged 7–18(20), and 13 medical institutions for children aged 0–3. The number of children in foster care has increased over the period 2012–2016, with some decrease in 2017–2019. Almost all children are raised in professional foster families (1,946 children in 2019), with a few in volunteer foster families (two children in 2019): T Kotzeva, 'Bulgarian Report' in A Abela, R Dudova, A Gábos, H Hašková, B Heggem Kojan, T Kotzeva, A Putnina, S Šadić, K Sesar, A Tereškinas, A Thiene, L Tzivian (eds), *Child and family support policies across Europe: National reports from 27 countries*, EurofamNet (2021) <https://aran.library.nuigalway.ie/bitstream/handle/10379/17414/A_framework_for_child_and_family_support_in_Europe.pdf?sequence=1&isAllowed=y> accessed 2 August 2023.

investments, services for families and children, however, remain unmet.³⁸ There was even a regression in terms of gradual de-professionalization, bureaucratisation and capture of the system by political parties since the cash benefits were used for political purposes.

4. The Child Protection Act

The Bulgarian Constitution of 1991 regards children as objects of protection by the state, society and parents.³⁹ Furthermore, it highlights the responsibility of parents to care for their children and the obligation of the State to assist them as well as to protect abandoned children. The Constitution also establishes that the conditions and procedure for the restriction or suspension of parental rights which are established by law.⁴⁰

The CPA, adopted in 2000, was the first to govern the rights of children and the state responsibilities for their protection.⁴¹ The law was ground-breaking for the Bulgarian legal traditions and regulations. It created the profession of social worker, case management of children in need of care and protection, the child protection measures, the family-based alternatives for child care such as kinship and foster care as well as provided for the establishment of administration responsible for child protection at central and local levels. The CPA also proclaimed the principle of the best interests of the child, the rights of the child to be heard and to be protected from all forms of violence, prohibition of discrimination and some others. The CPA governs both the administrative and judicial proceedings for the placement of children into

38 UNICEF, *Deinstitutionalisation of Children...*, 40–47.

39 Pursuant to art 14 of the Constitution of Republic of Bulgaria the family, motherhood and children shall enjoy the protection of the State and society. See more in JM Fresno et al, *Analysis of the Child Protection System in Bulgaria*, Report for UNICEF (Sofia 2019) 21 <<https://www.unicef.org/bulgaria/en/documents/analysis-child-protection-system-bulgaria>> accessed 20 July 2023; CORAM International and UNICEF, *Study on Violence against Children (VAC) in Bulgaria. Capacity of the Institutions responsible for the prevention, identification and response to VAC in Bulgaria* (2019) 12.

40 As art 47, para 5 of the Constitution reads. All these provisions could be found already in the Constitution of 1971— special care for maternity and children (art 37), equal rights of children born within and out of marriage (art 38), special protection by the state and the public for the children without parental care (art 44), as well as the rights to free education (art 45) and medical care (art 47).

41 The law established that the state policy on the child should be implemented according to the national strategy adopted by the National Assembly and based on the principles of the CPA. The first such strategy was adopted in 2008 to be implemented until 2018. The adoption of the next strategy is still pending since the draft was suspended in 2019 <<https://www.strategy.bg/PublicConsultations/View.aspx?lang=bg-BG&Id=4012>> accessed 12 August 2023.

child protection as well as for its ending.⁴² Any separation of the child from the family is to be decided by the court. The high rates of institutionalisation of children, the lack of mechanism for individual cases management as well as the educated and trained workforce were the major policy concerns at the time of adoption of the CPA. This is the reason for the CPA to be predominantly focused on the response to neglect, abandonment and violence against children but not so explicitly on prevention.⁴³ Therefore it would be correct to determine the CPS in Bulgaria as a 'risk oriented system'.⁴⁴

The CPA establishes a duty for mandatory reporting of cases of a child in need of protection. The law stipulates that a person who becomes aware that a child is in need of protection shall immediately notify the child protection authorities and the same obligation shall apply to any person who has become aware of this in connection with his profession or activity, even if it is bound by professional secrecy.⁴⁵ Anonymous signals (reports) are also allowed but only regarding violence against the child.⁴⁶

This law focused on reforming the system. The CPA reform should have been followed by the reform of the outdated social assistance system which was supposed to provide support for families to avoid unnecessary separation of children due to poverty in the family (to perform the so-called 'gate keeping' function). Poverty and child poverty are still the major reason for the placement of children in public care. Therefore, it could be claimed that the CPA resulted from an isolated action of the state in 2000 and did not become a part of systemic policy change towards child rights and welfare of families.

The Family Code⁴⁷ of 2009 attempted to apply a more child centred approach in various of its regulations: the parent rights and duties should be exercised in the interests of children,⁴⁸ children should be heard in all decisions affecting them if they are at least ten years of age⁴⁹ and an explicit stipulation of the rights of a child to be raised and educated in a way that

42 Grounds for separation of children, including in cases of violence (arts 25, 26 CPA), temporary placement by administrative order (art 27 CPA), Placement by court order (art 28 CPA), Foster care (arts 31, 32), Adoption (art 34a), Resident care (art 35), Police protection (art 37). The implementation of the measures is detailed in the Implementing Regulation of the CPA, passed in 2003.

43 This critique is expressed in Fresno, *Analysis...*, 15.

44 T Helland (ed), *The comparative analysis of the Child Protection Systems in the Czech Republic, Lithuania, Norway, Poland, Romania and Russia*, Centre for Research on Discretion and Paternalism University of Bergen (2020) and the referred sources there.

45 Art 7 CPA.

46 Art 10, para 5 Implementing Regulation CPA.

47 *Semeen kodeks* 2009.

48 Art 123 Family Code.

49 Art 138 Family Code.

secures their physical, mental, moral and social development,⁵⁰ right to personal relations (contact) with parents, unless the court has otherwise decided.⁵¹

The liberal nature of the CPA confronted the patriarchal cultural norms regarding children and their rights, which appeared as one of the barriers to its effective implementation. There were several attempts to question the new law since its adoption as well as the child protection policies. In 2012, the discussions on the Draft Law on Children's Rights were discontinued as a result of protests of religious organisations and parents mobilised thereby, the arguments being that children's rights constitute a breach of parents' rights to bring up and raise their children without any interference of the state.⁵² It was an extremely false argument since all the facts suggest that the policy of deinstitutionalisation was aimed at closure of institutions and prevention of separation of children. The 'anti children's rights' movement stopped the development of the system for a long time. A number of legislative initiatives (such as the child's right to access information about their origin and the reform in criminal justice for children) were left unfinished.⁵³ All the reforms in the areas of health and reproductive education for children, child care and protection against violence were stalled, while the National Strategy for the Child 2019–2030 was suspended personally by the Prime Minister and the entry into force of the new Social Services Act was postponed. There have also been organised attacks by anti-reform groups on established Civil Society Organizations (CSOs) working on issues including gender, LGBTI rights, child protection and children's rights.⁵⁴ These attacks culminated in 2017–2020 as part of the overall anti-rights propaganda and populist movements in Bulgaria, similar to the ones in Poland and Hungary.

50 Art 124, para 1 Family Code.

51 Art 124, para 2 Family Code.

52 For examples of resistance against the new child rights legislation see <https://www.dnevnik.bg/analizi/2012/07/14/1864857_obrazovatelni_konclageristi/#comments-wrapper> accessed 17 March 2023; <<https://offnews.bg/analizi/noviat-zakon-za-deteto-sazdava-uslovia-za-trafik-na-detca-60327.html>> accessed 15 March 2023.

53 Report of the Council of Europe Commissioner for Human Rights (Strasbourg 2015) 14–17 <[https://rm.coe.int/ref/CommDH\(2015\)12](https://rm.coe.int/ref/CommDH(2015)12)> accessed 15 March 2023.

54 See <<https://www.parliament.bg/bills/44/054-01-111.pdf>> accessed 3 July 2023; <<https://offnews.bg/politika/vmro-iska-da-otpadne-spetsialnata-zakrila-na-dete-v-risk-chrez-pro-mian-741915.html>> accessed 17 March 2023; <https://www.capital.bg/politika_i_ekonomika/politika/2020/12/10/4150583_vmro_vkljuchi_i_decata_v_predizborna-upotreba/> accessed 18 March 2023.

5. Institutional framework

The new child protection administration was built less than two years after the CPA entered into force. The State Agency for Child Protection (SACP) established the Council of Ministers as a structure for policy guidance, co-ordination and monitoring of children's rights.⁵⁵ The system promoted and protected the child's right to live in a family environment and to gradually abolish the previous ideology that the state can provide better care for children. The system has had to work to re-establish the social norm that parents are the primary caregivers and the state should intervene to separate families only if it is in the best interests of the child (i.e., if the child has been subjected to abuse, or severely neglected or abandoned).

The Chairperson of the SACP has the authority to organise inspections of compliance with the rights of the child by all state, municipal and private schools, kindergartens and nurseries, service units, medical institutions, directorates of 'Social Assistance,' providers of social services for children and non-profit legal entities working in the field of child protection, and in case of violation he issues mandatory prescriptions for their elimination.

Functions for the protection of child's rights are also vested with the sectoral ministers: such as the minister of labour and social policy (MLSP),⁵⁶ minister of health,⁵⁷ minister of education and science,⁵⁸ minister of in-

55 Arts 6a and 17, para 1 CPA, the official website: <<https://sacp.government.bg/en>> accessed 17 March 2023.

56 Under the CPA, the MLSP is responsible for managing, coordinating and controlling the implementation of the social policy in relation to children and families, for working with civil society to support implementation of child protection policy, and to support implementation of policy surrounding children and families (e.g., to support responsible parenthood, and family cohesion, as well as for the development of laws, policies and action plans relating to children and families.

57 The Ministry of Health (MOH) is responsible for the care and protection of children, including medical care and protection. Under the 'Ordinance for the Conditions and the Order of Implementing Measures for Prevention of Abandoning Children and their Accommodation in Institutions, as well as their Reintegration' (2003), health officials also have responsibilities with regards to children at risk of abandonment and children in specialised institutions. The MOH's actions are part of the coordination of child protection bodies set out in the coordination mechanisms and include the provision of free forensic medical examination to child victims, which includes the issuance of forensic medical certificates.

58 The Ministry of Education and Science is responsible for policy and practices regarding violence against children in schools and educational institutions, including those set out within the Pre-School and School Education Act 2016. Under the CPA, the ministry has the responsibility to ensure the safety of children in public schools and kindergartens in the system of pre-school and school education.

terior,⁵⁹ and minister of justice.⁶⁰ The aim was to mainstream the child protection policies into the sectoral policies but children's rights and child protection are still not systematically translated into sectoral laws and regulation with the exception of the Ministry of Education and Science. The Pre-School and School Education Act of 2008 has the legal responsibility to prevent violence against children and support positive discipline.

The local child protection administration is part of the Agency for Social Assistance (ASA), which is subordinated to the MLSP. The Child Protection Departments (CPD) are part of the Social Assistance Directorates (SAD), which sit under the ASA within the municipality.⁶¹ The staff at the CPD include professional social workers who are responsible for child protection matters and for the protection of children at risk to decide on the concrete child protection measures, which should be implemented either by social services provision to the child or members of the child's family, or by placement of the child in care if in the best interests of the child. The out of home care could be kinship or foster care, adoption or residential care. The placement of the child in care (or for adoption), who is seized by CPD, is decided by the court. The child protection interventions follow the identification of cases by signals or reached out by the field work of social workers.⁶² Identification of the case through community interventions, mapping of families in vulnerable situations, regular home visits and outreach activities is still very rare due to the insufficient resources and capacity of the CPS. In general, the practice of social work is oriented in a reactive manner to give support to demand, as opposed to proactively searching for vulnerable and marginalised families and children.⁶³

Policy coordination of the CPS in Bulgaria takes place via a consultative body at the SACP – the National Council for Child Protection (NCCP).⁶⁴ The overall makeup of the NCCP is comprehensive, as it includes a balanced representation of all stakeholders concerned – including government institu-

59 Ministry of the Interior has a number of responsibilities in relation to violence against children and child protection, as set out under art 6a(2) CPA, including the provision of police protection of children, which includes special, protective accommodation of children, including protective custody that secures their protection from parents, if necessary; specialised protection of children in public places and border control as it relates to child protection.

60 The Ministry of Justice supervises activities relating to international adoption and ensures that children who are deprived of their liberty are protected while in detention. It also has oversight over the justice system regarding participation of children in penal justice proceedings as victims or as offenders.

61 Arts 6, paras 1, 2 and 20, CPA.

62 Art 10, para 1 of the Implementing Regulations CPA.

63 Fresno, *Analysis...*, 66.

64 Art 18 CPA.

tions, civil society, service providers, and a representative of the National Association of Municipalities. Unlike many other consultative councils in the government, the NCCP's work is supported by permanent thematic working groups. This contributes to a more practical approach for moving policy and legislative initiatives forward. There are some issues that hinder the effectiveness of this body such as the genuine commitment of the line ministers, the operational rules of the NCCP that do not necessarily guarantee its balanced and productive work as well as no procedural guarantees that all participants (in particular NGOs) can get their issues on its agenda. The main issue of concern is the chairmanship of the council that is assigned to the Chair of SACP. Many other government policy coordination councils that require coordination of horizontal policies and inclusion of a range of stakeholders (e.g. National Council on Trafficking in Human Beings, National Council on People with Disabilities, National Council on Anti-Corruption Policies) are chaired by a Deputy Prime Minister or a minister, which provides for a direct access to the Government.⁶⁵

On the local level, a Commission for the Child (Commissions) should be established by the municipal administration and chaired by the municipality's mayor.⁶⁶ These bodies are supposed to have advisory functions coordinating the activities of municipal administration, CPDs, the Local Commission for Combating Juvenile Delinquency as well as NGOs. While in large municipalities, which provide child social services and invest in child protection policies and initiatives, these Commissions can add value to institutional coordination, in small municipalities they are largely defunct, and 'exist only on paper.' This is due to the fact on the one hand that not all municipalities have representation of central government institutions, or NGOs working on issues of the child, or any initiatives that require practical coordination.

II. The Child, the Family and the State

1. Situation of the families and children

One of the main notions of the CPA was that the CPS will evolve in a welfare system that keeps the families together. For this purpose, it stipulated for a variety of measures or services to be offered to the child and the parents.⁶⁷ The later adopted Guidelines on Child Protection Case Management, reflects this notion: 'the case management encompasses interventions both

⁶⁵ See more in Fresno, *Analysis...*, 43–44.

⁶⁶ Art 21 CPA.

⁶⁷ Arts 4, 21, 23–24 CPA.

towards the child and his/her family and towards their living environment, including the institutions functioning in this community.⁶⁸ However, this evolution is still ongoing and has not transferred into tangible results for children and families.

Bulgaria still ranks among the countries with the highest level of child poverty. The share of children who are at risk of poverty in Bulgaria is very high: one out of three children in 2018. Although a positive trend of decrease in child poverty has been achieved over the last decade, this indicator for Bulgaria (33.7%) is still 10% higher than the EU average level (24.3%, in 2018).⁶⁹ The proportion of very poor people in the country is four times higher than the EU average proportion (5.9%, in 2018) of people in serious poverty. Despite the significant reduction, the share of children suffering severe material deprivation in Bulgaria (19.1%) is three times higher than the EU average level (6.6%, in 2018).⁷⁰ Ethnicity remains the main risk factor for being in poverty and social exclusion. Due to the low educational level and low economic activity of the Roma population, Roma is the most vulnerable group that creates the major share of beneficiaries of the social assistance system.⁷¹ Despite the numerous policies and programmes aimed at social and educational inclusion of Roma children, the outcomes are not satisfactory. There are no statistics on ethnic origin but anecdotal evidence suggests that Roma children school dropouts and placements in care are very high.

The European social model is the main framework for implementation of the country's social and family policy.⁷² Yet, their main instrument remains the (modest) financial transfers to families but not so much the appropriate health care and education, social services and long term care.⁷³ That is why

68 Methodology on case management of child at risk could be found on the official website of the State Agency for Child Protection in Bulgarian only; adopted by the ASA and SACP in 2010 and last updated in 2021, *Metodika za ypravlenie na slychai za dete v risk* <<https://sacp.government.bg/>> accessed 12 March 2022.

69 See *Child and family support policies across Europe: National reports from 27 countries*, Eurofam-Net (2021) 143ff <<https://bit.ly/3qCN1b2>> accessed 20 March 2023.

70 *Child and family support...*

71 Kotzeva, 'Bulgarian Report', 150–160.

72 Through the Social OMC (open method of coordination for social protection and social inclusion) the EU provides a framework for national strategy development for social protection and investment, as well as for coordinating policies between Member States on issues relating to: poverty and social exclusion, health care, long-term care, pensions, and access to social protection.

73 The greatest share of social protection expenditure is allocated to pensions (49.3%) and healthcare (28.2%). Expenditures for children are in third place and amount to 10.7%. Kotzeva, 'Bulgarian Report', 159.

the main reason for the placement of children outside the family is the capacity of parents to provide for the basic needs of children such as adequate housing, nutrition and schooling and care in case of a child with disability.⁷⁴ The UNICEF analyses of 2014 and 2018 point out that the main reasons for institutionalisation are still poverty of the families and the inability of public institutions and systems to satisfy the comprehensive needs of support to vulnerable households with children, as well as the children's disabilities and the medical model for their treatment. The need to strengthen services for prevention and family support is identified as a main challenge.⁷⁵

2. Services for families and children under the Social Assistance Act

The sector of social services started to develop after 1990. The Social Assistance Act (SAA) of 1998 defines social assistance as a two-element mutually complementary system of support mechanisms – provision of cash benefits and provision of social services. Social policy instruments are also being developed to support persons in vulnerable situations at risk of social exclusion due to the manifestation of certain social risks (such as lack of parental care for children or access to education, domestic violence, and exploitation) or social barriers to persons with disabilities. The SAA and the 'Implementing Regulations of the Social Assistance Act' were the first legal instruments promoting the notion of social services addressing specific individual needs in contrast to the idea of collective needs to be addressed in care institutions. Two types of social services were regulated: community-based services (including family-type centres for children; family type centres for children with disabilities; mother and baby units; centres for street children; and foster care) and residential care social services, as well as minimum quality standards for these services.⁷⁶

74 The CPDs have to make tough decisions to remove the child from the family. See for example Decision of the Administrative Court Burgas No 687 of 18 June 2020, case 634/2020: the child AM (who has 13 siblings) has been placed in care because of his best interest. The mother and the father did not have a job and a stable income and were not in a position to provide for their children, including AM, the necessary conditions for their upbringing and education in a favourable and age-appropriate environment, failing to meet his needs for clothing, food, shelter and school supplies for his effective education. The same in Decision of the SAC No 1794 of 11 February 2019, case 14434/2018, fourth division.

75 UNICEF, *Deinstitutionalisation of Children...*, 47; See also UNICEF, *Situation Analysis of Children and Women in Bulgaria 2017*, 86 <<https://www.unicef.org/bulgaria/media/2821/file/BGR-situation-analysis-children-women-bulgaria.pdf>> accessed 12 March 2023.

76 Art 36 of the Regulation for the Implementation of SAA lists the Child focused social services provided in specialised institutions including homes for children deprived of parental care.

In 2002 a policy reform started in both social assistance and services. The Family Benefits for Children Act of 2002 changed the model from universal cash benefits to means tested benefits with the aim to increase the value of benefits and to target the families in the most vulnerable situations (such as living below the poverty line, caring for children with disabilities).⁷⁷ The reform in social services was based on a functional concept of social policy with the aim to decentralise the social services management to local governments, to enable a diversity of support to achieve greater outcomes for people in terms of skills and resilience to cope with life issues independently and focus on quality, with funding being outcome driven, with mandatory standards and performance criteria in place. Until 2002, all social services in Bulgaria were only provided by the state. The reform enlarged the scope of services providers to include the municipalities as well as private providers such as commercial companies and NGOs, including legal persons established under the legislation of another Member State of the European Union or of another State of the European Economic Area, to which social services could be contracted out.⁷⁸ The state remains responsible to finance a certain number of services as a delegated state activity. By virtue of this provision, after 2003, the above entities have been entitled to provide social services if they meet the conditions for registration or licensing. The oversight of services was transferred in 2019 to the Agency of Quality of Services.⁷⁹

The Social Service Act (SSA)⁸⁰, passed in 2019, is another landmark law which started the next transformation of the system from risk oriented towards prevention and support for families and children oriented. The SSA is expected to change the landscape of social services in Bulgaria in terms of their definition, accessibility, approach and quality, as well as their planning and funding. The expansion of the notion of social services as a right secured by the obligation of the local authorities to ensure access according to the needs should be considered as the major policy shift made by the law.⁸¹ The SSA foresees two types of services – general social services (accessible to all on demand) and specialised social services (accessible on the basis of needs

77 The Family Benefits for Children Act of 2002 stipulates that family allowances are funds in cash and/or in kind that support the upbringing of children in a family environment by their parents or carers (art 1 of the Act).

78 Art 18 SAA, abolished in 2019.

79 See <<https://www.mlsp.government.bg/zaagenciata-aksu>> accessed 20 January 2022.

80 *Zakon za socialnite yslugi* 2019.

81 Art 7 SSA stipulates that (1) any person who needs support to prevent and/or overcome social exclusion, to realise his/her rights or to improve his/her quality of life, regardless of his/her age, health, education, income, social and property status, shall be entitled to social services. (2) Every child shall have the right to social services that are tailored to his or her best interests, age, physical, health and mental condition, level of development and individual needs.

assessment).⁸² A new definition of social services was also introduced, as activities to support people for prevention and/or overcoming social exclusion, realisation of rights and improving their quality of life. Social services are based on social work, individual approach and individual needs assessment.⁸³ Another important novelty of the law is the integrated approach to deliver services, not as a combination of separate services, but as a multidisciplinary approach to needs of the person.⁸⁴

The Social Services Act was attacked first by the conservative, religious and populist movements in the streets and then by members of parliament before the Constitutional Court.⁸⁵ It was claimed, first, that the Social Services Act inflicted risks on national sovereignty, as a result of delegating social services to CSOs which receive funding from foreign sources and have foreign ideas and practices. Second, the supremacy of parental rights and traditional family values would be undermined by the broad access to services which allowed the State and CSOs to interfere in the family. After failing in the Constitutional Court,⁸⁶ the proponents of these ideas tried to propose amendments to the CPA which aimed to limit the interference in the family in the event of violence against children.⁸⁷ This action did not succeed because of the end of the mandate of that legislature.

82 Depending on the main groups of activities, the types of social services are: 1. information and counselling; 2. advocacy and mediation; 3. community work; 4. therapy and rehabilitation; 5. skills training; 6. Employment skills support; 7. day care; 8. residential care; 9. provision of shelter; and 10. assistance support (art 15 SSA).

83 Art 3 SSA.

84 Kotzeva, 'Bulgarian Report', 155: By the end of 2019, 630 social services operate in the country for children, with a total capacity of 14,459 seats, as follows: 146 family type accommodation centres for children without disabilities with a total capacity of 1,744 seats; 107 family type accommodation centres for children and young people with disabilities with a total capacity of 1,437 seats; 87 day care centres for children and/or young people with disabilities; children and young people with severe multiple injuries with a total capacity of 2,463 seats; 141 centres for Public Support with a total capacity of 5,699 seats; 54 centres for Social Rehabilitation and Integration for Children/Youth, with a total capacity of 1,852 seats; 21 centres for work with street children with a total capacity of 409 seats; 19 crisis centres for children with a total capacity of 196 seats.

85 More in V Todorova, 'Gender Wars in Bulgaria' in JM Scherpe, St Gilmore (eds), *Family Matters. Essays in Honour of John Eekelaar* (Cambridge 2022) 245–261.

86 By its Decision No 9 of 14 July 2020 the Constitutional Court dismissed the claim and proclaimed the Act as compliant with the Constitution: <<https://www.constcourt.bg/bg/Acts/GetHtmlContent/c923610a-5339-4551-9dfa-1bfc352d6c5f>> accessed 17 March 2023.

87 A Draft Law for Amending the CPA was submitted to the Parliament in late 2020 <<https://www.parliament.bg/bills/44/054-01-111.pdf>>; <<https://offnews.bg/politika/vmro-iska-da-otpadne-spetsialnata-zakrila-na-dete-v-risk-chrez-promian-741915.html>>; <https://www.capital.bg/politika_i_ikonomika/politika/2020/12/10/4150583_vmro_vkljuchi_i_decata_v_predizborna_upotreba/> accessed 12 April 2023.

The new legislative framework is not fully operational at this moment. The law entered into force in June 2021 but the new system should be functional in 2023 after the adoption of a National Map of Social Services, which will serve as a basis for securing the public funding for the services. The mapping process assumes an active position of the local authorities – mayors, and activism on the side of private services providers (NGOs) in order for the needs of communities, families and people to be identified and addressed through proper services. This is a very liberal approach supposing an already existing milieu of democratic local governance. Since it is not the case, having in mind the high partisanship in the local governments, weak civil society, lack of professional workforce, the implementation of the law, at least in a short-term perspective, is doubtful.

3. Child at risk

The CPA is the new model of public policy towards child care and protection. Pre-CPA, the right of the child not to be separated from parents against their will unless their best interests so require, was given little attention. Placing children in out of home care and its causes has not been addressed. Secondary legislation addressed various reasons for parents to leave children in public care without any professional assessment of the child's best interests. This led to the high rates of institutionalisation of children, which the general public was either ignorant or permissive. This explains the aim of the CPA to primarily address the institutionalisation of children by providing for legal and institutional solutions that empower the SAD to decide on placement of children outside the family but not based only on the parents' request, as it was in the past. The procedure established in the law was meant to be a 'gate keeping' mechanism for institutionalisation with the community based social services to support parents.

The CPA specifically proclaimed that children at risk are entitled to a special protection. The concept of 'child at risk' is a key concept in the CPA. It is similar but not the same as the 'best interests of the child' concept. It is similar because it requires an assessment of the circumstances of the child prior to making a decision. It is different because it provides an exhaustive list of facts that identify and require child protection intervention. The child is considered to be at risk in situations where the parents are legally or factually missing or the child has been or is at risk of being abused. The following are examples of a child being considered at risk: the child's parents are deceased, unknown, deprived of parental rights or the parental rights are limited, or the child is left without their care; the child is a victim of abuse, violence, exploitation or any other inhuman or degrading treatment or punishment,

whether within or outside his or her family; the child is vulnerable of harm to his or her physical, mental, moral, intellectual or social development; the child is at risk of dropping out of school or has dropped out of school.⁸⁸ The rationale behind this approach was to facilitate case management by the social workers with insufficient capacity at the start of the functioning of the CPS. Social work was a very new profession and there was a legitimate expectation of the lawmaker that the capacity of the CPD staff would evolve over time.

The special protection is provided by the intervention from the CPD, which has at its disposal a range of legal options that are set out along a hierarchy, such as assistance, support and services in the family environment; placement with relatives or close friends, or adoption; and foster care or residential care.⁸⁹ The CPA stipulates explicit grounds for the intervention that would require a separation of the child from the family and these mirror the concept of 'child at risk.' These grounds are: legal absence of parents; lack of parental care; the child is a victim of violence in the family and there is a serious risk of damage to his physical, mental, moral, intellectual and social development.⁹⁰

The law builds on the early warning in three particular cases of risk for the child: baby abandonment, child is born with disabilities and child abuse. Abandonment of babies has always been a concern for the CPS. Among the first post-CPA legislation was the 'Ordinance for the Conditions and Order of Implementing Measures for Prevention of Abandoning Children and their Institutionalisation, as well as their Reintegration,' adopted in 2003 and last amended in 2019. The CPA was also amended to establish a special procedure for signalling as well as taking immediate measures to prevent the risk of baby abandonment.⁹¹ The manager of a medical institution with a maternity ward and the personal physician of a pregnant woman who has become aware that there is an imminent risk of abandonment of a child, or has identified a foundling immediately after birth are obliged to report to the SAD, which starts an investigation of the case.⁹² The medical staff in the maternity ward where a child with a disability is born are obliged to make efforts to motivate the parents not to abandon their child, and to provide them with full information about the child's condition, possible treatments, the consequences for the child's development and the necessary care. The head

88 Art 5, para 1 and para 1, point 11 Additional Provisions CPA.

89 Art 4 CPA.

90 Art 25 CPA.

91 Art 36a CPA.

92 Art 36 b CPA.

of the maternity ward shall immediately inform the Directorate of Social Assistance and a social service provider for early intervention of disabilities in order to provide initial support to the parents and the disabled child.⁹³

4. Protection from violence

The child has a right to protection from violence.⁹⁴ An attempt has been made to explicitly prohibit corporal punishment at home but the actual wording of the law is weak: ‘the child has a right to protection from methods of education which violate their dignity.’⁹⁵ The Family Code almost repeats this wording: ‘the parent is not allowed to use violence, as well as methods of upbringing that undermine the dignity of the child.’⁹⁶ Despite these protective provisions in law, research indicates that there is a high tolerance towards physical violence when perpetrated for the purposes of disciplining a child by parents.⁹⁷ In 2016, in its Concluding Observations to Bulgaria’s State Party Report, the CRC Committee expressed concern that despite protective legal provisions, ‘corporal punishment continues to be widely accepted in [Bulgarian] society as a means of disciplining children, and is not explicitly prohibited or sanctioned in legislation.’⁹⁸ The issue of corporal punishment and its meaning and limits was one of the core issues used by the anti-child rights attacks against the Draft National Strategy for the Child in 2018–2019.⁹⁹

Protection is provided for a child victim of domestic violence, either direct or indirect,¹⁰⁰ under the Protection against Domestic Violence Act (DVA). Special protection measures concerning children victims of crimes are contained

93 Art 36 c CPA.

94 Art 11 CPA. The legal definition of ‘violence’ is contained in the Regulations for the Implementation of the CPA (DR, para 1): ‘Violence’ against a child is any act of physical, mental or sexual abuse, neglect, commercial or other exploitation resulting in actual or likely harm to the health, life, development or dignity of the child, which may take place in a family, school or social environment.

95 Art 11, para 2 CPA.

96 Art 125, para 1 Family Code. Also *Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children*, Country Report for Bulgaria (6 December 2018) <<https://endcorporalpunishment.org/reports-on-every-state-and-territory/bulgaria/>> accessed 20 January 2023.

97 For example, in 2012, the National Centre for Public Opinion Research found that 68 per cent of Bulgarian adults approved of the use of ‘minimal force’ corporal punishment for disciplining children: *Study on Violence against Children in Bulgaria. Capacity of the Institutions responsible for the prevention, identification and response to VAC in Bulgaria* (2019) 33.

98 CRC Committee, Concluding Observations on the combined third to fifth period reports of Bulgaria, CRC/C/BGR/CO/3–5, 2016, para 31.

99 More in Todorova, *Family Matters...*, 249–254.

100 The child is an indirect victim of violence as noted in art 2, para 2 DVA: any domestic violence committed in the child’s presence is also considered as mental and emotional violence against the child; *Zakon za zashtita ot domashno nasilie* 2005..

in the Criminal Procedure Code: the law on combating trafficking of human beings (in cases where a child is identified as a victim of human trafficking); the law on assistance and financial compensation of crime victims; and the law on protection of individuals endangered in relation to criminal proceedings.

In 2010, a Coordination Mechanism for Cooperation in Cases of Children Victims of or at Risk of Violence and for Cooperation in Cases of Crisis Intervention was introduced. Adopted as an inter-ministerial cooperation mechanism, it acquired legal status with its inclusion in the CPA in 2019 (article 36(d) – 36(e)). Its aim is to guarantee quick reaction and multidisciplinary approach in cases of violence against children and to assign and regulate the concrete responsibilities of the different actors. According to this coordination mechanism, after receiving the signal for a child victim of violence and its initial verification, the social worker establishes a multidisciplinary team with compulsory members from the CPD (the social worker responsible for the case), representative of the mayor/the municipality and representative of the police force. Additional members can be added if necessary – a representative of the regional health inspectorate, the child's personal physician or a representative of the hospital from which the case was reported, a representative of the regional education department and of the school, kindergarten or other educational institution, and a representative of the provider of the state-funded social service the child uses.

The action plan contains health, social and educational services for the prevention of violence or for the recovery of the child. Where the violence is committed by a parent or by a person entrusted with the care of the child, the child victim may be provided with protection by placement outside the family in a social service for children who are victims of violence or victims of trafficking.

5. Child protection interventions and safeguards for non-separation

The child protection interventions are coupled by safeguards against abuse of power by the specialised administration. This paragraph will present both the intervention measures and the safeguards against unjustified state intervention into the family.

The child protection intervention by the CPD should follow a hierarchy of options as set out in the CPA.¹⁰¹ The removal of a child from the family is

101 The following steps in the child protection case management are stipulated in arts 9–33 of the Implementing Regulations CPA: (1) Identification/Registration, (2) Assessment (initial & comprehensive levels of assessment), (3) Case Planning including definition of an intervention plan, (4) Implementation of the plan, (5) Evaluation & adjustment measures, and (6) Case closure.

a last resort measure.¹⁰² In case the child is at risk, the family should receive social support in order to overcome the crisis.¹⁰³ The aim of the measures for child protection in a family environment is to support the child and the family depending on the parental capacity to provide care and education to the child, which is a matter of the initial and follow up assessment by the CPD. The necessary measures should be implemented in accordance with the care plan drawn up by the CPD in consultations with the parents.¹⁰⁴ The measures could comprise financial or other support or referral of child(ren), parents or caregivers to social services. In case parents disagree to use social services, an administrative order could be issued, which could be appealed.¹⁰⁵

If the best interests of the child so require, the SAD shall carry out temporary placement of the child in out of home care.¹⁰⁶ It should be a measure of a last resort except for emergency protection cases where there is a risk to the health and life of the child.¹⁰⁷ The law prescribes for a strict order of options to be followed when a placement is decided: kinship placement, foster care or residential care in a small group home, if kinship placement or foster care are not possible. The final placement should be decided by the civil court.

The administrative placement can be appealed in two instances. First, an administrative court decision can be appealed before the Supreme Administrative Court (SAC).¹⁰⁸ Second, the decision of the civil court on final placement could be appealed only before the second instance court.¹⁰⁹ Every placement of a child in out of home care is decided in a two-stage procedure and involves two types of courts – administrative and civil. The parents as well as the child are eligible for legal aid in these proceedings.¹¹⁰

The analyses of the case law¹¹¹ under the administrative procedures for placement of children suggests that in the vast majority of cases the appellate court

102 Art 35 CPA.

103 Arts 4 and 23 CPA.

104 Art 23 CPA, arts 16a and 18, para 3 IRCPA and art 74, para 1, item 1 SSA.

105 Art 18, paras 4–5 IRCPA.

106 Arts 26–27 CPA.

107 Art 25, para 2 CPA.

108 Arts 27, para 6 and 27a CPA.

109 Art 28, para 6 CPA.

110 Art 22 of the Legal Aid Act.

111 All the court decisions, randomly chosen, cited here are to be found in the Apis – one of the web based legal databases.

upholds the temporary placement orders as sufficiently substantiated.¹¹² In almost 80% of cases, separation of the child from their family is rooted in family poverty.¹¹³ In another case, the Burgas Administrative Court confirmed the administrative placement of a child in care due to the high level of poverty in the family and lack of efforts on the side of parents to improve the material conditions and the levels of care for their nine children.¹¹⁴ In its reasoning, the Court considers the following facts: the risk of life and health of the children if the children were returned to their parents, given the lack of a proper home to raise them, and improper and unsafe housing conditions such as lack of electricity, an unsafe cable that passed through a window on the second floor, and no running water which the family took from neighbours. In another case, the court decision is based on the findings submitted in the SAD Report that the three removed children suffered emotional regression, severe anxiety and had symptoms related to systemic mental and physical abuse. The findings showed 'There [were] clear deficits in the parenting skills and perceptions of the parents, N. and G., and the relationship between the two parents is highly conflictual, unstable and unpredictable.'¹¹⁵ Similar reasoning could be found in other decisions.¹¹⁶

The revocation of administrative placements is unusual. Revocation is considered if there is a lack of evidence that authorities took the proper measures provide for under the CPA, such as providing for pedagogical, psychological and/or legal assistance to the parents or failure to refer the complainant to appropriate social services to improve the living conditions for the child, and facilitate the mother-child relationship and deal with conflicts arising in the relationship.¹¹⁷ Revoking the removal of a child, the Court in Vidin states that the parents should have been given more time to see and communicate with the child.¹¹⁸

The court allowed the revocation of an administrative placement of a 13-year-old girl in a Crisis Centre where she had been removed due to an

112 For example Decisions of the Sofia Administrative Court No 5105/2016 and No 4177/2016; Decisions of the SAC: No 638/2017; No 2047/2020; No 5144/2017; No 7253/2020.

113 See <<https://www.svobodnaevropa.bg/a/30023689.html>> accessed 30 November 2022.

114 Decision of the Administrative Court Burgas No 715 of 19 June 2020, case 632/2020. Similar decision of the same court: No 687 of 18 June 2020, case 634/2020.

115 Decision of the SAC: No 2047 of 10 February 2020, case 14281/2019, VI.

116 Decision of the SAC: No 6480 of 16 May 2018, case 2710/2018, VI and No 3861 of 18 March 2019, case 11547/2018, VI; Decision of Russe Administrative Court of 3 April 2017, case 525/2015 and Decision of Dobrich Administrative Court No 29 of 9 February 2021, case 30/2021.

117 Decisions No 61 of 29 February 2016, case 695/2015 of the Administrative Court V. Turnovo and decision of 21 August 2012, case 207/2012 of Administrative Court Pernik.

118 Decision No 15 of 26 January 2016, case 528/2015.

alleged sexual relationship with an adult male. There were other allegations that the mother had agreed to send her daughter to Germany to be cared for by a man with whom the girl had established contact through social media. The Administrative Court in Turgovishte revoked the placement based on the statement of the mother that the cohabitation was terminated and would not be repeated until the child is of the required age.¹¹⁹ The SAC has revoked the decision of the Administrative Court in Targovishte.

Similar trend is identified by reviewing the case law of civil courts dealing with placement in out of home care. The courts rely on the social assessments done by the SAD and always hear the child in question and discuss their views. The usual reasons for confirming that placements are in the best interests of children are a combination of factors: poverty of the mother (who is a single parent) who has another five children (placed in foster care), alcohol addiction, no permanent income and home, risk for the health and life of the child;¹²⁰ low parental capacity, this child and other children are frequently left alone, no proper food and heating in the room, siblings care for babies;¹²¹ the father alone provides care for three children, he does not have a job and is addicted to alcohol, the children do not attend school;¹²² both parents emigrated abroad to seek a job, the girl at 14 years of age has been left with her sister but left the home and started cohabiting with an adult man¹²³ and others. In other cases, the court revokes the administrative placement and reunites the child with the family: the boy should be reintegrated into the family of his mother due to the change in the circumstances, improved material conditions and stable and loving bond between the mother and her son;¹²⁴ the boy is reintegrated into the family of his mother due to the positive change in the circumstances and the expressed views of the child and his mother.¹²⁵

The abuse of power of social workers was claimed in the years 2016–2019 by populist and religious organisations¹²⁶ and fathers' groups¹²⁷ but never based on real facts. In response, the National Network for Children pub-

119 Decision No 6 of 20 January 2020, case 286/2019.

120 Decision No 3 of 8 August 2017, case 1524/2017, G. Oriahovica Court.

121 Decision No 7 of 16 January 2020, case 331/2019, Targovishte Court.

122 Decision No 7 of 13 January 2017, case 571/201 Lovech District Court.

123 Decision No 151 of 8 June 2022, case 275/2022, Momchilgrad Court.

124 Decision No 57 of 6 October 2021, case 270/2021, District Court Vidin.

125 Decision No 158 of 22 May 2019, case 273/2018, Velingrad Court.

126 See <https://www.zoranews.com/index.php?option=com_content&view=article&id=7829:antiseneynite-politiki&catid=769:broi-41-2019&Itemid=133> accessed 3 August 2023.

127 See <<https://bulgarianfathers.wordpress.com/%d0%ba%d0%be%d0%bd%d1%82%d0%b0%d0%ba%d1%82%d0%b8/>> accessed 3 August 2023.

lished analyses of the case law where many decisions were presented and analysed.¹²⁸

6. Transnational families

A special policy regarding children from so-called transnational families does not exist in Bulgaria. The phenomenon is not statistically defined. It has been a subject of research by UNICEF Bulgaria: 'Effects on children left by parents, Children Left Behind' (2016).¹²⁹ The report estimates that for every fifth child in Bulgaria, at least one parent is abroad, so children with parent(s) abroad are 271,782. The report makes a conclusion that several conditions are met in order to consider these children as being at risk because these children: are left without the care of their parents; are at risk of harm to their physical, mental, moral, intellectual and social development; are at serious risk of dropping out of school; are at risk of becoming victims of abuse, violence and exploitation. Based on anecdotal evidence, the CPS does not identify children from transnational families as children at risk considering that they have parents, children usually are left in the care of their grandparents and the parents provide for their material needs by regular remittances. The old-fashioned regulations also do not allow for appointing legal guardians for these children.

III. Conclusions

The legislative framework regarding the response to neglect and violence against children in Bulgaria is compliant to a large extent with international law. Yet, the development of the practices and EU law require constant improvement of the domestic law. The implementation of laws, however, does not produce the desirable results for children. Therefore, the CPS receives criticism from two opposite directions. On one hand, the community of citizens and professionals that are committed to the rights of children who are working to support the system, to improve it via investments of resources, training of the workforce and development of policies, practices and legislation. The aim is to improve the life of children and make their rights

128 See <<https://nmd.bg/koga-se-izvezhdad-detsa-ot-semeystvoto-spored-danni-ot-sadebnata-praktika-na-vas/>> accessed 3 August 2023.

129 P Kabakchieva et al, *Effects on children left behind by parents who work and live abroad*, Report developed for UNICEF-Bulgaria by a team of the Risk-Monitor Foundation (2016). The report is available in Bulgarian at: <<https://www.unicef.org/bulgaria/media/2896/file/BGR-children-left-behind-report.pdf>> accessed 3 August 2023.

a reality. On the other hand, the recently appeared parents' groups, religious clubs and associated NGOs who vocally introduced the 'anti rights' agenda. Their claims are common to the articulated globally claims that children's rights destroy parents' rights and are against the traditional family values and therefore the system should stop interfering in the families. Like in some other countries, these organisations managed to mobilise hundreds of people on the local grass-roots level in social movements, including street protests successfully appealing to parents' anxieties in terms of the futures of their families and children.¹³⁰ This agenda stopped for a long time the development of the CPS in Bulgaria and the necessary policy and its legislative improvements. A big challenge is to continue the efforts to build a system of services that are accessible, responsible and provide quality support to children and families.

130 Education, and social services <<https://www.mediapool.bg/protest-v-sofiya-sresh-tu-strategi-yata-za-deteto-news298450.html>> accessed 1 August 2023; 'Freedom for All' and an opinion of ADF against public education that violates parents' rights <<https://www.christianpost.com/news/bulgaria-child-law-bill-threatens-the-family-with-totalitarian-social-engineering.html>> accessed 1 August 2023; ROD International <<https://rod-bg.com/legislation/adf-international-novijat-zakon-za-socialnite-uslugi-v-blgarija-predstavjava-zaplaha-za-roditelskite-prava.html>> accessed 17 March 2023, supporting the petition against the EU's accession to the IC <<https://stopgenderconvention.org/bg/>> accessed 17 March 2023; National Association, 'March for the Family' <<https://btrnovinite.bg/bulgaria/protest-na-roditeli-blokira-centara-na-sofiya-snimki.html>> accessed 11 June 2021; A Graff, E Korolczuk, 'Worse than Communism and Nazism put together: War on Gender in Poland' in R Kuhar, D Paternotte (eds), *Anti-gender Campaigns in Europe: Mobilizing against Equality* (London, New York 2017) 175–94; A Gwiazda, 'Right-wing populism and feminist politics: The case of Law and Justice in Poland', *International Political Science Review* 42(5) (2020) 1–16; G Halmai, 'Illiberal Constitutional Theories', *Jus Politicum* 25 (2021) 135–151.

State Intervention into Family Life: In Quest of the Golden Mean – the Example of Croatia

Irena Majstorović / Ivan Šimović

I.	Introduction	193
II.	Protection of the welfare of the family: joint responsibility of the family and the state	194
	1. Prevention as a cornerstone of state intervention	194
	2. Synergy of prevention and repression as a way forward	196
III.	State intervention in parental care	201
	1. Right to parental care and the rights of the child	201
	2. Necessity and justification of state intervention into family life	202
IV.	The deprivation of parental care	208
	1. Main findings of 2001 research	209
	2. Main findings of 2021 research	210
	3. Main statistical indicators on the deprivation of parental care (2015–2020)	214
V.	Conclusion	217

I. Introduction

The analysis of state intervention into family life in light of *aurea mediocritas*, also known as the golden mean, might seem like an easy task. *Aurea mediocritas* is a concept well-known and established since ancient times.¹ The concept of family life is understood at the personal level and the legal system guarantees its protection. This corresponds to the notions of personal and social responsibility to protect private and family life. For example, the concept of family life in European legal and social framework is often depicted as a right to enjoy the company of each other.² The authority of the state to

1 The Delphic maxims – nothing in excess or Aristotle's emphasis on the importance of the golden mean in reaching for the virtue. Aristotle, *Nikomahova etika* [Nicomachean Ethics] (Zagreb 1982) II 6, 1106 b 18–23.

2 Guide on art 8 ECHR, para 272; H Keller, 'Article 8 in the System of the Convention' in A Büchler, H Keller (eds), *Family Forms and Parenthood – Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe* (Cambridge – Antwerp – Portland 2016) 11; L Mandija, 'Challenging Paternity under Case Law of the European Court of Human Rights' in M Brinig (ed), *International Survey of Family Law* (Cambridge – Antwerp – Chicago 2020) 101; compare also the jurisprudence of the European Court of Human Rights, eg *X v Croatia*, App no 11223/04 (ECtHR, 17 July 2008) para 36; *Ribić v Croatia*, App no 27148/12 (ECtHR, 2 April 2015) para 88 and *Gluhaković v Croatia*, App no 21188/09 (ECtHR, 12 April 2011) para 54.

intervene is a reflection of the social contract which provides citizens the protection of the state that is obliged to intervene when fundamental values are threatened. This is because the state has the duty to ensure its citizens protection in cases when the unlawful action of an individual, be it a family member or a third unrelated person, violates the fundamental principle that 'the freedom of one reaches the limits of the freedom of the other.' Without state intervention in such cases, there is no legal security for its citizens, which is one of the qualities that a modern legal system must ensure.

The aim of this paper is to analyse the interconnection and interdependence of the Croatian legal system. We shall review three parallel levels: the system of state protection (and if necessary, intervention) into family life, the legislative system and the well-established national court practice. The focus is on the measures for protecting the welfare of the children, especially the repressive measure – the deprivation of parental care, which entails the separation of children from their parents within the Croatian legal system. The basic criterion against which we shall assess certain issues will be the *aurea mediocritas*, which should be found in every decision-making process of all state bodies. In that regard, the responsibility to achieve the highest level of protection of family life is a joint responsibility of the family and the state.

II. Protection of the welfare of the family: joint responsibility of the family and the state

1. Prevention as a cornerstone of state intervention

As formulated in the Preamble of the Convention on the Rights of the Child,³ family is the central and the natural environment for the growth and well-being of all its members, particularly children, and should be afforded protection and assistance so that it can fully assume its responsibilities within the community. The Croatian legal system, being devoted to the legacy of this Convention, is primarily based on the Constitutional obligation of the state to provide special protection to the family,⁴ and in doing so offers a wide range of preventive measures and programmes, focused mainly in two areas: social welfare and family law.

3 *Official Gazette of the Socialist Federative Republic of Yugoslavia*, No 15/1990, *Official Gazette – International Treaties*, Nos 12/1993, 20/1997, 4/1998, 13/1998.

4 *Ustav Republike Hrvatske* [Constitution of the Republic of Croatia], *Official Gazette*, Nos 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 5/2014; art 61, para 1.

Regarding the social welfare system in general, the protection of the welfare of the family is one of the primary goals.⁵ The Social Welfare Act⁶ addresses social services, which encompass activities, measures and programmes intended to prevent, detect and solve problems and issues of individuals and the family, as well as improve their life within the community.⁷ One of the intended beneficiaries of the social services is 'a family which, due to disturbed relationships or other unfavorable circumstances, needs professional assistance or other form[s] of support.'⁸

Counseling and assistance to the family⁹ includes all forms of professional assistance with the aim of overcoming family difficulties, parental difficulties in caring for the children, as well as empowering the family to function in daily life. It includes intensive support to families in crisis as well as long-term work with family members with the goal of improving family relationships. This service is primarily provided by the professionals of the social welfare system (social welfare institutions), but also by other organisations, religious communities, as well as other legal professionals and persons whose work is monitored by the state.¹⁰

Croatia offers a wide range of counselling services for family members. Two predominant means of assistance to a family in times of crises are compulsory counselling and family mediation.¹¹ Compulsory counselling helps family members reach consensual decisions regarding family relationship, paying particular attention to the protection of the child, as well as the legal consequences of failure to reach an agreement and of the court procedures in which the *meritum* concerns the personal rights of the child.¹² Family mediation, on the other hand, is a procedure in which the parties attempt to resolve the family dispute consensually with assistance of family mediators.

5 D Hrabar, *Obiteljsko pravo u sustavu socijalne skrbi* [Family Law in the Social Welfare System] (Zagreb 2019) 26–27.

6 Zakon o socijalnoj skrbi [Social Welfare Act – SWA], *Official Gazette*, Nos 157/2013, 152/2014, 99/2015, 52/2016, 16/2017, 130/2017, 98/2019, 64/2020, 133/2020, 138/2020.

7 Art 73, para 1 SWA.

8 Art 21, para 1 subpara 4 SWA.

9 Art 78 SWA.

10 Art 79 SWA.

11 A Čulo Margaletić, 'Obvezno savjetovanje i obiteljska medijacija kao oblici pravne pomoći obitelji u krizi' [Mandatory Counselling and Family Mediation as Forms of Legal Assistance to Families in Crisis], *Croatian Academy of Legal Sciences Yearbook* (CALS) 12 (2021) 71–76.

12 Art 321, para 1 Croatian Family Act [Obiteljski zakon – Croatian Family act - CFA], *Official Gazette*, Nos. 103/2015, 98/2019, 47/2020, 49/2020, 156/2023. See also I Majstorović, 'Obvezno savjetovanje i obiteljska medijacija de lege lata i de lege ferenda' [Obligatory counselling and Family mediation *de lege lata* and *de lege ferenda*], *CALS* 8 (2017) 133–137.

Both procedures serve as a 'safety net', hence diminishing the need and the obligation of the state to intervene into family life.¹³

Nevertheless, the efforts of the family and the preventive activities by the state sometimes remain useless. In such cases, the state intervention into family life is needed, as a precondition for establishing or re-establishing the balance and harmonious relationships within the family whenever feasible.¹⁴

Croatian family law developed measures aimed at the protection of the welfare of the child. Within the Croatian system, the welfare of the child is considered to be a comprehensive legal term. Hence, to identify the welfare of the child means to determine all the circumstances, often interrelated, which allow a child one or more of his/her rights and therefore '*summum bonum* at the individual level of each and every child'.¹⁵ Understandably, it is one of the most important, if not the most important, concepts in the child right's context, but it is also one of the most difficult concepts to apply in practice.¹⁶

2. Synergy of prevention and repression as a way forward

The protection of the best interest and the welfare of the child is the duty of all – the parents are primarily responsible for their children.¹⁷ The family members, the community in general¹⁸ and the state¹⁹ have responsibilities, too. The most important role in protecting the welfare of the child lies with

13 Art 331 CFA. See also Majstorović, 'Obvezno savjetovanje...', 137–146.

14 Such an intervention should be based on an expert interdisciplinary assessment of the family situation. Compare O Khazova, 'Interpreting and applying the best interests of the child: the main challenges' in M Sormunen (ed), *The best interests of the child – A dialogue between theory and practice* (Strasbourg 2016) 30; B Sladović Franz, 'Djeca u alternativnoj skrbi' [Children in alternative care] in D Hrabar (ed), *Prava djece – multidisciplinarni pristup* [Children's rights – a multidisciplinary approach] (Zagreb 2016) 227–228.

15 M Alinčić, A Bakarić Abramović, D Hrabar, D Jakovac-Lozić, A Korać, *Obiteljsko pravo* [Family law] (Zagreb 2001) 248.

16 Khazova, 'Interpreting...', 27.

17 Art 6 CFA: 'Parents above all have the right, duty and responsibility to live with their child and to take care of the child, and help is provided and intervened only in case of need.'

18 Art 132, para 1 CFA stipulates that every person is obliged to notify a social welfare centre on the infringement of the child's rights, and although this is a *lex imperfecta*, 'being a moral incentive for the protection of the children, it obliges all individuals, institutions and bodies.' D Hrabar, N Hlača, D Jakovac-Lozić, A Korać Graovac, I Majstorović, A Čulo Margaletić, I Šimović, *Obiteljsko pravo* [Family law] (Zagreb 2021) 243.

19 Although it is not explicitly prescribed in art 6 CFA, help and intervention in sensitive family relations is expected by the state. Therefore, it is primarily the right and duty of parents to take care of their children and the state's duty to help parents exercise their fundamental right and duty. The state also has the authority to supervise parental care. It is the state's obligation to intervene when parents do not fulfill their duties towards the child for either physical or moral reasons and thus endanger the welfare of the child.

the family. In general, the parents raise their children in accordance with the needs of the children and hence protect and safeguard their rights and interests. Sometimes, perhaps more often recognised than before, the parents need assistance in order to properly raise their children. It is then the responsibility of the state to provide support to parents²⁰ in order to enable them to provide adequate care to raise their child.²¹ This is in line with the provisions of the CRC²² as well as with the jurisprudence of the ECtHR.²³

In order to guarantee complete, efficient and prompt protection of the rights of the child, Croatian legislators created a rather complex child and youth welfare protection system which has existed for decades. It is a system of co-operation of different state bodies within different branches of power including civil courts, social welfare centres, police administration, public health institutions, and educational institutions. They are all obliged to cooperate, not only by the holistic approach to protect the rights of the child, but also by an explicit provision of the Family Act.²⁴ The importance of cooperation between the courts and the social welfare centres is best reflected in the provisions which enable that in all proceedings in which the personal rights and welfare of the child are decided, including proceedings for the deprivation of the right to parental care, delivery of documents between courts and so-

20 Art 3, para 2 CRC obliges the states to take all appropriate legislative and administrative measures to ensure the necessary care and protection of the child.

21 Hrabar et al, *Obiteljsko pravo*, 241; Hrabar, *Obiteljsko pravo u sustavu...*, 158–159.

22 Art 18, para 2 CRC obliges the states to render appropriate assistance to the parents and legal guardians in raising children, as well as to ensure the development of institutions, facilities and services for the care of children. In the General comment No 14 (2013), the UN Committee on the Rights of the Child emphasized that, before resorting to separation, the State Parties should provide support to the parents in assuming their parental responsibilities and restore or enhance the family's capacity to take care of the child (para 61).

23 In several cases (*Wallová and Walla v the Czech Republic*, App no 23848/04 (ECtHR, 26 October 2006) paras 73–74; *Saviny v Ukraine*, App no 39948/06 (ECtHR, 18 December 2008) para 57; *RMS v Spain*, App no 28775/12 (ECtHR, 18 June 2013) paras 85–86; *Soares de Melo v Portugal*, App no 72850 (ECtHR, 16 February 2016) para 106) the ECtHR criticized the conduct of the national authorities that had not made any attempt to provide the family with additional social and economic support to meet the family's basic needs and in failing to do so, prevent further intervention in their family life. The ECtHR recalled that the role of the social protection authorities was 'to help people in difficulty who do not have the necessary knowledge of the system, to guide them in their efforts and to advise them, among other things, on the different types of social benefits, the possibilities of obtaining social housing or other means of overcoming their difficulties' (*Wallová and Walla v the Czech Republic*, para 74). See also Khazova, 'Interpreting...', 29; OA Khazova, B Dawit Mezmur, 'UN Committee on the Rights of the Child Reflections on Family Law Issues in the Jurisprudence of the CRC Committee: The Convention on the Rights of the Child @ 30' in M Brinig (ed), *International Survey of Family Law* (Cambridge – Antwerp – Chicago 2020) 344–345.

24 Art 132, para 3 CFA.

cial welfare centres is done directly and electronically.²⁵ The purpose of this process is to implement actions in the court proceedings and to acknowledge the urgency in sensitive cases which entail the separation of children from their parents.

This type of approach has proven to be a mostly efficient one, in particular regarding the judiciary. In general, the social welfare system is often perceived as a weaker link. This is one of the 'legacies' of the former socialist times and the concept of the so-called learnt helplessness. The citizens tend not to take preventive actions and utilise the social welfare system, instead they wait until a family crisis is almost uncontrollable then they turn to the social welfare centres for assistance. Furthermore, even when they seek assistance, citizens are often passive and they expect the professionals of the social welfare centres to resolve their issues as if they have a 'magic wand'.²⁶ On a wider level, the general public regularly 'reconsiders' this system once a tragedy occurs, for instance when there is a situation of physical abuse against the children. However, the system is rather functional considering all of the financial and organisational obstacles (such as the lack of employees, premises and funds).²⁷

In general, citizens tend to respect the decisions of the judicial system more than the administrative bodies. In sensitive issues of family life, there is often a clash between the value of privacy of the family and integrity by the state to protect the child. There is a certain controversy to this issue. Prior to any crisis, family members seek to protect their privacy. They call upon all basic legal principles, as prescribed by national and international regulations. Unless there is a real need, the state shall restrain from action. Nevertheless, once the relationships become hostile, family members are not keen to protect the privacy of the family in general. On the contrary, they tend to use all means at their disposal in their dispute to make one's own situation better, even if it involves shaming the other family member. The state, specifically the social welfare system, stands alert and follows the situation carefully. Once the legal preconditions are met, they intervene in the family, considering the threat to the rights and welfare of the child is a sufficient legal basis

25 Art 365, para 1 CFA.

26 For example, within a court proceeding for imposing a repressive measure against the parents, the Social Welfare Centre stated in its report: '...the party expects that the state authorities should solve his problems and provide assistance to his family, but on the other hand, in the past he has not shown any progress in the issue of parental duties and responsibilities, and even shows resistance when asked for cooperation and parental involvement...' U-III/34/2020 of 15 July 2020, para 5.1.

27 Hrabar, *Obiteljsko pravo u sustavu...*, 28, 35 and 43.

for intervention.²⁸ In general, family members try to re-establish the privacy of the family, after they have compromised it and, in a way, compelled the competent bodies to intervene.

In order to balance the juxtaposed views and to achieve an even higher level of legal certainty, the right to be sufficiently involved in the decision-making process and the right to legal remedy are always respected as inseparable elements of basic human rights.²⁹ Namely, in regard to all the state bodies involved in the child protection system, family members have the right to file an appeal and hence express their dissatisfaction with the decision.³⁰ Such rights are well protected in practice and the legal path is clear. However, there is the issue of timeliness, namely, the decision-making procedures are sometimes not completed swiftly enough,³¹ which poses a risk of the *de facto* decision becoming the codification of *status quo*.³²

In addition to the need for timeliness, there is a need to apply the principle of proportionality. The state is required to intervene by proportionate means, as provided by law.³³ The state only intervenes in exceptional cases where parents or other family members endanger the welfare of children by their actions or omissions. By acting in accordance with the principle of proportionality, the state assures that interference in the family life will be reasonable, proportionate and necessary for the protection of the welfare of

28 Art 131 CFA.

29 S Triva, M Dika, *Gradansko procesno pravo* [Civil procedural law] (Zagreb 2004) 659; A Korać Graovac, 'Povelja temeljnih prava Europske unije i obiteljsko pravo' [Charter of fundamental rights of the European Union and the Family law] in A Korać Graovac, I Majstorović (eds), *European Family Law* (Zagreb 2013) 38.

30 This is in line with the provision of art 18, para 1 of the Constitution of the Republic of Croatia that guarantees the right to appeal against individual legal acts made in first-instance proceedings by courts or other authorised bodies, as well as with the jurisprudence of the ECtHR (*X v Croatia*, paras 48–49 and 51–53; *AK and L v Croatia*, App no 37956/11 (ECtHR, 8 January 2013) paras 63–64 and 75; *SS v Slovenia*, App no 40938/16 (ECtHR, 30 October 2018) paras 87 and 98).

31 This refers to the first-instance court procedures in Croatia. Authors' assessment based on the practice of the court of appeal in Split for the period 2018–2020, shows that appeal courts pass their decisions rather quickly. Specifically, the Court of Appeal in Split passed the decrees in the analysed period on average in a 3.5 months' time period.

32 I Šimović, I Majstorović, 'Povreda prava na obiteljski život u postupcima međunarodne otmice djece: o značenju načela žurnog postupanja' [Violation of the Right to Family Life in Procedures of International Child Abduction: On the Significance of the Principle of Expeditionness], *Croatian Law Review*, 11 (2017) 7. Compare also Guide on art 8 CRC, para 40, as well as significant cases before the European Court for Human Rights, such as the cases: *Ribić v Croatia*, para 92; *KB and Others v Croatia*, App no 36216/13 (ECtHR, 14 March 2017) para 142; *Begović v Croatia*, App no 35810/14 (ECtHR, 13 June 2019) para 62) and *Adžić v Croatia*, App no 22643/14 (ECtHR, 12 March 2015) para 93.

33 Arts 7 and 128 CFA.

children.³⁴ For the most part, this is accomplished in practice by a simple procedural mechanism which obligates the courts to state the reasons for the application of the least restrictive measure in their decision regarding the separation of children from their parents and their placement in public care.³⁵ Thus, the Croatian legislators confirmed that national legal solutions, as well as the majority of the judicial practice, reflect the position of the ECtHR according to which 'any order related to the public care of a child should, firstly, be capable of convincing an objective observer that the measure is based on a careful and unprejudiced assessment of all evidence on file, with the distinct reasons for the care measure being stated explicitly.'³⁶ This is no surprise considering the position of the Constitutional Court of the Republic of Croatia (CCRC), which emphasizes that courts are obligated to carefully examine the family situation, as well as to assess the interests of parents, in relation to the best interests of the child, before deciding whether to separate a child from their biological family.³⁷

Since 2003, apart from the state judicial and administrative systems, the ombudsperson for children has been devoted to protecting the rights of the child.³⁸ Pursuant to the Ombudsperson for Children Act, state administrative bodies, bodies of local and regional self-government units as well as all persons are obliged to cooperate with the ombudsperson and to submit

34 This is in line with the provision of art 16 of the Constitution of the Republic of Croatia that prescribes that freedoms and rights may only be restricted by law in order to protect the freedoms and rights of others. Furthermore, it sets a condition that any restriction of freedoms and rights must be proportionate to the nature of the need for such restriction in each case. In this regard, it should be noted that the ECtHR 'also requires Contracting States to evaluate proportionality of interfering in private and family life.' A Büchler, H Keller, 'Synthesis' in Büchler, Keller (eds), *Family Forms and Parenthood...*, 536.

35 Art 485, para 3 CFA.

36 *KA v Finland*, App no 27751/95 (ECtHR, 25 January 2001) para 103.

37 U-III/34/2020 of 15 July 2020, para 11; Standpoints of the CCRC are of great importance because judicial proceedings of most family law cases that fall under the ambit of protection of family life are adjudicated before county courts, so there is no relevant Supreme Court practice. The Constitutional Court, although overburdened with many cases, has engaged more effort to implement the ECtHR standards in Croatian judicial practice. A Korać Graovac, 'Family forms and parenthood in Croatia' in Büchler, Keller (eds), *Family Forms and Parenthood...*, 130 and 142.

38 This institution was established by virtue of the Ombudsperson for Children Act (*Official Gazette*, No 96/2003). The responsibilities, duties and rights of the ombudsperson have not been significantly changed since the introduction of the office. Art 2 of the current Act prescribes that the Ombudsperson for Children shall protect, monitor and promote the rights and interests of children in accordance with the Constitution of the Republic of Croatia, international treaties, legally binding acts of the European Union and laws: *Zakon o pravobranitelju za djecu* [Ombudsperson for Children Act], *Official Gazette*, No 73/2017. Further at <<https://dijete.hr/en/ombudsman-for-children-act/>> accessed 18 May 2023.

reports upon request, as well as to reply to the inquiries posed.³⁹ If they fail to do so, the ombudsperson notifies the authority supervising the case,⁴⁰ creating justified and necessary political pressure aimed at resolving the situation at hand.

III. State intervention in parental care

To further analyse the state intervention into family life within the Croatian family law framework, we consider the scope of parental care. The following chapters discuss the legal and social importance of parental care and the necessity and justification for state intervention into family life with the focus on the deprivation of parental care as the gravest family law intervention, intended to re-establish the welfare of the child, and if feasible, the welfare of the family in general.

1. Right to parental care and the rights of the child

It is well known that every child, for the full and harmonious development of his or her personality, should grow up in a happy, loving and understanding family environment. The parents have the primary responsibility for the upbringing and development of the child and the best interests of the child should be their basic concern.⁴¹ The best interest of the child creates a balance between parental care and children's rights.⁴²

The Croatian Family Act regulates parental care as a legal institute belonging to both parents because it is presupposed that the two people who are closest to a child know how to recognize what is in the child's best interest. Therefore, regardless if the parents live together or separately, they shall care for the child indiscriminately, jointly and consensually.⁴³

This provision has been part of the Croatian system for almost two decades.⁴⁴ It represented a significant change from former regulations that

³⁹ Art 12, para 1 Ombudsperson for Children Act.

⁴⁰ Art 12, para 3 Ombudsperson for Children Act.

⁴¹ Art 18 CRC.

⁴² Khazova, Mezmur, 'UN Committee...', 315.

⁴³ Art 104, para 1 CFA; Hrabar, *Obiteljsko pravo u sustavu...*, 162; A Korać Graovac, 'Zajednička roditeljska skrb u praksi Europskog suda za ljudska prava – slučaj *Zaunegger v Germany*' [Common parental care in the jurisprudence of the ECtHR – the case *Zaunegger v Germany*] in B Rešetar (ed), *Pravna zaštita prava na (zajedničku) roditeljsku skrb* [Legal protection of the right to (joint) parental responsibility] (Osijek 2012) 72–73.

⁴⁴ Art 99, para 1 CFA 2003, *Official Gazette*, Nos 116/2003, 17/2004, 136/2004, 107/2007, 61/2011.

acknowledged full parental care to the parent residing with the child, while the other (sometimes called 'separated') parent had the right to contact with the child as well as the obligation to provide maintenance to the child. This legislative change 'reflected the natural need of the child to be cared for by both parents, independently of their partner relationship, often negative emotions, spite, indifference[,] etc.'⁴⁵ It also addressed the need to regulate parental care as a subjective right of both parents, even when their life together was no longer possible.⁴⁶

The regulations established for parental care consider the rights of the child and the complementary responsibilities, duties and rights of parents with the aim of safeguarding proper upbringing of children and their development. If the parents do not fulfill their parental responsibilities required by the family law system, it is necessary to protect the welfare of the child by imposing adequate measures of the competent state bodies.⁴⁷

2. Necessity and justification of state intervention into family life

The right of children and parents to live together stems from respecting the natural, emotional relationship between parents and children as well as the importance that living with one's parents represents happiness both for a child and the parents.⁴⁸ In certain cases when living with both parents is no longer possible, family legislation intervenes in their relationship. The legal system hence defines the guidelines for resolving such a situation (often a dispute), as well as establishes measures for the protection of the child.⁴⁹

In Croatian family law, all regulations on legal intervention into parental care are based on: protecting the welfare of the child; respecting the right of the child to express his/her opinion; respecting the agreement reached by the parents unless it is contrary to the welfare of the child; the principle of joint

45 M Alinčić, D Hrabar, D Jakovac-Lozić, A Korać Graovac, *Family law* (Zagreb 2007) 264; A Korać Graovac, 'Od zajedničkog do samostalnog ostvarivanja roditeljske skrbi i natrag – kako zaštititi prava djece i roditelja' [From Joint Exercise of Parental Responsibilities to Sole Exercise of Parental Responsibilities and Backward – How to Protect Children's and Parents' Rights], *CALSY* 8 (2017) 56–58.

46 Alinčić et al, *Family law*, 264; Hrabar, *Obiteljsko pravo u sustavu...*, 160; Korać Graovac, 'Zajednička roditeljska skrb...', 72.

47 Alinčić et al, *Family law*, 281; Hrabar, *Obiteljsko pravo u sustavu...*, 158 and 160.

48 Alinčić et al, *Family law*, 264.

49 S Winkler, 'Mjere za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djece u komparativnom pravu: usporedba talijanskog pravnog sustava s hrvatskim obiteljskopравnim rješenjima' [Measures for the protection of personal rights and welfare of the child in comparative law: comparison of the Italian and the Croatian family law solutions] in B Rešetar, S Aras (eds), *Represivne mjere za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta – Interdisciplinarni, komparativni i međunarodni osvrti* [Repressive measures for protection of personal rights and interests of the child] (Osijek 2014) 133.

responsibility of both parents for raising and upbringing of the child and the principle of equality of sexes.⁵⁰

The measures to protect the welfare of the child have a direct link to the protection of the child's personality (or property in some cases) when parents do not fulfill their parental function properly. The authorisations of the social welfare centres and the courts to intervene reflects the state's interest in implementation of the constitutional principle of the special protection of children.⁵¹ Such legal interventions constrict parental care, but their purpose is to protect the welfare of the child, and not to punish the parents. Parents are expected to change their behaviour so that with the help and support of the competent state bodies, after a certain period, they can reassume their role as responsible parents.⁵²

Croatian legislation defines measures, starting from the warning issued to the parents of the errors and omissions related to the care and raising of the child,⁵³ to very serious measures which entail separating the child from his/her parents.⁵⁴ The competence for the preventive measures lies with the social welfare centres, and for the repressive measures with the court, acting in an extra-contentious procedure.⁵⁵ Some of the reasons for such a division of competence are impartiality, professionalism and expedience in judicial proceedings and also the impression of a stronger legal protection provided by the court, in comparison to the protection provided by the administrative bodies, such as the social welfare centre.⁵⁶ Such an impression is present mostly in the general public, but it was recognised by the legislators as rele-

⁵⁰ Alinčić et al, *Family law*, 266.

⁵¹ Art 62, also stipulated in art 5, para 1 CFA.

⁵² Alinčić et al, *Family law*, 281–282; B Rešetar, N Grigić, 'Smjernice za izdvajanje djece iz obitelji u praksi Europskog suda za ljudska prava (I. dio)' [Guidelines for Separating Children from Families in the Case Law of the European Court of Human Rights (Part I)], *Law and Taxes* (LT) 28 (2019) 85–86.

⁵³ Art 139 CFA.

⁵⁴ Arts 155–177 CFA.

⁵⁵ This combination of jurisdictions 'follows' the seriousness of the situation. This is an approach accepted in Croatian family law since the introduction of the measures several decades ago. Other European systems offer another approach. For instance, the Italian system provides for the judiciary to make decisions in all such cases, and it is the role of the social welfare centres to implement the court decisions, following very detailed and strict instructions thereby provided. Compare S Winkler, 'Mjere za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djece u komparativnom pravu: usporedba talijanskog pravnog sustava s hrvatskim obiteljskopравnim rješenjima' [Measures for the protection of personal rights and welfare of the child in comparative law: comparison of the Italian and the Croatian family law solutions] in B Rešetar, S Aras (eds), *Represivne mjere za zaštitu osobnih prava i dobrobiti djeteta, Interdisciplinarni, komparativni i međunarodni osvrti* (Osijek 2018) 148.

⁵⁶ Alinčić et al, *Family law*, 267.

vant for such a division of powers in order to make the system as efficient as possible.⁵⁷

Repressive measures significantly interfere with family life. The Croatian legislators considered that judicial jurisdiction would guarantee the highest level of protection of human rights,⁵⁸ respecting the requirements and conditions explicitly specified in the CRC,⁵⁹ as well as in the (European) Convention on the protection of human rights and fundamental freedoms (ECHR).⁶⁰

The measures for protecting the welfare of the child should be efficient, in line with the principle of legal certainty and it should also respect the need for the protection of civil rights. Hence, the legislators took precautions to pass certain measures, the time limit for which it is issued and the scope in which parental care is restricted.⁶¹

Regarding the necessity and the scope of state intervention, useful guidelines are provided in the Bylaw on the measures of protection of personal rights and welfare of the child, passed by the ministry of social welfare.⁶² The two instruments assisting professionals in decision-making regarding the need of intervention are the Child Developmental Risk Assessment List and the Safety of the Child Assessment List (the List), which form an integral part of the Bylaw.

The developmental risk assessment is a process during which a social worker/psychologist/social pedagogue defines the level of present and possible future threats to the development of a child in a family environment.⁶³ The assess-

57 This combination of jurisdictions in a way 'follows' the seriousness of the situation. This is an approach accepted in Croatian family law since the introduction of the measures several decades ago. Other European systems offer another approach. For instance, the Italian system provides for the judiciary to make decisions in all such cases, and it is the role of the social welfare centres to implement the court decisions, following very detailed and strict instructions thereby provided. Compare Winkler, *Mjere...* (2018), 148.

58 M Alinčić, M Dika, D Hrabar, M Jelavić, A Korać, *Obiteljski zakon – novine, dvojbe i perspektive* [Family Act – novelties, doubts and perspectives] (Zagreb 2003) 50, 53 and 60.

59 Art 9, para 1 CRC.

60 *Official Gazette – International Treaties*, Nos 18/1997, 6/1999, 14/2002, 13/2003, 9/2005, 1/2006, 2/2010, art 6, para 1.

61 Alinčić et al, *Family law*, 282 and 285; Alinčić et al, *Obiteljski zakon...*, 53–60.

62 Pravilnik o mjerama zaštite osobnih prava i dobrobiti djeteta [Bylaw on the measures of protection of personal rights and welfare of the child], *Official Gazette*, No 123/2015.

63 It is obvious that the Croatian legislators considered the position of the UN Committee on the Rights of the Child which states 'the State must guarantee that the situation of the child and his or her family has been assessed, where possible, by a multidisciplinary team of well-trained professionals with appropriate judicial involvement [...] ensuring that no other option can fulfill the child's best interests'. *General comment No 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, para 64; see also Khazova, 'Interpreting...', 30; Sladović Franz, 'Djeca...', 227–228.

ment considers the risks relating to family circumstances, present behaviour and physical state of the parents, significant aspects of parents' history as well as the characteristics of the child and his/her behaviour. The assessment collects data to show the low, medium or high probability of unfavourable development of the child in present circumstances.

The list for assessing the physical safety of the child is used to reach a decision regarding the intervention. The foreseen outcomes are: 1) there is no need for further intervention, 2) the assessment of the developmental risks or additional evaluation of the child and family situation are needed, 3) the creation of the safety plan, safety intervention and follow-up are needed, and 4) the simultaneous safety intervention is needed to protect the child. The importance of the List in a court decision regarding the separation of children from the parents is best illustrated in the judgment of the CCRC which states, 'Based on the Safety of the child assessment list [...] it appears that children are exposed to a high level of developmental risks and that there is a threat to their safety and that the parent's protective abilities are not sufficient. As a result, the rights and welfare of children are endangered, so it is necessary to urgently separate and place children outside the family [...] as the only way to protect the life, health and physical safety of the children.'⁶⁴ The List is a tool regularly used by courts to confirm the existence of a legal basis for imposing a repressive measure to protect the children, including removal from the parents' care.

It is clear that the Croatian legislators acknowledged the principle of proportionality and the principle of the most lenient intervention in family life of parents and children,⁶⁵ understanding the use of repressive measures only 'as a last resort, as when the child is in danger of experiencing imminent harm or when otherwise necessary' and 'if less intrusive measures could not protect the child.'⁶⁶ It is also proof that the Croatian family law system strives to follow the high standards as achieved at the supranational level. In that regard, the significance of the case law of the ECtHR should be emphasised. Namely, all interferences into family life must be in accordance with the law, done with a legitimate aim and be recognised as 'necessary in a democratic society.'

64 U-III/2901/2020 of 18 February 2021, para 24. The importance of the child developmental risk assessment list in court decisions in proceedings on the separation of children from the parents is also elaborated in para 23 as in other judgments of the CCRC – for example, U III/1411/2021 of 14 October 2021, para 2.2 and U-III/5241/2019 of 14 May 2020, para 7.

65 Art 7, art 128 and art 485, para 3 CFA.

66 UN Committee on the Rights of the Child, *General comment No 14* (2013) para 61; see also Khazova, Mezmur, 'UN Committee...', 343–344; Keller, 'Article 8...', 19.

Finding the answer to the last question – whether state interference in family life was necessary in a democratic society – is the most delicate part of the process. In this regard, the ECtHR has, in its extensive practice, developed certain principles that Member States of the Council of Europe should adhere to in the proceedings in question.⁶⁷ Thus, a repressive measure will be considered necessary if sufficient reasons arising from a comprehensive and in-depth assessment of the overall family situation (adequate evidence includes reports by competent authorities, psychological and other expert assessments, and medical reports), prove that living with the family is not in the best interest of the child and that less intrusive measures could not guarantee their protection. The Croatian judicial practice shows that repressive measures are usually imposed when preventive measures, despite the passage of time, have not resulted in positive changes in the parent-child relationship and the child's life, health and development is still endangered.⁶⁸ However, some problems have occurred in practice due to the court's failure to conduct a comprehensive and in-depth assessment of the family situation because they have not considered it necessary to obtain and consider the opinion of minor children during the proceedings. The CCRC found it necessary to consider the child's opinion and, as a result, quashed the judgments of the regular courts and remanded for a retrial.⁶⁹

Whether a certain measure for the protection of a child is necessary is based on the balance between the interests of the child, the parents, and the broader interest of the society, with emphasis on the best interest of the child.

67 The principles set out in the judgments of the ECtHR are binding for all member states of the Council of Europe, which are also members of the European Union. Korać Graovac, 'Povelja temeljnih...', 28.

68 U-III/1411/2021 of 14 October 2021, application of the principle of proportionality and the most lenient intervention in family life – paras 2.2, 2.5, 2.10, 12 and 15, conduct of in-depth assessment of the overall family situation – paras 2.2, 2.5 and 2.10; U-III/1359/2019 of 19 June 2019, application of the principle of proportionality and the most lenient intervention in family life – paras 4.1, 4.3, 4.5, 16. and 19, conduct of in-depth assessment of the overall family situation – paras 4.7, 5, 6 and 19; U-III/34/2020 of 15 July 2020, application of the principle of proportionality and the most lenient intervention in family life – paras 4, 5, 11, 14 and 15, conduct of in-depth assessment of the overall family situation – paras 4.3, 4.7, 4.8 and 15; U-III/2901/2020 of 18 February 2021, application of the principle of proportionality and the most lenient intervention in family life – paras 9, 10, 14.1, 17, 20, 23 and 24, conduct of in-depth assessment of the overall family situation – paras 7, 9, 10, 20 and 23; U-III/2785/2018 of 03 October 2018, application of the principle of proportionality and the most lenient intervention in family life – paras 3, 5 and 8, conduct of in-depth assessment of the overall family situation – paras 3.1, 3.3 and 9; U-III/5241/2019 of 14 May 2020 application of the principle of proportionality and the most lenient intervention in family life – paras 5, 7, 8, 11, 18, 20 and 23, conduct of in-depth assessment of the overall family situation – paras 7, 9.1, 11 and 20.

69 U-III/2182/2014 of 17 June 2014, paras 8.7 and 9.1; U-III/1674/2017 of 13 July 2017, paras 9.4 and 12.

The best interest of the child can override the interests of parents because their right to family life with the child cannot be protected to the extent that would harm the child's health and development.

Furthermore, ECtHR is of the opinion that a repressive measure should be a temporary measure that is discontinued as soon as circumstances permit, always having in mind the ultimate goal of reuniting parents and children, provided that it is in the best interest of the children.⁷⁰

All these elements are incorporated in the Croatian legislation and are emphasised in Croatian family law, but often 'the challenges in proceedings against Croatia before the ECtHR are not related to the legislation, but to its effective implementation in practice.'⁷¹ Croatian family law theory considers that the main reasons why the ECtHR decided that Croatia had breached Article 8 of the ECHR court proceedings for issuing repressive measures conducted in front of regular, not specialised family courts that could provide adequate logistical support from the auxiliary professions (social workers, psychologists, social pedagogues), as well as administrative proceedings for issuing preventive measures conducted by overburdened and under capacitated social welfare centres. A further problem is the lack of understanding by family law experts in the interpretation of the ECtHR according to which positive obligations must include actions and measures

70 *Olsson v Sweden* (No 1), App no 10465/83 (ECtHR, 24 March 1988) paras 68, 72–74 and 81; *Johansen v Norway*, App no 17383/90 (ECtHR, 7 August 1996) paras 64–66, 70, 74 and 78; *K and T v Finland*, App no 25702/94 (ECtHR, 12 July 2001) paras 154–155 and 178; *Buchberger v Austria*, App no 32899/96 (ECtHR, 20 December 2001) paras 38 and 40; *TP and KM v the United Kingdom*, App no 28945/95 (ECtHR, 10 May 2001) para 70; *Kutzner v Germany*, App no 46544/99 (ECtHR, 26 February 2002) paras 65–66 and 76; *Saviny v Ukraine*, App no 39948/06 (ECtHR, 18 December 2008) paras 48–49 and 51–52; *Dolhamre v Sweden*, App no 67/04 (ECtHR, 8 June 2010) paras 110–111; *B v Romania* (No 2), App no 1285/03 (ECtHR, 19 February 2013) paras 109 and 112; *RMS v Spain*, App no 28775/12 (ECtHR, 18 June 2013) paras 69 and 71–72; *NP v the Republic of Moldova*, App no 58455/13 (ECtHR, 6 October 2015) paras 64–66 and 70; *Kocherov and Sergeeva v Russia*, App no 16899/13 (ECtHR, 29 March 2016) paras 93 and 95; *SS v Slovenia*, paras 62, 84–86 and 101; See also U Kilkelly, *The right to respect for private and family life: A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, (Strasbourg, Council of Europe 2003) 31; A Radina, 'Izdvajanje djeteta iz obitelji u praksi Europskog suda za ljudska prava' [Removing the child from the family in the case-law of the European Court of Human Rights], CALSY 8 (2017) 93–116.

71 I Majstorović, 'O odjecima strasbourškog *acquisa* u hrvatskom Obiteljskom zakonu iz 2015. godine' [The reflections of the Strasbourg *acquis* in the Croatian Family Act of 2015] in S Bubić (ed), *The reflections of the case law of the European Court of Human Rights in national family legislations* (Mostar 2017) 103 and 117; I Roagna, *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights* (Strasbourg 2012) 68–69 and 92.

that are sometimes even wider than the requirements prescribed in the CFA.⁷²

An important objective of child welfare was made almost two decades ago when the then-in-force Family Act required the appointment of a special representative for the child during the issuing of repressive measures for the protection of his/her welfare, specifically those measures which included the separation from the parents and (at least partial) placement of the child.⁷³ It was done in anticipation of the ratification of the European convention on the Exercise of Children's Rights,⁷⁴ which followed in 2010.⁷⁵ The Family Act uses the same logic, independent of the fact that the procedure has been commenced against one or both parents.

IV. The deprivation of parental care

Croatian regulation of this measure follows the family law logic and the request for the rule of law, namely the legislators define for passing this measure the preconditions required, as well as the effect of the measure.⁷⁶ In essence, the provisions have not changed significantly since the introduction of the deprivation of parental care in the national family law framework.⁷⁷

Hence, it is in the competence of a court, which acts in an extra-contentious procedure. This corresponds to the high standards of protection of proce-

72 A Korać Graovac, 'Hrvatsko obiteljsko pravo pred Europskim sudom za ljudska prava' [Croatian family law before the European Court of Human Rights], *CALSY* 4 (2013) 50–51; Korać Graovac, 'Family forms...', 130 and 142.

73 Art 167, para 1, subpara 2 CFA 2003; Alinčić et al, *Obiteljski zakon...*, 36–39 and 60; B Rešetar, D Rupi, 'Posebni skrbnik za dijete u hrvatskom i njemačkom obiteljskopravnom sustavu' [Child's Guardian under the Croatian and German Legal System], *Collected Papers of Rijeka Law Faculty* 37 (2016) 1179.

74 European Treaty Series No 160.

75 *Official Gazette – International Treaties*, No 1/2010. In a Statement linked to art 1, para 4 of this Convention, the Republic of Croatia defined that its provisions shall apply to five categories of family law cases before Croatian judiciary, among others, to the measures for the protection of personal rights and interests of the child in the competence of the court.

76 By clearly prescribing the preconditions, legal consequences and the judicial procedure for imposing the repressive measure, the legislators guarantee its citizens protection against the arbitrary actions of the state bodies. Rešetar, Grigić, 'Smjernice za izdvajanje djece...', 83.

77 Compare Osnovni zakon o odnosima roditelja i djece [Basic law on the relationships between parents and children], *Official Gazette of the Federative People's Republic of Yugoslavia*, No 104/1947, *Official Gazette of the Socialist Federative Republic of Yugoslavia*, No 10/1965 and *Official Gazette*, Nos 52/1971 and 52/1973 as well as Zakon o braku i porodičnim odnosima [Law on marriage and family relationships], *Official Gazette*, Nos 11/1978, 27/1978, 45/1989, 59/1990 and 25/1994 (in particular arts 92–95).

dural rights as guaranteed by the Constitution of the Republic of Croatia,⁷⁸ as well as the ECHR.⁷⁹

Furthermore, the court shall order the removal of the child when it establishes that the parent abused or failed to comply with their parental duties. Furthermore, the CFA depicts the circumstances in which such a decision shall be passed: abandonment of the child; exposing the child to violence among the adult members of the family; disrespect for the previously passed measures, both by the social welfare centres and the court; the grave danger for the life, health and development of the child in case of the return of the child to the family; final conviction of the parent for certain criminal acts at the detriment of his/her own child; and the significantly limited mental abilities of the parents which can endanger the child and will permanently preclude him/her from exercising parental care.⁸⁰

When deprived of the right to parental care, the parent loses all rights pertaining to the institute of parental care, with the exception of possibly allowing contact with the child.⁸¹ Furthermore, the parent is obliged to provide financial support to the child.⁸² The right to parental care can be re-established by a court decision when the reasons for removing the child no longer exist, unless the child has already been adopted, in which case the request for the restoration of parental care would be pointless.⁸³

1. Main findings of 2001 research

In 2001, research on the measures for the protection of the personal interests and welfare of the child was conducted.⁸⁴ The published results offered very useful, yet worrying information.

First, the age category for the biggest risk of parental abuse or neglect is children from 4 to 6 years of age (30.8% of the analysed sample). Regarding the age of the parents, the average age of when the measure is most often issued is 40 for fathers and 30 for mothers.

78 Art 29 of the Croatian Constitution.

79 Art 6, para 1 ECHR in relevant part reads as follows: 'In the determination of his civil rights and obligations [...], everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.'

80 Apart from the so-called general preconditions regulated in art 171, para 1 CFA.

81 Art 175, para 1 CFA.

82 Art 175, para 2 CFA.

83 Art 176 CFA.

84 D Hrabar, A Korać, *Primjena obiteljskopравnih mjera za zaštitu dobrobiti djece te zasnivanje posvojenja bez pristanka roditelja. Istraživanje iskustva iz prakse* [Implementation of family law measures for the protection of the children's welfare and the adoption without the parents' consent – research of the practical experience] (Zagreb 2003).

Second, the boys are at greater risk of parental abuse or neglect than girls (65.4% in comparison to 34.6%). The existence of siblings is an important factor (42.3% of the children where the parents were deprived of parental care had two siblings, 23.1% three or more siblings and 19.2% had one sibling). The research results show that in 80% of the cases, a certain measure for the protection was issued in regard to the other siblings as well.

Third, children born to parents with low educational levels are at greater risk of abuse or neglect (80% of cases concern parents who completed only elementary education).⁸⁵ Finally, after being separated from the family, children are mostly placed in foster families (46.2%), in social institutions (23.1%), with the non-custodial parent (19.2%) and with relatives (11.5%).

The deprivation of parental care is not passed in all the cases where it would represent the only adequate state intervention. The reasons often assumed as prevailing causes of such a situation are the considerable concern of state bodies in regard to the rights of the parents to parental care as well as the reluctance of intervention into privacy of the family.

Although every system justifiably pays attention to the safeguards of measures to be proportionate and timely, there is a strong concern that the Croatian state bodies have a lenient approach to the parents (both biological and adoptive). Such an approach does not provide adequate protection if the child is 'left' in a family environment without sufficient family law protection.⁸⁶ As often emphasised in the judgments of the ECtHR, in situations in which the interests of the child and the interests of the parents are incompatible, the interests of the child may override the interests of the parents, since it is the only means to re-establish the balance on the scale of family law relationships and conflicts of interests.⁸⁷

2. Main findings of 2021 research

Croatian state bodies, primarily courts and social welfare centres, act to protect the welfare of the child. It is the constitutional duty of all to protect the children and a legacy of the CRC which is devoted to the realisation

85 D Hrabar justifiably poses a question whether the reason for this is 'easier reveal of dangerous behaviour or with the condescension of the courts in regards to the well-educated parents, namely the social (and professional) prejudice that poorly educated parents neglect their children more often'. Hrabar, Korać, *Primjena obiteljskopравnih...*, 78.

86 Furthermore, such an approach in turn diminishes the possibility of a child being adopted, since Croatia children who reach the age of seven or eight are considered 'unlikely to be adopted'.

87 *Johansen v Norway*, para 78.

of the best interests of the child.⁸⁸ However, we seek to find out whether the deficiencies stemming from the overburdened and under capacitated system of social protection have been mitigated in the past twenty years, especially with the force of new legislation. In the County court in Split,⁸⁹ between 2018 and 2020, the court passed the strictest measure for the protection of the welfare of the child which is the deprivation of parental care.⁹⁰

The analysis revealed two lines of reasoning, both on the part of the social welfare system which regularly proposes the deprivation of parental care and on the part of the judiciary. The first line of reasoning is the gradual approach in respect of the principle of proportionality. The second is the gradual approach which considers the principle of timeliness. It is a nuance which will convince the state bodies to decide in a certain manner, hence sometimes omitting to protect the child.

a) The implementation of the principle of proportionality

The approach of imposing the most lenient measure is a fundamental principle of Croatian family law.⁹¹ It is often confirmed in court decisions. For instance, in a typical case,⁹² the court upheld the decision of the municipal court and rejected an appeal filed by the mother who proposed that the biological father be deprived of parental care. By reference to Article 3 of the CRC, the court emphasised the importance of respecting the best interests of the child. Furthermore, it stressed that the deprivation of parental care is

88 Art 62, art 63, para 5 and art 64, para 1 Constitution of the Republic of Croatia; art 3 CRC.

89 The County court in Split, together with County court in Zagreb and County court in Pula serve as appellate courts for all the municipal courts in Croatia, where the parents are deprived of their parental rights (Zakon o područjima i sjedištima sudova [Act on competences and seats of the courts], *Official Gazette*, No 67/2018, art 4, para 2). Therefore, although this analysis is partial and relies on an appropriate sample, it might well be concluded that the situation is similar in other courts. All the references in this paper concern the court practice of the County court in Split, therefore only business numbers indicated on the decrees shall be mentioned.

90 In total, we have analysed 25 decrees on the deprivation of parental care: ten passed in 2018, twelve passed in 2019 and three passed in 2020. The overall impression gained during the analysis of the court files shows the court gained more detailed information on the parties in comparison to the information registered in the minutes of the court sessions as well as the explanations of the decrees. M Alinčić, *Divorce* (DPhil thesis, U Zagreb 1965) 170.

91 Art 7 CFA reads: 'Measures affecting family life are acceptable as long as they are necessary and as long as their purpose cannot be successfully met by undertaking more lenient measures, including preventive assistance to support the family.'

92 Business No Gž Ob-466/2018-2.

always a last resort and not a sanction to be imposed on a parent but a means to protect the child.⁹³

In another case,⁹⁴ an appeal by the social welfare centre was rejected and the father was not deprived of parental care. Although several measures for the protection of the welfare of the child were held, the court decided to leave the parental care intact. The court considered the efforts the father made in improving his living and financial situation, especially in regard to the child because the father regularly had contacts with his child who was placed with a foster family, he created conditions for the child to return to live with the family because he rented a flat and obtained a job.

In yet another case,⁹⁵ both parents were deprived of their right to care for their seven children. The parents filed an appeal of the ruling, but the higher court upheld the decision of the municipal court. The children were placed in the religious care facility – Caritas of the Zagreb Archdiocese. The parents had already been involved with the social welfare centre and preventive measures that were previously issued did not bring the needed results. Also, the parents abused their children, for which they were criminally sanctioned. Hence, placement in the social welfare centre was in the best interest of the children and outweighed the right to live with their biological parents. In this case, the right of the children to express their opinion was respected, in accordance with art 12 CRC. The 16-year-old child expressed her opinion which was to remain in the institution until reaching the age of 18. Other children expressed their consent to the placement with a foster family since they were not able to live with their biological family.

b) The slow and too lenient state decisions

Despite the best intentions of the state bodies, the intervention into family life often comes too late. Interestingly though, the attention is more often paid to the harsh interventions, but one cannot neglect the situations in which the late intervention leads to similarly negative results. Namely, the consequences of a too strict intervention are completely comparable to the

93 Similarly, in another case, the court emphasised that the best interest of the child is sometimes indeed best protected by removing the child from the parent's care if the parent 'does not participate in the execution of the parental care in any segment whatsoever, he does not maintain contact with the child, does not show interest nor concern for the child and child's needs, the developed parental instinct does not exist, nor the devotion towards the child'. Business No Gž Ob-632/2020–2.

94 Business No Gž Ob-294/2018–2.

95 Business No Gž Ob-263/2018–2.

consequences of an intervention undertaken too late. The two most common mistakes in practice are the too lenient approach resulting in 'slow justice' and the reluctance to remove the child from the parents' care. The hesitation by professionals to remove the child from the home is based on a traditional understanding of the concept of family life, linked to the overprotection of the nuclear family and not focused on the best interest of the child.⁹⁶

As an illustration, in a case decided by the County court in Split,⁹⁷ the court rejected the appeal by the parents deprived of parental care, by virtue of the decree of the municipal court. The court emphasised that the parents had been provided support for a period of several years with the aim of reunification and the return of the children to the family but there was no reason for expecting the change (of the parents' behaviour) and no reason to delay the decision on the deprivation of parental care. The court reiterated that the parents had not taken care of the children for twelve years and did not have the capacity to change the situation. One can only wonder what significance such a decision has for children after so many missed opportunities for the parents to improve their situation.

In another case,⁹⁸ the County court in Split rejected the appeal of the special guardian of the minor child. The lower court rejected the recommendation by the social welfare centre that the parents be deprived of parental care. The higher court, surprisingly, determined there were no grounds for such a measure although the parents posed a risk to the child due to their perilous lifestyle including opiate addiction, refusal to participate in substance abuse treatments, lack of interest in the child and multiple criminal convictions of the father.⁹⁹ The municipal and also the county court decided to place their faith in the 'verbalised will and desire to have contacts with the child' from which they drew the conclusion that 'they should be given an opportunity to establish contact with the minor son and to prove themselves as parents.' Unfortunately, sometimes the child welfare system is too permissive.

96 This can be compared to the Irish experience in which the protection of the family as the fundamental social unit supersedes the protection of the best interest of the child. In the words of M Harding 'the presumption that the best interest of the child lies in remaining part of the family is still in place.' M Harding, "Best Interests" as a Limited Constitutional Imperative', *International Survey of Family Law* (Cambridge – Antwerp – Chicago 2019) 155.

97 Business No Gž Ob-114/2018–2.

98 Business No Gž Ob-422/2018–2.

99 Business No Gž Ob-422/2018–2.

3. Main statistical indicators on the deprivation of parental care (2015–2020)

The analysis of the available statistical data of the ministry of social affairs¹⁰⁰ for the period since the implementation of the CFA reveals certain patterns. First, the number of court decisions on deprivation of parental care is constantly rising (from 137 in 2015 to 228 in 2020), mostly against both parents. When implemented as to one parent, there was not a significant difference regarding the sex of the parent. The number of times parental care is reinstated is almost negligible. Second, the procedure of depriving the parent of parental care is predominantly initiated by the social welfare centre (89%). This is because there is a legal duty for all citizens to report a potential violation of the child's personal and property rights to the social welfare centres whose duty is to investigate the case and take measures to protect the rights of the child.¹⁰¹ This often includes the initiation of judicial proceedings to impose repressive measures, including the deprivation of parental care, if the legal requirements are met. However, their proposals are not binding on the court, which means the court is the main deciding body and all the documentation, as well as the proposals of the social welfare centres are subject to judicial scrutiny. Therefore, such a division of duties allows for efficient implementation of the principle of equality of arms, namely the necessity of providing equal opportunities for parties in the light of securing the right to the fair trial. Furthermore, the data shows that the number of parental proposals is slowly increasing (from 12 in 2015 to 19 in 2020).¹⁰² Third, the number of children whose parents this measure has been issued has almost doubled within five years (from 195 in 2015 to 400 in 2019 and 261 in 2020), without significant differences regarding the sex of the child.

Furthermore, the most common preconditions for imposing the decision of the deprivation of parental care are as follows: lack of care for basic living needs of the child and/or non-compliance with the measures and decisions already imposed by the court or the social welfare centre in order to protect the rights and interests of a child; the return of the child to the family would pose a great risk for his/her life and health (as reported by the social welfare centre) and the abandonment of the child.

100 The data are available at <<https://mrosp.gov.hr/strategije-planovi-programi-izvjesca-statistika/4165>> accessed 18 May 2023.

101 Art 132, paras 1 and 2 CFA.

102 In 2020, one procedure was initiated by a child. We can only wonder what caused such an event and the lack of initiative by the state bodies.

Finally, the primary source of information regarding the abuse of the child or failure of parental responsibilities, duties and rights include: police departments; professionals of the social welfare centres who gain information during the procedures for the realisation of the forms of social care or family law protection; schools; health institutions; citizens and the kindergartens.

The most important conclusion that can be drawn from the research results and statistical data is the awareness of the state to intervene in family life. The state intervention was quite lenient for decades, but it seems that the situation is gradually changing. Namely, the number of proposals for the decrees and number of court rulings themselves are rising. The most common reasons for the deprivation of parental care remain unchanged for a long time: the lack of care for a child and the non-compliance to the already issued measures of protection of the welfare of the child. Also, we hope that the lack of care for basic living needs due to poverty is prevented in a timely manner.

The deprivation of parental care, being the most intrusive measure, is justified in cases where the child's life is endangered. It is the intention of the Croatian legislators, and the system as a whole, to prevent wide acceptance of mitigating reasons by the parents, since it has been confirmed in court practice that the situation of the parents (addictions, etc.) do not change. The lenient approach by the system therefore provides an endless number of chances for the parents to correct their behaviour, which is an absurd result, and deprives the children of their right to live in a stable and caring environment.

It is necessary to strike a balance when deciding the measures of state intervention into family life. If this rule is not respected, the state intervention, in the concept of the so-called Strasbourg *acquis* is not considered necessary in a democratic society. We hope that the lessons from the cases regarding parental care passed by the ECtHR are already learnt. In several cases against the Republic of Croatia in which the state intervention was declared a breach of the right to family life, the balance between the interests of the parents and the interest of the children remains an open issue.

There are at least two cases in which the deprivation of the right of parental care and the Croatian system were under the scrutiny of the ECtHR. The cases do not concern the measure itself but they represent the usual pattern of decision-making processes in regard to the parents who, in view of the state bodies, due to mental disabilities do not fulfill their parental responsibilities in an adequate manner.

In the case *X v Croatia*, the applicant (mother) complained that her 'right to respect for her family life had been infringed in that her daughter was given up for adoption without her knowledge, consent or participation in the adoption proceedings although she had never been formally divested of her parental rights' (para 26). The ECtHR held that such an intervention definitely represents an interference and that it had a legitimate aim to protect the best interest of the child (para 46). However, it found that such an intervention had not been necessary in a democratic society.¹⁰³ Nevertheless, the competent bodies acted pursuant to the then-in-force legal framework. Namely, the CFA determined that a person deprived of legal capacity, as the applicant had been, shall not be asked to give consent to the adoption of his/her child. The reasoning behind it was that such a person is unable to take care of him/herself and consequently of one's own child. After this judgment, the legal provisions changed.¹⁰⁴ Specifically, a parent deprived of business capacity is required to give consent under the condition that he/she is able to understand the meaning and consequences of such a decision. It is the duty of the social welfare centre to adequately inform the parents of legal and factual consequences of the adoption. If the parent is unable to understand the meaning of the consent, the consent can be replaced by a court decision.

In the case *AK and L v Croatia*, the first applicant (mother), a person with mental disabilities, complained that her and her son's (the second applicant's) rights to respect for family life had been infringed in that she could not effectively participate in the proceedings concerning her parental rights, and that her son was put up for adoption without her knowledge, consent or participation in the adoption proceedings (para 37). The ECtHR held that in national systems which allow for parental rights to be restored, 'it is indispensable that a parent be given an opportunity to exercise that right before the child is put up for adoption, should such a possibility have any meaning' (para 78). However, this judgment has given precedence to the interest of the adults, rather than to the interest of the child.¹⁰⁵ Although it might seem opposite from the two judgements mentioned, the situation is very comparable at the Croatian national level. The reluctance to impose more restrictive measures on the parents almost forms a narrative in the Croatian decisions. Therefore, we do not see endless prolonging of the adoption proceeding by

103 On all the dilemmas regarding this case see A Čulo Margaletić, 'Presuda u predmetu X. protiv Hrvatske' [Judgment in the case of *X v Croatia*] in D Hrabar (ed), *Presude o roditeljskoj skrbi Europskoga suda za ljudska prava protiv Republike Hrvatske* [Judgements on parental care of the European court of human rights against the Republic of Croatia] (Zagreb 2021) 159–174.

104 Art 188 CFA.

105 Korać Graovac, 'Hrvatsko obiteljsko pravo...', 51.

allowing the parent to ask for their parental rights to be restored before the child can be adopted to be in the best interest of the child.¹⁰⁶ This is because such an approach keeps the child in institutional care too long at the youngest formative age crucial for further psychophysical development, thus jeopardising the best interests of the child which should take precedence over the interest of the parent(s).

Furthermore, although participation in the procedure of one's own child being adopted is the right to human dignity, the question remains on the scope of such participation. A parent should be informed of the adoption proceedings, but the question remains whether he/she would use it as a request for the restoration of parental care. Hence, if the system is too hesitant, the parent can misuse his/her rights and prolong the process of adoption to the point of collapse.¹⁰⁷

Although this is not the topic of this paper, we can only concur with the conclusions of many Croatian family law experts that this concept poses a rather dubious path to protect the child.¹⁰⁸ It seems that the ECtHR paid more attention to the protection of the interests of the parents than to the welfare of the child. Nevertheless, the afore-mentioned judgements are binding for the Croatian system which in turn should provide a system in which the fundamental rights of all the parties are sufficiently protected.

V. Conclusion

Family as a fundamental social unit, as well as family life, are very important categories in Croatian society. They are both fundamental values cherished

106 The stated position is in line with the Explanatory Report to the Convention on the Adoption of Children (Revised) CETS No 202, where it is emphasised: 'Article 36 paragraph 4 enables the States Parties to specify that the consents of fathers and mothers who are not holders of parental responsibility shall not be required. The wording of this paragraph allows for the case where the law makes it possible to deprive the parents of origin of certain parental responsibilities while leaving them the right to consent to adoption. [...] This does not mean that such a parent should not be informed, as far as possible, of the adoption proceedings.'

107 The Croatian system in 2015, presumably being aware of such a scenario, introduced an amendment when foreseeing the possibility of the replacement of the parents' consent, under seemingly strict preconditions, but with dubious outcome. Namely, it is only a 'minor deprivation of parental care,' since the parent can afterwards apply for adoption of another child or can be appointed as guardian, which, in case of deprivation of parental care, would be precluded.

108 A Korać Graovac, 'Presuda u predmetu A. K. i L. v Croatia' [Judgement in the case *AK and L v Croatia*] in Hrabar (ed), *Presude o roditeljskoj skrbi...*, 78; Čulo Margaletić, 'Presuda...', 174, as well as Radina, 'Izdvajanje djeteta...', 113.

by citizens, who always put them at the top of their priorities.¹⁰⁹ The protection of family and family life is one of the main aims of the legal system. It is reflected in the Constitution that family shall enjoy special protections from the state and that family shall be regulated by law.¹¹⁰ Also, the protection of family life is an important requirement stemming from the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of the Council of Europe, as well as the Charter of Fundamental Rights of the European Union.¹¹¹ These significant provisions are further elaborated in all legal areas of the national legislation, and in the area of family law in particular.

Where the interests of the family members, especially the most vulnerable ones, are not sufficiently protected it is the state's obligation to intervene. Since family law matters are sensitive issues, they require special attention and awareness of the importance of achieving the *aurea mediocritas*. Namely, if the state is unable to reset the balance, the consequences might be irreparable and permanent for all the family members involved in a family law dispute. It is therefore of utmost importance that the principle of proportionality and the principle of timeliness are respected in every case.

State intervention is sometimes the only possible path to follow. When family members, adults in particular, have exhausted all their internal resources the state should intervene. The intervention should be done in line with the demand of proportionality, or within the European context, the intervention is to be done if necessary in a democratic society.

The importance of the social welfare system for the society as a whole should be recognised and its professionals should be acknowledged as experts investing enormous efforts in assisting the families. Furthermore, the judicial system should be encouraged to pass more decisive acts regarding the repressive measures for the protection of the welfare of the child. In that regard, we advocate for the establishment of specialised family courts, or at least further development of family law departments at municipal courts.

Most importantly, the state should provide additional support to the families, including legal, psychological and financial assistance. Research shows it is particularly the helplessness of the family which in turn causes its distancing from the society and the state. Of course, the main argument emphasised in such a scenario is the need to protect the privacy of the family. Furthermore, the traditional understanding of the importance of the family

109 This is, *inter alia*, confirmed in the outcome of the Croatian survey made within the wider framework – European values study for 1999, 2008 and 2018 <<https://europeanvaluesstudy.eu/>> accessed 8 August 2023.

110 Art 62 of the Constitution of the Republic of Croatia.

111 [2012] OJ C 326/391, art 7, as well as art 9 and art 33, para 1.

for the raising and development of the child sometimes causes certain dilemmas. Specifically, the courts are sometimes too permissive in regard to the parents by providing them endless chances to change their behaviour and attitude towards the child. The analysis of the court practice reveals that biological parents sometimes misuse their status. The courts in certain cases are reluctant to deprive them of the right to parental care, which prolongs the procedures and harms the child. Such an approach is contrary to the principle of timeliness which calls for prompt intervention.

In conclusion, achieving the golden mean is a difficult task which asks for a comprehensive approach of the legislation, timely and proportionate intervention by state bodies and the recognition of its importance and value to family members. This is almost an ideal construct. However, there are instruments which could contribute to its realisation, such as systematic preventive measures raising awareness of family members on the significance of the welfare of all the members or the education of the employees of the state bodies, which would strengthen their competences and encourage them to act. These instruments too often remain unused within the Croatian national system, which needs to change to allow the family to enjoy the special protection of the state.

Die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts auf dem Gebiet des Kinderschutzes

Tobias Helms / Stephanie Schneider

I.	Elternrechte und deren verfassungsrechtliche Grenzen	221
1.	Elternrechte und -pflichten	222
2.	Grundrechte des Kindes	223
3.	Staatliches Wächteramt	225
II.	Stellung des Bundesverfassungsgerichts in der deutschen Rechtsordnung .	227
1.	Das BVerfG als Superrevisionsinstanz?	227
2.	Prüfungsdichte des BVerfG.	228
3.	Verfahren vor dem BVerfG in Zahlen	229
4.	Verfassungsbeschwerde aus der Elternperspektive	230
III.	Beurteilung des Vorliegens einer Kindeswohlgefährdung	231
1.	Das Kindeswohl als Richtschnur	231
2.	Verfahrensrechtliche Anforderungen	234
IV.	Verfassungsgerichtliche Kontrolle von Maßnahmen zum Kinderschutz . .	240
1.	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	240
2.	Herausnahme des Kindes als geeignete Maßnahme	241
3.	Erforderlichkeit	243
4.	Angemessenheit.	248
V.	Fazit	249

I. Elternrechte und deren verfassungsrechtliche Grenzen

Elternrechte, Kinderrechte und das staatliche Wächteramt sind verfassungsrechtlich als aufeinander bezogen konzipiert. Dennoch ist nicht von der Hand zu weisen, dass zwischen diesen verfassungsrechtlichen Positionen ein Spannungsverhältnis besteht.¹ Es ist ein schmaler Grat zwischen einer effektiven Wahrnehmung des staatlichen Schutzauftrages gegenüber dem Kind und einem übermäßigen Eingriff in das Elternrecht. Zentraler Orientierungspunkt für diesen Balanceakt ist dabei das Kindeswohl, also letztlich das Kind selbst. Auf einfachrechtlicher Ebene setzt sich dieses Spannungs-

¹ Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e. V. (DIJuF), Ständige Fachkonferenz 2, Familienrecht und soziale Dienste im Jugendamt, Im Mittelpunkt und doch aus dem Blick? „Das Kind“ im familiengerichtlichen Verfahren bei Kindeswohlgefährdung, Heidelberg 2014, 5.

verhältnis insbesondere bei der Anwendung und Auslegung des § 1666 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) als Generalklausel des familiengerichtlichen Kinderschutzes fort.

1. Elternrechte und -pflichten

Gem. Art. 6 Abs. 1 Grundgesetz (GG) stehen Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gestaltet die Beziehung zwischen den Eltern und dem minderjährigen Kind als ein Verhältnis aus, das von Rechten und Pflichten geprägt wird.² Danach sind die Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und zugleich die ihnen zuvörderst obliegende Pflicht. Es obliegt also originär den Eltern, die Pflege und Erziehung ihrer Kinder frei, anhand ihrer eigenen Wertvorstellung zu gestalten, und sie genießen insoweit Vorrang vor anderen Erziehungsinstitutionen.³

Das Elternrecht nimmt damit im Grundgesetz eine Sonderstellung ein, da es als Freiheitsrecht formuliert ist, das den Eltern zugleich auch als Pflicht auferlegt wird.⁴ Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat daher hervor gehoben, dass das Elternrecht zutreffender „Elternverantwortung“ heißen sollte. Denn das Recht der Eltern auf Erziehung und Pflege ihres Kindes ist untrennbar mit der Pflicht verbunden, diese elterliche Verantwortung auch auszuüben.⁵ Der Schutz des Kindeswohls ist also zunächst eine den Eltern im Rahmen ihrer gesetzlich verankerten Elternautonomie zugewiesene Aufgabe (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG).⁶ Das BVerfG begründet das Elternprimat – also das Recht, die Pflege und Erziehung frei von staatlichen Eingriffen vorzunehmen – damit, dass „Eltern das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution“.⁷ Richtigerweise wird die staatliche Zurückhaltung zugunsten des Elternprimats als alternativlos beschrieben, denn staatliche Institutionen könnten keinesfalls die Erziehungs- und Pflegeleistung erbringen, wie es Familien möglich ist.⁸

2 D. Schwab, Familienrecht, 29. Aufl., München 2021, § 55 Rn. 638.

3 Vorbehaltlich von Art. 7 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Grundgesetz – GG) vom 23.05.1949, BGBl. 1949 I 1; BVerfG v. 29.07.1968 – 1 BvL 20/63 31/66, 5/67, NJW 1968, 2233, 2235 f.

4 G. Fieseler/A. Hannemann, ZKJ 2006, 117.

5 BVerfG v. 29.07.1968, NJW 1968, 2233, 2235; BVerfG v. 01.04.2008 – 1 BvR 1620/04, NJW 2008, 1287, 1288 f.

6 Fieseler/Hannemann, ZKJ 2006, 117.

7 BVerfG v. 09.02.1982 – 1 BvR 845/79, NJW 1982, 1375, 1376.

8 M. Coester, NZFam 2016, 577, 578.

2. Grundrechte des Kindes

Kinder bedürfen im Vergleich zu Erwachsenen eines besonderen Schutzes und einer besonderen Unterstützung, da sie selbst weniger in der Lage sind, für ihren eigenen Schutz einzutreten.⁹ Das Grundgesetz unterscheidet dabei nicht zwischen Erwachsenen- und Kindergrundrechten. Auch wenn Kinder nicht ausdrücklich als Rechtssubjekte im Grundgesetz benannt werden, sind sie selbstverständlich – ungeachtet der Kritik, dass sie lediglich als Bezugspunkt des Elternrechts erscheinen würden¹⁰ – Träger von Grundrechten.¹¹

Aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) wird in ständiger Rechtsprechung abgeleitet, dass die Verfassung dem Kind zusichere, sich in der Obhut der Eltern zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickeln zu können.¹² Welchen Weg die Eltern wählen, um Kinder zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit zu verhelfen, obliegt ihrem eigenen Erziehungs- und Gestaltungsfreiraum. Dieses weitreichende Elternrecht findet seine Schranke in den Grundrechten des Kindes.¹³ Soweit der Schutzgehalt wesentlicher Grundrechte des Kindes betroffen ist, hat der Staat im Rahmen seiner „Kontroll- und Sicherungsverantwortung“¹⁴ einzugreifen und dafür Sorge zu tragen, dass das Kind in der Obhut der Eltern eben solche Lebensbedingungen vorfindet, damit es zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit heranwachsen kann.¹⁵ Dieser Grundsatz impliziert zugleich, dass Kinder das Recht haben, in der Obhut ihrer Eltern aufzuwachsen. Dem liegt das Verständnis zugrunde, dass Kinder in der Obhut ihrer Eltern grundsätzlich kindeswohlgerecht aufwachsen.¹⁶

Spiegelbildlich zu der den Eltern auferlegten Pflicht, sich um die Pflege und Erziehung des Kindes zu kümmern, haben Kinder ein verfassungsrechtlich geschütztes Recht auf elterliche Pflege und Erziehung.¹⁷ Diesen Anspruch haben sie zunächst gegen die Eltern, wobei der Staat zu gewährleisten hat,

9 G. Britz, NZFam 2016, 1113.

10 *Deutscher Bundestag*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes, Drucksache 17/11650; Allgemein zum Reformbedarf: M. von Landenberg-Roberg, NZFam 2021, 145.

11 Grundlegend: BVerfG v. 29.07.1968, NJW 1968, 2233; T. A. Heiß, NZFam 2015, 532, 537.

12 BVerfG v. 01.04.2008, NJW 2008, 1287, 1288 f.

13 Coester, NZFam 2016, 577, 578.

14 BVerfG v. 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, FamRZ 2017, 524, 527.

15 BVerfG, FamRZ 2017, 524, 527; so bereits BVerfG v. 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, FamRZ 2013, 521, 522.

16 BVerfG v. 14.04.1987 – 1 BvR 332/86, FamRZ 1987, 786, 789.

17 BVerfG v. 01.04.2008 – 1 BvR 1620/04, FamRZ 2008, 845 Rn. 72; BVerfG v. 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, FamRZ 2014, 449, 457 m. Anm. Helms.

dass die Elternverantwortung am Kindeswohl ausgerichtet ausgeübt wird.¹⁸ Das Kind hat also einen Schutzanspruch gegen den Staat, sollten die Eltern ihrer Verantwortung nicht dem Kindeswohl entsprechend nachkommen (sog. subjektives Gewährleistungsrecht).¹⁹

Daneben werden Kindern auch in anderen Bereichen umfangreiche Rechte eingeräumt. Das umfasst inhaltlich beispielsweise die religiöse Erziehung, das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, die Einwilligung in seine Adoption (§ 1746 BGB), die Mitentscheidungsbefugnis bei ärztlichen Eingriffen sowie das Recht auf Umgang mit jedem Elternteil (§ 1684 Abs. 1 BGB).²⁰

In diesem Zusammenhang fordern manche Stimmen derzeit die gesetzliche Festschreibung von Kindergrundrechten. Die Debatte erlebte 2014 einen Aufschwung, als das BVerfG in sieben Verfahren zugunsten von Eltern Entscheidungen der Oberlandesgerichte (OLG) aufhob.²¹ Viele Beobachter erblickten darin eine Schwächung von Kinderrechten und eine verfassungsrechtliche Schutzlücke, die es durch die Festschreibung von Kindergrundrechten im Grundgesetz zu schließen gilt.²² Trotz einer Vielzahl von Reformvorschlägen und einer intensiven gesellschaftlichen Diskussion über die ausdrückliche Normierung von Kinderrechten im Grundgesetz, konnte das Vorhaben vor Ende der betreffenden Legislaturperiode nicht zu einem erfolgreichen Abschluss gebracht werden.²³ Ein Ende der Diskussion bedeutet das indes nicht, denn auch die nachfolgende Regierungskoalition forderte die Verankerung von Kindergrundrechten in der Verfassung.²⁴ Gegenwärtig ist es um das Thema auch wieder ruhiger gewor-

18 BVerfG v. 01.04.2008, NJW 2008, 1287; BVerfG v. 15.12.1999 – 1 BvR 653/96, NJW 2000, 1021, 1023 f.

19 BVerfG, FamRZ 2013, 521, 523; BVerfG, FamRZ 2017, 524, 527.

20 Dazu ausführlich: D. Henrich, Kindesrecht und Elternkonflikt – Zusammenfassung, in: M. Löhnig/D. Schwab/D. Henrich u. a. (Hrsg.), Kindesrecht und Elternkonflikt, Bielefeld 2013, 267.

21 BVerfG v. 17.03.2014 – 1 BvR 2695/13, FamRZ 2014, 1177; BVerfG v. 24.03.2014 – 1 BvR 160/14, FamRZ 2014, 1005 (LS.); BVerfG v. 07.04.2014 – 1 BvR 121/13, FamRZ 2014, 907; BVerfG v. 22.05.2014 – 1 BvR 3190/13, FamRZ 2014, 1270; BVerfG v. 22.05.2014 – 1 BvR 2882/13, FamRZ 2014, 1266; BVerfG v. 14.06.2014 – 1 BvR 725/14, NJW 2014, 2936; BVerfG v. 27.08.2014 – 1 BvR 1822/14, FamRZ 2014, 1772; bereits zuvor: Fieseler/Hannemann, ZKJ 2006, 121.

22 S. Heilmann, NJW 2014, 2904, 2909; so bereits C. Hohmann-Dennhardt, FPR 2012, 185.

23 Und das, obwohl der Koalitionsvertrag 2018 von CDU, CSU und SPD den Auftrag enthielt, Kindergrundrechte im Grundgesetz zu verankern, vgl. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/koalitionsvertrag-zwischen-cdu-csu-und-spd-195906> (zuletzt abgerufen: 31.07.2023), 21; *Deutscher Bundestag*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes zur ausdrücklichen Verankerung der Kinderrechte, Drucksache 19/28138.

24 Sondierungspapier 15.10.2021, 177/21, abrufbar unter: <https://cms.gruene.de/uploads/documents/Ergebnis-der-Sondierungen.pdf> (zuletzt abgerufen: 31.07.2023).

den. Ein genauerer Blick auf die Rechtsprechung des BVerfG würde auch zeigen, dass es einer solchen Festschreibung eigentlich nicht bedarf.²⁵ Denn in seiner Rechtsprechung hat das BVerfG dezidiert die besondere Schutzbedürftigkeit von Kindern hervorgehoben und eine Vielzahl von Gewährleistunggehalten zu seinem Schutz entwickelt.²⁶ Eine verfassungsrechtliche Schutzlücke wird von den Kritikern zwar pauschal behauptet, kann im Einzelnen – auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG – aber nicht nachgewiesen werden.²⁷

3. Staatliches Wächteramt

Obwohl die Verfassung in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG den Eltern primär die Erziehungsverantwortung zuweist, verkennt der Gesetzgeber nicht, dass Kinder ggf. auch vor ihren Eltern geschützt werden müssen.²⁸ Deshalb wird die Verantwortung für den Schutz von Kindern zwischen dem Staat und den Eltern aufgeteilt.²⁹ In Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG ist daher auch das staatliche Wächteramt als Beschränkung und Grenze des Elternrechts normiert. Danach wacht die staatliche Gemeinschaft über die Ausübung der Elternverantwortung.³⁰ Das staatliche Wächteramt soll gewährleisten, dass die in den Händen der Eltern ruhenden Kinderrechte am Kindeswohl orientiert von diesen ausgeübt werden. Der Staat fungiert gewissermaßen als „Ausfallbürge“³¹ für den Fall, dass die Eltern ihrem Pflege- und Erziehungsauftrag nicht in kindeswohlkonformer Weise nachkommen.³² Allerdings ist dabei stets die Grundwertung zu beachten, dass die Verfassung den Eltern die Primärverantwortung zuspricht. Dementsprechend berechtigt nicht jedes elterliche Versagen den Staat, die Eltern von der Pflege und Erziehung ihres Kindes zu entbinden.³³ Das BVerfG führt dabei in ständiger Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 3 GG aus, dass der Staat Kindern gegen den Willen der Eltern kein optimales oder bestmögliches Aufwachsen gewährleisten kann, sondern vielmehr elterliches Fehlverhalten und mögliche Nachteile – in ge-

25 S. dazu ausführlich IV; *M. Jestaedt*, JAmt 2021, 358, 361.

26 So bereits: BVerfG, NJW 1968, 2233; BVerfG, FamRZ 1987, 786; s. dazu IV.

27 *Landenberg-Roberg*, NZFam 2021, 146; *Jestaedt*, JAmt 2021, 358.

28 *Britz*, NZFam 2016, 1113.

29 BVerfG, FamRZ 2017, 524, 527.

30 Gemeint sind Institutionen wie Jugendamt, Polizei und Familiengericht, vgl. *G. Schindler* Kindeswohlgefährdung als Anlass für Interventionen – rechtliche Aspekte, in: W. Körner (Hrsg.), *Erfassung von Kindeswohlgefährdung in Theorie und Praxis*, Lengerich 2011, 29, 30.

31 *Fieselers/Hannemann*, ZKJ 2006, 117.

32 BVerfG v. 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, NJW 2013, 847, 848.

33 BVerfG, FamRZ 2017, 524, 527; BVerfG v. 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, FamRZ 2015, 112, 113.

wissem Umfang – in Kauf genommen werden müssen.³⁴ Der Staat darf also gerade nicht eigene Erziehungsziele an die Stelle der elterlichen Vorstellungen setzen.³⁵

Erst die Gefährdung des Kindeswohls markiert die Schwelle, die einen staatlichen Eingriff in das verfassungsrechtlich garantierte Elternrecht legitimiert.³⁶ Bei Überschreitung der Gefährdungsschwelle ist der Staat zur Ausübung seines Wächteramts befugt und sogar verpflichtet, wobei das Kindeswohl das Zünglein an der Waage im Balanceakt zwischen Elternprimat und staatlichem Wächteramt bildet.

Die Schutzpflicht des Staates umfasst – im Falle der Kindeswohlgefährdung – als *ultima ratio* auch die Trennung des Kindes von den Eltern (§§ 1666, 1666a BGB), wobei die Rechtsordnung eine Herausnahme gem. Art. 6 Abs. 3 GG an enge Voraussetzungen knüpft.³⁷ Die hohe Eingriffsschwelle trägt dem Elternvorrang bei der Pflege und Erziehung ihres Kindes Rechnung und schützt zugleich das Recht des Kindes, bei seinen Eltern aufzuwachsen, so dass Art. 6 Abs. 3 GG gewissermaßen ein Abwehrrecht von Eltern und Kind gegen den Staat darstellt.³⁸ Dieser Grundsatz trägt insbesondere auch den Erfahrungen aus der Zeit des Nationalsozialismus Rechnung.³⁹ Bevor es zur Inobhutnahme kommt, muss daher in Erwägung gezogen werden, ob die Kindeswohlgefährdung durch mildere Mittel abgewendet werden kann (§ 1666a Abs. 1 S. 1 BGB). Dafür kommen vor allem die Instrumentarien aus dem Bereich der Kinder- und Jugendhilfe in Frage. Durch deren Einsatz, beispielsweise in Gestalt einer sozialpädagogischen Familienhilfe, versucht der Staat in Ausübung seines Wächteramts zunächst, die Erziehungsfähigkeit der Eltern (wieder-) herzustellen.⁴⁰ Die Durchführung solcher Maßnahmen hängt allerdings von der Mitwirkungsbereitschaft der Eltern ab und kann oft nicht gegen ihren Willen erfolgen.

34 BVerfG, FamRZ 2014, 1270, 1271 Rn. 21; K. Riegner, NZFam 2014, 625, 626.

35 BVerfG, FamRZ 2015, 112, 114 Rn. 29.

36 *DIJuF*, Familienrecht und soziale Dienste im Jugendamt, Im Mittelpunkt und doch aus dem Blick? „Das Kind“ im familiengerichtlichen Verfahren bei Kindeswohlgefährdung 2014, 5.

37 Siehe dazu ausführlich IV.

38 BVerfG v. 24.06.2014 – 1 BvR 2926/13, FamRZ 2014, 1435, 1438 m. Anm. B. Hoffmann; so bereits BVerfG v. 17.02.1982 – 1 BvR 188/80, MDR 1982, 636, 637.

39 BVerfG, NJW 1968, 2233, 2235.

40 Es besteht ein sog. erzieherischer Mehrbedarf, s. B. Tammen/T. Trenczek, in: J. Münder/T. Meysen/T. Trenczek (Hrsg.), Frankfurter Kommentar SGB VIII. Kinder- und Jugendhilfe, 9. Aufl., Baden-Baden 2019, § 27 SGB VIII Rn. 6ff.

II. Stellung des Bundesverfassungsgerichts in der deutschen Rechtsordnung

Die Generalklausel des § 1666 BGB ist einfachrechtlicher Ausfluss des staatlichen Wächteramts.⁴¹ Sind die Eltern nicht gewillt oder in der Lage, eine Kindeswohlgefährdung abzuwenden, hat das Familiengericht gem. §§ 1666, 1666a BGB die erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

1. Das BVerfG als Superrevisionsinstanz?

Studiert man die einschlägige Literatur, könnte wegen der Fülle der dort im Zusammenhang mit §§ 1666, 1666a BGB zitierten BVerfG-Entscheidungen der Eindruck entstehen, das BVerfG sei in Kindschaftssachen eine allgemeine Rechtsbeschwerdeinstanz.⁴² Doch ist in Deutschland die oberste Rechtsbeschwerdeinstanz nicht das BVerfG, sondern der Bundesgerichtshof (BGH). Die Rechtsbeschwerde zum BGH muss aber gem. § 70 Abs. 1 FamFG⁴³ vom OLG zugelassen werden.⁴⁴ Sinn und Zweck dieser Regelung ist, dass sich der BGH als oberste Rechtsprechungsinstanz nicht mit Einzelfällen beschäftigen soll, sondern nur über solche Rechtssachen entscheidet, die grundsätzliche Bedeutung aufweisen, der Rechtsfortbildung oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dienen (§ 70 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 FamFG). Da Entscheidungen zu § 1666 BGB aber überwiegend Einzelfallentscheidungen sind, fehlt es regelmäßig an den Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde zum BGH. Wollen Eltern oder Kinder gegen eine familiengerichtliche Entscheidung (eines OLG) vorgehen, bleibt ihnen daher häufig nur die Einlegung einer Verfassungsbeschwerde beim BVerfG.⁴⁵

Zwar prüft das BVerfG grundsätzlich nicht die Verletzung einfachrechtlicher Vorschriften (etwa des § 1666 BGB), sondern ist auf die Prüfung spezi-

41 K. Lugani, in: F. J. Sacker/R. Rixecker/H. Oetker u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, 9. Aufl., München 2020, § 1666 BGB Rn. 1; Britz, NZFam 2016, 1113, 1114; Schindler (Fn. 30), 41.

42 Heilmann, NJW 2014, 2904; Heiß, NZFam 2015, 532; S. Hammer, FF 2014, 428.

43 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) vom 17.12.2008, BGBl. I 2586, 2587.

44 B. Jokisch, in: K. H. Johannsen/D. Henrich/C. Althammer (Hrsg.), Familienrecht. Scheidung, Unterhalt, Verfahren, 7. Aufl., München 2020, § 1666 BGB Rn. 149.

45 Kinder müssten durch einen Ergänzungspfleger vertreten werden; grundlegend, BVerfG v. 18.06.1986 – 1 BvR 857/85, NJW 1986, 3129; offengelassen in: BVerfG v. 16.07.2020 – 1 BvR 1525/20, juris Rn. 45.

fischen Verfassungsrechts beschränkt⁴⁶, doch hat das BVerfG im vorliegenden Kontext unter Berufung auf die besondere Bedeutung der im Raum stehenden Grundrechte strenge verfassungsrechtliche Anforderungen für die Überprüfung von Kinderschutzmaßnahmen entwickelt.⁴⁷ Trotz des strengen Prüfungsmaßstabs sind aber durchschnittlich 95% der vor dem BVerfG angegriffenen Entscheidungen der Fachgerichte, in denen es um die Fremdunterbringung eines Kindes außerhalb seiner Herkunftsfamilie geht, verfassungsgemäß.⁴⁸

2. Prüfungsdichte des BVerfG

Das BVerfG legt, wie bereits erwähnt wurde, in ständiger Rechtsprechung einen strengen Prüfungsmaßstab bei der Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen an, die den elterlichen Sorgerechtsentzug zum Zwecke der Herausnahme des Kindes im Sinne von Art. 6 Abs. 3 GG betreffen. Anders als das übliche Prüfprogramm einer Grundrechtsverletzung⁴⁹, überprüft das BVerfG diese familiengerichtlichen Entscheidungen ausnahmsweise auch dahingehend, ob einzelne Auslegungsfehler⁵⁰ und Fehler bei der Sachverhaltsfeststellung und -würdigung⁵¹ vorliegen und das Familiengericht von seinem Auswahlermessen (zwischen verschiedenen möglichen Kinderschutzmaßnahmen) angemessen Gebrauch gemacht hat.⁵²

Der Grund für diesen strengen Prüfungsmaßstab ist die Schwere des Grundrechtseingriffs und die Bedeutung der durch den Eingriff betroffenen Grundrechte, denn die Trennung des Kindes von seinen Eltern greift glei-

46 Gem. § 90 Abs. 1 Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG) vom 11.08.1993, BGBl. I 1473, schließt der verfassungsrechtliche Kontrollumfang die Überprüfung einfachen Rechts aus.

47 Dazu ausführlich III; *Hammer*, FF 2014, 428, 429.

48 *G. Britz*, FamRZ 2015, 793, 794.

49 Grundsätzlich überprüft das BVerfG gerichtliche Entscheidungen nur insoweit, „ob eine angegriffene Entscheidung Fehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des Grundrechts beruht“, vgl. BVerfG v. 17.02.1982 – 1 BvR 188/80, NJW 1982, 1379, 1380; BVerfG v. 28.02.2012 – 1 BvR 3116/11, FF 2012, 250.

50 BVerfG v. 17.02.1982, NJW 1982, 1380 f.; BVerfG v. 21.06.2002 – 1 BvR 605/02, FamRZ 2002, 1021, 1023.

51 BVerfG v. 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, NJW 2015, 223, 224; BVerfG 13.07.2017 – 1 BvR 1202/17, FamRZ 2017, 1577, 1579.

52 *Burghart*, in: M. Artz/B. Brückner/M. Benecke u. a. (Hrsg.), beck-online.Grosskommentar, München 2024, § 1666 BGB Rn. 128 (Stand: 01.11.2021); Der Vorwurf, das BVerfG agiere als „Superbeschwerdeinstanz“, ist nicht ganz zutreffend, da die Rechtsbeschwerde zum BGH in den einschlägigen Verfahren nie zugelassen wurde; vgl. *Hammer*, FF 2014, 428, 429; bejahend: *Heiß*, NZFam 2015, 532; *Riegner* spricht sogar von einer weiteren Tatsacheninstanz über dem OLG, NZFam 2014, 625, 629.

chermaßen intensiv in die Grundrechte der Eltern und des Kindes ein.⁵³ Das Recht der Eltern auf Pflege und Erziehung ihres Kindes, das ihnen von Verfassungen wegen zugewiesen ist, kann mit der Herausnahme faktisch nicht mehr ausgeübt werden. Spiegelbildlich dazu wird Kindern durch eine Trennung von ihren Eltern das Recht verwehrt, von diesen gepflegt und erzogen zu werden (vgl. Art. 6 Abs. 2 GG).

3. Verfahren vor dem BVerfG in Zahlen

Circa 50% der Verfassungsbeschwerden aus dem Bereich des Familien-, Kinder- und Jugendhilferechts betreffen Fragen des Sorge- und Umgangsrechts.⁵⁴ Die Verfassungsbeschwerden werden – wenig überraschend – hauptsächlich von Eltern eingelegt und richten sich meist gegen die gerichtliche Entziehung des Sorgerechts und somit gegen den Eingriff des Staates in das Elternrecht.⁵⁵

Statistische Auswertungen liegen nicht durchgehend vor, aber für die Jahre 2011 bis 2014 ist ermittelt worden, dass jährlich circa 70–80 Verfassungsbeschwerdeverfahren eröffnet worden sind, die thematisch die Fremdunterbringung eines Kindes betrafen.⁵⁶ Dass der Hauptanteil der Verfassungsbeschwerden den gerichtlichen (teilweisen) Sorgerechtsentzug betrifft, hängt damit zusammen, dass die Familiengerichte im Rahmen des § 1666 BGB oftmals diese Schutzmaßnahme ergreifen.⁵⁷ Das lässt sich dadurch erklären, dass das Familiengericht mit einem Sachverhalt regelmäßig erst dann befasst wird, wenn bei dem betroffenen Kind bereits ein gewisses Gefährdungsniveau überschritten ist, die Gefahrenabwehr durch mildere Mittel – wie sie beispielsweise § 1666 Abs. 3 BGB vorsieht – mithin nicht mehr möglich ist.⁵⁸ Das beweist auch ein Blick auf die 50.400 Fälle, in denen sich aus Sicht des Jugendamtes 2018 eine Kindeswohlgefährdung bestätigte. Nur in 20% der Fälle erfolgte dann seitens des Jugendamtes die Anrufung

⁵³ BVerfG, NJW 1982, 1379, 1380 f.

⁵⁴ G. Britz, JAmT 2014, 550, 551.

⁵⁵ Britz, NZFam 2016, 1113, 1115; dies, FamRZ 2015, 794.

⁵⁶ Für eine Fremdunterbringung muss den Eltern jedenfalls das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen werden; Britz, FamRZ 2015, 793.

⁵⁷ Arbeitsgruppe Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls Abschlussbericht vom 17.11.2006, https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/16_wp/kindewohl/abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen: 01.08.2023), 24.

⁵⁸ Schindler (Fn. 30), 49; Beispiele für mögliche Maßnahmen nach § 1666 Abs. 3 BGB: T. Meysen, JAmT 2008, 233, 234 f.

des Familiengerichts.⁵⁹ An dieser Stelle kann nur vermutet werden, dass es sich dabei um fortgeschrittene Gefährdungslagen für die betroffenen Kinder handelte, denen mit den dem Jugendamt selbst zur Verfügung stehenden Maßnahmen nicht mehr begegnet werden konnte. Dafür sprechen ebenfalls die Fallzahlen der von dem Familiengericht wegen einer Kindeswohlgefährdung eingeleiteten Maßnahmen im Jahr 2018.⁶⁰ Insgesamt leiteten die Familiengerichte 31.504 Verfahren ein, wovon allein 16.035 den (teilweisen) Sorgerechtsentzug betrafen. Die andere Hälfte der vom Gericht ergriffenen Maßnahmen betraf die Auferlegung der Inanspruchnahme von Leistungen der Kinder und Jugendhilfe gem. § 1666 Abs. 3 Nr. 1 BGB (9.081), die Aussprache anderer Gebote und Verbote gem. § 1666 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 BGB (4.479) sowie die Ersetzung von Erklärungen der Personensorgeberechtigten gem. § 1666 Abs. 3 Nr. 5 BGB (1.909).

4. Verfassungsbeschwerde aus der Elternperspektive

Verfassungsbeschwerden von Eltern werden – da eine Verfassungsbeschwerde gem. § 90 BVerfGG vor allem dem individuellen Rechtsschutz dient – im Ausgangspunkt aus Sicht des verfassungsrechtlichen Elternrechts geführt, wobei der grundrechtliche Schutz des Kindes die Rechtfertigung für den Eingriff in das Elternrecht darstellt.⁶¹ Der Prüfungsmaßstab des BVerfG richtet sich dadurch automatisch an der Überprüfung der Trennung des Kindes von seinen Eltern, mithin dem Elterngrundrecht, aus. Die dadurch entstehende „asymmetrische verfassungsgerichtliche Überprüfungssituation“ steht nicht gleichbedeutend für eine Asymmetrie von Eltern- und Kinderrechten.⁶² Der Umstand, dass aufgrund der verfahrensrechtlichen Ausgangssituation die meisten verfassungsgerichtlichen Überprüfungen aus der Perspektive von Eltern vorgenommen werden, darf nicht zu der Fehlinterpretation verleiten, dass das BVerfG dem Elternrecht ein stärkeres Gewicht beimisst als Kinderrechten.⁶³

59 Statistisches Bundesamt, Familie, Lebensformen und Kinder, Auszug aus dem Datenreport 2021, https://www.destatis.de/DE/Service/Statistik-Campus/Datenreport/Downloads/datenreport-2021-kap-2.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen: 14.10.2021), 73.

60 Statistisches Bundesamt, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe 31.6.2019, https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Adoptionen/Publikationen/Downloads/pflege-vormund-beistandschaft-pflegeerlaubnis-5225202187004.pdf;jsessionid=8CF3FB81204531FDB56BE8DB9378361.live?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen: 16.10.2021), Tabelle 4.

61 Britz, FamRZ 2015, 793, 794; C. Grünewald, in: C. Walter/B. Grünewald (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentare BVerfGG, 12. Edt., München 2021, § 90 BVerfGG Rn. 2.

62 Britz, FamRZ 2015, 793, 796.

63 Britz, FamRZ 2015, 793; dies., JAmt 2014, 550; Heiß, NZFam 2015, 532, 536.

III. Beurteilung des Vorliegens einer Kindeswohlgefährdung

Ein staatlicher Eingriff in das Elterngrundrecht kann nur dann gerechtfertigt sein, wenn eine Kindeswohlgefährdung besteht. Das Vorliegen einer solchen ist die materiell-rechtliche Hürde für das Ergreifen familiengerichtlicher Maßnahmen, wobei jede Entscheidung stets sorgfältig auf ihre Verhältnismäßigkeit hin zu prüfen ist. Der Begriff der Kindeswohlgefährdung findet im Grundgesetz keine Erwähnung, wird aber einfachgesetzlich zum Beispiel in § 1666 BGB genannt.

1. Das Kindeswohl als Richtschnur

Dem Familiengericht steht gesetzlich eine Vielzahl von möglichen Maßnahmen zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung zur Verfügung. Insbesondere § 1666 BGB ist Ausdruck der in Art. 6 Abs. 2 GG normierten Aufteilung der Verantwortung zwischen Familie und Staat und bildet die Grundlage für den Eingriff in das Elternrecht kraft des staatlichen Wächteramts, wobei die Kindeswohlgefährdung die Eingriffsschwelle markiert.⁶⁴

Dem Wortlaut des § 1666 Abs. 1 BGB entsprechend liegt eine Kindeswohlgefährdung vor, wenn das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen gefährdet und die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden. Obwohl einige Aspekte, die konstitutiv für eine Kindeswohlgefährdung sind, hier einfachgesetzlich genannt werden, bedarf es für die Feststellung einer Kindeswohlgefährdung im Einzelfall einer richterlichen Konkretisierung dieser Generalklausel.⁶⁵ Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist das Kindeswohl gefährdet, wenn „ein bereits eingetretener Schaden des Kindes oder eine gegenwärtige, in einem solchen Maße vorhandene Gefahr [vorliegt], dass sich bei der weiteren Entwicklung eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt“.⁶⁶ Inwiefern das Vorliegen der Voraussetzungen im Einzelnen gegeben ist, unterliegt wegen der Schwere des Grundrechtseingriffs einer strengen verfassungsrechtlichen Überprüfung, die sich auch auf einzelne Auslegungsfehler und eine fehlerhafte Sachverhaltswürdigung durch das Familiengericht erstreckt.⁶⁷

⁶⁴ *Burghart* (Fn. 52), § 1666 BGB, Rn. 1.

⁶⁵ *Coester*, NZFam 2016, 577, 579.

⁶⁶ BVerfG v. 21.09.2020 – 1 BvR 528/19, FamRZ 2021, 104, 106; BVerfG, NJW 2015, 223, 224; BVerfG v. 29.01.2010 – 1 BvR 374/09, FamRZ 2010, 713, 714; so bereits BGH v. 15.12.2004 – XII ZB 166/03, FamRZ 2005, 344, 345.

⁶⁷ BVerfG, NJW 2015, 223, 224.

a) Gegenwärtig vorhandene Gefahr

Zunächst muss für die Bejahung einer Kindeswohlgefährdung diese bereits eingetreten oder gegenwärtig die Gefahr für den Eintritt einer solchen vorhanden sein. Eine bloß abstrakte Gefährdung des Kindeswohls genügt indes nicht.⁶⁸ Vielmehr muss im Einzelfall geprüft werden, ob ein elterliches Handeln oder Unterlassen festzustellen ist, das die elementaren Bedürfnisse eines Kindes nach Fürsorge, Erziehung und Schutz missachtet. Dabei sind die gegebenen Lebensverhältnisse und das Verhalten der Eltern stets ins Verhältnis mit den altersspezifischen Bedürfnissen des Kindes zu setzen.⁶⁹ Das Schütteln eines Säuglings stellt beispielsweise eine (potenziell tödliche) Gefahr für das Kind dar, wohingegen dieses elterliche Verhalten bei einem Jugendlichen anders zu bewerten wäre.⁷⁰

b) Erhebliche Schädigung

Für das Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung bedarf es einer erheblichen Beeinträchtigung des Kindeswohls, die aufgrund der zuvor genannten gegenwärtigen Gefahr für das Kind droht einzutreten. Die mögliche Beeinträchtigung des Kindeswohls muss dabei eine Erheblichkeitsschwelle überschreiten, die ein staatliches Eingreifen in das Elternrecht rechtfertigt.⁷¹ Diese Schwelle wird unstreitig überschritten, soweit eine Gefahr für Leib und Leben des Kindes besteht. Weniger eindeutig sind kindliche Lebenslagen, die seine Entwicklung nicht erheblich bedrohen und daher nur kurzzeitig eine Beeinträchtigung für das Kind darstellen. Der von einem Kind empfundene Schmerz, eine elterliche Scheidung betreffend, fällt daher beispielsweise nicht unter den Tatbestand der erheblichen Schädigung.⁷² Die Beurteilung, ob eine erhebliche Schädigung für das Kind droht, ist (wie jedes andere Tatbestandsmerkmal der Kindeswohlgefährdung) daher einzelfallabhängig und muss anhand des konkret vorliegenden Sachverhalts subsumiert werden.

c) Prognose

Das Gericht hat in Bezug auf die vorstehenden Voraussetzungen stets eine Prognose hinsichtlich der Eintrittswahrscheinlichkeit zu erstellen. Dem-

68 OLG Celle v. 14.03.2003 – 19 UF 35/03, FamRZ 2003, 1490.

69 H. Schmid/T. Meysen, Was ist unter Kindeswohlgefährdung zu verstehen?, in: H. Kindler/S. Lillig/H. Blüml (Hrsg.), Handbuch Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB und Allgemeiner Sozialer Dienst (ASD), München 2006, Abschn. 2–5.

70 OLG Frankfurt am Main v. 18.04.2018 – 4 UF 240/17, FamRZ 2018, 1675, 1676.

71 Burghart (Fn. 52), § 1666 BGB Rn. 90 f.

72 Schmid/Meysen (Fn. 69).

entsprechend muss die erhebliche Schädigung des Kindeswohls durch die drohende Gefahr mit ziemlicher Sicherheit eintreten. Dabei ist bei der Gefährdungsprognose die dem Kind drohende Schwere der Beeinträchtigung zu berücksichtigen. Dazu führt das BVerfG – in Übereinstimmung mit der zuvor vom BGH entwickelten Rechtsprechung⁷³ – aus, dass je schwerer ein drohender Schaden wiegt, desto geringere Anforderungen an die Schadenseintrittswahrscheinlichkeit zu stellen sind.⁷⁴ Im Übrigen bedarf es einer solchen Prognose nicht, wenn die Kindeswohlgefährdung bereits eingetreten ist und diese noch fort dauert.

d) Elternverhalten

Neben dem Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung erfordert das Ergreifen familiengerichtlicher Maßnahmen, dass die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage sind, die betreffende Gefahr abzuwenden (§ 1666 Abs. 1 BGB). Denn das Verfassungsrecht schreibt die Aufgabe zur Abwehr einer gegebenen Kindeswohlgefährdung primär den Eltern zu (Art. 6 Abs. 2 GG).⁷⁵ Dazu haben Eltern einen Anspruch auf Hilfsmaßnahmen der Kinder- und Jugendhilfe gem. §§ 27 ff. SGB VIII, die allerdings das Einverständnis der Eltern voraussetzen. Dieses Tatbestandsmerkmal markiert mithin den Perspektivwechsel des Gesetzgebers von einer leistungsrechtlichen Sichtweise hin zu einer interventionsrechtlichen Sichtweise. Erst durch die elterliche „Blockade“ darf das staatliche Wächteramt in Gestalt familiengerichtlicher Maßnahmen gegen den Elternwillen eingreifen.

e) Verhältnismäßigkeitsprüfung

Jede vom Gericht gem. § 1666 BGB ergriffene Kinderschutzmaßnahme stellt einen Eingriff in das Elternrecht dar, da diese gegen ihren Willen erfolgt und mitunter schwerwiegende Folgen für die Eltern (und das Kind) hat. Deshalb muss jede im Rahmen des § 1666 Abs. 3 BGB ergriffene Maßnahme stets dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung tragen. Der nicht abschließende Maßnahmenkatalog des § 1666 Abs. 3 BGB bildet Eskalationsstufen ab, wobei auch vergleichsweise milde Maßnahmen wie beispielsweise solche gem. § 1666 Abs. 3 Nr. 1 BGB (Gebote, öffentliche Hilfen anzunehmen) verhältnismäßig, das heißt zur Abwehr der (drohenden) Kindeswohlgefährdung geeignet, erforderlich und angemessen

⁷³ BGH v. 23.11.2016 – XII ZB 149/16, FamRZ 2017, 212.

⁷⁴ BVerfG 21.09.2020, FamRZ 2021, 104, 106 f. m. Anm. *Hammer*.

⁷⁵ *H. Kindler*, NZFam 2020, 376, 378.

sein müssen.⁷⁶ Daher ist die Art, das Ausmaß und die Dauer der geplanten Maßnahme auf das gebotene Maß zu beschränken. Das heißt, familiengerichtliche Maßnahmen dürfen nur so lange aufrechterhalten bleiben, wie die Kindeswohlgefährdung andauert.⁷⁷

f) Herausnahme des Kindes als ultima ratio

Der gravierendste Eingriff in das Elternrecht stellt dabei gem. § 1666 Abs. 3 Nr. 6 BGB die teilweise oder vollständige Entziehung der elterlichen Sorge dar – erst recht, wenn dies zum Zweck der Fremdunterbringung des Kindes erfolgt. Wegen der Schwere des Grundrechtseingriffs formuliert Art. 6 Abs. 3 GG besonders hohe Anforderungen an die Fremdunterbringung eines Kindes. Demnach dürfen Kinder nur aufgrund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen. Diese Voraussetzungen müssen tatbestandlich zusätzlich zu der bestehenden oder mit ziemlicher Sicherheit eintretenden Kindeswohlgefährdung vorliegen, um eine Fremdunterbringung zu rechtfertigen.⁷⁸

Ergänzend mahnt § 1666a BGB einfachgesetzlich zur Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wobei diese Norm irreführend ist. Selbstverständlich ist jede im Rahmen des § 1666 BGB ergriffene Maßnahme vor dem Hintergrund der Verhältnismäßigkeit zu wählen. Der Gesetzgeber wollte durch § 1666a BGB den Rechtsanwender jedoch zur besonderen Sorgfalt und Begründung bei dem Ergreifen von Maßnahmen nach § 1666 Abs. 3 Nr. 6 BGB anhalten.⁷⁹

2. Verfahrensrechtliche Anforderungen

Für die Gewährleistung eines effektiven Grundrechtsschutzes bestehen – neben den materiell-rechtlichen Anforderungen – ebenso hohe Anforderungen an die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens.⁸⁰ Insbesondere, wenn es um die Frage eines Sorgerechtsentzuges, verbunden mit einer Trennung des Kindes von seinen Eltern geht, sind wegen der vom Gericht vorzunehmenden Prognose in Bezug auf die Kindeswohlgefährdung besondere Anforderungen an die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens zu stellen.⁸¹

⁷⁶ *DJJuF*, Familienrecht und Soziale Dienste im Jugendamt: Verfassungsrechtliche Anforderungen bei Eingriffen in die elterliche Sorge: Heidelberg 2018, 14.

⁷⁷ *Lugani* (Fn. 41), § 1666 BGB Rn. 165.

⁷⁸ *Riegner*, NZFam 2014, 625, 626.

⁷⁹ *Burghart* (Fn. 52), § 1666 BGB, Rn. 125, 125.1.

⁸⁰ BVerfG v. 10.09.2009 – 1 BvR 1248/09, FamRZ 2009, 1897, 1898.

⁸¹ BVerfG v. 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16, NZFam 2017, 261 Rn. 38.

a) Begründungs- und Aufklärungspflicht

Das BVerfG betont in ständiger Rechtsprechung, dass mit dem Sorgerechtsentzug und der Fremdunterbringung eines Kindes ein erheblicher Begründungsaufwand des Familiengerichts einhergeht. Nicht zuletzt wegen der Bedeutung der betroffenen Grundrechte ist es Aufgabe des Familiengerichts, den unbestimmten Rechtsbegriff des Kindeswohls mit Inhalt zu füllen und die Entscheidung insbesondere für die Eltern und das Kind nachvollziehbar zu begründen. Es sind deshalb „die dem Kind drohenden Schäden ihrer Art, Schwere und Eintrittswahrscheinlichkeit nach konkret zu benennen und [...] vor dem Hintergrund des grundrechtlichen Schutzes vor der Trennung des Kindes von seinen Eltern zu bewerten“.⁸² Eine familiengerichtliche Entscheidung genügt dem Elternrecht folglich nur im Falle einer einzelfallspezifischen Abwägung der betroffenen Grundrechte.⁸³

Um die dem Kind konkret drohenden Schäden benennen und bewerten zu können, hat das Gericht alle ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen auszuschöpfen. Insbesondere muss die tatrichterliche Sachaufklärung erkennen lassen, dass das gerichtliche Verfahren das Gebot des effektiven Grundrechtsschutzes beachtet, was insbesondere durch „die zur Verfügung stehenden Aufklärungs- und Prüfungsmöglichkeiten“ zu gewährleisten ist.⁸⁴ Entscheidungserhebliche Aspekte sind von Amts wegen aufzuklären.

Der Staat trägt insoweit die objektive „Begründungslast“ für einen Eingriff nach Maßgabe der §§ 1666, 1666a BGB.⁸⁵ Die Eltern müssen demgegenüber nicht positiv ihre Erziehungsfähigkeit „unter Beweis stellen“.⁸⁶ Dem stünde dem Grunde nach schon die verfassungsrechtliche Vermutung einer primären Elternverantwortung entgegen.

Die Familiengerichte haben im Rahmen von Kinderschutzverfahren also eine zuverlässige Grundlage zu schaffen, die erkennen lässt, wie die Fachgerichte zu ihrer tatsächlichen und rechtlichen Auffassung gelangt sind.⁸⁷ Das Ziel der Sachaufklärung beschränkt sich nicht nur auf die Ermittlung einer Kindeswohlgefährdung, sondern bildet auch die Grundlage für eine Prognoseentscheidung dahingehend, wie sich die Gefährdungslage auf das Kind auswirken wird.⁸⁸

82 BVerfG v. 10.06.2020 – 1 BvR 572/20, FamRZ 2020, 1562.

83 BVerfG, FamRZ 2009, 1898; BVerfG v. 18.12.1995 – 1 BvR 1208/92, FamRZ 1996, 343.

84 BGH v. 06.07.2016 – XII ZB 47/15, FamRZ 2016, 1752, 1754.

85 Heiß, NZFam 2015, 532, 533.

86 BVerfG, FamRZ 2015, 112, 114.

87 BVerfG v. 29.09.2015 – 1 BvR 1292/15, FamRZ 2016, 22, 24; Britz, FamRZ 2015, 793, 796.

88 BVerfG, FamRZ 2021, 104, 108 f. m. Anm. Hammer

b) Kindes- und Elternanhörung

Eine Anhörung des betroffenen Kindes ist mittlerweile schon nach den Vorgaben des einfachen Rechts grundsätzlich zwingend. Nach bisher geltendem Recht war die Anhörung des Kindes erst ab dem 14. Lebensjahr zwingend vorgeschrieben (§ 159 Abs. 1 S. 1 FamFG a. F.).⁸⁹ Jüngere Kinder waren – nach dem Wortlaut des Gesetzes – nur anzuhören, wenn die Neigung, Bindungen oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung oder wenn eine persönliche Anhörung aus sonstigen Gründen angezeigt war (§ 159 Abs. 2 FamFG a. F.).

Vor dem Hintergrund des 2017 bekannt gewordenen sog. „Staufener Missbrauchsfalls“⁹⁰ erfolgten, zur Verbesserung des Kinderschutzes in Familienrechtsverfahren, eine Reihe von gesetzlichen Änderungen, darunter eine Überarbeitung des § 159 FamFG.⁹¹ In der Neufassung der Vorschrift, die am 1. Juli 2021 in Kraft getreten ist, heißt es: „das Gericht hat das Kind persönlich anzuhören und sich einen persönlichen Eindruck von dem Kind zu verschaffen.“⁹² Dadurch schreibt der Gesetzgeber eine grundsätzlich uneingeschränkte altersunabhängige Pflicht des Gerichts zur persönlichen Anhörung des Kindes fest und erweitert § 159 Abs. 1 FamFG um die gerichtliche Pflicht, sich einen persönlichen Eindruck von dem betroffenen Kind zu verschaffen.⁹³ Hinsichtlich der altersunabhängigen Anhörungspflicht wurde somit ausdrücklich gesetzlich festgeschrieben, was nach der Rechtsprechung des BVerfG und der Fachgerichte auch schon zuvor in der gerichtlichen Praxis zu beachten, bisher dem Wortlaut des § 159 Abs. 2 FamFG aber nicht ohne Weiteres zu entnehmen war.⁹⁴ Kinder können entsprechend ihres Entwicklungsstandes nämlich bereits ab dem dritten Lebensjahr angehört werden.⁹⁵ § 159 Abs. 2 FamFG nennt abschließend vier eng begrenzte Ausnahmen, in denen von der persönlichen Anhörung oder der Verschaffung

89 Geltungszeitraum 01.09.2009 – 30.06.2021.

90 Vgl. den Abschlussbericht aus Anlass des „Staufener Missbrauchsfall“, 2018, <https://oberlandesgericht-karlsruhe.justiz-bw.de/pb/site/jum2/get/documents/jum1/JuM/OLG%20Karlsruhe/Abschlussbericht%20der%20gemeinsamen%20Arbeitsgruppe%20zum%20Staufener%20Missbrauchsfall.pdf> (zuletzt abgerufen: 31.01.2022).

91 Siehe dazu *Bundesrat*, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder, 634/20.

92 § 159 neu gefasst m. W. v. 01.07.2021 durch Gesetz v. 16.06.2021, BGBl. I S. 1810.

93 R. Schlünder, in: M.-M. Hahne/J. Schlögel/R. Schlünder (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar FamFG, 40. Edt., München 2021, § 159 FamFG Rn. 1 f.

94 BVerfG v. 14.07.2010 – 1 BvR 3189/09, FamRZ 2010, 1622, 1623; BVerfG v. 13.11.2007 – 1 BvR 1637/07, FamRZ 2008, 246, 247; BVerfG v. 26.09.2006 – 1 BvR 1827/06, NJW 2007, 1266, 1268 f.; OLG Frankfurt a. Main v. 13.10.1997 – 1 WF 172/97, FamRZ 1999, 247.

95 H. Dettenborn/E. Walter, Familienrechtspsychologie, 2. Auflage, München u. a. 2015, 85; K. Bublatz/A. Kannegger/J. Salzgeber, NZFam 2021, 477, 478.

eines persönlichen Eindrucks des Kindes abgesehen werden kann. Freilich kann beispielsweise ein Säugling nicht persönlich, das heißt mündlich angehört werden. Ist ein Kind noch nicht in der Lage, seinen eigenen Willen im Verfahren zum Ausdruck zu bringen, hat das Gericht sich aber zumindest einen persönlichen Eindruck vom Kind zu verschaffen (§ 159 Abs. 2 S. 3 FamFG). Die Anhörungspflicht entfällt in einem solchen Fall (§ 159 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 FamFG). Das Eingreifen einer der Ausnahmetatbestände hat das Gericht gemäß § 159 Abs. 3 FamFG zu begründen.⁹⁶

Daneben sind die Eltern des betroffenen Kindes gem. § 160 Abs. 1 S. 2 FamFG ebenfalls zwingend anzuhören. Neben einer weiteren Sachaufklärung wird den Eltern damit rechtliches Gehör gewährt und ihrer Elternverantwortung Rechnung getragen.⁹⁷

c) Sachverständigengutachten

Die Einholung eines Sachverständigengutachtens ist nicht zwingend, wohl aber regelmäßig in Hinblick auf die Begründung der Kindeswohlgefährdung geboten.⁹⁸ Wurde ein Sachverständigengutachten erstattet, darf dieses nicht „ungefiltert“ eins zu eins Eingang in die Entscheidungsgründe finden, denn es entbindet das Gericht nicht von seiner eigenen Begründungs- und Darlegungspflicht. Vielmehr muss das Gericht die im Gutachten dargestellten Befunde auswerten und ggf. sogar auf mögliche Mängel prüfen.⁹⁹ Ein Gutachten leidet beispielsweise an Mängeln, wenn der Sachverständige seinem Gutachten nicht die rechtlich ausschlaggebende Frage zugrunde legt oder das Gericht dem Gutachter schon eine unzutreffende Frage stellt.¹⁰⁰ Der zuletzt genannte Fall ist beispielsweise dann gegeben, wenn das Gericht dem Gutachter die Frage stellt, welche Sorgerechtsregelung dem Kindeswohl am ehesten entspricht. Diese Frage verkennt den durch §§ 1666, 1666a BGB und Art. 6 Abs. 2, 3 GG vorgegebenen Prüfungsmaßstab, wonach die (Aufrechterhaltung der) Trennung des Kindes von seiner Familie „nur dann zulässig ist, wenn dem Kind bei den Eltern die nachhaltige Gefahr einer erheblichen Beeinträchtigung droht“.¹⁰¹

Dass ein Sachverständigengutachten nicht unreflektiert Eingang in die Entscheidungsgründe finden sollte, zeigt auch die verfassungsgerichtliche Über-

⁹⁶ Schlünder (Fn. 93), § 159 FamFG Rn. 11.

⁹⁷ J. Rohmann, FPR 2013, 464, 470.

⁹⁸ K. F. Gärditz, FF 2015, 341, 345.

⁹⁹ BVerfG v. 14.04.2021 – 1 BvR 1839/20, FamRZ 2021, 1201; BVerfG, FamRZ 2015, 112; Britz, NZFam 2016, 1113, 1117; S. Heilmann, FamRZ 2015, 92, 93.

¹⁰⁰ BVerfG, FamRZ 2015, 112; BVerfG, NJW 2014, 2936, 2938 Rn. 29.

¹⁰¹ BVerfG, NJW 2014, 2936, 2938 Rn. 29.

prüfung eines Beschlusses des OLG Hamm aus dem Jahre 2014.¹⁰² Der Vater eines im Jahr 2013 geborenen Kindes wandte sich mit seiner Verfassungsbeschwerde gegen die gerichtliche Entziehung des Sorgerechts und die Fremdunterbringung seines Kindes. Zuvor waren ihm und der Kindesmutter das gemeinsame Sorgerecht aufgrund eines vom Amtsgericht¹⁰³ in Auftrag gegebenen Sachverständigengutachtens, wonach die Kindseltern (teilweise) erziehungsunfähig seien, entzogen und auf das Jugendamt übertragen worden. Das BVerfG bezweifelte die Verwertbarkeit des Gutachtens unter anderem deshalb, weil der Gutachter an die Erziehungsfähigkeit der Eltern Anforderungen stellte, die nicht mit dem Erziehungsvorrang von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG vereinbar sind. So führte der Sachverständige beispielsweise aus, dass Eltern ihren Kindern ein „adäquates Verhältnis zu Dauerpartnerschaft und Liebe vorleben“ sollen und dass es „sinnvoll und erstrebenswert ist, zunächst Leistung und Arbeit in einer Zeiteinheit zu verbringen, sich dabei mit anderen messen zu können und durch die Erbringung einer persönlichen Bestleistung ein Verhältnis zu sich selbst und damit ein Selbstwertgefühl aufbauen zu können“.¹⁰⁴ Mithin maß der Gutachter die Erziehungsfähigkeit der Eltern an einem verfassungsrechtlich nicht legitimierbaren Leitbild und verkannte somit den Gehalt von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Daneben ließ das Gutachten an mehreren Stellen an der Unvoreingenommenheit des Sachverständigen zweifeln, wenn dieser beispielsweise ausführte, der Kindesvater „vermittelt den Eindruck, dass er „nach jedem Strohalm“ greift, um in Deutschland bleiben zu können. Mit der Schwangerschaft der [Mutter] und seiner Vaterschaft über [die Tochter] hat sich der Kindesvater jetzt ein Bleiberecht verschafft.“¹⁰⁵

Das BVerfG führt in seiner Entscheidung ergänzend aus, dass ein mangelhaftes Sachverständigengutachten jedenfalls solange nicht zur Verfassungswidrigkeit der fachgerichtlichen Entscheidung führt, soweit sich das Gericht mit der Mangelhaftigkeit auseinandersetzt, diese thematisiert und begründet, weshalb die Bejahung der Kindeswohlgefährdung dennoch auf das Gutachten und die Sachverständigenaussagen gestützt wird. Weiter stellt das BVerfG klar, dass die fachgerichtliche Entscheidung einer verfassungsrechtlichen Kontrolle auch dann standhalten kann, wenn das Sachverständigen-gutachten gänzlich für unverwertbar befunden wird, soweit sich aus den Entscheidungsgründen gleichwohl eine Kindeswohlgefährdung nachvollziehbar ergeben hätte.¹⁰⁶ Indes beschränkte sich im konkreten Fall die Begründung

102 Unveröffentlicht, OLG Hamm v. 06.02.2014, II-6 UF 177/13, juris.

103 AG Paderborn, Beschluss v. 17.09.2013, 84 F 34/13, juris.

104 BVerfG, FamRZ 2015, 112, 113 f.

105 BVerfG, FamRZ 2015, 112, 115.

106 BVerfG, FamRZ 2015, 112, 115.

der Kindeswohlgefährdung durch das OLG Hamm auf 16 Zeilen, weshalb die Entscheidung verfassungsrechtlicher Prüfung nicht standhielt.¹⁰⁷

Zweifelsohne ist das Gericht an die Feststellungen des Sachverständigengutachtens nicht gebunden und kann in seiner Entscheidung davon abweichen.¹⁰⁸ Insoweit hat das Gericht jedoch eine tragfähige Begründung anzuführen, weshalb – auch unter Auseinandersetzung mit im Verfahren bekannt gewordenen Umständen – von der Einschätzung des Sachverständigen abgewichen wird.¹⁰⁹ Eine Entscheidung des OLG Rostock hielt vor diesem Hintergrund verfassungsrechtlicher Überprüfung nicht stand, da das Gericht von der Einschätzung zweier Sachverständigengutachten ohne eingehende Begründung und Nennung anderer verlässlicher Entscheidungsgrundlagen abwich.¹¹⁰ Obwohl die Sachverständigen eine fehlende Erziehungseignung des Kindesvaters und beim Verbleib des Kindes im väterlichen Haushalt eine Kindeswohlgefährdung annahmen, übertrug das OLG Rostock das alleinige Sorgerecht auf den Kindesvater, wogegen die Kindesmutter erfolgreich Verfassungsbeschwerde einlegte.

d) Einschätzung durch das Jugendamt

Die zur Entscheidung berufenen Richter sind an Sachverständigengutachten ebenso wenig gebunden wie an die Stellungnahme des Jugendamtes.¹¹¹ Für die richterliche Sachaufklärung dennoch nicht unbedeutend ist der Umstand, dass das Jugendamt oft zuvor schon mit der betroffenen Familie befasst war. Der Anrufung des Gerichts geht häufig eine Hilfesgeschichte beim Jugendamt voraus, in dessen Verlauf sich die Hinweise auf eine Kindeswohlgefährdung verdichten. Die sofortige Anrufung des Familiengerichts (im Falle einer Kindeswohlgefährdung) ohne vorherige Fallkenntnis des Jugendamts bildet dabei eher die Ausnahme.¹¹² Die vom Jugendamt gem. § 50 Abs. 2 SGB VIII im Verfahren anzufertigende Stellungnahme informiert das Gericht über den Sachverhalt und enthält eine sozialpädagogische Einschätzung über weitere mögliche Maßnahmen. Folglich kann die Stellungnahme des Jugendamts die richterliche Sachaufklärung ergänzen und dem

107 BVerfG, FamRZ 2015, 112, 113.

108 BVerfG, FamRZ 2021, 1201, 1203.

109 BVerfG, FamRZ 2021, 1201, 1205.

110 OLG Rostock v. 02.07.2020, 10 UF 68/20, juris; BVerfG, FamRZ 2021, 1201.

111 BVerfG v. 24.03.2014 – 160/14, JAmt 2014, 223, 227; Heilmann, FamRZ 2015, 92, 93.

112 *DiJuF*, Familienrecht und Soziale Dienste im Jugendamt, Anrufung des Familiengerichts durch das Jugendamt bei Kindeswohlgefährdung 2021, abrufbar unter: https://dijuf.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/SFK_2_Anrufung_Famliengericht_Inhaltsverzeichnis_2021.pdf (zuletzt abgerufen: 31.07.2023),⁴.

Gericht Anhaltspunkte für alternative Hilfen i. S. d. § 1666 Abs. 3 BGB für das Kind geben.¹¹³

Die Bewertungen und Empfehlungen des Jugendamts stellen für das Familiengericht wegen der besonderen sozial-pädagogischen Kompetenz der Jugendamtsmitarbeiter eine wertvolle Hilfe dar. Doch die Beurteilung, ob der festgestellte Sachverhalt rechtlich gesehen die Voraussetzungen einer Kindeswohlgefährdung erfüllt und die in Frage kommenden Maßnahmen verhältnismäßig sind, liegt allein beim Familiengericht. Daher kommt es in der Praxis durchaus immer wieder vor, dass Familiengerichte und Jugendämter zu unterschiedlichen Einschätzungen gelangen. Nähere Untersuchungen, wie häufig das der Fall ist, sind uns nicht bekannt.

IV. Verfassungsgerichtliche Kontrolle von Maßnahmen zum Kinderschutz

Liegt eine Kindeswohlgefährdung vor, sind die Tatbestandsvoraussetzungen von § 1666 BGB erfüllt. Sodann gilt es, auf Rechtsfolgenreise eine geeignete Maßnahme zur Abwendung der Kindeswohlgefährdung zu wählen. Dem Familiengericht steht dabei ein Auswahlermessen zu, wobei die Ermessensausübung am Kindeswohl auszurichten und durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzt wird.¹¹⁴

Wenn im Folgenden überwiegend Verfassungsrechtsprechung untersucht wird, die die Eingriffshürden im Zusammenhang mit einem Sorgerechtsentzug betreffen, lässt sich das durch die Fülle der damit im Zusammenhang ergangenen Rechtsprechung erklären. Die nachstehenden Ausführungen sind gleichwohl auf andere Maßnahmen im Rahmen des § 1666 BGB übertragbar.

1. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Ergreift das Gericht eine einschneidende Maßnahme, die die Substanz des Elternrechts betrifft, stellt das Gesetz besonders hohe Hürden auf.¹¹⁵ Gem. Art. 6 Abs. 3 GG dürfen Kinder gegen den Willen der Erziehungsberechtigten nur aufgrund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Grün-

113 *DIJuF*, Anrufung des Familiengerichts durch das Jugendamt bei Kindeswohlgefährdung, abrufbar unter: https://dijuf.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/SFK_2_Anrufung_Familiengericht_Inhaltsverzeichnis_2021.pdf (zuletzt abgerufen: 31.07.2023), 5.

114 *Lugani* (Fn. 41), § 1666 BGB, Rn. 154f.

115 *Schwab* (Fn. 2), § 75 Rn. 907.

den zu verwahrlosen drohen. § 1666 Abs. 3 Nr. 6 BGB bildet dabei die Rechtsgrundlage, die das Gericht zur Entziehung der elterlichen Sorge ermächtigt. Der einfachgesetzliche Hinweis in § 1666a Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB führt dem Rechtsanwender darüber hinaus nochmal¹¹⁶ deutlich vor Augen, dass der Sorgerechtsentzug verbunden mit einer Familientrennung einen besonders schweren Eingriff in die Grundrechte der Eltern und Kinder darstellt.¹¹⁷ Daher hat das Gericht – in Ausübung seines staatlichen Wächteramts – die durch das Grundgesetz aufgestellten Schranken unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu wahren. Das gilt nicht nur für schwerwiegende Maßnahmen, wie sie § 1666a BGB benennt, sondern für jegliche Maßnahmen im Rahmen des § 1666 BGB.¹¹⁸ Das Gericht prüft demnach, ob der entsprechende Eingriff in das Elternrecht geeignet, erforderlich und angemessen ist, um die Kindeswohlgefährdung abzuwenden. Nur unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt und hält verfassungsgerichtlicher Überprüfung stand.¹¹⁹

2. Herausnahme des Kindes als geeignete Maßnahme

Eine Entziehung der elterlichen Sorge zum Zwecke der Trennung des Kindes von seinen Eltern muss zur Erreichung des verfassungsrechtlich legitimen Zwecks – konkret eine nachhaltige Gefährdung des Kindes abzuwenden – geeignet sein.¹²⁰

Die Entziehung des elterlichen Sorgerechts stellt eine geeignete Maßnahme dar, wenn die konkrete Gefahr, die dem Kind bei einem weiteren Verbleib im Haushalt der Familie droht, beseitigt oder zumindest abgemildert wird.¹²¹ Bei einem Sorgerechtsentzug als vorbereitende Maßnahme für die Herausnahme des Kindes ist zu berücksichtigen, dass mit der Trennung von der Herkunftsfamilie des Kindes eigenständige Belastungen einhergehen. Nicht selten verursacht die Fremdunterbringung beim Kind erhebliche Verlustängste und Traumatisierungen. Denn auch bei tatsächlichem Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung wird diese von den Kindern nicht zwangsläufig als solche empfunden. In der Gesamtbetrachtung muss sich die Situation des

116 Genau genommen ist der Hinweis überflüssig, da jede Entscheidung unter Berücksichtigung des Verfassungsrechts zu erfolgen hat, *Burghart* (Fn. 52), § 1666a BGB Rn. 2.

117 BVerfG v. 17.02.1982 – 1 BvR 188/80, FamRZ 1982, 567, 569.

118 BVerfG v. 20.01.2016 – 1 BvR 2742/15, FamRZ 2016, 439, 440, Rn. 12.

119 BVerfG, FamRZ 2021, 104, 107; BVerfG v. 17.03.2014 – 1 BvR 2695/13, FamRZ 2014, 1177, 1178.

120 BVerfG v. 22.09.2014 – 1 BvR 2108/14, FamRZ 2015, 208, 209.

121 BVerfG, FamRZ 2015, 208, 209.

Kindes also verbessern.¹²² Das ist der Fall, wenn die Fremdunterbringung des Kindes „die weniger schädliche Alternative für das Kind ist“ als der Verbleib in der Herkunftsfamilie.¹²³

So war bei einer vom BVerfG zu überprüfenden Entscheidung des OLG Celle die Trennung des Kindes von der Mutter schon nicht geeignet, die angenommene Gefahr zu beseitigen oder abzumildern.¹²⁴ Entscheidungsgegenstand war die Verfassungsbeschwerde einer Mutter, die sich gegen die Entziehung der elterlichen Sorge für ihre 15-jährige Tochter richtete. Das OLG entzog der Mutter das Sorgerecht mit der Begründung, dass aufgrund einer symbiotischen Mutter-Tochter-Beziehung eine erhebliche Persönlichkeitsstörung der Tochter zu erwarten sei und die Tochter bereits jetzt Defizite im sozialen Bereich aufweise. Mithin begründe der Fortbestand der elterlichen Sorge eine Kindeswohlgefährdung, und das OLG ordnete daraufhin die stationäre Unterbringung der Jugendlichen an.¹²⁵ Das BVerfG hob die Entscheidung des OLG mit der Begründung auf, dass die Mutter-Tochter-Beziehung von beiden jeweils als positiv wahrgenommen werde und eine Trennung der Jugendlichen daher schwere psychische Folgen hervorrufen würde. Dieser Umstand sei vom OLG nicht mit der gebotenen Sorgfalt, insbesondere in Hinblick auf die Geeignetheit der Maßnahme, berücksichtigt worden.

Vielfach auf Kritik stieß auch eine Entscheidung des OLG Karlsruhe, mit der das OLG Vorgaben umsetzte, die der BGH zuvor im gleichen Verfahren entwickelt hatte (dabei hatte der BGH für die abschließende Entscheidung an das OLG zurückverwiesen).¹²⁶ Gegen die das Verfahren abschließende Entscheidung des OLG Karlsruhe legte das Jugendamt Verfassungsbeschwerde ein.¹²⁷ Dabei kritisierte das Jugendamt¹²⁸, dass das Gericht zu Unrecht davon abgesehen habe, einen Sorgerechtsentzug anzuordnen, weil eine allein sorgeberechtigte Mutter mit ihrer 2007 geborenen Tochter zu ihrem einschlägig, wegen sexuellen Missbrauchs Minderjähriger, vorbestraften Lebensgefährten gezogen war. Das OLG Karlsruhe führte in diesem Zusammenhang aus, dass die dem Kind drohende Kindeswohlgefährdung nicht in dem für den Entzug der Personensorge erforderlichen Ausmaß bestünde, denn die Gefahr einer durch sexuellen Missbrauch drohenden Kindeswohlgefährdung

122 Riegner, NZFam 2014, 625, 627.

123 BVerfG, FamRZ 2015, 208, 209.

124 BVerfG v. 22.05.2014 – 1 BvR 3190/13, NZFam 2014, 805.

125 BVerfG 22.05.2014, NZFam 2014, 805.

126 OLG Karlsruhe v. 13.05.2019 – 18 UF 91/18, FamRZ 2019, 1429; BGH v. 06.02.2019 – XII ZB 408/18, FamRZ 2019, 598.

127 BVerfG v. 15.12.2020 – 1 BvR 1395/19, FamRZ 2021, 512.

128 Die Entscheidung wurde auch vielfach im Schrifttum kritisiert, vgl.: A. Splitt FF 2021, 92, 96; S. Heilmann, NJW 2019, 1417, 1419; J. Kepert, JAmt 2019, 378.

sei nach den Umständen des konkreten Falles nicht mit ziemlicher Sicherheit vorauszusehen. Daher billigte das Gericht eine Rückführung des zuvor in Obhut genommenen Kindes in den Haushalt der Mutter und ihres Lebensgefährten, wobei das Gericht dies an eine Vielzahl von Weisungen und Auflagen knüpfte.¹²⁹ Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde des Jugendamts wegen verfahrensrechtlicher Unzulässigkeit¹³⁰ nicht zur Entscheidung angenommen und damit leider die Möglichkeit versäumt, verfassungsrechtlich zu konkretisieren, welcher Wahrscheinlichkeitsgrad bei dem Verdacht eines sexuellen Missbrauchs an den Eintritt der Kindeswohlgefährdung zu stellen ist.¹³¹

3. Erforderlichkeit

Die vom Gericht gewählte Maßnahme muss zudem erforderlich sein. Das heißt, die zur Erreichung des Zwecks gewählte Maßnahme muss unter allen gleich gut geeigneten Mitteln das mildeste sein, also das Instrument, das die geschützte Rechtsposition am wenigsten beeinträchtigt. Bevor also beispielsweise eine Fremdunterbringung des Kindes erfolgt, muss der Staat nach Möglichkeit versuchen, die Eltern zur Ausübung ihrer Elternverantwortung (wieder) zu befähigen.¹³² Grundsätzlich stellen daher ambulante Hilfen (sog. Hilfe zur Erziehung, §§ 27 ff. SGB VIII) gem. § 1666 Abs. 3 BGB ein milderes Mittel dar.¹³³

Sobald sich das Jugendamt an das Gericht wendet, liegt jedoch bereits oft eine lange Hilfesgeschichte mit Gewährung verschiedener Jugendhilfeleistungen durch das Jugendamt an die betroffene Familie vor. Häufig sind mildere Mittel also bereits ausgeschöpft worden.¹³⁴ Dennoch darf das Gericht mildere Mittel nicht von vornherein ausschließen und muss jedenfalls in seiner Prognose andere Maßnahmen als den Sorgerechtsentzug in Erwägung ziehen.

129 OLG Karlsruhe, FamRZ 2019, 1429, 1430.

130 Dem Landkreis als Träger des örtlichen Jugendamtes fehlte die Beschwerdebefugnis zur Einlegung einer Verfassungsbeschwerde.

131 BVerfG, FamRZ 2021, 512, 517 f., m. Anm. A. v. Hornburg. Angelehnt an die neuerdings vom BVerfG vertretene „Je-desto-Formel“ wäre (wegen der Schwere eines sexuellen Missbrauchs für das Kind) durchaus ein geringerer Maßstab bei der Eintrittswahrscheinlichkeit denkbar.

132 BVerfG 22.09.2014, FamRZ 2015, 208, 209; BVerfG, FamRZ 2014, 1270, 1273.

133 Statistisches Bundesamt Familie, Lebensformen und Kinder. Auszug aus dem Datenreport 2021, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Service/Statistik-Campus/Datenreport/Downloads/datenreport-2021-kap-2.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen: 05.10.2021), 70.

134 S. dazu bereits ausführlich III.2.d.; S. Hammer, JAmt 2015, 291, 293.

a) Mildere Maßnahmen

Die Frage nach einer milderer Maßnahme zur Abwehr der Kindeswohlgefährdung ist eng verknüpft mit der Art der Gefährdungslage für das betroffene Kind. Es gibt eine Vielzahl an (alternativen) Maßnahmen, die vom Gericht ergriffen werden können, so dass hier nur beispielhaft einige mildere Maßnahmen aufgeführt werden sollen.

Fast die Hälfte der Gefährdungslagen in Deutschland entstehen durch Vernachlässigungen (48,7%).¹³⁵ Liegt eine Vernachlässigung des Kindes vor, mag zunächst die gerichtliche Anordnung einer sog. sozialpädagogischen Familienhilfe oder der Besuch eines pädagogischen Horts als ausreichend für die Abwendung der Kindeswohlgefährdung erscheinen. Mit der Vernachlässigung gehen allerdings häufig Entwicklungsrückstände und -auffälligkeiten des Kindes einher, so dass letztlich eine einzelfallgerechte Entscheidung getroffen werden muss, ob die zuvor genannten Maßnahmen eine ausreichende Veränderung für das Kind bedeuten, um die Rückstände innerfamiliär aufzuholen.¹³⁶

Daneben ist stets der Teilentzug der elterlichen Sorge als mildere Maßnahme gegenüber dem vollständigen Sorgerechtsentzug in Betracht zu ziehen. So erfordert der Entzug der Personensorge nicht zwangsläufig auch den Entzug der Vermögenssorge.¹³⁷

Ein teilweiser Sorgerechtsentzug kann auch bloß die Entscheidungsbefugnis über schulische Belange betreffen. So geschehen in einer vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommenen Verfassungsbeschwerde, der ein Beschluss des OLG Koblenz zugrunde lag.¹³⁸ Hierbei wendete sich die Mutter gegen den teilweisen Sorgerechtsentzug, der das Recht zur Regelung schulischer Belange sowie der Gesundheitssorge für ihre im Jahr 2005 geborene Tochter betraf. Das Gericht bejahte in diesem Fall eine Kindeswohlgefährdung, da die Mutter trotz des niedrigen IQ ihrer Tochter¹³⁹ und entgegen stetiger Ratschläge aller beteiligten Fachkräfte einen enormen Leistungsdruck auf die

135 Die Zahl ist das Ergebnis einer bei Jugendämtern durchgeführten Befragung, bei der 318 Rückmeldungen eingingen, *G. Bindel-Kögel/B. Seidenstücker* Ergebnisse der Fallerhebung in den beteiligten Jugendämtern, in: J. Münder (Hrsg.), *Kindeswohl zwischen Jugendhilfe und Justiz*, Weinheim u. a. 2017, 123 ff.

136 *DJJuF*, Familienrecht und soziale Dienste im Jugendamt: Im Mittelpunkt und doch aus dem Blick? „Das Kind“ im familiengerichtlichen Verfahren bei Kindeswohlgefährdung, Heidelberg 2014, 8.

137 *M. Coester* in: J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB, Vermögenssorge, Kinderschutz, Sorgerechtswechsel, Berlin 2020, § 1666 BGB Rn. 207, 215.

138 BVerfG v. 14.09.2021 – 1 BvR 1525/20, NZFam 2021, 953.

139 Der ermittelte IQ lag bei 70; BVerfG v. 14.09.2021, 1 BvR 1525/20, NZFam 2021, 953, 955, Rn. 18.

Tochter ausübte. Das führte so weit, dass sie ihre Tochter an einem Gymnasium anmeldete, abends stundenlang mit ihr lernte und auf schlechte Noten mit körperlichen sowie verbalen Übergriffen reagierte. Dieser andauernde Leistungsdruck führte bei der Tochter zu einer permanenten Überforderungssituation. Dem erhöhten Förderbedarf des Kindes könne dem Gericht zufolge nur durch eine Beschulung an einer Sonderschule entsprochen werden. Aufgrund der anhaltenden Gegenwehr der Mutter, den Bedürfnissen ihrer Tochter gerecht zu werden, sei es unter anderem geboten gewesen, ihr die Entscheidungsbefugnis über die Schulwahl und somit teilweise das Sorgerecht zu entziehen.

In einem anders gelagerten Fall entzog das OLG Celle den Eltern von zwei Kindern im Grundschulalter die Entscheidungsbefugnis über schulische Angelegenheiten und das auf den Schulbesuch bezogene Aufenthaltsbestimmungsrecht, um eine Beschulung zu ermöglichen.¹⁴⁰ Das Gericht bejahte vorliegend eine akute Kindeswohlgefährdung, da die Eltern die Kinder von einer staatlichen Schule fernhielten und stattdessen zu Hause unterrichteten, da ihrer Meinung nach nur dort der richtige Glaube gelehrt werden könne. Insbesondere die Lehrinhalte der Evolutionstheorie und der „Gender-Ideologie“ drohten aus Sicht der Eltern die Kinder in ihrem Glauben zu erschüttern. Dadurch entstehe – so das Gericht – für die Kinder eine „gefährdende Parallelwelt“, die den Kindern den Erwerb sozialer Kompetenzen verwehre. Dafür spreche auch, dass die Kinder außerhalb ihrer Glaubensgemeinschaft keine sozialen Kontakte unterhielten und letztlich isoliert mit ihren fünf Geschwistern aufwuchsen. Angesichts der fehlenden Einsicht der Eltern und der anhaltenden Gegenwehr, die konkrete Kindeswohlgefährdung abzuwehren, wurde der teilweise Sorgerechtsentzug als verhältnismäßig angesehen.¹⁴¹

Ebenso stellt die Unterbringung bei Verwandten gegenüber der Heimunterbringung ein milderes Mittel dar.¹⁴² Diese Option scheidet hingegen aus, wenn zwar die Großmutter des betroffenen Kindes die Betreuung wahrnehmen könnte, diese aber unter derselben Anschrift wohnt wie der Kindesvater, vor dessen Einfluss das Kind durch die Herausnahme aus der Familie geschützt werden soll.¹⁴³ Eine Verwandtenunterbringung ist auch insbesondere bei Fällen von sexuellem Missbrauch nicht möglich, und es gilt im Einzelfall zu prüfen, inwieweit die Verwandten eine ausreichende Distanz zu den Eltern einnehmen.¹⁴⁴ Fälle des sexuellen Missbrauchs bilden mit 1,6% dabei

140 OLG Celle v. 03.06.2021 – 21 UF 205/20, FamRZ 2022, 111.

141 OLG Celle, FamRZ 2022, 111, 115.

142 BVerfG, FamRZ 2015, 208, 209.

143 BVerfG, FamRZ 2015, 208, 210.

144 *Spitt*, FF 2021, 92, 99.

die seltenste Gefährdungslage von Kindern, die die Anrufung des Familiengerichts erfordert. Dabei können auch die neuen Lebensgefährten der Eltern (wenn diese getrennt sind) eine Kindeswohlgefährdung begründen.¹⁴⁵ Beispielsweise erteilte das OLG Hamm – allerdings nicht als Maßnahme gem. § 1666 BGB, sondern gem. § 1684 Abs. 3 S. 1 BGB im Wege eines Umgangsbeschlusses – der Kindesmutter die Auflage, den Umgang mit ihren hauptsächlich beim Kindsvater lebenden Kindern nur in Abwesenheit ihres neuen Ehemannes auszuüben.¹⁴⁶ Grund hierfür war die pädophile Neigung und die einschlägige Vorbestrafung wegen sexuellen Missbrauchs Minderjähriger, wodurch den Kindern eine Gefährdung der körperlichen und seelischen Entwicklung drohe. Da das Umgangsrecht als Teil der Elternverantwortung i. S. d. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG einfachgesetzlich in § 1684 BGB speziell geregelt ist, besteht insoweit Anwendungsvorrang vor § 1666 BGB.

Häufiger handelt es sich bei kindlichen Gefährdungslagen aber um seelische (13,2%) oder körperliche Misshandlungen durch die Eltern (10,4%), die ein Einschreiten des Familiengerichts erfordern.¹⁴⁷ In den zuletzt genannten Fällen sind mildere Maßnahmen in Gestalt von Geboten und Verboten – die den Eltern auferlegt werden – denkbar. Als solche kommen beispielsweise die Anordnung von ärztlichen Untersuchungen, eine Therapie des Kindes oder die Verpflichtung, eine Familienhilfe in Anspruch zu nehmen, in Betracht.¹⁴⁸

Für die Abwendung einer Kindeswohlgefährdung reicht es dabei oft nicht, lediglich eine gerichtliche Maßnahme anzuordnen. Beispielhaft dafür steht eine Entscheidung des BVerfG, der ein Beschluss des KG Berlin zugrunde liegt.¹⁴⁹ Dabei hatte ein massiver Elternkonflikt bei dem betroffenen Kind einen so erheblichen Loyalitätskonflikt ausgelöst, dass das Kind wegen Suizidgedanken und Verhaltensauffälligkeiten einer Psychotherapie bedurfte. Der emotionale Ausnahmezustand des Kindes beruhte ausweislich zweier eingeholter Sachverständigengutachten auf dem wechselseitigen Vorwurf der Eltern, das Kind werde in der Obhut des jeweils anderen seelisch und körperlich misshandelt. Da ein erfolgreicher Abschluss der Therapie bei einem Verbleib des Kindes in seiner Familie sehr unwahrscheinlich erschien, war neben der Anordnung einer Psychotherapie, der Entzug des gemeinsamen

145 S. dazu bereits III 1., OLG Karlsruhe v. 03.08.2018 – 18 UF 91/18, FamRZ 2018, 1830.

146 OLG Hamm v. 22.12.2020 – 11 UF 211/18, juris; die Entscheidung hielt verfassungsgerichtlicher Überprüfung stand, BVerfG v. 16.06.2021 – 1 BvR 709/21, NZFam 2021, 927.

147 Bindel-Kögel/Seidenstücker (Fn. 135), 123 ff.

148 OLG Brandenburg v. 15.12.2017 – 10 UF 21/16, FamRZ 2018, 829.

149 BVerfG, FamRZ 2015, 208; Das BVerfG bestätigte die vorinstanzliche Entscheidung des KG Berlin v. 30.06.2014 – 16 UF 108/13.

Sorgerechts der Eltern, verbunden mit der Fremdunterbringung des Kindes, erforderlich.¹⁵⁰

b) Zwangsfreiwilligkeit

Ebenfalls in den Blick zu nehmen ist, dass die vom Gericht angeordneten Maßnahmen i. S. d. § 1666 Abs. 3 BGB im Unterschied zu den Maßnahmen, die das Jugendamt mit den Eltern durchführt, „zwangsfreiwillig“ erfolgen.¹⁵¹ Die vom Jugendamt gewährten Hilfen erfolgen gem. §§ 27 ff. SGB VIII leistungsorientiert, sind von den Eltern einklagbar und erfordern eine gewisse Mitwirkungsbereitschaft der Eltern. Die gerichtliche Anordnung von Maßnahmen nach § 1666 Abs. 3 BGB hingegen verfolgen eine interventionsrechtliche Perspektive und können den Eltern in Form von Geboten und Verboten gegen ihren Willen auferlegt werden.¹⁵² Erforderlichenfalls können Maßnahmen i. S. d. § 1666 Abs. 3 BGB zwar grundsätzlich mit den Ordnungs- beziehungsweise Zwangsmitteln nach § 95 FamFG gegenüber den Eltern vollstreckt werden.¹⁵³ Vor dem Hintergrund des zu prognostizierenden Erfolgs der Maßnahme stellt sich dann aber die Frage nach deren voraussichtlicher Wirkung.¹⁵⁴ In der Entscheidungsfindung ist also die zu erwartende Mitwirkungsbereitschaft der Eltern bei der zu treffenden Maßnahme ebenfalls mit einzubeziehen.¹⁵⁵

c) „Erfolglose“ Hilfeleistungen

Problematisch sind Fälle, in denen das Jugendamt über Jahre hinweg Jugendhilfeleistungen gewährt hat, ohne dass die Erziehungsfähigkeit der Eltern (wieder-)hergestellt werden konnte, und die Hilfen daraufhin seitens des Jugendamts eingestellt werden, weil nach Einschätzung der zuständigen Mitarbeiter keine Erfolgsaussichten mehr bestehen.¹⁵⁶ Das BVerfG betont, dass die Einstellung der Hilfemaßnahmen durch das Jugendamt nicht zwangsläufig dazu führen darf, dass das Kind aus der Familie herausgenommen

150 BVerfG, FamRZ 2015, 208, 209 f.

151 R. Blum-Maurice, JAMt 2015, 299, 300.

152 Britz, NZFam 2016, 1113, 1114.

153 OLG Brandenburg, FamRZ 2018, 829; regelmäßig wird es aber zu keiner zwangsweisen Durchsetzung der Maßnahme kommen, stattdessen müssten wohl tiefgreifendere Sorgerechtsmaßnahmen ergriffen werden, vgl. OLG Koblenz v. 12.09.2016 – 13 UF 360/16, FamRZ 2017, 453, 454.

154 Burghart (Fn. 52), § 1666 BGB, Rn. 123; BVerfG v. 23.04.2018 – 1 BvR 383/18, FamRZ 2018, 1084, Rn. 26; BVerfG 27.04.2017 – 1 BvR 563/17, FamRZ 2017, 1055 Rn. 27.

155 Coester, in: Staudinger (Fn. 137), § 1666 BGB Rn. 219 f.; OLG Bremen v. 04.01.2018 – 4 UF 134/17 FamRZ 2018, 689 (LS. 3).

156 BVerfG 24.03.2014, JAMt 2014, 223.

wird, wenn aus Sicht des Gerichts mildere Maßnahmen nach wie vor zur Verfügung stehen. Das BVerfG weist darauf hin, dass die Familiengerichte dann auf das Jugendamt einwirken müssten, die Hilfsmaßnahmen weiter durchzuführen, wobei den Familiengerichten allerdings keine Anordnungs-kompetenz gegenüber dem Jugendamt zusteht.¹⁵⁷ Sollte sich das Jugendamt weigern, müssten die Eltern die vom Gericht als sinnvoll erachteten Hilfsmaßnahmen ggf. im Wege eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens gegen das Jugendamt einklagen.¹⁵⁸ Allerdings kommt es in der Praxis nur äußerst selten zu solchen Diskrepanzen zwischen der Einschätzung der Jugendämter und der Gerichte. Jugendämter sind in aller Regel dazu bereit, auch aufwendige Hilfsmaßnahmen (über längere Zeit) fortzusetzen, um eine Herausnahme des Kindes aus seiner Familie zu vermeiden.¹⁵⁹

4. Angemessenheit

Die Entziehung der elterlichen Sorge zwecks Fremdunterbringung des Kindes ist angemessen, sofern die Trennung des Kindes von seiner Familie zur Abwendung der Kindeswohlgefährdung nicht außer Verhältnis steht.¹⁶⁰ Insgesamt hat eine Abwägung der Vor- und Nachteile der Fremdunterbringung des Kindes anhand der betroffenen Grundrechte zu erfolgen.¹⁶¹ Auf der einen Seite ist die Herausnahme des Kindes aus der Familie nur zulässig, wenn eine Kindeswohlgefährdung nicht durch mildere Mittel abgewendet werden kann. Auf der anderen Seite ist der Staat mitunter aufgrund seines staatlichen Schutzauftrages verpflichtet, das Kind bei einer drohenden oder bereits eingetretenen Schädigung des Kindeswohls aus der Familie herauszunehmen oder eine Trennung aufrechtzuerhalten.¹⁶² Das mögliche Schadenspotenzial der angestrebten Maßnahme ist dafür in Verhältnis zu den Risiken zu setzen, die dem Kind bei dem Verbleib in der Familie drohen.¹⁶³

Da es sich bei dem Sorgerechtsentzug zum Zwecke der Fremdunterbringung um eine dauerhafte Maßnahme und somit um einen permanenten Eingriff in das Elternrecht handelt, sind die Art, das Ausmaß und die Dauer der Maßnahme, auch im Hinblick auf das im Interesse des Kindes Gebotene, zu beschränken.¹⁶⁴ Grundsätzlich besteht für das Gericht in diesem Zusam-

157 Zur Problematik: *Lugani* (Fn. 41), § 1666 BGB Rn. 180f.

158 So auch *Hammer*, JAmt 2015, 291, 293.

159 OLG Saarbrücken v. 16.10.2018 – 6 UF 112/18, FamRZ 2019, 606.

160 BVerfG, FamRZ 2015, 208, 210.

161 BVerfG, FamRZ 2021, 104, 107f. Rn. 40.

162 BVerfG, FamRZ 2017, 524, 527.

163 BVerfG, FamRZ 2014, 1270, 1273.

164 *Burghart* (Fn. 52), § 1666 BGB Rn. 126, 129.

menhang ein erheblicher Begründungsaufwand, da insbesondere bei einem Sorgerechtsentzug dezidiert von dem Gericht die Berücksichtigung der betroffenen Grundrechte dargelegt werden muss.

V. Fazit

Im System des deutschen Kinderschutzes spielt die Rechtsprechung des BVerfG eine ungewöhnlich prominente Rolle. Das liegt zum einen daran, dass die Möglichkeiten einer Überprüfung kindschaftsrechtlicher Entscheidungen durch den BGH im Rahmen einer Rechtsbeschwerde verfahrensrechtlich eng begrenzt sind. Zum anderen sieht sich das BVerfG wegen der besonderen Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Grundrechte zu einer besonders engmaschigen eigenen Kontrolle der fachgerichtlichen Entscheidungen legitimiert. Das BVerfG hat vor diesem Hintergrund in einer Vielzahl von Entscheidungen versucht, einen angemessenen Ausgleich zwischen Elternrechten, Kinderrechten und dem staatlichen Wächteramt zu entwickeln. Mit relativ engmaschigen materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Vorgaben versucht das Gericht, den Familiengerichten Orientierungsleitlinien zu geben. Von zentraler Bedeutung sind dabei die primäre Verantwortung der Eltern für die Gewährleistung von Schutz und Erziehung des Kindes, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie der Anspruch des Kindes auf Schutz vor Kindeswohlgefährdungen.

Jugendämter: zentrale Akteure für Hilfe zur elterlichen Erziehung und Schutz bei Kindeswohlgefährdung in Deutschland

Thomas Meysen

I.	Jugendämter in Deutschland – ein Überblick	251
II.	Historische Entwicklungslinien	252
	1. Errichtung von Jugendämtern seit 1910.	252
	2. Jugendämter im Nationalsozialismus	254
	3. Behördliche Jugendhilfe in der DDR	255
	4. Jugendamt als Fürsorgebehörde in der BRD	256
	5. Kinder- und Jugendhilfegesetz von 1990/1991	257
III.	Organisation der Jugendämter als kommunale Behörden	258
IV.	Jugendamt als Kinderschutzbehörde	260
V.	Jugendamt als Sozialleistungsträger	266
	1. Gesamt- und Planungsverantwortung des zweigliedrigen Jugendamts	266
	2. Leistungsgewährung und niedrigschwellige Angebote	267
	3. Leistungen nach SGB VIII	269
VI.	Beratung und Unterstützung bei Paarkonflikten, Trennung und Scheidung	275
VII.	Jugendamt als Amtsvormund, Beistand und Beurkundungsstelle	277
VIII.	Aktuelle Entwicklungen und Ausblick	278

I. Jugendämter in Deutschland – ein Überblick

Jugendämter sind eine Behörde in der Kommunalverwaltung. Ende des Jahres 2022 gibt es bundesweit insgesamt 557¹ Kommunen mit eigenem Jugendamt. Die Jugendämter sind Ausdruck der so genannten „Einheit der Kinder- und Jugendhilfe“. ² In den kommunalen Behörden sind alle Leistungen, Angebote und Aufgaben der örtlichen Kinder- und Jugendhilfe gebündelt. Die Vielfalt reicht vom Schutzauftrag bei Kindeswohlgefährdung bis zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Kindertages-

1 Die Stadtstaaten Berlin und Hamburg sind hierbei als jeweils ein Jugendamt gezählt. Werden die einzelnen Bezirksjugendämter mitgezählt, erhöht sich die Zahl auf 574 Jugendämter (Berlin: 12 Bezirksjugendämter; Hamburg: 7 Bezirksjugendämter).

2 C. Hasenclever, Jugendhilfe und Jugendgesetzgebung seit 1900, Göttingen 1978, 176; R. J. Wabnitz, Sozialgesetzbuch VIII, abrufbar unter www.socialnet.de/lexikon/Sozialgesetzbuch-VIII (zuletzt abgerufen am 23.12.2022), Abschn. 4.

pflege, von Leistungen der Hilfen zur Erziehung bis zur offenen Jugendarbeit und Jugendverbandsarbeit, von der Trennungs- und Scheidungsberatung bis zur Schulsozialarbeit, von der Eingliederungshilfe für junge Menschen mit (drohender) seelischer Behinderung bis zur Familienbildung und der Unterstützung bei der Geltendmachung von Kindesunterhaltsansprüchen.

Mit dem Jugendamt hat die deutsche Rechtsordnung eine eindeutig identifizierbare, zentrale Behörde geschaffen für die Belange von Kindern, Jugendlichen, jungen Volljährigen, Personensorge- und Erziehungsberechtigten sowie Familien. Die Bandbreite der Aufgaben, für welche Jugendämter zuständig sind, sucht weltweit ihresgleichen. Das Jugendamt zählt als Institution in der Gesellschaft zum Allgemeingut, das jede und jeder kennt. Der notwendig ausdifferenzierte Behördenaufbau führt allerdings bei den Leistungsadressatinnen und -adressaten sowie bei den kooperierenden Gerichten, Behörden und zivilgesellschaftlichen Akteuren dazu, dass regelmäßig zu einem gewissem Grad unklar bleibt, was sich vor Ort genau hinter der Behörde Jugendamt verbirgt. Sie wird daher immer wieder auch zur Projektionsfläche und erfährt Kritik, beispielsweise für Eingriffe in Elternrechte, die von anderen Stellen, insbesondere den Familiengerichten, zu verantworten sind.³ Das Kapitel will den Nebel ein wenig lichten, die historischen Entwicklungslinien der Jugendämter aufzeigen (II.), die von Verfassung und Gesetz vorgegebene Organisation darstellen (III.), um von dort aus die Aufgaben und Kompetenzen im Kinderschutz (IV.), im Kontext von Paar-, Trennungs- und Scheidungskonflikten (V.), das Leistungsspektrum zu erläutern (VI.) und die Rolle als Amtsvormund, Beistand und Beurkundungsstelle vorzustellen (VII.). Den Abschluss bieten Blitzlichter zu aktuellen Entwicklungen und ein Ausblick auf anstehende Reformen (VIII.).

II. Historische Entwicklungslinien

1. Errichtung von Jugendämtern seit 1910

Das erste Jugendamt wird im Jahr 1910 im Stadtstaat Hamburg errichtet. In dem neu geschaffenen Amt wurden die Aufgaben nach dem Hamburger Gesetz über die öffentliche Jugendfürsorge zusammengefasst. In den Folgejahren entstehen an mehreren Orten quer durch das Deutsche Reich mehr oder

3 Siehe etwa in den Medien: *Tagesspiegel*, Jugendämter: Zahl der Sorgerechtsentzüge deutlich gestiegen, Ausgabe vom 18.07.2008, oder in der Europapolitik: *Europäisches Parlament*, Entschließung vom 29.11.2018 zu der Rolle des deutschen Jugendamts in grenzüberschreitenden Familienstreitigkeiten (2018/2856(RSP)).

weniger vergleichbare kommunale Jugendbehörden.⁴ Im Jahr 1918 fordert der Deutsche Fürsorgetag ein „Jugendamtsgesetz“, dessen Eckpunkte vom Gesetzgeber aufgegriffen und im Reichsjugendwohlfahrtsgesetz (RJWG) von 1922 verwirklicht wurden.⁵

Das RJWG wurde am 9. Juli 1922 im Reichsgesetzblatt verkündet⁶ und trat am 1. April 1924 in Kraft. Das Gesetz verpflichtet die Kommunen zur Errichtung von Jugendämtern (§§ 3 bis 11 RJWG). Inhaltlich haben die Vorgängergesetze auf Ebene der Teilstaaten aus dem 19. Jahrhundert ihren Ursprung im Polizei- und Ordnungsrecht, also der Abwendung von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung und damit dem Schutz der Gesellschaft vor „verwahrlosten“ Kindern und Jugendlichen.⁷ Das RJWG macht erste Schritte hin zu einem rechtsbasierten Gesetz und markiert damit auch eine Vorstufe zu einem Sozialleistungsgesetz. So formuliert es in seinem ersten Satz: „Jedes deutsche Kind hat ein Recht auf Erziehung zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit.“ (§ 1 Abs. 1 RJWG). Der allgemeine Teil zu den Aufgaben und Zuständigkeiten ist überschrieben mit „Jugendwohlfahrtsbehörden“, neben dem Jugendamt sind dies das Landesjugendamt und Reichsjugendamt (§§ 12 bis 17 RJWG).

Im kommunalen Jugendamt werden die zwei vorherigen Säulen der staatlichen Verantwortung für Kinder und Jugendliche in einem Amt zusammengeführt: die öffentliche Fürsorge als Vorgänger des heutigen Sozialleistungsrechts und die Berufsvormundschaft. Letztere war bis dahin frei organisiert. Die Berufsvormünder und Berufsvormundinnen wurden mit dem RJWG in die Jugendämter eingeordnet.⁸ Die Erwartung war, dass die Amtsvormundschaft dort eine dominante Stellung einnehmen werde.⁹ Doch von Beginn

4 Hasenclever (Fn. 2), 31–35; U. Uhlendorff, Geschichte des Jugendamtes. Entwicklungslinien öffentlicher Jugendhilfe 1871 bis 1929, Weinheim u. a. 2003, 148 ff.; J. Richter, „Gute Kinder schlechter Eltern“. Familienleben, Jugendfürsorge und Sorgerechtsentzug in Hamburg, 1884–1914, Wiesbaden 2011, 275–278.

5 Hasenclever (Fn. 2), 47.

6 RGBl. I (Nr. 54), 633.

7 R. Wiesner, Die Entwicklung des Kinder- und Jugendhilferechts, in: J. Münder/R. Wiesner/T. Meysen, Handbuch Kinder- und Jugendhilferecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2011, Kap. 1.3 Rn. 7; J. Münder/T. Trenczek/A. von Boetticher u. a., Kinder- und Jugendhilferecht, 9. Aufl., Baden-Baden 2020, Kap. 3 Rn. 32; D. von der Pfordten/F. Wapler, Expertise zu Rechtsfragen der Heimerziehung der 50er und 60er Jahre. Gutachten im Auftrag des „Runden Tisch Heimerziehung“, Göttingen 2010, 12.

8 Hasenclever (Fn. 2), 69.

9 P. Hansbauer, Hauptlinien der Geschichte des Vormundschaftswesens für Minderjährige, in: ders. (Hrsg.): Neue Wege in der Vormundschaft? Diskurse zu Geschichte, Struktur und Perspektiven der Vormundschaft, Münster 2002, 30; H. Jenner, Ein Jahrhundert Jugendhilfe und Familienrecht. Vom Archiv deutscher Berufsvormünder zum Deutschen Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e. V. (DIJuF) – 1906 bis 2006, Heidelberg 2006.

wurde den kostenträchtigen Fürsorgeleistungen und der Jugendpflege eine höhere kommunalpolitische Bedeutung beigemessen. Die Vormundschaft rückte mit ihrer damals vormundschaftsgerichtlichen, heute familiengerichtlichen Aufsicht und der gesetzlichen Rahmung im Familienrecht in eine Sonderstellung im Jugendamt, die sie bis heute behalten hat.¹⁰

Der Aufbau der Jugendämter erfolgt in der Weimarer Republik. Zum 31. März 1928 gibt es im Deutschen Reich 1.251 Jugendämter, davon 294 städtische (23,5%), 788 ländliche (63%) und 169 in kreisangehörigen Gemeinden und Gemeindeverbänden (13,5%). Etwa zwei Drittel sind Teil des übergreifenden Wohlfahrtsamtes.¹¹ Das Personal ist in der Regel zweigeteilt mit Verwaltungsbeamten im Innendienst, die auch die Funktion des meist männlichen Amtsvormunds wahrnehmen, sowie einem Außendienst mit meist weiblichen Familienfürsorgerinnen.¹²

2. Jugendämter im Nationalsozialismus

Der rechtlich-strukturelle Rahmen für die Jugendämter bleibt im Nationalsozialismus weitgehend konstant. Lediglich die Jugendwohlfahrtsausschüsse wurden abgeschafft und das Jugendamt wurde unter die alleinige Verantwortung der Bürgermeister, Bürgermeisterinnen, Landräte und Landrätinnen gestellt.¹³ Ein Entwurf für eine durchgreifende Reform des Jugendhilferechts wird erarbeitet, aber entgegen der allgemeinen Erwartung nicht beraten und verabschiedet.¹⁴ Allerdings werden Leitungspersonen und Personal relativ zügig nach der Machtübernahme ausgetauscht und wird die Ideologie bei der Rechtsauslegung schnell adaptiert,¹⁵ wie Heinrich Webler, Geschäftsführer des Archivs für Vormundschaftswesen und späterer SS-Obersturmbannführer anschaulich formuliert: „Die nationalsozialistische

10 H. Katzenstein/T. Meysen/U. Urban-Stahl, Recht und Sozialpädagogik: Vormundschaft im Kontext der Kinder- und Jugendhilfe, in: S. Wedermann/H. Katzenstein/J. Kauermann-Walter u. a. (Hrsg.), Vormundschaft. Sozialpädagogischer Auftrag, Rechtliche Rahmung, Ausgestaltung in der Praxis, Frankfurt 2021, 12 ff.

11 Statistisches Reichsamt, Wirtschaft und Statistik. Die öffentliche Jugendhilfe im Deutschen Reich. Neunter Jahrgang, Berlin 1929, 810.

12 Uhlenhoff (Fn. 4), 434 f.; Hasenclever (Fn. 2), 101; zu den bis Anfang der 2000er Jahre fortwirkenden Spannungsverhältnisse zwischen Sozialer Arbeit und Verwaltungshandeln im Jugendamt: T. Klie/K. Maier/T. Meysen, Verwaltungswissenschaft. Eine Einführung für soziale Berufe, Freiburg 2000, 219–230.

13 Wiesner (Fn. 7), Kap. 1.3 Rn. 9 und Münder/Trenczek/von Boetticher u. a. (Fn. 7), Kap. 3 Rn. 43 sprechen von „Führerprinzip“.

14 Wiesner (Fn. 7), Kap. 1.3 Rn. 8.

15 Hasenclever (Fn. 2), 127–135.

Weltanschauung lehrt die Praxis der Jugendhilfe, auch mit diesem Gesetz neue Wege zu gehen“.¹⁶

Insgesamt nimmt die Bedeutung der Familienfürsorge und damit auch der kommunalen Jugendhilfe während des Nationalsozialismus ab. Die neu eingeführten Erb- und Rassenpflege sowie die Schulgesundheitspflege, die Mütter- und Kinderberatung sowie die Fürsorge für Körperbehinderte werden dem Gesundheitsamt zugeordnet. Die nichtbehördlich organisierte Nationalsozialistische Volkswohlfahrt (NSV) gewinnt an Bedeutung. Sie betätigt sich in der Bandbreite der Angebote der Jugendhilfe und betreibt insbesondere NSV-Jugendheimstätten.¹⁷

3. Behördliche Jugendhilfe in der DDR

Nach Ende des 2. Weltkrieges hatten die Jugendämter in der Sowjetisch Besetzten Zone Bestand und wurden ab 1947 der Zentralverwaltung für Volksbildung unterstellt.¹⁸ Das „Statut für das Jugendamt und seinen Beirat“¹⁹ lehnte sich an die vormaligen Vorgaben aus dem Reichsjugendwohlfahrtsgesetz an. Ab 1952 werden kommunale Jugendhilfekommissionen dafür zuständig, außerfamiliäre Heimerziehung anzuordnen.²⁰ Im Jahr 1965 wurde das Recht der Jugendhilfe mit einem Bildungsgesetz, Familiengesetzbuch und insbesondere einer Jugendhilfeverordnung (JHVO) grundlegend neu gestaltet.²¹

In den Städten, Stadtbezirken und Kreisen wurde eine Struktur aus einerseits dem Referat Jugendhilfe und andererseits dem Jugendhilfeausschuss geschaffen (§ 15 JHVO). Ersteres setzte sich zusammen aus der Leitung und einigen Jugendfürsorgerinnen und Jugendfürsorgern. Letzterer war besetzt mit drei bis fünf „in der Erziehungsarbeit erfahrenen“, für zwei Jahre berufenen, ehrenamtlich tätigen Bürgerinnen und Bürgern (§ 16 JHVO). Das Aus-

16 H. Webler, Einleitung, Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt. Textausgabe, Berlin 1935, VII.

17 Hasenclever (Fn. 2), 130–134.

18 Zuvor waren Jugendämter dem Zuständigkeitsbereich „Arbeit und Soziales“ zugeordnet, wurden aber wegen des Auseinanderfallens mit der Zuständigkeit für die Heimerziehung in der Zentralverwaltung für Volksbildung zusammengeführt, Befehl Nr. 156 des Oberkommandierenden der SMA [Sowjetische Militäradministration, Anm. d. Verf.] in Deutschland: Überführung der Jugendämter in die Organe für Volksbildung vom 20.06.1947, in: Deutsche Verwaltung für Volksbildung 1947, 3.

19 Statut vom 15.07.1947, in: Deutsche Verwaltung für Volksbildung 1947, 5–9.

20 F. Wapler, Rechtsfragen der Heimerziehung in der DDR, in: Fonds Heimerziehung (Hrsg.), Aufarbeitung der Heimerziehung in der DDR. Expertisen, Berlin 2012, 5, 27.

21 Gesetz zum Aufbau eines einheitlichen sozialistischen Bildungssystems vom 25.02.1965, GBl. 1965, 83; Familiengesetzbuch der DDR (FGB) vom 20.12.1965, GBl. 1965, 19; Verordnung über die Aufgaben und Arbeitsweise der Organe der Jugendhilfe (JHVO) vom 22.04.1965, GBl. 1965, 359, und Neufassung vom 03.03.1966 – GBl. 1966, 215.

wahlverfahren war nicht öffentlich und intransparent.²² Eine Besetzung nach politischer Opportunität liegt in Anbetracht dessen, dass die kommunale Jugendhilfe insgesamt dem Ministerium für Volksbildung unterstand, nahe.²³ Die Leitung des Ausschusses unterlag einem bzw. einer von ihr beauftragten Jugendfürsorger bzw. Jugendfürsorgerin. In jeder Kommune mit über 1.000 Einwohnerinnen und Einwohnern war zusätzlich eine mit ehrenamtlichen Mitgliedern besetzte Jugendhilfekommision einzurichten, die Maßnahmen ergreifen konnte, um Eltern anzuhalten, „ordentlich zu erziehen“, oder um Kinder und Jugendliche zu verweisen (§§ 11 bis 13 JHVO). Die Jugendhilfekommisionen unterlagen in ihrer Arbeit keinen Weisungen und sollten den unmittelbaren gesellschaftlichen Einfluss auf die Jugendhilfearbeit sichern.²⁴

Die Entscheidungen über die außerfamiliäre Unterbringung in Heimen oblag dem Jugendhilfeausschuss. Eine gerichtliche Entscheidung musste nur eingeholt werden, wenn den Eltern das Sorgerecht vollständig entzogen werden sollte (§ 51 FGB). Somit blieben bis zur Wiedervereinigung im Jahr 1990 die meisten Heimunterbringungen vollständig in der Verantwortung der Verwaltung.²⁵

4. Jugendamt als Fürsorgebehörde in der BRD

In den westdeutschen Besatzungszonen und ab dem Jahr 1949 galt in der Bundesrepublik Deutschland zunächst das RJWG in seiner ursprünglichen Fassung vor den Änderungen in der Zeit des Nationalsozialismus fort. Die Jugendämter waren vor allem in der Amtsvormundschaft für die zunehmenden unehelichen Geburten gefragt. Die elternlosen Kinder und Jugendlichen, die zu Zehntausenden nach Kriegsende heimatlos auf den Straßen umherwanderten, hingegen überforderten die Jugendämter.²⁶ Im Jahr 1953 wird eine Novelle des RJWG verabschiedet, das fortan den Namen Jugendwohlfahrtsgesetz (JWG) trägt. Es tritt am 29. September 1953 in Kraft.

Kernelement ist die Wiederherstellung des Subsidiaritätsprinzips, wonach die Träger der freien Wohlfahrtspflege ihr „altes Recht der Mitbestimmung wieder erhalten“.²⁷ Jugendämter sind nach der Novelle als eigenständige Behörden der kommunalen Selbstverwaltung zu errichten (näher s. unten III.). Sie sind zwei-

22 M.-L. Warnecke, Zwangsadoptionen in der DDR, Berlin 2009, 38; Wapler (Fn. 20), 31.

23 C. Sachse, Der letzte Schliff. Jugendhilfe der DDR im Dienst der Disziplinierung von Kindern und Jugendlichen (1945–1989), Schwerin 2010, 139.

24 Warnecke (Fn. 22), 37.

25 Wapler (Fn. 20), 32.

26 Hasenclever (Fn. 2), 155 f.

27 BT-Plenarprotokoll, 273. Sitzung, S. 13535; BT-Drucks. 1/3641, 1/4432/1/4648, 1/4654.

gliedrig, bestehend aus der Dienststelle und dem Jugendwohlfahrtsausschuss, in dem zwei Fünftel der stimmberechtigten Mitglieder den Trägern der freien Wohlfahrtspflege angehören und von diesen benannt werden. Im Leistungsspektrum entwickeln sich in der Folge neben den offenen Erziehungshilfen vor allen Dingen die Elternberatung, der Kindergarten und der Hort.²⁸

War aufgrund einer Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB und „zur Verhütung der Verwahrlosung des Minderjährigen“ eine außerfamiliale Unterbringung erforderlich, konnte das Vormundschaftsgericht eine Fürsorgeerziehung anordnen (§ 63 Abs. 1 JWG). Das Jugendamt war zwingend vorher anzuhören (§ 65 Abs. 1 JWG).²⁹ Die Eltern konnten eine Unterbringung ihres Kindes auch im Rahmen freiwilliger Erziehungshilfe ersuchen (§§ 5, 6 JWG). Sie bestimmten in diesem Fall weiterhin den Aufenthalt ihres Kindes. Dies galt auch für „uneheliche Kinder“, die unter Amtsvormundschaft standen. Auch hier konnte die Unterbringung ohne Gerichtsentscheidung nur erfolgen, wenn die Mutter zustimmte.³⁰ Insgesamt war die Jugendfürsorge des JWG noch stark geprägt vom Gedanken der Gefahrenabwehr, ausgestaltet insbesondere als Schutz der Gesellschaft vor einer unsittlichen Entwicklung und Verwahrlosung von Kindern und Jugendlichen.³¹

5. Kinder- und Jugendhilfegesetz von 1990/1991

Gesellschaftliche Polarisierungen mit der sog. 68er-Bewegung erfassen auch die Jugendwohlfahrt, insbesondere die Fürsorgeerziehung in Heimen.³² So verwundert nicht, dass mehrere Anläufe zur Reformierung des JWG scheitern.³³ Erst der Reformentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Jugendhilferechts, das Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG), aus dem Jahr 1988 bringt den Durchbruch. Vorbehalte konservativer Kreise, insbesondere aus der bayerischen CSU, vor der sozialen Arbeit, die nunmehr in das Familienleben eindringe, konnten unter anderem damit beschwichtigt werden, dass – bis heute – der Rechtsanspruch auf Hilfen zur Erziehung allein den Personensorgeberechtigten zusteht.³⁴

28 Näher *Hasenclever* (Fn. 2), 169–176.

29 *Von der Pfordten/Wapler* (Fn. 7), 12.

30 *Von der Pfordten/Wapler* (Fn. 7), 21–28.

31 *M. Hirsch*, Entzug und Beschränkung des elterlichen Sorgerechts. Praxis und Reformbedürftigkeit des Sorgerechtsentzugs; Reformvorschläge, Berlin 1965, 14; *R. Schilling*, Schund- und Schmutzgesetz. Handbuch und Kommentar zum Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften vom 09.06.1953 (BGBl. I S. 377), Darmstadt 1953, Ziff. 65.

32 Hierzu etwa *U. M. Meinhof*, *Bambule. Fürsorge – Sorge für wen?*, Berlin 1969.

33 *Wiesner* (Fn. 7), Kap. 1.3 Rn. 26–39.

34 *Wiesner*, JAmt 2006, 556–569; kritisch daher *J. Münder*, *Gemeinsames Sonderheft JAmt/ZKJ* 2010, 31 f.

Das KJHG hat die Kinder- und Jugendhilfe als Buch VIII zum Teil des Sozialgesetzbuchs gemacht. Wesensmerkmal ist die Dienstleistungsorientierung. Eingriffsbefugnisse werden dem Jugendamt nur in Eilfällen bei dringender Gefahr für das Wohl von Kindern und Jugendlichen eingeräumt. Geprägt war der Übergang vom JWG zum KJHG/SGB VIII durch einen Perspektiven- und Paradigmenwechsel: Die Jugendämter haben nicht mehr die Aufgabe, die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrecht zu erhalten. Im Verständnis einer Subjektstellung der Adressatinnen und Adressaten soll die Entwicklung junger Menschen gefördert werden. In einem breiten Spektrum von sozialen Dienstleistungen sollen Eltern mit vorbeugenden, familienunterstützenden Ansätzen bei der Erziehung unterstützt werden.³⁵ Das KJHG tritt im Hinblick auf die Wiederherstellung der Deutschen Einheit in den ostdeutschen Bundesländern am 3. Oktober 1990 und in Westdeutschland am 1. Januar 1991 in Kraft.³⁶

III. Organisation der Jugendämter als kommunale Behörden

Die Jugendämter sind kommunale Behörden. Zu den Kommunen zählen Landkreise, kreisfreie Städte sowie kreisangehörige Städte und Gemeinden. Letztere können in einigen Bundesländern ein eigenes Jugendamt beantragen, wovon vor allem kreisangehörige Städte und Gemeinden in Nordrhein-Westfalen, aber auch Baden-Württemberg, Niedersachsen und Rheinland-Pfalz Gebrauch gemacht haben. Die Größe der Jugendamtsbezirke variiert von rund 1,5 Millionen Einwohnerinnen und Einwohnern in München³⁷ bis zu etwas über 19.000 in der rheinland-pfälzischen Kleinstadt Mayen.

Die gesetzlichen Aufgaben sind unabhängig von der Größe der Kommunen in jedem Jugendamt die gleichen. Sie sind ganz wesentlich bundesrechtlich determiniert. Der Bund hat die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Kinder- und Jugendhilfe, die unter den Titel öffentliche Fürsorge fällt (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG). Der Bundesgesetzgeber hat von seiner Kompetenz zur konkurrierenden Gesetzgebung mit dem Achten Buch Sozialgesetzbuch – Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII) Gebrauch gemacht und für den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe weitgehend umfassend Regelungen ge-

35 Wiesner (Fn. 7), Kap. 1.3 Rn. 47–51; umfassend R. Wiesner/W. Zarbock, Das neue Kinderhilfegesetz und Jugendhilfegesetz (KJHG) und seine Umsetzung in die Praxis, Köln u. a. 1991.

36 Gesetz zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (KJHG) vom 28.06.1990, BGBl. I, S. 1163.

37 Berlin und Hamburg teilen die Stadt in zwölf bzw. sieben Bezirke mit je eigenem Jugendamt.

troffen. Seit dem Jahr 1994 steht die gesetzgeberische Betätigung des Bundes unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit (Art. 72 Abs. 2 GG). Grundlegende Neuregelungen sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur in engen Grenzen zulässig,³⁸ Modifizierungen bleiben uneingeschränkt möglich (abgeleitet aus Art. 125a Abs. 2 S. 1 GG).³⁹

Der Bundesgesetzgeber hat insbesondere den Leistungskatalog, das Leistungserbringungsrecht, also die Art und Weise der Finanzierung der Leistungen, und die Organisationsgrundlagen bestimmt. Die Länder regeln vor allem die Finanzierungsgrundlagen für die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen (§ 74a SGB VIII). Soweit der Bund gesetzliche Grundlagen geschaffen hat, sind die Länder von abweichenden Regelungen ausgeschlossen (Art. 72 Abs. 1 GG). Bundesrecht bricht Landesrecht (Art. 31 GG). Seit der Föderalismusreform im Jahr 2006⁴⁰ dürfen die Länder bei den behördlichen Vorgaben (Zuständigkeit, Verwaltungsorganisation) eigene Regelungen treffen (Art. 84 Abs. 1 GG). Davon haben sie bislang aber so gut wie keinen Gebrauch gemacht.⁴¹ Die Abweichungsmöglichkeit bei Verfahrensvorgaben (Datenschutz, Hilfeplanung) scheidet wegen ihres untrennbaren Bezugs auch zu materiellem Recht regelmäßig aus (Art. 84 Abs. 1 Satz 1 bis 5 GG).

Die Kommunen nehmen im Verwaltungsaufbau eine Doppelfunktion wahr. Sie sind einerseits untere staatliche Verwaltungseinheit der Länder, andererseits Selbstverwaltungsträger. Die Kinder- und Jugendhilfe unterfällt seit dem RJWG über weite Teile der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG, wie das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit dem Streit über die Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Ländern hervorgehoben hat.⁴² Ausnahme sind die Amtsvormundschaft, Beistandschaft und die Beurkundungsstellen und die Aufgaben der überörtlichen Träger der Jugendhilfe. Die Selbstverwaltungsgarantie sichert den Kommunen die Personal-, Finanz-, Planungs- und Organisationshoheit. Sie wird „im Rahmen der Gesetze“ gewährleistet. Der Gesetzgeber kann sie daher einschränken

38 BVerfG v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01; BVerfG v. 16.03.2004 – 1 BvR 1778/01; BVerfG v. 09.06.2004 – 1 BvR 636/02; BVerfG v. 27.07.2004 – 2 BvF 2/02.

39 BVerfG v. 09.06.2004 – 1 BvR 636/0; hierzu *T. Meysen*, RdJB 2005, 355, 359–362.

40 Eingehend hierzu: Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe (AGJ) (Hrsg.), Auswirkungen der Föderalismusreform auf die Kinder- und Jugendhilfe, Berlin 2006.

41 Zur nahezu unveränderten Rechtslage siehe etwa *Wabnitz*, Sozialrecht aktuell 2006, 153; *T. Meysen*, Föderalismusreform: Folgerungen für die Kinder- und Jugendhilfe, in: AGJ (Fn. 40), 53 ff.

42 BVerfG v. 21.11.2017 – 2 BvR 2177/16; so bereits BVerfG v. 18.07.1967 – 2 BvF 3/62.

und ihm ist lediglich untersagt, den Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung anzutasten.⁴³ Die Bestimmung der Kommunen als zuständige örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe bleibt den Ländern vorbehalten (§ 69 Abs. 1 SGB VIII), die hiermit gegenüber den Kommunen auch die finanzielle Verantwortung übernehmen (Konnexitätsprinzip).

Die Finanzverantwortung für die Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe nach SGB VIII folgt der Aufgabenverantwortung (Art. 104a Abs. 1 Satz 1 GG), wobei die Kommunen nach der Finanzverfassung als unselbstständige Teile der Länder gelten (Art. 106 Abs. 9 GG). Daher ist dem Bund untersagt, den Kommunen direkt Aufgaben zuzuweisen (Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG: sog. Durchgriffsverbot⁴⁴). Die Finanzbeziehungen zwischen den Ländern und Kommunen richten sich nach Landesverfassungsrecht. Aus diesen leitet sich auch die Ausgleichspflicht ab, wenn der Bund die Aufgaben nach SGB VIII erweitert.⁴⁵ Das Durchgriffsverbot des Bundes gilt strikt und umfassend.⁴⁶ Dem Bund ist verboten, die Ausgaben der Länder (bzw. Kommunen) direkt zu finanzieren (Trennungsprinzip).⁴⁷ Dem Bund bleibt lediglich die Möglichkeit, zeitlich begrenzte Modellprojekte zu fördern (§ 83 Abs. 1 SGB VIII).

IV. Jugendamt als Kinderschutzbehörde

International Vergleiche fokussieren häufig auf Kinderschutzsysteme, betrachten Abläufe und Informationswege, Eingriffsbefugnisse und deren Schwellen sowie den organisatorischen Aufbau.⁴⁸ Jugendämter sind, um

43 BVerfG v. 23.11.1988 – 2 BvR 1619/83, 2 BvR 1628/83, Rn. 40 ff. m. w. Nachw.

44 *M. Kment*, in: H. D. Jarass/B. Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 17. Aufl., München 2022, Art. 84 Rn. 13.

45 Zu einem Überblick *G. Henneke*, ZKF 2021, 145 ff.; anschaulich zu den Finanzbeziehungen nach Wegfall der Zuständigkeitszuweisung an die Kommunen in § 69 Abs. 1 SGB VIII siehe VerfG Brandenburg v. 30.04.2013 – VfGBbg 49/11; siehe auch StGH Hessen v. 06.06.2012 – P.St. 2292.

46 BVerfG v. 21.11.2017 – 2 BvR 2177/16.

47 BVerfG v. 15.07.1969 – 2 BvF 1/64 = BVerfGE 26, 338, 390 f.; *H. Meyer/H. Freese*, NVwZ 2009, 613; zur Geltung im Verhältnis zu den Kommunen BVerfG v. 07.10.2014 – 2 BvR 1641/11 = BVerfGE 137, 108, 148.

48 Bspw. *L. Merkel-Holguin/J. D. Fluke/R. D. Krugman* (Hrsg.), National Systems of Child Protection. Understanding the International Variability and Context for Developing Policy and Practice, Basel 2019; *C. Hagemann-White/L. Kelly/T. Meysen* (Hrsg.), Interventions Against Child Abuse and Violence Against Women. Ethics and culture in practice and policy. Cultural Encounters in Intervention Against Violence Vol. 1, Opladen u. a. 2019, abrufbar unter <https://shop.budrich.de/wp-content/uploads/2021/03/9783847410294.pdf> (zuletzt abgerufen am 24.12.2022); *K. Burns/T. Pösö/M. Skivenes* (Hrsg.), Child Welfare Removals by the State. A Cross-country Analysis of Decision-making Systems, New York 2017; *N. Gilbert/N. Par-ton/M. Skivenes* (Hrsg.), Child Protection Systems. International Trends and Orientations,

die internationale Fokussierung aufzugreifen, bei aller Aufgabenfülle auch Kinderschutzbehörden. Verfassungsrechtlich nehmen die Kinderschutzaufgaben im Elternrecht ihren Ausgangspunkt: „Pflege und Erziehung sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.“ (Art. 6 Abs. 2 GG). Der Gesetzgeber hat den Jugendämtern mit dem Schutzauftrag bei Kindeswohlgefährdung nach § 8a SGB VIII und der Pflicht zur Inobhutnahme bei dringender Gefahr für das Wohl eines Kindes oder eines bzw. einer Jugendlichen (§ 42 SGB VIII) Aufgaben des so genannten staatlichen Wächteramts übertragen.

Eingriffsbefugnisse sind in erster Linie den Familiengerichten übertragen. Jugendämter dürfen Kinder und Jugendliche nur dann gegen den Willen der Personensorgeberechtigten in Obhut nehmen, wenn eine Entscheidung des Familiengerichts nicht abgewartet werden kann (§ 8a Abs. 2 S. 2 SGB VIII). In diesem Fall ist das Familiengericht bei Widerspruch der Eltern unverzüglich anzurufen (§ 42 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 SGB VIII). In Anbetracht der Möglichkeiten einer Eilentscheidung des Familiengerichts und des gerichtlichen Bereitschaftsdiensts kommt eine Inobhutnahme nur in akuten Gefährdungssituationen in Betracht.⁴⁹ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn nach plausibler Einschätzung des Jugendamts nicht zu erwarten ist, dass für eine familiengerichtliche Entscheidung sowie ihre tatsächliche Umsetzung ausreichend Zeit besteht.⁵⁰ Im Jahr 2021 haben die Jugendämter in Deutschland 47.523 Inobhutnahmen durchgeführt. Bei 26.577 Inobhutnahmen war mindestens ein Elternteil ausländischer Herkunft, wovon wiederum 11.278 Inobhutnahmen unbegleitet eingereiste, ausländische Kinder und Jugendliche betrafen.⁵¹ Ohne die unbegleitet geflüchteten Kinder und Jugendlichen macht der Anteil von Kinder und Jugendlichen mit mindestens einem Elternteil ausländischer Herkunft 42,2% aller Inobhutnahmen aus, was nahezu dem Anteil der Kinder und Jugendlichen mit Migrationshintergrund in der Gesamtbevölkerung dieser Altersgruppe bis 18 Jahren (39%)

New York 2011; *T. Meysen/C. Hagemann-White*, Institutional and Legal Responses to Child Maltreatment in the Family. Chapter 4, in: L. Kelly/C. Hagemann-White/T. Meysen u. a., *Realising Rights. Case studies on state responses to violence against women and children in Europe*, London 2011, 110 ff.

49 VGH Kassel v. 08.09.2020 – 10 A 82/19, FamRZ 2021, 363, 364 = JAmt 2021, 363; VGH München v. 09.01.2017 – 12 CS 16.2181, JAmt 2017, 132; VG München v. 02.10.2020 – M 18 S 20.4482.

50 VGH Kassel v. 08.09.2020 – 10 A 82/19, FamRZ 2021, 363, 364; OVG Berlin-Brandenburg v. 04.03.2016 – 6 S 60.15; ausführlicher *T. Meysen*, FamRZ 2022, 455 ff.

51 *Statistisches Bundesamt*, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe. Vorläufige Maßnahmen. 2021, Wiesbaden 2022.

entspricht.⁵² Die Kritik des Europaparlaments an fehlenden Statistiken zu der Anzahl der Kinder und Jugendlichen mit ausländischem Elternteil ist damit aufgegriffen.⁵³

Im europäischen Vergleich werden Jugendämtern nur in engen Grenzen Eingriffsbefugnisse eingeräumt, sie entscheiden insbesondere – anders als etwa in den skandinavischen Ländern oder in der Schweiz – nicht eigenständig über Unterbringungen.⁵⁴

Die Schwelle für Eingriffe in die elterliche Sorge durch das Familiengericht ist doppelt zukunftsbezogen. Gefordert ist eine Prüfung im Einzelfall, ob einerseits das Wohl eines Kindes oder eines bzw. einer Jugendlichen gefährdet ist und andererseits die Eltern nicht bereit oder in der Lage sind, die Gefährdung abzuwenden (§ 1666 Abs. 1 BGB).⁵⁵ Die Eingriffsschwelle fokussiert auf Gefahren und nicht – ähnlich dem Strafrecht – einen Nachweis von Misshandlungen in der Vergangenheit, wie dies bspw. in Slowenien der Fall ist.⁵⁶ Anders als in manchen anderen Ländern enthält sie auch keine normativen Wertungen, etwa dass bei strafrechtlichen Verurteilungen oder Handlungen zwingend diese oder jene Eingriffe zu erfolgen haben.⁵⁷

Der Schutzauftrag der Jugendämter bei Kindeswohlgefährdung folgt dieser Orientierung. Bei gewichtigen Anhaltspunkten für eine Kindeswohlgefährdung hat das Jugendamt diesen nachzugehen (§ 8a Abs. 1 S. 1 SGB VIII). Gewichtig sind Hinweise, wenn sie in ihrer Zusammenschau nicht nur entfernt auf eine potenzielle Gefährdung hindeuten und im JA tatsächlich angekommen sind.⁵⁸ Wird eine Gefährdung festgestellt, hat das Jugendamt

52 *Bundeszentrale für politische Bildung*, Datenreport 2021. Kinder mit Migrationshintergrund, Bonn 2021.

53 *Europäisches Parlament*, Entschließung vom 29. November 2018 zu der Rolle des deutschen Jugendamts in grenzüberschreitenden Familienstreitigkeiten (2018/2856(RSP)), Ziff. 7 und 10.

54 *European Commission*, Feasibility study to assess the possibilities, opportunities and needs to standardise national legislation on violence against women, violence against children and sexual orientation violence, Brüssel 2010, 39 f.; P. Fassbind, Verfahren vor der KESB: Von der Gefährdungsmeldung bis zur Vollstreckung. Teil II, in: D. Rosch/C. Fountoulakis/C. Heck (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute, 3. Aufl., Bern 2022, 103–129.

55 Eingehend T. Helms/S. Schneider, in diesem Band.

56 T. Meysen, Information, Intervention, and Assessment. Framework of child physical abuse and neglect interventions in four countries, in: Kelly/Hagemann-White/Meysen u. a. (Fn. 48), 77, 80 f.

57 Zu den Eingriffsschwellen in der Europäischen Union im Vergleich siehe etwa *European Commission* (Fn. 54), 39; Meysen/Hagemann-White (Fn. 48), 153–160, 181–185, 193 f.

58 VG Münster v. 05.04.2019 – 6 L 211/19, JAmt 2019, 278; C. Gerber/H. Kindler, Expertise: Kriterien einer qualifizierten Gefährdungseinschätzung, München 2022, 9; Radewagen, ZKJ 2020, 295; F. Wapler, in: R. Wiesner/F. Wapler (Hrsg.), SGB VIII. Kinder- und Jugendhilfe. Kommentar, 6. Aufl., München 2022, § 8a Rn. 13a ff.

den Erziehungsberechtigten Hilfen anzubieten, wenn es diese für geeignet und erforderlich hält (§ 8a Abs. 1 S. 3 SGB VIII). Im Jahr 2021 haben die Jugendämter in Deutschland insgesamt 197.759 Gefährdungseinschätzungen durchgeführt. Bei Einschätzungen zu 30.369 Kindern und Jugendlichen (15,4%) ergab sich eine akute Gefährdung und bei Einschätzungen zu 29.579 Kindern und Jugendlichen (15,0%) eine latente Gefährdung. In 67.658 Fällen (34,2%) haben sie keine Kindeswohlgefährdung, aber Hilfebedarf und in 70.153 Fällen (35,5%) keine Kindeswohlgefährdung und keinen (weiteren) Hilfebedarf festgestellt.⁵⁹

Sind zur Abwendung der Kindeswohlgefährdung die angebotenen und freiwillig in Anspruch genommenen Hilfen nicht ausreichend oder sind die Erziehungsberechtigten bereit oder in der Lage, diese zu nutzen, um den Schutz des Kindes oder des bzw. der Jugendlichen sicherzustellen, hat das Jugendamt das Familiengericht anzurufen. Dies gilt auch, wenn das Jugendamt mit eigenen Mitteln, die potenziell gefährdende Situation in der Familie nicht weiter aufklären kann (§ 8a Abs. 2 S. 1 SGB VIII). Streitigkeiten über die Herausnahme von Kindern aus der Familie und den Entzug der elterlichen Sorgen werden vor dem Familiengericht geführt (§ 1632 Abs. 3, §§ 1666, 1666a BGB). Auf die 197.759 Gefährdungseinschätzungen folgte im Jahr 2021 in 12.909 Fällen (6,5%) eine Anrufung des Familiengerichts durch das Jugendamt.⁶⁰ Eltern und Kinder sind Beteiligte im familiengerichtlichen Verfahren und haben volle Verfahrens- und Beschwerderechte.⁶¹ Gegen die Inobhutnahme des Jugendamts steht Eltern zusätzlich der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten offen.⁶²

Die Gefährdungseinschätzung ist nach dem Gesetz beteiligungsorientiert angelegt. Das Jugendamt hat die Erziehungsberechtigten sowie die Kinder und Jugendlichen einzubeziehen und Ausnahmen gelten nur, wenn andernfalls der Schutz in Frage gestellt wäre (§ 8a Abs. 1 S. 1 SGB VIII). Für die Gefährdungseinschätzung in den Jugendämtern selbst ist verpflichtend vorgegeben, dass sie im Zusammenwirken mehrerer Fachkräfte zu erfolgen hat. Leitungskräfte dürfen in die Entscheidung nur eingreifen, soweit sie eine entsprechende fachliche Qualifizierung vorweisen können.⁶³ Zur Operatio-

59 Statistisches Bundesamt, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe. Gefährdungseinschätzungen nach § 8a Absatz 1 SGB VIII 2021, Wiesbaden 2022.

60 Statistisches Bundesamt (Fn. 59).

61 Näher Helms/Schneider (Fn. 55).

62 G. Kirchhoff, in: R. Schlegel/T. Voelzke (Hrsg.), juris PraxisKommentar-SGB VIII. Kinder- und Jugendhilfe, 3. Aufl., Saarbrücken 2022, § 42 SGB VIII Rn. 118–120.

63 P. Bringewat, in: P.-C. Kunkel/J. Kepert/A. K. Pattar (Hrsg.), Lehr- und Praxiskommentar SGB VIII, 8. Aufl., Baden-Baden 2022, § 8a Rn. 57; Wapler (Fn. 58), § 8a Rn. 27; Lügde-Kommission, Abschlussbericht, Hannover 2020, 8f.

nalisierung der komplexen juristischen Konstruktion „Kindeswohlgefährdung“⁶⁴ halten die Jugendämter entsprechende strukturierte Instrumente vor.⁶⁵ Wenn dies aus fachlicher Sicht erforderlich ist, haben sie bei der Gefährdungseinschätzung externe Expertise hinzuzuziehen (§ 8a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB VIII).⁶⁶ Dies Erforderlichkeit besteht – wie bei der kollegialen Beratung im Jugendamt insgesamt – insbesondere dann, wenn weitere (z. B. ärztliche) oder spezialisierte fachliche Expertise (z. B. sexualisierte Gewalt, Sucht, Säuglinge) die Einschätzung zu qualifizieren vermag oder wenn die Einschätzungen erheblich divergieren und ein besseres Verständnis für die abweichenden Sichtweisen gewonnen werden soll.⁶⁷

In den Schutzauftrag bei Kindeswohlgefährdung sind nicht nur Jugendämter und Familiengerichte einbezogen, sondern auch Fachkräfte bei Trägern der freien Jugendhilfe (§ 8a Abs. 4 SGB VIII). Berufsgeheimnisträgerinnen und Berufsgeheimnisträger, die regelmäßig professionell in Kontakt mit Kindern und Jugendlichen oder Familien sind, bindet das Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz (KKG) in seinem § 4 ebenfalls ein. Das deutsche System wählt dabei nicht den internationalen Mainstream⁶⁸ und normiert – mit Ausnahme für Polizei,⁶⁹ Strafgerichtsbarkeit⁷⁰ und Zollbehörden⁷¹ – keine Meldepflichten an die Kinderschutzbehörde Jugendamt. Vielmehr werden die jeweiligen Hilfe-, Behandlungs- und therapeutischen Beziehungen wertgeschätzt und als Ausgangspunkt für weitere Unterstützung und Abklärung genutzt.⁷² Somit sind die Fachkräfte, wenn ihnen gewichtige Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung bekannt werden, zunächst aufgefordert, dem im Kontakt mit den Erziehungsberechtigten, Kindern und Jugendlichen nachzugehen und eine Gefährdungseinschätzung

64 H. Kindler, in: *Liber Amicorum für Thomas Meysen*, Baden-Baden 2018, 181.

65 Umfassend hierzu *Gerber/Kindler* (Fn. 58).

66 Als Verpflichtung eingeführt durch das Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG) v. 03.06.2021, BGBl. I, 1444.

67 K. Biesel/U. Urban-Stahl, *Lehrbuch Kinderschutz*, 2. Aufl., Weinheim u. a. 2022, 278–282, 289; J. Beckmann, *Kinderschutz und Kooperation*, in: T. Meysen/K. Lohse/L. Schönecker u. a. (Hrsg.), *Das neue Kinder- und Jugendstärkungsgesetz (KJSG)*, Baden-Baden 2021, Kap. 7 Rn. 1–17.

68 Hierzu *European Commission* (Fn. 54), 40 f.; B. Mathews/D. C. Bross, *Mandatory Reporting Laws and the Identification of Severe Child Abuse and Neglect*, *Dodrecht* 2015; T. Meysen, *Eingriffs- und Hilfeorientierung. Das deutsche Kinderschutzsystem im internationalen Vergleich*, in: H. Kelle/S. Dahmen, S. (Hrsg.), *Ambivalenzen des Kinderschutzes*, Weinheim u. a. 2020, 209 ff.

69 Polizeidienstvorschrift Nr. 382.

70 § 5 KKG.

71 § 4 Abs. 4 KKG.

72 *DIJuF*, *Datenschutz bei Frühen Hilfen. Praxiswissen Kompakt*. Hrsg. v. Nationalen Zentrum Frühe Hilfen (NZFH), Köln 2015, 34–38.

vorzunehmen (§ 8a Abs. 4 S. 1 Nr. 1 u. 3 SGB VIII, § 4 Abs. 1 KKG). Ausnahme von der Pflicht zur Beteiligung besteht auch hier nur, soweit dadurch der wirksame Schutz in Frage gestellt würde.⁷³

Um auch bei Fachkräften der Träger der freien Jugendhilfe und Berufsgeheimnisträgerinnen und Berufsgeheimnisträgern den Qualitätsstandard im Kinderschutz einer fachkompetenten Reflexion zu sichern, besteht eine Pflicht bzw. ein Anspruch auf Fachberatung mit einer „insoweit erfahrenen Fachkraft“ (§ 8a Abs. 4 S. 1 Nr. 2, Abs. 5 S. 1, § 8b Abs. 1 SGB VIII, § 4 Abs. 2 KKG).⁷⁴ Die Pflicht bzw. verlässliche Möglichkeit zur Fachberatung nicht nur innerhalb der Kinderschutzbehörden vorzusehen, sondern auch für andere Fachkräfte im Kontakt mit Kindern, Jugendlichen und Familien ist beispielsweise auch in Schweden anzutreffen.⁷⁵ In Deutschland finanziert der Bund für Angehörige der Heilberufe eine medizinische Kinderschutzhotline.⁷⁶ Für den schulischen Bereich haben einzelne Länder entsprechende Handlungsleitfäden für das Vorgehen bei Bekanntwerden gewichtiger Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung veröffentlicht.⁷⁷

Der Umstand, dass insbesondere keine Meldepflicht an Strafverfolgungsorgane vorgesehen ist, deckt sich mit der Organisation von Kinderschutzsystemen auch in anderen Ländern (mit Ausnahme von Finnland), in denen ein breit ausdifferenziertes, flächendeckend weitgehend bedarfsgerecht verfügbares Angebot an Hilfen zur Verfügung steht.⁷⁸ Auch Deutschland erfüllt diesen innerhalb der EU für Kinderschutzsysteme vorgeschlagenen Mindeststandard.⁷⁹ Hintergrund dürfte eine Vermeidung der negativen Effekte eines solchen verpflichtenden Meldeautomatismus an Strafverfolgungsbehörden⁸⁰ für die Vertrauensbeziehung in der Hilfe, Behandlung und Therapie sein. In Deutschland setzt Politik auf präventive Wirkung von Hilfen, etwa indem sie ein denkbar weites Kinderschutzverständnis normiert, das ausdrücklich umfasst, Eltern bei der Wahrnehmung ihres Erziehungsrechts und ihrer Erziehungsverantwortung zu unterstützen, insbesondere auch durch Information, Beratung und Hilfe (§ 1 Abs. 3 u. 4 KKG).

73 Hierzu erläuternd *Meysen*, in: J. Münder/T. Meysen/T. Trenczek (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar SGB VIII. Kinder- und Jugendhilfe*, 9. Aufl., Baden-Baden 2022, § 8a Rn. 31.

74 Zu den Anforderungen an die Fachberatung *Slüter*, JAMt 2017, 53 ff.; *ders.*, JAMt 2007, 515 ff.

75 *Meysen/Hagemann-White* (Fn. 48), 165 f.

76 Siehe <https://kinderschutzhotline.de/> (zuletzt abgerufen: 28.12.2022).

77 Siehe bspw. *Slüter*, *Kinderschutz an Schulen. Handlungsleitfaden für Hamburg, Hamburg 2021*.

78 *Meysen* (Fn. 68), 209, 214–216.

79 *European Commission* (Fn. 54), 41.

80 *N. Ellonen/T. Pösö*, *International Journal of Children's Rights* 2014 (22), 730 ff.

V. Jugendamt als Sozialleistungsträger

Abweichend von der öffentlichen Wahrnehmung sind Jugendämter in erster Linie Sozialleistungsträger (§§ 12, 27 SGB I). Sie gewähren und finanzieren die Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Aches Buch. Bei der Leistungserbringung sollen sie mit Trägern der freien Jugendhilfe partnerschaftlich zusammenarbeiten (§ 4 Abs. 1 SGB VIII). Es gilt das auf das 19. Jahrhundert zurückgehende Subsidiaritätsprinzip.⁸¹ Dieses räumt der freien Wohlfahrtspflege einen Vorrang ein und fordert das Jugendamt auf, davon abzusehen, eigene Einrichtungen und Dienste zu betreiben, wenn bedarfsgerechte Angebote freier Träger vorhanden sind (§ 4 Abs. 2 SGB VIII). Beim Jugendamt bleibt die Gesamt- und Planungsverantwortung (hierzu sogleich 1.). Einzelfallbezogene Leistungen werden vom Jugendamt auf Grundlage einer Hilfeplanung gewährt (2.). Das Leistungsspektrum ist denkbar breit (3.).

1. Gesamt- und Planungsverantwortung des zweigliedrigen Jugendamts

Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe tragen die Verantwortung dafür, dass die erforderlichen und geeigneten Einrichtungen, Dienste und Veranstaltung zur Erfüllung der Aufgaben des SGB VIII rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen (§ 79 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII). Die Aufgabenerfüllung kann durch Träger der freien Jugendhilfe erfolgen. Werden diese nicht tätig, so hat das Jugendamt gegebenenfalls mit eigenen Angeboten die Bedarfsgerechtigkeit zu garantieren.⁸²

Die Planung der Angebote richtet sich nach dem Bedarf. Sie hat sich an den Wünschen, Bedürfnissen und Interessen der jungen Menschen und Erziehungsberechtigten auszurichten (§ 80 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 SGB VIII). Die Einrichtungen und Dienste sind nach § 80 Abs. 2 SGB VIII so zu planen, dass

1. der Kontakt in der Familie und zum sozialen Umfeld erhalten und gepflegt werden können (Nr. 1);
2. das Angebot möglichst wirksam, vielfältig, inklusiv und aufeinander abgestimmt gewährleistet ist (Nr. 2);
3. die Angebote in den Lebens- und Wohnbereichen der jungen Menschen und Familien zusammenwirken (Nr. 3);
4. junge Menschen mit und ohne Behinderungen gemeinsam gefördert werden können (Nr. 4);

81 Eingehend *M. Banafsche*, Das Recht der Leistungserbringung in der Kinder- und Jugendhilfe zwischen Korporatismus und Wettbewerb, Hamburg 2010, 35 f.

82 *P.-C. Kunkel/J. Kepert*, in: Kunkel/Kepert/Pattar (Fn. 63), § 79 SGB VIII Rn. 13 f.

5. junge Menschen und Familien in gefährdeten Lebens- und Wohnbereichen besonders gefördert werden (Nr. 5);
6. Mütter und Väter ihre Aufgaben in der Familie und Erwerbstätigkeit besser miteinander vereinbaren können.⁸³

Die Jugendhilfeplanung ist zentrale Aufgabe des Jugendhilfeausschusses (§ 71 Abs. 3 Nr. 2 SGB VIII). Der Jugendhilfeausschuss ist neben der Verwaltung, der die Geschäfte der laufenden Verwaltung obliegen, der kommunalpolitische Teil des zweigliedrigen Jugendamts. Seine Beschlüsse sind für die Verwaltung bindend (§ 70 Abs. 1 u. 2 SGB VIII). Er setzt sich zusammen zu drei Fünfteln aus Mitgliedern des Stadt-, Gemeinderats oder Kreistags, und zu zwei Fünfteln aus Personen, die von Trägern der freien Jugendhilfe vorgeschlagen wurden (§ 71 Abs. 1 SGB VIII). Als beratende Mitglieder sollen selbstorganisierte Zusammenschlüsse und weitere durch Landesrecht geregelte Mitglieder angehören (§ 71 Abs. 2 u. 6 SGB VIII).⁸⁴ Das Recht sieht explizit ein korporatistisches System zwischen öffentlichen und freien Trägern vor.⁸⁵

2. Leistungsgewährung und niedrigschwellige Angebote

Auf einzelfallbezogene Leistungen räumt das SGB VIII den Leistungsberechtigten einen Rechtsanspruch ein. Dieser kann gegenüber dem Jugendamt geltend gemacht werden. Das Jugendamt prüft den Anspruch in einem Verwaltungsverfahren (§ 8 SGB X) und hat die Anspruchsvoraussetzungen von Amts wegen zu untersuchen (§ 20 SGB X). Die Leistung wird durch Bescheid gewährt (§ 31 SGB X).⁸⁶ Gegen eine Ablehnung ist der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet (§ 40 VwGO).

Für den Bereich der Hilfen zur Erziehung, der Eingliederungshilfe für junge Menschen mit (drohenden) seelischen Behinderungen oder der Hilfe für junge Volljährige gilt die Besonderheit, dass die Leistung in einem partizipativen Prozess mit den Beteiligten aus der Familie erarbeitet wird (§§ 36 bis 37c SGB VIII). Die Personensorgeberechtigten und jungen Menschen sind über Art und Umfang der Hilfen und die möglichen Folgen für die Entwicklung zu beraten. Sie wirken beim Herausarbeiten des Hilfebedarfs mit

83 Eingehend *J. Merchel*, Jugendhilfeplanung. Anforderungen, Profil, Umsetzung; München 2016.

84 Hierzu etwa *Kommunalverband für Jugend und Soziales*, Im Jugendhilfeausschuss gestalten! Eine Handreichung für Mitglieder in den kommunalen Jugendhilfeausschüssen in Baden-Württemberg, Stuttgart 2019.

85 *J. Münder*, in: Frankfurter Kommentar (Fn. 73), § 4 SGB VIII Rn. 7.

86 Eingehend zum Verwaltungsverfahren *T. Trenczek*, Anhang III: Verfahren und Rechtsschutz, in: Frankfurter Kommentar (Fn. 73), 1266–1296.

und haben bei der Auswahl der Leistung ein Wunsch- und Wahlrecht. Ihren Wünschen und ihrer Wahl der Leistungserbringer darf das Jugendamt nur dann widersprechen, wenn diese nicht geeignet sind oder wenn sie erhebliche Mehrkosten verursachen (§ 5 SGB VIII). Außerdem hat das Jugendamt bei der Leistungsgewährung und Leistungserbringung die von den Personensorgeberechtigten bestimmte Grundrichtung der Erziehung sowie die religiöse Erziehung zu achten (§ 9 Nr. 1 SGB VIII). Das Jugendamt hat stets nur ein von den Personensorgeberechtigten abgeleitetes und – anders als die Schule – kein eigenes Erziehungsrecht.⁸⁷ Es findet ein Hilfeplangespräch statt, an dem – wenn sie schon identifiziert oder tätig sind – die Leistungserbringer teilnehmen. Ein Hilfeplan wird erstellt und im Jugendamt wird im Zusammenwirken mehrerer Fachkräfte entschieden (§ 36 Abs. 2 SGB VIII).⁸⁸

Bei stationärer Unterbringung haben die Eltern Anspruch auf Beratung und Unterstützung bei der Verbesserung der Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie und die Beziehung zu ihrem Kind soll gefördert werden (§ 37 Abs. 1 SGB VIII). Gelingt die Verbesserung der Erziehungsbedingungen in einem im Hinblick auf die kindliche Entwicklung vertretbaren Zeitraums nicht, ist eine auf Dauer angelegte Lebensperspektive zu erarbeiten. Pflegeeltern haben Anspruch auf Beratung und Unterstützung in ihren erzieherischen Aufgaben (§ 37a SGB VIII).⁸⁹

Ein großer Teil der Angebote jenseits der Hilfen zur Erziehung werden niedrigschwellig angeboten. Die Leistungsberechtigten finden also selbstbestimmten, unmittelbaren Zugang und es bedarf keiner vorherigen Leistungsgewährung durch das Jugendamt. Im Bereich der Hilfen zur Erziehung hebt das Gesetz ausdrücklich hervor, dass Erziehungsberatung niedrigschwellig angeboten werden soll (§ 36a Abs. 2 SGB VIII). Die direkte Zugangsmöglichkeit kann und soll aber auch für andere Angebote sichergestellt werden, wenn nur so bedarfsgerechte Leistungen ermöglicht werden können (vgl. etwa § 20 Abs. 3 SGB VIII).⁹⁰

Die Sozialleistungen nach SGB VIII sind weitgehend einklagbar, also justiziabel. Wenn die Personensorgeberechtigten der Auffassung sind, dass ihre Rechtsansprüche auf Hilfen zur Erziehung, Beratung und Unterstützung bei

87 Erwa M. Jestaedt, Das Kinder- und Jugendhilferecht und das Verfassungsrecht, in: Minder/Wiesner/Meysen (Fn. 7), Kap. 1.5 Rn. 32.

88 Eingehend S. Ader/C. Schrappner, Sozialpädagogische Diagnostik und Fallverstehen in der Jugendhilfe, 2. Aufl., Stuttgart 2022.

89 Eingehend S. Gallep, Hilfeplanung und Perspektivklärung, in: Meysen/Lohse/Schönecker u. a. (Fn. 67), 143–157.

90 Eingehend zu den Möglichkeiten und Grenzen T. Meysen/J. Beckmann/D. Reiß u. a., Recht der Finanzierung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe. Rechtlicher Rahmen und Perspektiven im SGB VIII, Baden-Baden 2014, Rn. 81–135.

der Durchführung von Umgangskontakten etc. nicht oder nicht vollständig erfüllt werden, können sie die Leistungen einklagen.⁹¹ Steht der Rechtsanspruch den Kindern oder Jugendlichen zu, wie die Eingliederungshilfe wegen (drohender) seelischer Behinderung oder die Förderung in Kindertageseinrichtungen, vertreten die Personensorgeberechtigten ihr Kind im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Die Rechtsansprüche stehen alle Leistungsberechtigten mit tatsächlichem Aufenthalt in Deutschland zu – unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit (§ 6 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII). Hat ein Kind oder Jugendlicher seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, haben auch Eltern, die im Ausland leben, Anspruch auf Beratung und Unterstützung bei der Ausübung des Umgangsrechts (§ 6 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII). Die Leistungsberechtigung der Kinder und Jugendlichen besteht in diesem Fall auch unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus (§ 6 Abs. 4 SGB VIII i. V. m. Art. 5, 6 KSÜ).⁹²

3. Leistungen nach SGB VIII

Das Spektrum der Leistungen nach SGB VIII ist breit. Die Angebote reichen von zielgerichtetem Bedarfsausgleich (z. B. bei erzieherischen Defiziten oder einem Teilhabebedarf eines jungen Menschen mit Behinderungen) über rein an Lebenslagen (z. B. Familienbildung, Familienerholung) oder Alter (z. B. Förderung in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege, Kinder- und Jugendarbeit) gebundene universelle Angebote. Das SGB VIII beschreibt unter anderem folgende Leistungen und Leistungsarten:

Kinder- und Jugendarbeit (§ 11 SGB VIII) ist ein eigenständiges Handlungsfeld mit sozialpädagogischer Zielsetzung, das sich kennzeichnet durch Freiwilligkeit der Teilnahme, Selbstorganisation in den Tätigkeitsfeldern und Aktivitäten und einer Orientierung an den Interessen junger Menschen.⁹³ Es ist damit eigenständiger Sozialisationsbereich neben Elternhaus und Institutionen des schulischen und beruflichen Bildungswesens.⁹⁴ Die Angebotsvielfalt deckt das breite Spektrum der Interessen und Tätigkeiten junger Menschen ab, ermöglicht selbstbestimmte Freizeitgestaltung und Teilhabe, Austausch und Bildung, umfasst Jugendtreffs und Jugendfreizeit-

91 Eingehend *T. Trenczek*, Anhang III: Verfahren und Rechtsschutz, in: Münder/Meysen/Trenczek (Fn. 73), Rn. 65–111.

92 *T. Meysen/J. Beckmann/N. González Méndez de Vigo*, NVwZ, 2016, 427 ff.

93 *G. Weitzmann/K. Schäfer*, in: Frankfurter Kommentar (Fn. 73), § 11 SGB VIII Rn. 1.

94 Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Bildung (Hrsg.), 15. Kinder- und Jugendbericht. Bericht über die Lebenssituation junger Menschen und die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland, Berlin 2017, BT-Drucks. 18/11050, 365 f.; *AGJ*, Auftrag und Anspruch politischer Bildung in der Jugendarbeit/Jugendsozialarbeit. Eine kritische Betrachtung des Status Quo. Positionspapier, Berlin 2022.

ten, internationalen Austausch und Angebote im Zusammenhang mit dem schulischen Ganzttag.⁹⁵

Jugendverbandsarbeit (§ 12 SGB VIII) sind eine besondere Organisationsform mit meist langer Tradition und örtlichen, landes- sowie bundesweiten Strukturen. Die einzelnen kirchlichen und nicht-kirchlichen Zusammenschlüsse sind in der Regel wiederum selbst verbandsübergreifenden Jugendringen, die ihrerseits in einem demokratisch legitimierten Aufbau in kommunalen, Landes- und Bundesverbänden organisiert sind. Ziel ist die Selbstvertretung junger Menschen in gesellschaftlichen und politischen Kontexten.⁹⁶ Es gibt sachbezogene Verbände (z. B. Freizeit-, Sport- und Naturschutzverbände), Hilfsorganisationen (z. B. freiwillige Jugendfeuerwehr, Jugend der Deutschen Lebens-Rettungs-Gesellschaft), weltanschaulich orientierte Verbände (z. B. parteinahe Jugendverbände, Gewerkschaftsjugend, Sozialistische Jugend Deutschlands – Die Falken) oder religiöse Verbände (z. B. evangelische, katholische, jüdische, muslimische Jugendverbände, Pfadfinder).⁹⁷

Jugendsozialarbeit (§ 13 SGB VIII) umfasst Angebote im Kontext schulischer und beruflicher Ausbildung, beruflicher und sozialer Integration. Zielgruppe sind junge Menschen mit sozialen Benachteiligungen oder individuellen Beeinträchtigungen. Sie umfasst ein flexibles Spektrum an sozialpädagogischen Hilfen bis hin zu Streetwork, sozialpädagogisch begleitete Ausbildungs- und Beschäftigungsmaßnahmen und die Gewährung von Unterkunft in sozialpädagogisch begleiteten Wohnformen.⁹⁸

Schulsozialarbeit (§ 13a SGB VIII) ist eine Beratung und Begleitung von Kindern und Jugendlichen durch sozialpädagogische Fachkräfte am Lebensort Schule, die Schülerinnen und Schüler bei sozialen Problemlagen und Konflikten vertraulich beraten und unterstützen. Die Schwierigkeiten können sich sowohl im schulischen als auch im familiären oder Freizeitbereich ihren Ausgangspunkt oder ihre Auswirkungen haben. Schulsozialarbeit dient insoweit nicht einem reibungslosen Schulgeschehen, sondern individuell den einzelnen Kindern und Jugendlichen.⁹⁹

95 Zu einem umfassenden Überblick siehe U. Deinet/B. Sturzenhecker/L. von Schwanenflügel u. a. (Hrsg.), *Handbuch Offene Kinder- und Jugendarbeit*, 5. Aufl., Wiesbaden 2021.

96 Weitzmann/Schäfer (Fn. 93), § 12 SGB VIII Rn. 1–3.

97 Münder/Trenczek/von Boetticher u. a. (Fn. 7), Kap. 6 Rn. 4.

98 Hierzu etwa AGJ, *Jugendsozialarbeit in Verantwortung der Kinder- und Jugendhilfe*. Diskussionspapier, Berlin 2020; J. Kepert/A. Dexheimer, in: Kunkel/Kepert/Pattar (Fn. 63), § 13 SGB VIII Rn. 8–12.

99 Siehe etwa *Kooperationsverbund Schulsozialarbeit*, Leitlinien für Schulsozialarbeit, Berlin 2015; AGJ (Fn. 98), 6f.

Erzieherischer Kinder- und Jugendschutz (§ 14 SGB VIII) reagiert mit erzieherischen Angeboten auf Gefährdungslagen in der Öffentlichkeit, etwa bei Alkohol- und Drogenkonsum oder beim Aufenthalt an so genannten jugendgefährdenden Orten.¹⁰⁰

Allgemeine Förderung der Erziehung in der Familie (§ 16 SGB VIII) soll Erziehungsberechtigte bei der Wahrnehmung ihrer Erziehungsverantwortung unterstützen. Erziehungsberechtigte sollen unterstützt werden beim Erwerb von Kenntnissen und Fähigkeiten etwa in Fragen von Erziehung, Beziehung, Konfliktbewältigung, Gesundheit, Bildung, Medienkompetenz, Hauswirtschaft sowie Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit. Aktive Teilhabe und Partizipation sowie gewaltfreie Lösung von Konfliktsituationen in der Familie sollen gestärkt werden. Formen sind Angebote der Familienbildung, Beratung, Familienfreizeit und -erholung.¹⁰¹

Beratung in Fragen der Partnerschaft, Trennung und Scheidung (§ 17 SGB VIII) sowie Beratung und Unterstützung bei der Ausübung der Personensorge und des Umgangsrechts (§ 18 SGB VIII) sind spezifische, rechtsanspruchsgestützte Beratungs- und Unterstützungsleistungen im Kontext von Paarkonflikten, Trennung und Scheidung (hierzu ausführlich unten VI.).

Gemeinsame Wohnformen für Mütter/Väter und Kinder (§ 19 SGB VIII) nehmen beide Generationen stationär in einer Einrichtung auf und in den Blick. Hierbei wird sowohl den Bedürfnissen des Kindes und ggf. seiner Geschwister als auch den Bedürfnissen der Mütter, Väter oder Eltern gleichermaßen Rechnung getragen.¹⁰² Die Mutter beziehungsweise der Vater soll insbesondere unterstützt werden bei der schulischen oder beruflichen Ausbildung oder der Aufnahme beziehungsweise Fortführung einer Berufstätigkeit.¹⁰³

Betreuung und Versorgung des Kindes in Notsituationen (§ 20 SGB VIII) wird gewährt, um Kindern den Verbleib im familiären Haushalt zu ermöglichen, wenn Eltern beziehungsweise der hauptbetreuende Elternteil aus gesundheitlichen oder anderen zwingenden Gründen ausfallen bzw. ausfällt. Hierzu zählen Krankenhausaufenthalte, aber auch Einschränkungen in den Fähigkeiten zur Versorgung aufgrund psychischer oder anderer Erkrankungen. Leistungsgegenstand sind in erster Linie Haushaltshilfen. Diese können

100 Hierzu etwa *Münder/Trenczek/von Boetticher u. a.* (Fn. 7), Kap. 6 Rn. 23–27.

101 Hierzu etwa *Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e. V.*, Empfehlungen zu Angeboten der Familienerholung im Sinne des § 16 Abs. 2 SGB VIII, Berlin 2013; *ders.*, Empfehlungen zur Familienbildung im ländlichen strukturschwachen Raum, Berlin 2009.

102 BT-Drucks. 19/28870, 102.

103 Hierzu etwa *N. Struck*, in: Frankfurter Kommentar (Fn. 73), § 19 SGB VIII Rn. 4f.

auch ohne Gewährung des Jugendamts durch Erziehungsberatungsstellen gewährt werden (§ 20 Abs. 3 SGB VIII).¹⁰⁴

Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege (§§ 22 bis 26 SGB VIII) ist ein infrastrukturelles Angebot, das allen Kindern gleichermaßen zur Verfügung steht. In der Trias von Erziehung, Bildung und Betreuung wird eine kindeswohlorientierte Förderung gewährleistet und damit zugleich die Vereinbarkeit von Familie und Beruf für Mütter und Väter gestärkt. Ab dem Alter von einem Jahr besteht ein Rechtsanspruch auf ganztägiger Förderung (§ 24 Abs. 2 u. 3 SGB VIII). Auch für Kinder im Grundschulalter besteht ab dem Jahr 2026 ein Rechtsanspruch auf einen mittels Angeboten der Hortbetreuung gesicherten Ganztag.¹⁰⁵

Hilfen zur Erziehung (§§ 27 bis 35 SGB VIII) gewähren den Personensorgeberechtigten Rechtsansprüche auf Unterstützung bei der Erziehung, wenn eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist (§ 27 Abs. 1 SGB VIII). Das Jugendamt hat die für die Entwicklung geeigneten und notwendigen Hilfen zu gewähren. Art und Umfang richten sich nach dem Bedarf im Einzelfall. Es können Leistungen aus dem gesetzlichen Katalog in §§ 28 bis 35 SGB VIII gewährt werden oder, wenn dies im Einzelfall bedarfsgerechter ist, auch andere, flexible Formen.¹⁰⁶ Hilfen zur Erziehung, Eingliederungshilfe und Hilfe für junge Volljährige werden, mit Ausnahme der Erziehungsberatung oder anderen niedrigschwellig zugänglich gemachten Angeboten, von Jugendämtern auf Antrag gewährt. Wenn die Hilfe auf längere Dauer angelegt ist, schreibt das Gesetz vor, dass dies auf Grundlage einer Hilfeplanung nach §§ 36 bis 37c SGB VIII zu erfolgen hat (hierzu siehe oben V.2.). Der Hilfeprozess ist vom Jugendamt kontinuierlich durch Hilfeplanfortschreibungen zu begleiten.

Erziehungsberatung (§ 28 SGB VIII) ist ein niedrigschwelliges Beratungsangebot an Eltern, aber auch an Kinder und Jugendliche (gegebenenfalls in Verbindung § 8 Abs. 3 SGB VIII). Ein bundesweit flächendeckendes Angebot an Erziehungsberatungsstellen steht für die Vielfalt der Fragen bei der Erziehung sowie bei innerfamiliären Konflikten offen. In den Erziehungsberatungsstellen wirken Fachkräfte unterschiedlicher Fachrichtungen mit unterschiedlichen methodischen Ansätzen zusammen (§ 28 S. 2 SGB VIII).¹⁰⁷

104 Hierzu *Gallep*, in: Meysen/Lohse/Schönecker u. a. (Fn. 67), Kap. 4 Rn. 22–47.

105 Gesetz zur ganztägigen Förderung von Kindern im Grundschulalter (Ganztagsförderungsgesetz – GaFöG) v. 02.10.2021, BGBl. I, 4602.

106 Hierzu etwa *Münder/Trenczek/von Boetticher u. a.* (Fn. 7), Kap. 6 Rn. 23.

107 Eingehend *Bundeskonferenz für Erziehungsberatung e. V. (bke)*, Rechtsgrundlagen der Beratung, Empfehlungen und Hinweise für die Praxis. Materialien zur Beratung, Band 15, Fürth 2009; *dies.*, Memorandum zur Zukunft der Erziehungsberatung, Fürth 2012.

Erziehungsberatungsstellen bieten insbesondere auch Beratung und Unterstützung im Kontext von Trennung und Scheidung an (hierzu näher unten VI.).

Soziale Gruppenarbeit (§ 29 SGB VIII) unterstützt Kinder und Jugendlichen in einem gruppenpädagogischen Konzept bei der Überwindung von Entwicklungs- oder Verhaltensproblemen. Es kann gerichtet sein auf die Verbesserung des Sozialverhaltens oder die Möglichkeit zum Austausch mit anderen betroffenen Kindern und Jugendlichen, beispielsweise von häuslicher Gewalt oder Trennung und Scheidung, bieten.¹⁰⁸

Erziehungsbeistand und Betreuungshelfer (§ 30 SGB VIII) unterstützen vor allem ältere Kinder und Jugendliche bei der Stärkung ihrer sozialen Handlungskompetenzen. Erziehungsbeistandschaft findet etwa Einsatz bei Schulabstinenz, Alkohol- und Drogenabusus, Betroffenheit von organisierter, ritueller sexueller Gewalt, Delinquenz oder gewalttätigem Konfliktverhalten. Die Familie und das soziale werden einbezogen. Betreuungshelferinnen und Betreuungshelfer werden vom Jugendgericht den Jugendlichen und jungen Volljährigen per Weisung an die Seite gestellt (§ 10 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 JGG).¹⁰⁹

Sozialpädagogische Familienhilfe (§ 31 SGB VIII) ist eine aufsuchende Hilfe bei Konflikten und Überforderungssituationen in Familien. Inhaltliche Schwerpunkte sind unter vielen beispielsweise die Arbeit an einer Verbesserung der erzieherischen Situation in der Familie, einer Beendigung von Gewalt und der Reduzierung von Konflikten, aber auch die Unterstützung einer Einbindung im sozialen Umfeld oder die Verbesserung der Wohn- und Einkommenssituation.¹¹⁰

Tagesgruppen (§ 32 SGB VIII) bieten ein flexibles pädagogisches und therapeutisches Angebot für Kinder und Jugendliche in einem teilstationären Setting. Sie arbeiten oft mit aufsuchenden Anteilen und sind an der Lebenswelt der Kinder und Jugendlichen orientiert. Im Unterschied zur Förderung in Tageseinrichtungen ist in Tagesgruppen eine intensive Einzelbetreuung möglich. Oftmals haben sie eine heilpädagogische Ausrichtung.¹¹¹

Vollzeitpflege (§ 33 SGB VIII) ist eine Unterbringung in einer anderen Familie über Tag und Nacht (§ 44 Abs. 1 SGB VIII). Eine Gewährung als Leistung der Hilfe zur Erziehung kommt auch bei einer Unterbringung bei Verwandten, beispielsweise Großeltern, in Betracht (§ 27 Abs. 2a SGB VIII).

108 Hierzu *Münder/Trenczek/von Boetticher u. a.* (Fn. 7), Kap. 9 Rn. 32–34.

109 Hierzu *Münder/Trenczek/von Boetticher u. a.* (Fn. 7), Kap. 9 Rn. 35–38.

110 Umfassend *K. Wolf*, Sozialpädagogische Interventionen in Familien, 2. Aufl., Weinheim u. a. 2015.

111 Hierzu *Münder/Trenczek/von Boetticher u. a.* (Fn. 7), Kap. 9 Rn. 41.

Für besonders entwicklungsbeeinträchtigte Kinder und Jugendlichen sind besondere Formen der Familienpflege anzubieten (§ 33 S. 2 SGB VIII), was sich insbesondere auf die fachliche Qualifikation und die finanzielle Ausstattung sowie sozialpädagogische Begleitung der Pflegefamilie bezieht.¹¹²

Erziehung in stationären Einrichtungen (§ 34 SGB VIII) umfasst die Unterbringung in so genannten Heimen, betreuten oder familienanalogen Wohnformen. Die Einrichtungen bedürfen einer Betriebserlaubnis (§§ 45 ff. SGB VIII) und unterliegen strengen Anforderungen an die Fachlichkeit des Betreuungspersonals und den Fachkraft-Kind-Schlüssel. Die fachlichen Konzepte und Zielgruppen der Einrichtungen sind überaus vielfältig.¹¹³

Intensive sozialpädagogische Einzelbetreuung (§ 35 SGB VIII) ist eine Hilfe vor allem für ältere Jugendliche und junge Volljährige, die mit anderen Angeboten kaum erreicht werden könnten. Meist haben diese ihren Lebensmittelpunkt nicht mehr bei ihren Eltern und bedürfen einer persönlichen Begleitung über den gesamten Tagesverlauf.¹¹⁴

Eingliederungshilfe für junge Menschen mit (drohender) seelischer Behinderung (§ 35a SGB VIII) setzt eine psychische Störung nach ICD-10 und einen Teilhabebedarf voraus. Das Leistungsspektrum umfasst die gesamte Angebotspalette des SGB VIII von ambulanten, teilstationären bis stationären Leistungen. Häufig sind auch bildungsbezogene Teilhabeleistungen wie beispielsweise Schulbegleitung¹¹⁵ oder Legasthenie-, Dyslexie oder Dyskalkulie-Therapie.¹¹⁶ Das Jugendamt arbeitet bei der Gewährung von Leistungen nach § 35a SGB VIII eng mit der Kinder- und Jugendpsychiatrie zusammen.¹¹⁷

Hilfe für junge Volljährige (§§ 41, 41a SGB VIII) trägt dem Umstand Rechnung, dass die Entwicklung junger Menschen nicht mit dem 18. Geburtstag beendet ist. Ist eine selbstbestimmte, eigenverantwortliche und selbstständige Lebensführung noch nicht gewährleistet, sind Leistungen in der Volljährigkeit fortzusetzen oder bis zum Abschluss des 21. Lebensjahrs neu zu gewähren. In Ausnahmefällen kann die Hilfe bis zur Vollendung des 27.

112 Umfassend H. Kindler/E. Helming/T. Meysen u. a., Handbuch Pflegekinderhilfe, München 2011.

113 Hierzu etwa *Zukunftsforum Heimerziehung*, Thesen zur Weiterentwicklung der Heimerziehung, Frankfurt a. M. 2019.

114 Hierzu *Münder/Trenczek/von Boetticher u. a.* (Fn. 7), Kap. 9 Rn. 50 f.

115 Hierzu L. Schönecker, Expertise zu Rechtsfragen in der Praxis der Schulbegleitung. In: Schulbegleitung als Beitrag zur Inklusion. Bestandsaufnahme und Rechtsexpertise, Stuttgart 2021.

116 Hierzu *Münder/Trenczek/von Boetticher u. a.* (Fn. 7), Kap. 9 Rn. 53–55.

117 AGJ, „Vom Kind und der Familie aus denken, nicht von den Institutionen“. Ein gemeinsames Positionspapier zur Zusammenarbeit von Kinder- und Jugendpsychiatrie und Kinder- und Jugendhilfe, Berlin 2018.

Lebensjahrs gewährt werden. Das Leistungsspektrum entspricht demjenigen der Hilfen zur Erziehung beziehungsweise Eingliederungshilfe (§ 41 Abs. 2 SGB VIII). Nach Beendigung der Hilfe sind die jungen Volljährigen innerhalb eines angemessenen Zeitraums weiterhin zu beraten und zu unterstützen (§ 41a SGB VIII).¹¹⁸

VI. Beratung und Unterstützung bei Paarkonflikten, Trennung und Scheidung

Die Bewältigung familiärer Konflikte nach Trennung und Scheidung ist in Deutschland eher eine Unterstützung von Eltern, ihre Kompetenz zurückzuerlangen, autonome Entscheidung über ihr Familienleben zu treffen, als Gerechtigkeit über familiengerichtliche Entscheidungen herbeizuführen. Die große Kindschaftsrechtsreform im Jahr 1998 hat eine klare Botschaft an Trennungsfamilie gesandt, dass Kontakt mit beiden Eltern grundsätzlich dem Wohl des Kindes dient (§ 1626 Abs. 3 BGB) und dass die elterliche Verantwortung üblicherweise weiterhin gemeinsam getragen wird.¹¹⁹ Diese gesellschaftlichen Setzungen sind weithin akzeptiert.¹²⁰

Der Gesetzgeber folgt der Einsicht, dass sich gemeinsame Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung nur bedingt durch gerichtliche Entscheidungen erzwingen lassen. Er lässt Eltern mit ihren Konflikten daher nicht allein und gesteht ihnen Rechtsansprüche auf Beratung und Unterstützung in Fragen der elterlichen Sorge und des Umgangs zu. Bei der Zuweisung der Aufgabenverantwortung wählt er – eine weltweite Besonderheit¹²¹ – nicht die Justiz mit richternahen Diensten, sondern weist die Aufgabe den Jugendämtern zu (§§ 17, 18 Abs. 3 SGB VIII). Somit sind diese Sozialleistungen und können von den Eltern auch unabhängig von gerichtlichen Auseinandersetzungen in Anspruch genommen werden. Die Beratungs- und Unterstützungsdienste sind für die Eltern sowie ihre Kinder kostenfrei. Sie werden vom Jugendamt selbst¹²² oder von Erzie-

118 Hierzu S. *Achterfeld*, in: Meysen/Lohse/Schönecker u. a. (Fn. 67), Kap. 6.

119 Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG) v. 13.06.1996, BT-Drucks. 13/4899, 93, 98–100.

120 K. Jurczyk/S. Walper (Hrsg.), *Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern*. Empirische Studien und juristische Expertisen, Wiesbaden 2009, 123–344.

121 Vergleiche etwa M. Maclean/R. Treloar/B. Dijksterhuis (Hrsg.), *What is family justice for?*, Oñati 2022.

122 W. *Rütting*, *Trennungs- und Scheidungsberatung sowie Zusammenarbeit mit dem Familiengericht nach FamFG*, in: J. Merchel (Hrsg.), *Handbuch Allgemeiner Sozialer Dienst (ASD)*, 3. Auflage, München 2019, 232 ff.

hungsberatungsstellen erbracht. Die Dienste umfassen auch die Umgangsbegleitung, auf die Eltern ebenfalls einen Rechtsanspruch, wenn ein entsprechender Schutzbedarf besteht (§ 18 Abs. 3 S. 4 SGB VIII). Sprechen Elternteile oder die Kinder und Jugendlichen bei begleiteten Umgangskontakten eine andere als die deutsche Sprache, ist für eine Begleitperson mit entsprechenden Sprachkenntnissen oder für Dolmetschen bzw. Sprachmittlung zu sorgen.¹²³

Korrelierend ist der familiengerichtliche Ansatz nicht primär auf Entscheidungen ausgerichtet, sondern darauf, den Eltern die Eigenverantwortung zurück zu überantworten. Eltern sollen befähigt werden, Entscheidungen von erheblicher Bedeutung für ihr Kind (wieder) gemeinsam zu treffen. Im gerichtlichen Verfahren fungieren Familiengerichte sowie die psychosozialen Akteure als Einigungshelfer.¹²⁴ Familiengerichte haben die Pflicht, innerhalb eines Monats einen frühen Termin anzuberaumen (§ 155 FamFG) und dort auf die Inanspruchnahme von Beratung oder Mediation hinzuwirken (§ 156 Abs. 1 FamFG). Entsprechend wird das Verfahren in der Literatur mitunter als Einigungsverfahren bezeichnet.¹²⁵ Wenn die Eltern unter dem Eindruck des gerichtlichen Werbens nicht freiwillig Beratung in Anspruch nehmen wollen, kann das Gericht diese auch anordnen (§ 156 Abs. 1 S. 4 FamFG). Streitende Eltern sind nach Trennung und Scheidung daher umgeben von Professionellen, die Druck auf sie ausüben, an der Überwindung der Hindernisse für einvernehmliche Regelungen zu arbeiten. Die Konstruktion des familiengerichtlichen Verfahrens schafft somit eine Umgebung der „umzäunten Freiwilligkeit“.¹²⁶ Die Erfüllung dieser Beratungserwartung suchen die Eltern bei der Kinder- und Jugendhilfe nach, also bei den Jugendämtern und Erziehungsberatungsstellen. Entscheidungen treffen entweder die Eltern selbst oder das Familiengericht. Jugendämter und Beratungsstellen haben keine eigenen Kompetenzen, die Familienverhältnisse zu regeln.

123 *DJJuF*, JAmt 2020, 644ff.; in einem Schadenersatzverfahren offengelassen von OLG Hamburg v. 01.07.2011 – 1 U 34/10.

124 *S. Hammer*, in: H. Prütting/T. Helms (Hrsg.), *FamFG – Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*. Kommentar, Köln 2020, § 156 Rn. 14.

125 *M. Streicher*, Teil III: Elterliche Sorge und Umgang – § 6 *Verfahrensrecht*, in: D. Schwab/R. Ernst (Hrsg.), *Handbuch Scheidungsrecht*, 8. Aufl., München 2019, 551, 585.

126 *A. Loschky*, Die Beratung mit angeordneter Teilnahme, in: K. Menne/M. Weber (Hrsg.), *Professionelle Kooperation zum Wohle des Kindes. Hinwirken auf elterliches Einvernehmen im familiengerichtlichen Verfahren (FamFG)*, Weinheim u. a. 2011, 137.

VII. Jugendamt als Amtsvormund, Beistand und Beurkundungsstelle

Im Jugendamt organisatorisch verortet sind auch die Amtsvormundschaft, Beistandschaft und die Beurkundungsstellen. Diese handeln weisungsunabhängig, entweder als Sorgerechtsinhaber für die von ihnen vertretenen Kinder und Jugendlichen oder als Beamtinnen beziehungsweise Beamten mit notariellen Befugnissen in fachlichen Fragen innerhalb des Amtes (§ 55 Abs. 4 S. 2, Abs. 5 SGB VIII, § 59 SGB VIII i. V. m. BeurkG). Die Amtsvormundschaft hat seit dem Jahr 2023 durch eine persönliche Bestellung durch das Familiengericht zusätzliche Unabhängigkeit erlangt.

Mit dem Übergang der Berufsvormundschaft zur Amtsvormundschaft (hierzu oben unter II.) ging die Finanzierungsverantwortung von der Justiz an die Kommunen über und die Rechtsprechung hat diese mittlerweile auch für die Vereinsvormundschaften abgegeben.¹²⁷ Die Amtsvormundschaft ist somit nahe dran an dem behördlichen Hauptbezugssystem, dem Jugendamt als Sozialleistungsträger.¹²⁸ Verpflichtet sind die Amtsvormundinnen und Amtsvormünder allein den Interessen der Kinder und Jugendlichen, die sie vertreten. Zu diesen sollen sie monatlich persönlichen Kontakt haben (§ 55 Abs. 2 S. 2 SGB VIII). Um dies zu gewährleisten, wurde die Fallzahl auf maximal 50 Amtsvormundschaften pro Vollzeitkraft limitiert (§ 55 Abs. 3 SGB VIII).

Neben der Vormundschaft nimmt das Jugendamt, einer Tradition im deutschsprachigen Rechtsraum folgend, auch Aufgaben bei der Feststellung der Vaterschaft und Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen wahr. Dies kann rein im Wege der Beratung und Unterstützung mittels einer Sozialleistung erfolgen (§ 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 u. 4 SGB VIII). Häufigerer Weg ist jedoch die Beantragung einer Beistandschaft durch den hauptbetreuenden Elternteil, durch die das Jugendamt für die betreffenden Aufgaben der Vaterschaftsfeststellung und Unterhaltsrealisierung gesetzlicher und damit parteilicher Vertreter des Kindes wird (§§ 1712, 1713 BGB).¹²⁹

Die Beurkundungsstelle im Jugendamt ermöglicht Eltern, gebührenfrei die Vaterschaft, die gemeinsame elterliche Sorge oder vollstreckbare Urkunden über Unterhaltsansprüche begründen zu können (§ 59 Abs. 1 SGB VIII).

127 BGH v. 14.03.2007 – XII ZB 148/03; BGH v. 25.05.2011 – XII ZB 625/10; BGH v. 13.09.2017 – XII 497 /16.

128 Gesetz zur Reform des Vormundschaftsrechts v. 04.05.2021, BGBl. I, 882.

129 Hierzu B. Knittel, in: Liber Amicorum Meysen (Fn. 64), 79; W. Rüting, in: Liber Amicorum Meysen (Fn. 64), 109.

Sie unterliegt im Übrigen wie die Notare den Regeln des Beurkundungsgesetzes.¹³⁰

VIII. Aktuelle Entwicklungen und Ausblick

Das Jugendamt ist erheblich mehr als eine Kinderschutzbehörde, die das Familiengericht anruft, wenn Eingriffe in die elterliche Sorge erforderlich sind, oder Kinder in Obhut nimmt, wenn in Eilfällen sofortiges Tätigwerden zum Schutz angezeigt ist. Anders als die Schule hat das Jugendamt kein eigenes Erziehungsrecht, sondern unterstützt die elterliche Erziehung. Das Jugendamt hat dabei die Grundrichtung der Erziehung zu achten. Die deutsche Rechtsordnung stellt klar, dass staatliche Eingriffe in die elterliche Verantwortung oder gar eine Herausnahme der Kinder aus der Familie ultima ratio sind.¹³¹ Der Schutzauftrag bei Kindeswohlgefährdung ist folglich im Sozialrecht normiert und primär als Hilfeauftrag des Staates für Eltern und ihre Kinder ausgestaltet.

Beim Blick in die Zukunft ist das Jugendamt ein Spiegel der Gesellschaft. Soziale Problemlagen verändern sich kontinuierlich. Herausforderungen für die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen und die sich daraus ergebenden Anforderungen an die Erziehung sind eingebettet in die jeweilige Zeit. Daher sind Reformen auch für Jugendämter eine Daueraufgabe.¹³² Die sie konturierenden gesetzlichen Vorgaben sowie fachlichen Orientierungen entwickeln sich mit der wissenschaftlichen Erkenntnis und gesellschaftlichen Entwicklung fort. Jugendämter werden weiterhin gefragt sein, Antworten zu finden auf sich wandelnde Verhältnisse in der Gesellschaft in Bezug auf Armut¹³³ oder Migration,¹³⁴ auf Veränderungen wie in Bezug auf Digitalisierung¹³⁵ oder Fehlsozialisierungen,¹³⁶ um nur einige Beispiele zu nennen.

130 B. Knittel, *Beurkundungen im Kindschaftsrecht. Eine Darstellung für die Praxis der Jugendämter, Notare, Konsularbeamten, Gerichte und Standesämter*, 9. Aufl., Köln 2021.

131 BVerfG v. 18.06.1986 – 1 BvR 857/85 = BVerfGE 72, 122, 137 f.

132 W. Thole/N. Galuske/N. Struck, *Zukunft des Jugendamtes*, Neuwied 2000, 32–34.

133 AGJ, *Armut von jungen Menschen in Familien. Positionspapier*, Berlin 2022.

134 Siehe etwa S. P. Lochner/A. Jähnert (Hrsg.), *DJI-Kinder- und Jugendmigrationsreport 2020. Datenanalyse zur Situation junger Menschen in Deutschland*, Bielefeld 2020.

135 S. Feierabend/T. Rathgeb/H. Kheredmand u. a., *JIM-Studie. Jugend, Information, Medien. Studie 2020 Basisuntersuchung zum Medienumgang 12- bis 19-Jähriger*, Stuttgart 2020; U. Hasebrink/C. Lampert/K. Thiel, *Online-Erfahrungen von 9- bis 17-Jährigen – Ergebnisse der EU Kids Online-Befragung in Deutschland 2019*, Hamburg 2019; K. Biesel/P. Burkhard/R. Heeg u. a., *Digitale Kindeswohlgefährdung. Herausforderungen und Antworten für die Soziale Arbeit*, Opladen u. a. 2023.

136 T. Meysen/S. Baer/T. Meilicke u. a., *Orientierungshilfe für Jugendämter. Kindeswohl bei Aufwachsen in islamistisch oder salafistisch geprägten Familien*, Heidelberg 2021; T. Meysen/L.

Neben kontinuierlichen Anstrengungen zur Verbesserung des Schutzes von Kindern und Jugendlichen¹³⁷ ist die inklusive Ausrichtung eine überfällige Erwartungshaltung an die Weiterentwicklung der Jugendämter, der Kinder- und Jugendhilfe und ihres gesetzlichen Rahmens im SGB VIII. Bisher sind Kinder und Jugendliche mit geistigen und/oder körperlichen Behinderungen in der Leistungsverantwortung der Eingliederungshilfe nach SGB IX und nicht der Kinder- und Jugendhilfe. Sie werden in erster Linie als Menschen mit Behinderungen und nicht als Kinder und Jugendliche mit Entwicklungsbedarfen betrachtet.¹³⁸ In der Praxis führt dies dazu, dass Kinder und Jugendliche mit Behinderungen zwar in erhöhtem Maße von Misshandlung, Vernachlässigung und Missbrauch betroffen, bei Eingriffen in die elterliche Verantwortung zum Schutz aber unterrepräsentiert sind.¹³⁹ Das Kinder- und Jugendstärkungsgesetz aus dem Jahr 2021 hat die Weichen gestellt, diese Defizite bei Hilfe und Schutz abzubauen.¹⁴⁰ Der Gesetzgeber hat sich in der 20. Legislaturperiode (2021 bis 2025) auf den Weg gemacht, die notwendigen Änderungen am gesetzlichen Rahmen zu verabschieden.¹⁴¹ Nicht nur beim Umgang mit Kindern und Jugendlichen mit Behinderungen und deren Familie sind die Erwartungen an Jugendämter hoch. Beim Schutz der Kinder vor sexueller, körperlicher, seelischer Gewalt und vor Vernachlässigung, bei der Frage nach Kontakten von Kindern zu ihren getrennt-

A. Brandt/S. Witte u. a., Fachliches Handeln zum Wohl von Kindern und Jugendlichen im Kontakt mit »anderer«, fundamentalistischer und radikaler Religiosität und Weltanschauung. Handlungsempfehlungen aufbauend auf zentralen Erkenntnissen des Projekts »Radikal, fundamentalistisch, anders – Fachkräfte im Kontakt (RaFiK)«, München 2022.

- 137 Siehe etwa *Parlamentarischer Untersuchungsausschuss IV im Landtag Nordrhein-Westfalen*, Zwischenbericht v. 16.03.2022, LT-Drucks. 17/16770; *Lügde-Kommission* (Fn. 63); *Kommission Kinderschutz Baden-Württemberg*, Abschlussbericht, Stuttgart 2019; *Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg*, Bericht der Enquete-Kommission »Kinderschutz und Kinderrechte weiter stärken: Überprüfung, Weiterentwicklung, Umsetzung und Einhaltung gesetzlicher Grundlagen, fachlicher Standards und Regeln in der Kinder- und Jugendhilfe. Verbesserung der Interaktion der verschiedenen Systeme und Akteurinnen und Akteure«, Drucks. 21/16000.
- 138 L. Schönecker, Exklusive Kinder- und Jugendhilfe als Verstoß gegen völkerrechtliche Diskriminierungsverbote, in: K. Scheiwe/W. Schröter/F. Wapler u. a. (Hrsg.), *Der Rechtsstatus junger Menschen im Kinder- und Jugendhilferecht*. Beiträge zum ersten Forum Kinder- und Jugendhilferecht, Baden-Baden 2019, 163–172; L. Schönecker, *JAMt* 2018, 30 ff.
- 139 L. Schönecker, *neue praxis* (np) 2022, 531 ff.; D. Bange, *Forum Erziehungshilfen* 2020, 178 ff.; L. Jones/M. A. Bellis/S. Wood u. a., *The Lancet*, Vol. 380, 899 ff.
- 140 Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG) v. 03.06.2021, BGBl. I, 1444; hierzu L. Schönecker, *Inklusion*, in: Meysen/Lohsel/Schönecker u. a. (Fn. 67), 65.
- 141 *Sozialdemokratische Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und Freie Demokratische Partei (FDP)*, Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag 2021–2025, Z. 3290–3293.

lebenden Eltern oder bei Unterbringung von Kindern und Jugendlichen außerhalb der Familie stehen Jugendämter zu Recht unter hohem Erwartungsdruck. Ihr Handeln kann prägenden Einfluss auf das Leben ihrer Adressatinnen und Adressaten nehmen. Jugendämter stehen daher auch nicht selten in der Kritik. Dieser dürfen sie sich stellen, denn für alle Beteiligten aus den Familien geht es um viel. Jugendämter sind aufgefordert, nicht nachzulassen in ihrem Bestreben, Kinder, Jugendliche und ihre Familie bestmöglich zu unterstützen.

Sicherung des Kindeswohls im Spannungsverhältnis zwischen Staat und Familie in Litauen

Gintautas Sakalauskas / Fabian Böwe

- I. Einführung. 281
- II. Aufbau des Kinderrechtsschutzsystems nach der Wende. 282
 - 1. Entstehung der Kinderrechtsschutzämter. 282
 - 2. Die Eintragung ins Register als „asoziale Familie“ 284
 - 3. Polizei als wichtiger Träger der angeblichen sozialen Stabilisierung . . 286
 - 4. Zurechnung von Verfehlungen der Kinder an den gesetzlichen Vertreter 287
 - 5. Kein eindeutiges Verbot der Körperstrafen bei der Erziehung
in Familien 288
 - 6. Fehlende Sozialarbeit und ihre Ursachen 290
- III. Die Reform des Kinderschutzsystems 2017–2018 291
 - 1. Auslöser für einen neuen Anfang 291
 - 2. Die wichtigsten Reformkomponenten 292
 - 3. Neue Voraussetzungen für die Inobhutnahme und Betreuung
eines Kindes. 293
 - 4. Klares Verbot der körperlichen Züchtigung 296
 - 5. Eingriffsbefugnisse der Kinderrechtsschutzämter. 298
 - 6. Rechtswidriges Eingreifen in das Familienleben und Rechtsbehelfe . . 300
- IV. Spätere Nachbesserungen der rechtlichen Lage 302
- V. Ausblick 304

I. Einführung

Nach der Wiedererlangung der Unabhängigkeit von der Sowjetunion (am 11.03.1990) gewann das Thema der Kinderrechte und des Kindeswohls in Litauen immer mehr an Aufmerksamkeit und stand in einer Reihe mit zahlreichen anderen Reformvorschlägen. Einerseits fiel die Unabhängigkeit Litauens zeitlich eng zusammen mit der Verabschiedung der UN-Konvention über die Rechte des Kindes (1989) und dem Prozess ihrer Implementierung in das nationale Rechtssystem des jungen litauischen Staates, andererseits hat der politische, wirtschaftliche und soziale Umbruch zu einer dramatischen Verschlechterung der sozialen und wirtschaftlichen Sicherheit der Kinder geführt. Die Kinder Litauens zählen damit zu den Hauptleidtragenden dieser Umbruchsphase. Dies führte zu einer starken Sensibilisierung für Kinder-

rechte – in Politik, Wissenschaft und insbesondere bei den ersten entstandenen Nichtregierungsorganisationen (NGO).

Litauen hat am 03.07.1995 die UN-Konvention ratifiziert und am 14.03.1996 wurde das Gesetz über die Grundlagen des Schutzes der Rechte des Kindes verabschiedet.¹ Das Gesetz sollte die Grundlagen für das neue Kinderrechtsschutzsystem schaffen und als Orientierungs- und Bezugspunkt für bestimmte Regelungen in den neu zu schaffenden Gesetzen, unter anderem auch im Zivilgesetzbuch, in der Zivilprozessordnung, im Strafgesetzbuch, in der Strafprozessordnung und in anderen Gesetzen, dienen.² Durch diese Stellung des Gesetzes innerhalb der litauischen Gesetzssystematik wird deutlich, welche Wichtigkeit der litauische Gesetzgeber dem Kindeswohl zugeschrieben hat.

Wie die Geschichte der nächsten 25 Jahre zeigen sollte, war es ein langer und mühsamer Weg auf der Suche nach einem effektiven Modell zwischen der Sicherung der Kinderrechte, den berechtigten Familieninteressen und einer wirksamen Hilfe für Kinder und Minderjährige in Notsituationen.

II. Aufbau des Kinderrechtsschutzsystems nach der Wende

1. Entstehung der Kinderrechtsschutzämter

Zunächst soll eine historische Annäherung an das Thema erfolgen und es soll erläutert werden, wie der Aufbau des Kinderrechtsschutzsystems in den Jahren des Übergangs ab dem Ende der Sowjetunion verlaufen ist; hierfür ist das Verständnis der Rolle der Kinderrechtsschutzämter von großer Bedeutung. Bei diesen Institutionen handelte es sich um gewichtige Elemente der litauischen Politik, die im Folgenden erläutert werden sollen. Zur Mitte des Jahres 1994, also noch vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 14.03.1996 über die Grundlagen des Schutzes der Rechte des Kindes (GGSRK), wurde anstatt der alten, noch in der Sowjetzeit gegründeten und in jeder Sowjetrepublik tätigen „Kommissionen für Jugendangelegenheiten“, ein nationales

1 Lietuvos Respublikos vaiko teisių apsaugos pagrindų įstatymas [Gesetz der Republik Litauen über die Grundlagen des Schutzes der Rechte des Kindes – GGSRK] v. 14.03.1996, Valstybės žinios (Gesetzblatt) 1996 Nr. 33–807 in der einheitlichen Fassung v. 01.08.2025. Nr. I–1234.

2 Lietuvos Respublikos vaiko teisių apsaugos pagrindų įstatymo įgyvendinimo tvarkos įstatymas [Gesetz der Republik Litauen über die Ordnung der Implementierung des Gesetzes über die Grundlagen des Schutzes der Rechte des Kindes] v. 14.03.1996, Valstybės žinios 1996 Nr. 33–808. Nr. I–1235.

Kinderrechtsschutzsystem mit zwei Ebenen geschaffen.³ Im Ministerium für Sozialschutz und Arbeit wurde ein Amt für Kinderrechtsschutz geschaffen, dessen Hauptaufgaben vor allem eine Implementierung der Bestimmungen der UN-Konvention sowie die Organisierung, Koordinierung und methodische Leitung der kommunalen Kinderrechtsschutzämter waren.

Dennoch durfte jede Stadtverwaltung die kommunalen Kinderrechtsschutzämter beliebig gestalten, da es kein einheitliches System auf landesweiter Ebene gab.⁴ Der rechtliche Status beider Strukturen war nur in der Verordnung der Regierung festgelegt. Die Finanzierung sowie die personelle Ausstattung der kommunalen Kinderrechtsschutzämter waren ausschließlich von der kommunalen Politik abhängig und mit der Zeit entstanden in der Praxis große Diskrepanzen zwischen den Kommunen. Auf der kommunalen Ebene war Kinderschutz ursprünglich eine Selbstverwaltungsaufgabe, die die Gemeinden erledigen mussten. Jedoch mussten die Selbstverwaltungsangelegenheiten aus dem Budget der Kommunen finanziert werden, wodurch der Kinderschutz zu einem „Opfer“ der Finanzlage der jeweiligen Kommunen wurde.⁵ Die Durchsetzung der UN-Konvention über die Rechte des Kindes hatte jedoch der litauische Staat als Aufgabe übernommen. Erst Ende 2002 änderte das litauische Parlament den Charakter des Kinderschutzes von einer Selbstverwaltungsangelegenheit zur Staatsangelegenheit, die den Kommunen zur Ausführung übertragen wurde.⁶

Die Verordnungen der Regierung sahen eine breite Palette von Aufgaben für die kommunalen Kinderrechtsschutzämter vor. Dabei umfassten diese Aufgaben vor allem die Sammlung von Statistiken über Kinder, die Organisation und Betreuung von Kindern und die allgemeine Jugendkriminalitätsprävention bis hin zur Bewährungshilfe. Aber auch die Arbeit mit den Eltern und die methodische Unterstützung verschiedener Institutionen und Organisationen, sowie der rechtliche Beistand bei Gerichtsverhandlungen bis hin zur Vorbereitung für die Adoption zählten zu den Aufgaben der Kinderrechtsschutzämter.⁷

3 H. Oberloskamp, *Jugendhilfe in Litauen und Deutschland. Eine vergleichende Darstellung von Recht und Praxis in beiden Ländern*, Köln 2005, 15–17.

4 *United Nations Development*, *Opportunities for Youth and Human Development*, abrufbar unter: <<https://hdr.undp.org/content/opportunities-youth-and-human-development>> (zuletzt abgerufen: 26.11.2025), 89–94.

5 Oberloskamp (Fn. 3), 15.

6 Lietuvos Respublikos vietos savivaldos įstatymas [Gesetz der Republik Litauen über die kommunale Selbstverwaltung – GKSV] v. 07.07.1994, Valstybės žinios 1994 Nr. 55–1049 in der einheitlichen Fassung v. 01.08.2025. Nr. I–533. §§ 6–8.

7 Oberloskamp (Fn. 3), 61–65.

Eine andere Besonderheit dieses Systems war eine strikte Trennung zwischen dem Kinderrechtsschutz und der Sozialarbeit. Die Kinderrechtsschutzämter sahen sich als Vertreter der Kinderinteressen und nahmen die rechtliche Seite der Jugendhilfe in Anspruch. Dies umfasste auch den Konflikt in der Familie oder das Recht auf Leben in der Familie. Das Wort „Jugendhilfe“ ist im litauischen Rechts- und Sozialhilfesystem nicht bekannt, stattdessen hat sich der Begriff des Kinderrechtsschutzes etabliert.

Ein Kind, das mit seinen Eltern Schwierigkeiten hat, und der Meinung ist, dass seine Rechte missachtet werden, kann sich – unabhängig vom Alter – jederzeit an das Kinderrechtsschutzamt wenden.⁸ Jugendliche über 14 Jahren können selbst das Gericht anrufen. In allen Fällen wird das Kinderrechtsschutzamt eingeschaltet, das ggfs. von seinem Antragsrecht, die elterliche Sorge zu beschränken, Gebrauch macht.⁹ Diese befristete oder unbefristete Einschränkung der elterlichen Sorge¹⁰ wurde als Hauptinstrument des staatlichen Eingriffes betrachtet.

Große Nachteile eines solchen Systems wurden schon Anfang dieses neuen Jahrhunderts deutlich. In der Politik kamen die ersten Vorschläge, das System zu zentralisieren (u. a. kommunale Kinderrechtsschutzämter dem Ministerium für Sozialschutz und Arbeit unterzuordnen) und den rechtlichen Beistand mit der realen sozialen Hilfe für die Eltern und die Familien zu verbinden und sich an der Fallarbeit zu orientieren.¹¹

2. Die Eintragung ins Register als „asoziale Familie“

In der sowjetischen Sozialpolitik war es ein übliches Vorgehen, Menschen mit Problemen in ein Register einzutragen. Der Staat verfolgte damit das Ziel, diese Menschen besser kontrollieren und etwaige Gefahren abwenden zu können. Jedoch wurden die bestehenden sozialen Probleme der Menschen damit nicht gelöst. Vielmehr wurden sie ausgegrenzt und stigmatisiert, was nicht zuletzt auch dem Schutz des Nimbus der sozialfehlerfreien Welt im Sozialismus diente. Auch lange Zeit nach der Wende blieb dieses Verständnis des Umgangs mit sozialen Problemen in den Köpfen der Bevölkerung Litauens tief verankert, da die Propaganda aus der Ära der Sowjetunion bei weiten Teilen der litauischen Bevölkerung diesbezüglich erfolgreich war.

8 Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas [Gesetz über das Bürgerliche Recht der Republik Litauen – ZGB] v. 18.06.2000, Valstybės žinios 2000 Nr. 74–2262 in der einheitlichen Fassung v. 01.09.2025, Nr. VIII–1864. § 3.164 Abs. 2 ZGB.

9 § 3.182 ZGB.

10 § 3.180 ZGB.

11 *Oberloskamp* (Fn. 3), 61–65.

Dies betraf vor allem die staatliche Liste der „asozialen Familien“ und der dazugehörigen delinquenten Jugendlichen, die einer besonders umfassenden Stigmatisierung ausgesetzt waren. Es war nach staatlichem Selbstverständnis wichtig, sie numerisch durch eine Zählung zu erfassen und im Blick der staatlichen Kontrollinstanzen zu behalten.

Somit wird deutlich, dass Menschen und Familien mit sozialen Problemen, welche auf der „asozialen Liste“ standen, erheblichem staatlichem Druck ausgesetzt waren, welcher noch potenziert wurde durch die begleitende Ausgrenzung vonseiten der einfachen Bevölkerung. Erst nach 15 Jahren ist man langsam zur Erkenntnis gelangt, dass die soziale Integration solch benachteiligter Problemfamilien eine wichtige Aufgabe des Sozialstaates sei (obwohl die litauische Verfassung diesen Begriff nicht kennt und in der Auslegung der verfassungsrechtlichen Norm meistens von der „sozialen Orientierung des Staates“ die Rede ist). Erst im Gesetz für soziale Leistungen von 2006¹² wurde der besonders stigmatisierende Begriff der „asozialen Familien“ gestrichen und durch den Begriff „Familien des sozialen Risikos“ ersetzt, welche vom Gesetzgeber wie folgt legaldefiniert wurde:

„Eine Familie des sozialen Risikos ist eine solche Familie, in der die Kinder bis 18 Jahre aufwachsen und mindestens einer der Eltern Alkohol, narkotische, psychotropische oder toxische Stoffe missbraucht, spielsüchtig ist, wegen fehlender sozialer Kompetenz die Kinder nicht betreuen kann, gegen sie psychische, physische oder sexuelle Gewalt anwendet, die vom Staat empfangene Hilfe nicht im Interesse der Kinder verwendet und deswegen eine Gefahr für die physische, intellektuelle, geistige, moralische Entwicklung des Kindes und seiner Sicherheit entsteht. Zu den Familien des sozialen Risikos werden auch Familien gezählt, für deren Kind nach dem Gesetz eine vorläufige Vormundschaft (Pflegschaft) angeordnet wurde.“¹³

Allerdings hat sich diese Definition nur langsam in der Fachsprache durchgesetzt, nicht aber in den Medien und der Alltagssprache, in welchen insbesondere auch die alten Vorurteile noch weiter gepflegt werden. Dies gilt auch für die Wahrnehmung solcher Personenkreise und Familien durch die einfache Bevölkerung, insofern darf also von einem Nachwirken der sowjetischen Propaganda gesprochen werden. Das soziale Risiko wurde demnach zuerst nicht als Risiko für die Familien, sondern als Risiko für die Gesellschaft

12 Lietuvos Respublikos socialinių paslaugų įstatymas [Gesetz der Republik Litauen für soziale Leistungen] v. 18.06.2000, Valstybės žinios 2006 Nr. 17–589 in der einheitlichen Fassung v. 23.05.2025. Nr. X–493.

13 § 2 Abs. 7 des Gesetzes der Republik Litauen für soziale Leistungen.

verstanden. Dennoch wurden diese Familien auch weiterhin in ein bestimmtes Register eingetragen (Abbildung 1), bekamen jedoch nach wie vor keine Unterstützung für ihre Probleme, sondern wurden stattdessen weiterhin lediglich kontrolliert. Die Erwartung war, dass sich die Familien allein durch staatliche Überwachung bessern und „ordentlicher“ verhalten würden.¹⁴

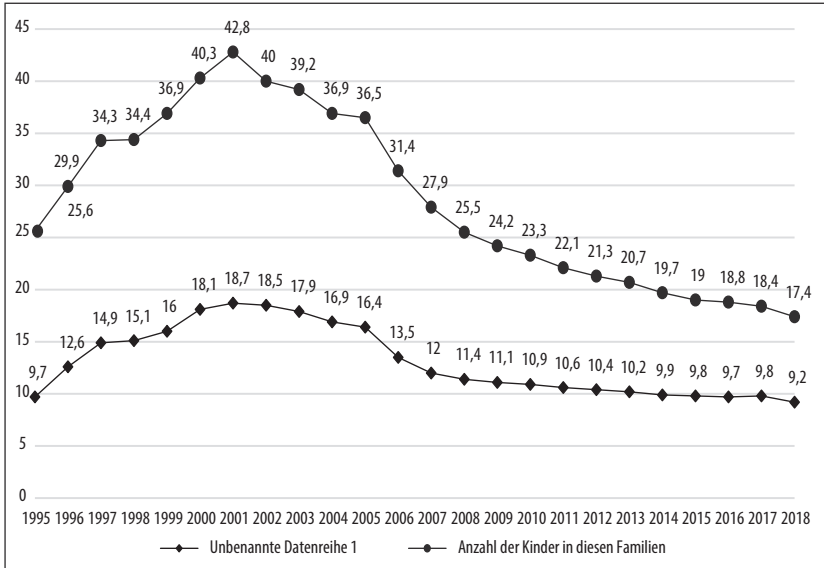


Abbildung 1: Anzahl der Kinder in Familien mit sozialen Schwierigkeiten (Tausende).¹⁵

3. Polizei als wichtiger Träger der angeblichen sozialen Stabilisierung

In der Sowjetunion war die auch als Miliz bezeichnete Polizei nicht nur eine Struktur zur Kontrolle der Strafverfolgung und Ahndung von Straftaten, sondern ihr wurden auch breite Befugnisse in den Bereichen der allgemeinen und speziellen Prävention abweichenden Verhaltens der Bevölkerung erteilt. Bis zum 23.10.2018 gab es in Litauen bei der Polizei eine Abteilung für Jugendangelegenheiten (später „Polizei für Jugendangelegenheiten“ genannt),

¹⁴ G. Sakalauskas/B. Švedaitė-Sakalauskė, Recht auf Sozialarbeit in Litauen?, in: R. Oxenknecht-Witzsch/R. Ernst/M. L. Horlbeck (Hrsg.), Soziale Arbeit und Soziales Recht. Dokumentation des Dies academicus am 19./20. Juni 2008 an der Fachhochschule Köln zu Ehren von Helga Oberloskamp, Köln, 2009, 285 f.

¹⁵ Portal für amtliche Statistik, Number of children in families at social risk at the end of the year, abrufbar unter: <https://osp.stat.gov.lt/statistiniu-rodikliu-analize?hash=9b1ad123-5efb-45a5-ba07-5d7ecf5652ef#/> (zuletzt abgerufen: 26.11.2025).

im Prinzip also eine Jugendaufsicht. Dabei hatten ihre Aufgaben eigentlich keinen gesetzlichen Hintergrund sowie keine gesetzliche Legitimation¹⁶ und waren lediglich in einer Verordnung des Polizeigeneralkommissars festgelegt, welche ein breites Spektrum von Allgemein- und Spezialpräventionen umfasste, und galten, ohne dies zu hinterfragen, als „selbstverständlich“.

Laut dieser Verordnung¹⁷ sollten Polizeibeamte drogenkonsumierende, vagabundierende und bettelnde Kinder erfassen und ihnen bei Bedarf unverzüglich Sozialhilfe gewähren. Außerdem sollten die Beamten den Kinderrechtsschutzämtern Informationen über Schulverweigerer oder informelle Kinder- und Jugendgruppen sowie deren Zusammensetzung und Versammlungs- und Aufenthaltsorte liefern.

Ihr Aufgabenbereich umfasste also auch Tätigkeiten, die man heute eher der Straßensozialarbeit zugeordnet hätte (aktuell gibt es diesbezüglich die ersten Pilotprojekte in Litauen). Außerdem mussten die Polizisten eng mit den Bewährungsbeamten zusammenarbeiten, eine allgemeine Kriminalitätsprävention organisieren und mit anderen Institutionen und Organisationen kooperieren.

Zwar wurde diese Abteilung bei der Polizei Ende 2018 abgeschafft, doch gibt es jetzt erneut Vorschläge seitens der Politik, sie wieder einzuführen, da die angeblich delinquente Jugend keine richtige Kontrolle und staatliche Beaufsichtigung mehr hätte. Dies verdeutlicht, wie lange totalitäre Vorstellungen des Jugendschutzes nachwirken können – selbst Jahrzehnte nach dem Ende des Systems. Insofern muss also festgehalten werden, dass die auch als Miliz bezeichnete Polizei in Litauen lange Zeit eine Art Jugendwächter war und hierbei die Beaufsichtigung und Erziehung der Jugend zur Aufgabe hatte. Inwiefern dies der Jugend geholfen hat, darf wohl mit Recht hinterfragt werden.

4. Zurechnung von Verfehlungen der Kinder an den gesetzlichen Vertreter

Das alte litauische Ordnungswidrigkeitengesetzbuch¹⁸ (OWiGB) von 1985, welches noch bis zum 31.12.2016 in Kraft war, sah laut der sowjetischen Rechtstradition automatisch ein ordnungswidriges Verhalten der Eltern

16 *Oberloskamp* (Fn. 3), 40.

17 *Dėl Viešosios policijos prevencijos padalinio specialisto (nepilnamečių reikalų policijos pareigūno) tarnybinės veiklos aprašo patvirtinimo* [Verordnung über die dienstliche Tätigkeit eines Spezialisten der Präventionsabteilung der öffentlichen Polizei (eines Polizeibeamten für Jugendangelegenheiten)] v. 09.12.2009, *Valstybės žinios* 2009 Nr. 145–6476. Nr. 5–V–893.

18 *Lietuvos Respublikos administracinių teisės pažeidimų kodeksas* [Ordnungswidrigkeitengesetzbuch – OWiGB] v. 13.12.1984, *Vyriausybės žinios* 1985 Nr. 1–1 in der letzten Fassung v. 01.12.2016. Nr. X–4449.

vor, wenn ihre Kinder vom 14. bis zum 16. Lebensjahr (erst dann entsteht eine persönliche Verantwortung) eine Ordnungswidrigkeit begangen hatten. Diesbezüglich kann also von einer Haftungszurechnung zu Lasten der Eltern gesprochen werden. Im Rahmen des Ordnungswidrigkeitenrechts hafteten die Eltern für ihre Kinder also auch bei Drogenbesitz in kleinen Mengen, Verletzung der öffentlichen Ordnung, Trunkenheit in der Öffentlichkeit sowie Alkoholkonsum und Waffenbesitz.

Somit wird deutlich, dass eine weitreichende Zahl von Delikten und Ordnungswidrigkeiten von der Haftungsreichweite dieser Tatbestände umfasst worden ist. Die Eltern wurden auch für jegliche Weigerung, ihre Pflichten gegenüber den Kindern auszuüben, durch Zahlung von Bußgeldern bestraft. Dabei gab es keine staatlichen Angebote zur Hilfe bei der Erziehung. Vielmehr wurde davon ausgegangen, dass alle Eltern die Erziehung von Natur aus beherrschen müssten. Das Unterlassen der naturgegebenen Erziehungspflichten war der Ausgangspunkt des sogenannten „Bußgeldunglücks“. Die Bußgelder sollten die Eltern von sich aus zur Vernunft bringen, eine pädagogische Dimension des staatlichen Handelns wurde indes nicht für notwendig erachtet und trat vollständig hinter den staatlichen Strafanspruch zurück. Am 01.01.2017 trat das neue OwiGB in Kraft,¹⁹ in dem eine solche automatische Bestrafung der Eltern für bestimmte Ordnungswidrigkeiten, begangen durch ihre 14–16-jährigen Kinder, abgeschafft wurde. Im OwiGB²⁰ ist die Nichtanwendung der elterlichen Macht oder deren Anwendung gegen die Interessen des Kindes als Ordnungswidrigkeit bestimmt, welche bei erstmaliger Begehung noch mit einer Verwarnung geahndet wird, bei Wiederholung allerdings bereits zu einer Geldbuße von bis zu 100 Euro führen kann. Demnach können die Eltern also auch noch nach der aktuellen rechtlichen Lage für die Ordnungswidrigkeiten ihrer unmündigen Kinder belangt werden. Dabei muss aber eine Kausalität zwischen der Ordnungswidrigkeit und der Nichtanwendung der elterlichen Macht bewiesen werden. Dieses Kausalitätserfordernis kann als vorteilhaft für die Eltern betrachtet werden.

5. Kein eindeutiges Verbot der Körperstrafen bei der Erziehung in Familien

Zudem soll auch auf die Stellung der Körperstrafen bei der Erziehung von Kindern eingegangen werden, wobei es sich um ein besonders wichtiges und

19 Lietuvos Respublikos administracinių nusižengimų kodeksas [Ordnungswidrigkeitengesetzbuch – OwiGB] v. 25.06.2015, TAR (Gesetzblatt) 2015 Nr. 11216 in der letzten Fassung v. 17.09.2025. Nr. XII–1869.

20 § 73 OwiGB.

für das Kindeswohl auch sensibles Thema handelt. Gemäß dem ZGB²¹ („Inhalt der elterlichen Macht“) werden die Kinder bis zur Volljährigkeit oder Emanzipation von den Eltern durch diese beaufsichtigt. Somit haben die Eltern das Recht und die Pflicht ihre Kinder sittlich zu erziehen sowie sich um ihre Gesundheit zu kümmern und diese für sie zu erhalten und unter Berücksichtigung ihres physischen und geistigen Zustandes günstige Bedingungen für eine vielfältige und harmonische Entwicklung zu schaffen, damit das Kind für ein selbstständiges Leben in der Gesellschaft vorbereitet ist. Eine ähnliche Formulierung ist auch in einem anderen Paragraphen des ZGB²² („Inhalt der persönlichen Rechte und Pflichten der Eltern“) festgelegt.

Kinder sollen ihre Eltern respektieren und angemessen ihren Pflichten nachkommen.²³ Die elterliche Macht darf nicht gegen die Interessen des Kindes angewendet werden.²⁴ Für eine Nichtanwendung oder Verletzung der elterlichen Gewalt werden die Eltern rechtlich zur Verantwortung gezogen.²⁵ In bestimmten Fällen, unter der Berücksichtigung der Kindesinteressen, kann die elterliche Macht vorläufig oder unbefristet eingeschränkt oder ein Kind von den Eltern getrennt werden.²⁶ Dennoch war in keiner dieser (und anderen) Rechtsnormen ein Verbot der körperlichen Züchtigung von Kindern festgelegt. Zwar sieht das litauische Strafgesetzbuch²⁷ eine strafrechtliche Verantwortung für die Verursachung eines physischen Schmerzes oder auch einer geringen Körperverletzung vor, jedoch wurde dieser Paragraph in Fällen körperlicher Züchtigung von Kindern in Familien sehr selten angewandt, da dies als ein Recht der Eltern angesehen wurde, deren Handlungen meistens den (für eine strafrechtliche Verfolgung) notwendigen Schmerzensgrad nicht ausreichend verursachten und so den Straftatbestand nicht erfüllten. Ohne ein eindeutiges rechtliches Verbot körperlicher Strafen gegenüber Kindern kann keine Sensibilisierung für dieses Thema in der Gesellschaft geschaffen werden. Die Forderungen von NGOs und Menschenrechtsorganisationen, die körperliche Züchtigung von Kindern eindeutig zu verbieten, stießen auf politische Gleichgültigkeit und Vorsicht sowie auf Widerstand in

21 § 3.155 ZGB; S. *Aviža*, § 11 Familienrecht, in: J. Galginaitis/A. Himmelreich/ R. Vrubliauskaitė (Hrsg.), Einführung in das litauische Recht, Berlin 2010, 134 ff.

22 § 3.165 Abs. 1 ZGB.

23 § 3.162 ZGB.

24 § 3.159 Abs. 3 ZGB.

25 § 3.159 Abs. 4 ZGB.

26 § 3.160 Abs. 2 ZGB.

27 Lietuvos Respublikos baudžiamasis kodeksas [Strafgesetzbuch] v. 26.09.2000, Valstybės žinios 2000 Nr. 89–2741. Nr. VIII–1968. § 140.

den ultrakonservativen Kreisen, die darin einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Familienleben sahen.²⁸

Insofern wird also deutlich, dass Litauen mit Blick auf das Züchtigungsrecht von Kindern zu dieser Zeit nicht mit einem westeuropäischen Rechtsstaat vollumfänglich gleichgesetzt werden konnte. Vielmehr bestand unter diesem Gesichtspunkt noch erheblicher Nachhol- und Handlungsbedarf. Noch im Jahre 2001 hat der Ausschuss für Kinderrechte der Vereinten Nationen in seinem Bericht über die Lage der Kinderrechte in Litauen ausdrücklich verlangt, die körperliche Züchtigung der Kinder in Familien zu verbieten,²⁹ was aber für 16 Jahre unbeachtet blieb.

6. Fehlende Sozialarbeit und ihre Ursachen

Im gegenwärtigen Sozialstaat ist die Sozialarbeit das wichtigste Instrument im Umgang mit sozialen Problemen. Wie *P. Erath* es treffend anmerkt, erscheint sie als ein Schlüsselkonzept moderner Gesellschaften zur Bearbeitung von Exklusionsrisiken.³⁰ Die Sowjetunion, die Litauen 45 Jahre lang annektiert hatte, galt als „autoritärer Wohlfahrtsstaat“. Die Sowjetbürger waren vor fast allen sozialen Risiken geschützt, alle waren vom Staat (wenn auch minimal) versorgt und in der Logik des Sozialismus brauchte man keinen Beruf, welcher individuell Personen zur Verbesserung ihrer Lebensqualität befähigen würde.³¹ Nach der Wende erbte Litauen nicht nur ein nach den Ideen des Sozialismus aufgebautes Sozialhilfesystem, sondern auch die autoritäre, verstaatlichte und zentralisierte Mentalität der Hilfeleistung, mit der der heutige Beruf der Sozialarbeit in Litauen stark konfrontiert ist.³²

Dennoch entstanden gleich nach der Wende die ersten Universitäten und Fachschulen mit Studiengängen für Sozialarbeit sowie die ersten, im sozialen Bereich tätigen NGOs, welche die Haltung gegenüber der Lösung der sozialen Probleme langsam änderten.³³ Nichtsdestotrotz ist die Sozialarbeit

28 *G. Sakalauskas/L. Ūselė*, Smurto prieš vaikus draudimo socialiniai ir teisiniai aspektai, *Teisės problemos*, 2 (56), 2007, 7–54.

29 *University of Minnesota*, Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child, U. N. Doc. CRC/C/15/Add. 146 (2001), abrufbar unter: <https://www.refworld.org/policy/polrec/crc/2001/en/21714> (zuletzt abgerufen: 26.11.2025), 25, 26.

30 *P. Erath*, Sozialarbeit in Europa. Fachliche Dialoge und transnationale Entwicklungen, Stuttgart 2012, 12.

31 *Sakalauskas/Švedaitė-Sakalauskė* (Fn. 14), 288 f.

32 *Sakalauskas/Švedaitė-Sakalauskė* (Fn. 14), 289.

33 *B. Švedaitė-Sakalauskė*, Vom Kontrollieren des Unkontrollierbaren – Mission impossible der litauischen Sozialarbeit. Könnte der Sinn für den Augenblick eine Befreiung sein?, in: J. Schneider/S. Schm-Schurig (Hrsg.), Vom Sinn für den Augenblick. Erzählungen und Betrachtungen für Harald Wagner zur Emeritierung 2015, Münster 2015, 169 ff.

und Jugendhilfe in Litauen immer noch geprägt von einer niedrigen Professionalisierung sowie einer starken Zentralisierung des Hilfeleistungssystems durch den Staat und einer mangelnden Kompetenz der Verwaltung (Ministerium, Kommunen etc.) bei der Entwicklung einer neuen Kultur der Hilfeleistung im Umgang mit sozialen Problemen.³⁴ Die größte Herausforderung für eine professionelle Sozialarbeit ist immer noch das Fehlen von Grundvertrauen in Institute des öffentlichen Lebens in der Gesellschaft. Dieses Grundvertrauen ist sehr wichtig für eine effektive Jugendhilfe.³⁵ Somit wird deutlich, dass eine bessere Verankerung der Sozialarbeit erfolgen muss, wenn langfristig eine Verbesserung der Ergebnisse erfolgen und die Situation in ganz Litauen verbessert werden soll.

III. Die Reform des Kinderschutzsystems 2017–2018

1. Auslöser für einen neuen Anfang

Im Folgenden soll auf den Auslöser für die Reform des Kinderschutzsystems in den Jahren 2017 bis 2018 eingegangen werden, ein grausames Ereignis, welches große Teile der litauischen Bevölkerung sehr bestürzte. Die seit Langem notwendige große Reform des Kinderschutzsystems wurde durch einen schweren Fall von Gewalt gegen ein Kind, bei dem ein kleiner Junge 135-mal von seiner Mutter und seinem Stiefvater brutal misshandelt wurde und später an seinen Verletzungen starb, eingeleitet.³⁶ Der Vorfall hatte große Wellen in den Medien und in der Gesellschaft geschlagen, weil er deutlich alle Lücken und Nachteile des Kinderschutzsystems aufzeigte. Jahre später wurden beide Erziehungsberechtigten entsprechend zu 16 und 19 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Dennoch gab es weiterhin großen Widerstand gegen die Kinderschutzreform vonseiten verschiedener konservativer und populistischer Kreise, deren Stimmen aber schon viel leiser waren, da die Notwendigkeit einer generellen Reform des Kinderschutzes nicht mehr zu übersehen war.³⁷

Hinzu kommt, dass die Situation für umfangreiche Reformen günstig war, da Ende 2016 in Litauen die Parlamentswahlen stattfanden und kurz vor dem Jahresende die neue Regierung ihre Arbeit angefangen hatte. Die Stelle

34 *Oberloskamp* (Fn. 3), 92–94.

35 *G. Sakalauskas*, Kindertageszentrum im litauischen Dorf als Augenblick der Theorie, der Praxis und der Beziehung, in: *Schneider/Sehm-Schurig* (Fn. 33), 191–199.

36 *Human Rights Monitoring Institute*, Entrüstung über Kinderschutz-Reform in Litauen, abrufbar unter: <https://www.liberties.eu/de/stories/entruestung-ueber-kinderschutz-reform-in-litauen/16262> (zuletzt abgerufen: 12.12.2018).

37 *Human Rights Monitoring Institute* (Fn. 36).

des Ministers für Sozialschutz und Arbeit hatte ein ausgebildeter Sozialarbeiter, der ehemalige Direktor der Caritas im Erzbistum Vilnius *Linas Kukurai-tis*, übernommen, der mit allen systemischen und strukturellen Problemen des Kinderschutzes sehr vertraut war. Dementsprechend wurde ein Reformpaket vorbereitet, das das ganze Kinderschutzsystem in Litauen aufarbeiten sollte.³⁸

2. Die wichtigsten Reformkomponenten

Eine Reform des Kinderschutzes war schon lange überfällig, spätestens aber mit dem Mord des besagten Jungen Anfang 2017 war eine tiefgehende Reform unumgänglich, zudem waren die Schwächen des Systems sowie die Richtungen des notwendigen Wandels des Gesetzes offensichtlich. Die Frage war nur, ob es gelingen würde, die komplexen Probleme effektiv zu lösen und auf wie viel Widerstand die Reform seitens der konservativen Opposition und der Mitarbeiter des Systems stoßen würde. Die Reform bestand aus mehreren Hauptkomponenten. Zuerst wurde eindeutig die körperliche Züchtigung bei der Erziehung in der Familie verboten.³⁹ Das ganze Kinderrechtsschutzsystem wurde zentralisiert. Das bei den Kommunen arbeitende Personal wurde der zentralen Institution des Kinderrechtsschutzamtes⁴⁰ am Ministerium für Sozialschutz und Arbeit untergeordnet. Somit war dies nun eine staatliche und nicht mehr an die Kommunen delegierte Aufgabe. Im Gesetz über die kommunale Selbstverwaltung⁴¹ wurde festgehalten, dass Kommunen nur an Aufgaben des Kinderrechtsschutzes teilnehmen, um präventive Hilfe für ein Kind und seine Familie zu leisten und um Tätigkeiten der Institutionen der Sozial-, Bildungs- und Gesundheitsleistungen und anderer Einrichtungen zu koordinieren. Diese Zentralisierung befähigte das System nach einem einheitlichen Modell und nach einheitlichen Standards zu arbeiten.⁴²

Es wurden klare, notwendige und eindeutige Funktionen der Kinderrechtsschutzämter festgelegt.⁴³ Auf Verletzungen der Kinderrechte sollte schnell

38 *L. Žalimienė/V. Gevorgianienė/D. Petružytė u. a.*, Journal of Public Child Welfare, 2021, 1 ff.; *E. Šumskienė/J. Charenkova/L. Gvaldaitė u. a.*, Wor(l)ds struggle against wor(l)ds: Public discourse around children's removal from families in Lithuania, 2021, 1–19.

39 § 2 Abs. 5, § 24 GGSRK.

40 *Das Staatliche Amt für Kinderrechtsschutz und Adoption*, siehe: <https://vaikoteises.lrv.lt/en/> (zuletzt abgerufen: 30.08.2022).

41 § 6 Alt. 44. GKSv.

42 *Ministry of Social Security and Labor*, Protection of Children Rights, siehe: <https://socmin.lrv.lt/en/activities/family-and-children/protection-of-children-rights/protection-of-children-rights-1/> (zuletzt abgerufen: 26.11.2025).

43 § 50 GGSRK.

reagiert werden, es wurde ein Algorithmus, also eine Vorgehensweise der Ämter und ihrer Mitarbeiter im Fall einer Meldung der Verletzung der Kinderrechte geschaffen. Für die Ausführung der Meldung wurden konkrete Handlungen und Fristen festgelegt. Maximale Koordinierung und Zusammenarbeit verschiedener Institutionen und Organisationen wurde hierdurch implementiert.

Die Tätigkeiten der Kinderrechtsschutzämter wurden rund um die Uhr organisiert. Zuvor war dies eines der größten Probleme, da die Kinderrechtsschutzämter – wie alle üblichen Ämter – nur an normalen Arbeitszeiten erreichbar waren und viele akute Fälle an Wochenenden und Abenden unentdeckt blieben.⁴⁴

Die Inobhutnahme eines Kindes war jetzt nur durch Entscheidungen des Gerichtes möglich, es wurde eine möglichst personalisierte und nicht institutionalisierte Betreuung der Kinder organisiert (Verzicht auf Kinderheime). Auf die Probleme der Kinder, der Eltern und der Familie wurde fallbezogen eingegangen,⁴⁵ mobile Teams reagierten auf akute Fälle. Außerdem wurde eine Möglichkeit der vorläufigen Aufsicht über die Kinder geschaffen.⁴⁶ Es wurden auch klare Anforderungen für die Qualifikation und Kompetenz der Mitarbeiter des Kinderschutzes normiert.⁴⁷

Dieses Reformpaket wurde in verschiedenen Gesetzesänderungen verankert. Allerdings war nicht alles bis zum Ende ausdiskutiert worden. Daher wurden viele Rechtsnormen später noch einmal nachjustiert. Das Reformpaket war eine wichtige und nennenswerte Wende des Kinderschutzsystems in Litauen.

3. Neue Voraussetzungen für die Inobhutnahme und Betreuung eines Kindes

Mit der neuen Regulierung der Inobhutnahme des Kindes sollte einerseits sichergestellt werden, dass mehr Fälle zum Vorschein gelangten, in denen die Kinder in einer unsicheren Umgebung aufwuchsen und andererseits sollte die Situation sorgfältiger geprüft werden, damit Familien eine bessere Hilfe angeboten werden konnte sowie möglichst viele Kinder in ihrer Familie bleiben oder zurückkommen konnten. Hier wird eine deutliche Orientierung am Kindeswohl offensichtlich. Falls eine Wiedervereinigung des Kindes mit seinen Eltern aber unmöglich erschien, oder aber diese nicht dem Wohl des

⁴⁴ *Ministry of Social Security and Labor* (Fn. 42).

⁴⁵ §§ 37–43 GGSRK.

⁴⁶ § 36(4) GGSRK.

⁴⁷ Eine ganze Reihe von Neuerungen im Bereich der Kinderrechte, die in diesem Jahr noch hinzukommen werden, siehe: <https://pertvarka.lt/visas-paketas-naujoviu-vaiko-teisiu-apsaugos-srityje-dar-daugiaus-ju-laukia-siemet/> (zuletzt abgerufen: 26.11.2025).

Kindes dienen würde, sollte möglichst eine persönliche Betreuung organisiert werden (im besten Falle bei den Verwandten), wenn das den Interessen des Kindes nicht widersprach.⁴⁸

Am 28.09.2017 wurde eine neue Fassung des GGSRK mit den Änderungen des ZGB sowie vielen anderen Gesetzesänderungen verabschiedet, die Mitte 2018 in Kraft traten. Am 01.01.2018 traten noch die am 30.03.2017 verabschiedeten Änderungen des ZGB in Kraft. Hierbei sei angemerkt, dass in den nächsten Jahren bestimmte Paragraphen im ZGB mehrmals geändert wurden. So wurde immer nach besseren rechtlichen Konstruktionen gesucht, damit die entstandenen Unstimmigkeiten und Fehler geklärt werden und auf Kritik an der Reform reagiert werden konnte. Dieses legislative Chaos zeigte einerseits eine große Veränderungsenergie, aber andererseits auch eine Vielfalt von Meinungen, wie und was geändert werden sollte und was nicht.

Dabei wurde konkretisiert,⁴⁹ in welchen Fällen eine Anordnung der vorläufigen Betreuung (Fürsorge)⁵⁰ möglich ist. Danach ist eine vorläufige Betreuung immer dann möglich, wenn die Eltern oder das alleinerziehende Elternteil sich nicht um das Kind sorgen, sich für das Kind nicht interessieren, nicht angemessen erziehen, Gewalt anwenden oder auf eine andere Art und Weise die elterliche Macht missbrauchen und deswegen eine Gefahr für die physische, geistige, seelische und moralische Entwicklung oder Sicherheit des Kindes entsteht. Gemäß einer späteren Hauptänderung wurde festgelegt, dass das Kinderrechtsschutzamt in diesem Fall das Kind in Obhut nehmen kann und sich innerhalb von drei Tagen (später ergänzt – in Ausnahmefällen, wenn dies unmöglich ist, innerhalb von fünf Tagen) an das Gericht wenden muss, das eine Erlaubnis für die Inobhutnahme des Kindes erteilt.⁵¹

Eine vorläufige Betreuung wird nach wie vor auf Antrag des Kinderrechtsschutzamtes vom Direktor einer Verwaltung der Kommune innerhalb von drei Tagen angeordnet.⁵² Die frühere Fassung⁵³ enthielt indes keine Fristen für die weiteren Maßnahmen nach deren Ablauf, welche eine Verlängerung der vorläufigen Betreuung, eine Rückgabe des Kindes an die Familie oder einen Antrag auf eine unbefristete Betreuung vorsahen. Nach der neuen Fas-

48 § 3.249 Abs. 1 Alt. 2 ZGB.

49 § 3.254 Alt. 3 ZGB.

50 § 3.251 ZGB wird eine Betreuung für Kinder im Alter von bis zu 14 Jahre angeordnet, eine Fürsorge für 14-jährige und ältere Kinder.

51 § 3.254(1) Abs. 1, 2 ZGB.

52 § 3.262 ZGB.

53 § 3.253 ZGB.

sung⁵⁴ dauert die vorläufige Betreuung – wie früher – nicht länger als zwölf Monate. Wenn die Eltern, für die die Sozialleistungen oder andere komplexe Hilfe geleistet wird, sich Mühe geben, ihr Verhalten zu ändern oder es andere Ursachen gibt, die eine Annahme begründen, welche eine reelle Möglichkeit auf Rückführung des Kindes in seine Familie begründen, kann das Kinderrechtsschutzamt entscheiden, die vorläufige Betreuung bis zu sechs Monaten zu verlängern. Die gesamte Dauer der vorläufigen Betreuung mit darf inklusive Verlängerung 18 Monate nicht überschreiten.⁵⁵

Es wurde auch neu festgelegt, dass ein Vorzugsrecht auf die Betreuung eines Kindes nicht nur die Verwandten haben, sondern auch andere Personen, die durch eine emotionale Beziehung mit dem Kind verbunden sind.⁵⁶ Des Weiteren wurde auch eine neue Form der Betreuung in einem Betreuungszentrum vorgesehen.⁵⁷

Außerdem wurde festgelegt, dass ein Kind ohne Betreuung der Eltern nur in Ausnahmefällen in einer Institution zur Betreuung untergebracht werden darf, wenn keine andere Möglichkeit besteht, das Kind in einer Familie oder einem Betreuungszentrum zu betreuen.⁵⁸

Wurde eine vorläufige Betreuung eines Kindes angeordnet,⁵⁹ dann wendet sich das Kinderrechtsschutzamt innerhalb von 60 Tagen an das Gericht mit einem Antrag, um die elterliche Macht der Eltern (oder eines Elternteils) einzuschränken.⁶⁰ Dies ist lediglich ausgeschlossen, wenn die Eltern (der Vater oder die Mutter) sich bemühen ihr Verhalten zu ändern oder andere Ursachen bestehen, weswegen ein Grund für eine Annahme besteht, dass eine Rückgabe des Kindes in der Familie als real einzuschätzen ist. Nach der alten Regelung konnte eine unbefristete Einschränkung der elterlichen Macht erst dann erfolgen, wenn das Gericht feststellt, dass die Eltern (der Vater oder die Mutter) dem Kind einen besonderen Entwicklungsschaden zugefügt oder sich um das Kind nicht gekümmert haben und von keiner Änderung der Situation auszugehen ist.⁶¹ Dabei bedeutet die vorläufige oder unbefristete Einschränkung der elterlichen Macht die Einhaltung von persönlichen und materiellen Rechten, die aufgrund der Verwandtschaft entstehen und in den Gesetzen festgelegt sind. Den Eltern bleibt dennoch das Recht, das Kind

54 § 3.253 Abs. 2, ZGB.

55 § 3.253 Abs. 2 ZGB.

56 § 3.249 Abs. 1 Alt. 2 ZGB.

57 § 3.252 Abs. 2 Alt. 3 ZGB.

58 § 3.261 Abs. 1 ZGB.

59 § 3.254 Alt. 3 ZGB.

60 § 3.180 Abs. 2 ZGB (nach der neuen Fassung).

61 § 3.180 Abs. 3 ZGB.

weiterhin zu sehen, sofern das den Interessen des Kindes nicht widerspricht. Falls die elterliche Macht unbefristet eingeschränkt wurde, kann das Kind ohne Erlaubnis der Eltern adoptiert werden.⁶²

Eine vorläufige oder unbefristete Einschränkung der elterlichen Macht kann widerrufen werden, wenn bewiesen werden kann, dass die Eltern (der Vater oder die Mutter) ihr Verhalten geändert haben und diese die Möglichkeit besitzen, das Kind weiter zu erziehen, wenn das den Interessen des Kindes nicht widerspricht⁶³ und das Kind noch nicht adoptiert wurde.⁶⁴ Eine unbefristete Einschränkung der elterlichen Macht kann durch eine befristete Einschränkung ersetzt werden.⁶⁵ Das Gericht muss bei der Anordnung der Einschränkung der elterlichen Macht die Meinung des Kindes berücksichtigen, sofern es fähig ist, diese zu formulieren.⁶⁶

Nach der alten Regelung war unklar, wie lange die vorläufige Einschränkung der elterlichen Macht dauern kann. Gemäß der alten Fassung⁶⁷ konnte das Kind zur Adoption freigegeben werden, wenn nach einem Jahr die vorläufige Einschränkung der elterlichen Macht nicht widerrufen worden war. Allerdings sieht eine Norm vor, dass die elterliche Erlaubnis, das Kind zu adoptieren, nur im Fall einer unbefristeten Einschränkung der elterlichen Macht nicht notwendig ist. Das hat also auch die Adoption nach dem Ablauf der befristeten Einschränkung der elterlichen Macht erschwert, weil in diesem Fall eine elterliche Erlaubnis notwendig war.⁶⁸ Die neue Fassung⁶⁹ sieht nun vor, dass sich das Kinderrechtsschutzamt (u. a. auch die Staatsanwaltschaft) nach der rechtskräftigen Anordnung der vorläufigen Einschränkung der elterlichen Macht, an das Gericht mit einem Antrag, die vorläufige Einschränkung der elterlichen Macht zu verlängern oder eine unbefristete Einschränkung anzuordnen, wendet.

4. Klares Verbot der körperlichen Züchtigung

Am 14.02.2017 wurde verabschiedet, dass eine körperliche Züchtigung bei der Erziehung der Kinder in Familien eindeutig verboten ist (eine Woche später traten die Änderungen des GGSRK in Kraft). Dabei wurden körper-

62 § 3.180 Abs. 4 ZGB.

63 § 3.181 Abs. 2 ZGB.

64 § 3.181 Abs. 6 ZGB.

65 § 3.181 Abs. 3 ZGB.

66 § 3.183 Abs. 3 ZGB.

67 § 3.219 Abs. 3 ZGB (nach der alten Fassung).

68 § 3.214 ZGB.

69 § 3.183 Abs. 5 ZGB.

liche Strafen definiert⁷⁰ als jegliche Strafe, bei der physische Kraft zur Verursachung eines – auch kleinen – körperlichen Schmerzes, oder für Qualen eines Kindes angewendet wird.⁷¹ Nach der Definition liegt Gewalt gegen ein Kind vor, wenn durch Handeln oder Unterlassen eine direkte oder indirekte psychische, sexuelle Einwirkung, Nichtbeachten der Ehre und der Würde des Kindes, eine Gefahr für sein Leben, seine Gesundheit oder seine Entwicklung entsteht.⁷² Es wurde die Pflicht des Staates festgelegt, ein Kind von allen möglichen Gewaltformen, inklusive körperlichen Strafen in einer Familie, zu schützen.⁷³ Außerdem wurden auch jegliche Formen der Gewalt gegen ein Kind, inklusive körperliche Strafen, verboten.⁷⁴ Kommt ein Kind seinen Pflichten nicht nach, dann obliegt den Eltern (oder anderen Erziehungsberechtigten) die Möglichkeit der Disziplinierung, mit der Ausnahme von körperlichen Strafen sowie anderer Formen von Gewalt gegen ein Kind.⁷⁵ Somit wurde zum ersten Mal in der litauischen Geschichte die körperliche Züchtigung von Kindern in Familien verboten, trotz einiger Widerstände der ultrakonservativen Kreise.

Noch am 03.08.2001 wurde eine neue Norm formuliert,⁷⁶ nach der die Inobhutnahme eines Kindes in akuten Fällen vorgesehen war. Danach ist eine Inobhutnahme im Rahmen des Möglichen, wenn durch die Eltern (der Vater und die Mutter) oder einen anderen gesetzlichen Vertreter durch Anwendung von Gewalt oder durch eine andere Gefahr für ein Kind, die elterliche Macht missbraucht wird und deswegen eine reelle Gefahr für die Gesundheit oder das Leben des Kindes entsteht. Das Kinderrechtsschutzamt darf zusammen mit der Polizei das Kind unverzüglich den Eltern oder anderen gesetzlichen Vertretern entziehen und übergibt dieses einer Betreuung gemäß dem ZGB. Diese Norm wurde aber selten angewendet, bis die körperliche Züchtigung in Familien nicht eindeutig rechtlich verboten wurde. In 2017 ist die Zahl der in Obhut genommenen Kinder drastisch gestiegen. Wie die Abbildung 2 zeigt, ist auch die Anzahl der registrierten Gewaltfälle in 2017 um ein Vielfaches gestiegen. Dies führte zu Konflikten zwischen Eltern und Mitarbeitern der Kinderrechtsschutzämter. Plötzlich war das ganze Ausmaß des Problems deutlich, mit dem sich teilweise nicht ausreichend geschultes Personal ausei-

70 § 2 Abs. 1 GGSRK (alte Fassung).

71 GGSRK Änderungsgesetz v. 14.02.2017, TAR (Gesetzblatt) 2017 Nr. 2780.

72 § 2 Abs. 2 GGSRK (alte Fassung).

73 § 6 Alt. 9 GGSRK (alte Fassung).

74 § 10 Abs. 2 GGSRK (alte Fassung).

75 § 49 Abs. 1 GGSRK (alte Fassung).

76 § 56 Abs. 3 GGSRK (alte Fassung).

nandersetzen musste.⁷⁷ Nichtsdestotrotz wurde diese Regulierung angeblich wegen einer zu breiten und unklaren Fassung bald wieder geändert.

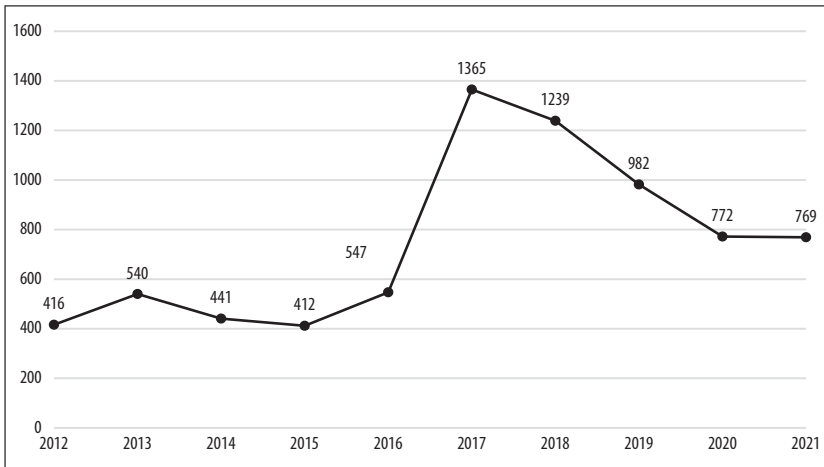


Abbildung 2: Registrierte Fälle von häuslicher Gewalt gegen Kinder in Litauen 2012–2021 (absolut).⁷⁸

5. Eingriffsbefugnisse der Kinderrechtsschutzämter

Die Änderungen des ZGB schafften eine neue Basis für eine akute Inobhutnahme des Kindes und dessen Betreuung. Dabei wurde die Vorgehensweise der Kinderrechtsschutzämter in der neuen Fassung des GGSRK festgelegt. Sie wurde innerhalb von siebeneinhalb Monaten nach den Änderungen, welche die körperliche Züchtigung der Kinder in Familien definiert und verboten hatte, vorbereitet und am 28.09.2017 verabschiedet. Das Gesetz trat aber erst am 01.07.2018 in Kraft. Für litauische Verhältnisse wurde viel Zeit für die Vorbereitung der Umsetzung dieses Gesetzes veranschlagt. Dennoch wurden bereits nach weniger als einem Jahr (am 11.04.2019) durch ein neues Änderungsgesetz wieder mehrere Paragraphen des GGSRK komplett geändert. Nichtsdestotrotz bedeutete die neue Fassung des GGSRK eine Wende für die Arbeit der Kinderrechtsschutzämter in Bezug auf akute Fälle der Gefährdung des Kindeswohls in Familien. Obwohl viele dieser Normen später

⁷⁷ Zum Beispiel kam es in einem Fall vor, dass ein Mitarbeiter des Kinderrechtsschutzamtes einer Neonaziszene angehörte.

⁷⁸ *The Departmental Register of Criminal Offences*, Duomenys apie ikiteisminio tyrimo įstaigose užregistruotus asmenis, nukentėjusius nuo nusikalstamų veikų, susijusių su smurtu artimoje aplinkoje (Forma NUK_DĖL SMURTO-IT), abrufbar unter: https://ird.lt/lt/reports/view_item_datasource?id=10564&datasource=85477 (zuletzt abgerufen: 14.08.2023).

wieder geändert wurden (teilweise auch mehrmals), haben sie das Kinderrechtsschutzsystem auf eine ganz andere Verständnisebene gebracht.

Die neue rechtliche und organisatorische Realität hat nach dem eindeutigen Verbot der Körperstrafen in Familien, zu einem rasanten Anstieg der in Obhut genommenen Kinder geführt. Eines der Hauptziele der neuen Fassung des GGSRK war es, klare Algorithmen für die Vorgehensweise der Kinderrechtsschutzämter in Fällen des Missbrauchs von elterlicher Gewalt festzulegen.

Zunächst wurde betont,⁷⁹ dass für ein Kind das Leben in seiner biologischen Familie oberste Priorität hat. Eine Familie wird als Hauptinstitut für den Kindeschutz und die Hilfe festgesetzt. Ein Kind kann sich vielfältig und harmonisch nur in einer Familie entwickeln, wenn es Liebe, Verständnis sowie Fürsorge und die Verantwortung der Eltern spürt.⁸⁰ Das Kind hat das Recht in seiner biologischen Familie aufzuwachsen, trotz kurzfristiger oder sogar langfristiger sozialer und anderer Probleme der biologischen Familie.⁸¹ Dies war wichtig zu betonen, damit die Familie – und nicht der Staat – Hauptentscheider über das Leben der Kinder bleibt. Erst dann, wenn Risikofaktoren für ein Funktionieren des Kindes in der Sozialumgebung entstanden, sowie mit Beziehungen zwischen Eltern und Kindern verbundene Risikofaktoren entstanden, wurde der Erhalt des Kindes in der Familie priorisiert und musste dem Kind und seiner Familie eine präventive und/oder komplexe Hilfe geleistet werden, damit das Kind weiterhin in der Familie bleiben konnte.⁸² Diese Formulierung wurde als zu weit gefasst angesehen, weil sie angeblich zur unnötigen Wegnahme der Kinder aus den Familien führte. Laut der neuen Fassung, die am 11.04.2019 verabschiedet wurde und am 19.04.2019 in Kraft trat, wurde eine Gefährdungssituation enger definiert. Laut den jetzigen Regulierungen wird der Erhalt des Kindes in der Familie priorisiert und dem Kind und seiner Familie muss eine präventive und/oder komplexe Hilfe geleistet werden, wenn Risikofaktoren für das Kind bestehen, die, um eine reale Gefahr für die physische oder psychische Sicherheit, Gesundheit oder das Leben des Kindes zu vermeiden, ohne Wegnahme des Kindes aus der Familie beseitigt werden können.⁸³

Scheitert jedoch diese Hilfe, wird das Kind aus der Familie genommen und eine vorläufige Betreuung angeordnet und wenn auch dies perspektivlos er-

79 § 33 GGSRK.

80 § 33 Abs. 2 GGSRK.

81 § 33 Abs. 2 GGSRK.

82 § 33 Abs. 5 GGSRK (nach der alten Fassung).

83 § 33 Abs. 5 GGSRK (nach der neuen Fassung).

scheint, wird eine unbefristete Betreuung angeordnet oder das Kind adoptiert.⁸⁴

Nach dem Erhalt der Information über eine mögliche Verletzung der Kinderrechte, muss sich das Kinderrechtsschutzamt unverzüglich (nicht länger als drei Tage – im Falle von Gewalt gegen das Kind binnen sechs Stunden) mit der Meldung vertraut machen und das Kind ohne jegliche äußerliche Beeinträchtigungen treffen, unter Umständen auch ohne die Teilnahme der gesetzlichen Vertreter. Im Folgenden werden die Wohn- und Sozialumgebung sowie die Beziehungen des Kindes zu den Eltern, oder anderen gesetzlichen Vertretern, bewertet. Besteht der Verdacht, dass das Kind Gewalt erlitten hat, wird dieses nach Bedarf von einem Psychologen angehört.⁸⁵ Danach musste das Kinderrechtsschutzamt nach der alten Fassung des GGSRK eine Gefahrenstufe für das Kind einschätzen.⁸⁶ Wenn keine Kindesrechtsverletzung festgestellt werden konnte und keine Gefahr für die Sicherheit des Kindes bestand, wurde der Fall abgeschlossen. Das Gesetz unterschied dabei zwei Gefahrenstufen für das Kind. Die erste Gefahrenstufe bestand, wenn das Kinderrechtsschutzamt keine Gefahr für die Sicherheit, Gesundheit oder das Leben des Kindes annimmt, sondern nur Risikofaktoren für das Funktionieren des Kindes in seiner Sozialumgebung seitens der Eltern oder eines anderen gesetzlichen Vertreters feststellt. Die zweite Gefahrenstufe hingegen bestand dann, wenn eine Gefahr für Sicherheit, Gesundheit oder Leben des Kindes besteht. In der ersten Gefahrenstufe wurde nicht später als am nächsten Tag ein Fallbearbeiter zugeordnet. In der zweiten Gefahrenstufe hingegen wurde das Kind in Inobhutnahme genommen und ebenfalls ein Fallbearbeiter zugeordnet sowie ein mobiles Mitarbeiterteam gebildet. Binnen drei Tagen musste das Kinderrechtsschutzamt sich an das Gericht wenden, damit dieses die Erlaubnis zur Inobhutnahme erteilt. Der Ablauf dieser Fallarbeit wird dabei präzise beschrieben.⁸⁷

6. Rechtswidriges Eingreifen in das Familienleben und Rechtsbehelfe

Die neuen rechtlichen Regulierungen haben ohne Zweifel die Befugnisse der Kinderrechtsschutzämter erweitert, mit dem Ziel, die Kinder besser von der Gewalt in der Familie sowie anderen ungünstigen Bedingungen für die geistige und soziale Entwicklung des Kindes zu schützen. In manchen Fällen ist jedoch die Aufgabe, die Gefahr für diese Entwicklung möglichst objektiv

84 § 33 Abs. 6 GGSRK.

85 § 36 Abs. 1, 2 GGSRK.

86 § 38 GGSRK (nach der alten Fassung).

87 § 37 und § 41 GGSRK.

und rechtmäßig abzuwägen, sehr schwierig. Nach dem Inkrafttreten der ersten Änderungen des GGSRK ist in der zweiten Hälfte des Jahres 2018 die Anzahl der Berichte über eine mögliche Verletzung der Kinderrechte fast auf 15.000 gestiegen.⁸⁸ Im Jahr 2019 ist diese Anzahl auf 32.000, im Jahr 2020 – auf 40.000 gestiegen. In mehr als 50.000 der Fälle wurde aber keine Kinderrechtsverletzung festgestellt. Die Eltern oder andere gesetzliche Vertreter des Kindes können alle Entscheidungen des Kinderrechtsschutzamtes und seiner Mitarbeiter, sowie der Polizei und der anderen staatlichen Behörden beim Gericht anfechten oder sich an den Parlamentsombudsmann für Kinderrechte⁸⁹ wenden.⁹⁰ Im Jahr 2021 hat der Parlamentsombudsmann die meisten Beschwerden eben über die Tätigkeit der Abteilungen des Kinderschutzamtes behandelt – insgesamt 143, in 49 Fällen (34%) wurden die Verletzungen festgestellt.⁹¹ Zweimal weniger Fälle wurden aus den Familien gemeldet und bestätigt. Angesichts der Zehntausenden zu behandelnden Fälle ist diese Anzahl der Verletzungen jedoch sehr gering. Die meisten Verletzungen waren mit Nachlässigkeit bei der Ausübung der Aufgaben des Kinderschutzamtes und nicht mit einem rechtswidrigen Eingreifen verbunden.⁹²

Das intensivste Eingreifen in das Familienleben ist eine Inobhutnahme eines Kindes. Eine Zustimmung des Gerichtes ist in solchen Fällen notwendig.⁹³ Das Verfahren muss schriftlich durchgeführt werden, die gesetzlichen Vertreter des Kindes müssen durch einen Verteidiger unterstützt werden und die Entscheidung des Gerichtes wird unverzüglich vollstreckt.⁹⁴ Sie kann angefochten werden und über die Anfechtung muss innerhalb von 20 Tagen entschieden werden.⁹⁵ Das Gesetz verpflichtet das Kinderschutzamt die Inobhutnahme des Kindes so zu organisieren, um einen Schaden des Kindes möglichst zu vermeiden.⁹⁶ Die Eltern des Kindes oder andere gesetzliche Vertreter haben das Recht, sich während der Inobhutnahme des Kindes an

88 *Ministerium für soziale Sicherheit und Arbeit*, Jahresberichte des Kinderrechtsschutzamtes, abrufbar unter: <https://vaikoteises.lrv.lt/lt/administracine-informacija/ataskaitos/metines-veiklos-ataskaitos/> (zuletzt abgerufen: 26.11.2025).

89 Seit 2000 tätige Institution, deren Aufgaben im Gesetz geregelt sind, siehe: <http://vtaki.lt/en/> (zuletzt abgerufen: 14.08.2023).

90 § 29 Abs. 8, § 36(5) Abs. 3 GGSRK.

91 *Ombudsmann für den Schutz der Rechte des Kindes*, Jahresbericht Parlamentsombudsmann für Kinderrechte, abrufbar unter: <http://vtaki.lt/lt/vtaki-veiklos-sritys/veiklos-ataskaitos> (zuletzt abgerufen: 16.04.2022).

92 *Ministerium für soziale Sicherheit und Arbeit* (Fn. 88).

93 § 3.254(1) Abs. 1, 2 ZGB, § 42 GGSRK.

94 Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas [Zivilprozessordnung – ZPO] v. 28.02.2002, Valskybės žinios 2002 Nr. 36–1340 in der einheitlichen Fassung v. 01.09.2025. Nr. IX–743. § 582.

95 § 582 Abs. 11, § 336 Abs. 3 ZPO.

96 § 36(5) Abs. 6 GGSRK.

dieser zu beteiligen, wenn das den Rechten und den rechtmäßigen Interessen des Kindes entspricht. Wenn sich die Eltern des Kindes oder andere gesetzliche Vertreter wegen der objektiven Umstände während der Inobhutnahme des Kindes nicht beteiligen können, müssen sie unverzüglich am gleichen Tag über die Inobhutnahme des Kindes informiert werden.⁹⁷ Sie haben auch das Recht, eine ausführliche Information über die Möglichkeit der Kommunikation mit dem Kind, sowie über die Voraussetzungen für eine Rückgabe des Kindes zu bekommen. Sie sind aber auch verpflichtet, alle notwendigen Informationen über die speziellen Bedürfnisse des Kindes dem Kinderschutzzamt mitzuteilen.⁹⁸

Laut der Statistiken des Kinderschutzzamtes, erteilen die Gerichte nur in wenigen Fällen keine Erlaubnis für eine Inobhutnahme des Kindes, genauso selten wurden die erteilten Erlaubnisse durch die Eltern der Kinder oder andere gesetzliche Vertreter angefochten. Der Oberste Gerichtshof Litauens hat in seinen Entscheidungen schon mehrmals betont, dass eine Erlaubnis des Gerichtes, ein Kind in Obhut zu nehmen, eine Bestätigung der Vorgehensweise des Kinderschutzzamtes ist, weshalb das Kinderschutzzamt dies sorgfältig und rechtmäßig durchführen muss. Eine außerfamiliäre Betreuung ist kein Selbstzweck und keine Ersatzelternschaft, sondern eine Sozialleistung mit dem Ziel, das Kind in die Familie zurückzuführen.⁹⁹

IV. Spätere Nachbesserungen der rechtlichen Lage

Das GGSRK wurde seit der großen Reform von 2017–2018 bis Mitte 2025 noch vierzehnmal an verschiedenen Stellen geändert.

Zuerst wurde der Begriff der verbotenen körperlichen Züchtigung korrigiert. Sie wurde neudefiniert als Disziplinierung des Kindes, wenn eine physische Handlung zur Verursachung eines – auch geringeren – Schmerzes oder zum physischen Quälen des Kindes oder zur Erniedrigung seiner Ehre und (oder) Würde angewendet wird.¹⁰⁰

Die neue Fassung des GGSRK¹⁰¹ sieht vor, dass das Kinderrechtsschutzamt bei Erachtung der Notwendigkeit die Wegnahme des Kindes wegen einer realen und direkten Gefahr für eine physische oder psychische Sicherheit,

97 § 36(5) Abs. 2 GGSRK.

98 § 36(5) Abs. 4, 5 GGSRK.

99 Entscheidung des Obersten Gerichtshofes Litauens v. 01.04.2020, BYLA E3K-3–182-916/2020.

100 § 2 Abs. 5 GGSRK. GGSRK Änderungsgesetz v. 11.04.2019, TAR (Gesetzblatt) 2019 Nr. 6546.

101 § 36 Abs. 4 GGSRK.

Gesundheit oder das Leben des Kindes anordnet und es unverzüglich aus einer für es unsicheren Umgebung in seine Obhut nimmt.

Die Feststellung einer zweistufigen Gefahr für das Kindeswohl wurde abgeschafft und ausführlich die Notwendigkeit und der Ablauf der Bewertung der Situation des Kindes beschrieben.¹⁰² Falls während dieser Bewertung ein Schutzbedarf des Kindes festgestellt wird, wird dem Kind eine vorläufige Aufsicht zugesichert.¹⁰³ Wenn dies unmöglich erscheint, wird das Kind in Obhut genommen.¹⁰⁴

In Abbildung 3 lässt sich die Anzahl der ihren Eltern oder anderen gesetzlichen Vertretern wegen einer Gefährdung des Kindeswohls (im oben beschriebenen Sinn) weggenommenen Kinder entnehmen. Die Zahl der Betreuungsfälle ist rückläufig, jedoch sind sowohl die Zahl der in Obhut genommenen Kinder als auch die Häufigkeit der vorläufigen Aufsicht gestiegen. Die Statistiken spiegeln die Bemühungen der neuen Politik wider, da diese das Ziel verfolgt, den Kindern und Eltern in schwierigen Beziehungen zuerst Hilfe zu leisten und später über die Betreuung durch andere Personen zu entscheiden.

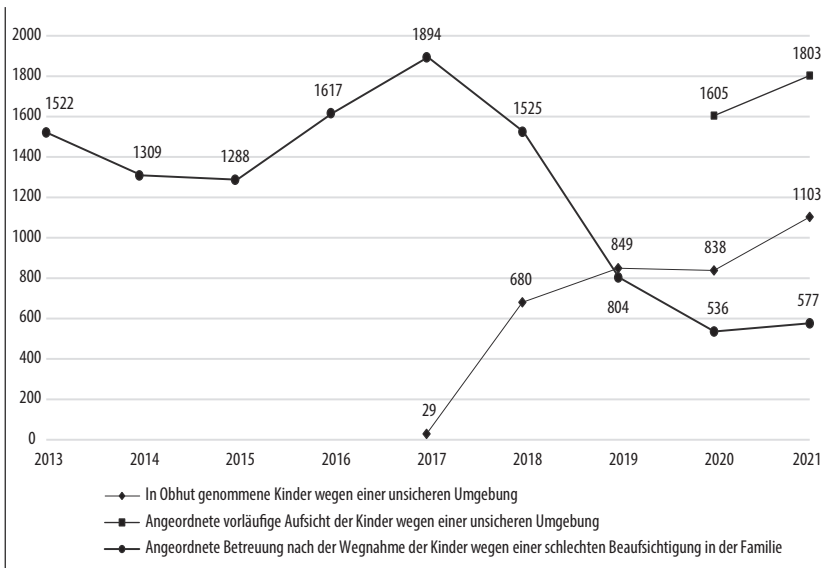


Abbildung 3: Fälle von in Obhut genommenen Kindern wegen Gefährdung des Kindeswohls durch ihre Eltern oder anderen gesetzlichen Vertretern in 2013–2021 (absolut).¹⁰⁵

102 § 36(1) GGSRK.

103 § 36(3), 36(4) GGSRK.

104 § 36(5) GGSRK.

105 *Ministerium für soziale Sicherheit und Arbeit* (Fn. 88).

Es gibt in Litauen leider keine aktuelle wissenschaftliche Forschung über die Praxis der Anwendung der staatlichen Eingriffsbefugnisse in das Familienleben. Das hängt zuallererst damit zusammen, dass Litauen ein kleiner Staat ist und die Anzahl der Wissenschaftler, die zu diesem Thema forschen, vor allem Juristen, sehr gering ist. Nach der Wende sind allgemein zum Thema Sicherung der Kinderrechte nur sehr wenige wissenschaftliche Publikationen erschienen. Andererseits ist die aktuelle rechtliche Lage noch relativ neu und eine komplexe wissenschaftliche Bewertung noch nicht möglich. Die einzelnen Entscheidungen der Gerichte zeigen aber eine sorgfältige Prüfung der Lage der Kinder und ihrer Familien, die sich an den Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs Litauens und des Europäischen Gerichts für Menschenrechte orientieren.¹⁰⁶ Für ein komplexeres Bild der Lage braucht man aber mehr Forschung.

V. Ausblick

Diese kurze Darstellung zeigt, wie schwierig und notwendig die Reformen des Kinderschutzsystems in Litauen waren. Leider hat erst die grausame Gewalt gegen ein Kind, in dem Fall durch die Erziehungsberechtigten, die Politik dazu bewegt, Reformen durchzuführen, obwohl viele Lücken und Unverhältnismäßigkeiten schon seit Langem bekannt waren. Es wird somit abermals deutlich, dass erst immenses Leid große Teile der Öffentlichkeit und der Politik dazu veranlassen, umzudenken und entsprechende Änderungen auch in Gesetzesform zu gießen. Zurzeit gibt es noch keine komplexen empirischen Untersuchungen, die zeigen, was die Reformen gebracht haben, da eine instabile rechtliche Lage das Erforschen erschwert. Zudem ist auch noch nicht genug Zeit vergangen, um belastbare Daten zum Erfolg der Reform zu erheben. Dies wird eine Aufgabe der nächsten Generationen sein. Dennoch erlauben die ersten Einschätzungen von einer neuen Qualität des Kinderschutzsystems zu sprechen, das sich endgültig von seinen totalitären Zügen verabschiedet hat. Die Kinder in Litauen blicken einer besseren und rechtlich abgesicherten Zukunft entgegen.

106 Zum Beispiel: Entscheidung des Bezirksgerichtes Šiauliai v. 03.06.2020, BYLA E2S–501–856/2020.

Parental Alienation in Family Court in Malta and the Lack of State Intervention or Proper Preventative Legislation

Ivan Sammut

I.	The Maltese legal system	305
II.	The Maltese family law.	306
III.	Parental alienation in judicial practice	308
IV.	Parental alienation and the best interest of the child.	312
V.	Child maintenance.	314
VI.	Parental alienation and human rights	315
VII.	A case study – IS and Others v Malta	319
VIII.	The social services	324
IX.	The NGOs	325
X.	The way forward – <i>Quo Vadis?</i>	325
XI.	Conclusion	328

I. The Maltese legal system

Malta has a long legal history tied to continental Europe. This very strong connection was strengthened during the period of the Knights from 1530 to 1798 and continued well beyond the arrival of the British in 1800. When the Maltese Civil Code was first enacted in 1868,¹ the major source of law was the Code de Napoleon. As a result, Maltese substantive private law is based on the Roman/Civil law system. Nevertheless, the British period which lasted more than a century and a half did leave a very strong impact on the Maltese legal order. British influence is mostly found in procedural and administrative law, whereby the Maltese system is much closer to the British common law system than to the continental civil system.

Unlike the common law system, the Maltese legal system is a codified system whereby even though the administrative and procedural law is based on common law, it is yet codified. The Maltese Code of Organisation and

1 Ch 16 the Laws of Malta. <https://legislation.mt/eli/cap/16/eng/pdf> last visited on 25 September 2025

Civil Procedure dates back to 1865.² Although the Laws of Malta include codes as their continental counterpart, common law influence can still be seen as incomplete codification. While a good part of private law is found in the Civil Code and Commercial Code, other laws of private law nature are scattered across various chapters of the more than 600 chapters of laws that make up Maltese law, similar to the laws of England. While the courts adopt the adversarial system similar to common law, the doctrine of precedent, essential for a 'pure' common law system, is absent from Malta.

II. The Maltese family law

Like the rest of Maltese private law, the above influences Maltese family law. In substance, Maltese family law and succession law is close to the civil law system. Regarding marriage law, the Maltese Marriage Act,³ first enacted in 1975, is based on Canon law. Before this date, Canon law was the only marriage law of Malta, and civil law marriage was not possible. Procedural family law has some roots in common law, but there is also strong local input. Regarding conflict of family law rules, like the rest of Maltese private international law, it is based on common law principles. Thus, it can be appreciated that the Maltese family law is a juxtaposition of the two main legal families together, reflecting Maltese legal history and proving an example how common law principles can be intertwined with civil law principles and work as a unitary legal system.

A common theme litigated in any Family Court involving separation/divorce is child access and maintenance. In addition, there is the need to go into child access and separation once parents are split and become the primary carer for whatever reason. As minors are the responsibility of both parents, unless there is a valid reason for a parent to be excluded or one parent is unknown or absent, the secondary parent has a right to have contact with the kid. As the father or the mother contribute less through their time and direct expenses, they have to make up with child maintenance to the primary carer. More important, minors have a right to enjoy and grow up with both parents.

Despite often never-ending litigation, the Family Courts rarely achieve equilibrium. In Malta, it seems custom that when a separation proceeding is filed or when the parties are directed towards a voluntary settlement, the norm is that in a parents' separation, the minors get to reside and live with the

² Ch 12 the Laws of Malta.

³ Ch 255 the Laws of Malta.

mother and the father is assigned some contact hours per week. The number of contact hours can vary from as little as four hours a week, supervised or unsupervised, to as much as a few more hours per week with an occasional sleepover. In many cases, this is not enough, and the court may unintentionally sow the seeds of 'Parental Alienation'. This has been confirmed as a breach of human rights by the ECtHR in Strasbourg in several cases, including *T.M. v Italy*⁴ and *I.S. and Others v Malta*⁵, which will be discussed in further detail below.

'Parental alienation' normally arises in separation and child custody disputes. This concept, sometimes described as a syndrome, was analysed related to the fundamental human right to respect family life. No child desires to be in the middle of marital conflict. Parental alienation arises when a conflict exists between the parents and is formulated and moulded by the alienating parent so that the alienated parent becomes the epitome of such conflict. The child's behaviour starts to mirror the alienating parent's behaviour which grows into unfounded rejection against the alienated parent. A breach of the alienated parent's right to family life arises due to alienation, depriving and jeopardising the relationship between the alienated parent and their child.

Psychiatrist Gardner introduced the term 'Parental Alienation Syndrome' (PAS) in 1985 as a condition from which a child in a custody dispute may suffer. In many cases, excessive brainwashing results from parents' bickering against each other leads to noticeable PAS symptoms displayed by the child or children.⁶ Common scenarios where PAS instances may arise include refusing to speak about or speaking negatively about the other parent in the child or children's presence or, for example, using the child as a message-bearer.⁷ In certain cases, PAS takes the form of more complex formats to ingrain the idea that the other parent does not have the child's best interest at heart or is not interested in the child's welfare. These factors kick-start a trail of rejection towards the other parent, leading to detrimental consequences if instilled at a young age. This may lead to irreversible harm both to the child and parent, and the relationship between the two may be destroyed.

The court's obligation to identify the true reason behind a child's resistance is crucial to detect parental alienation cases early and eliminate the possibility that such resistance would lead to PAS. There is no set procedure for how

4 App no 29786/19 (ECtHR, 7 October 2021).

5 App no 9410/20 (ECtHR, 18 March 2021).

6 LJ Gottlieb, *The PAS: A Family Therapy and Collaborative Systems Approach to Amelioration* (Springfield, IL 2012) 3.

7 SS Clawar, BV Rivlin, *Children Held Hostage: Identifying Brainwashed Children, Presenting a Case, and Crafting Solutions* (Chicago 2013) 16–24.

this is determined. The judge appoints a freelance expert on psychology or child therapy in practice. It is up to the expert to determine whether there is parental alienation or not. The expert writes a report and is presented to the court. It will be up to the expert of the interested parties to convince the judge that this is a case of parental alienation and the necessary steps/therapy apply. Once detected, it should be addressed accordingly to maintain family ties. It hinders the possibility of a healthy relationship between a parent, and a child, resulting in a breach of the parent's right to family life.

Reference can be made to art 9 (3) CRC, which provides that state parties are to respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents regularly, as long as this is not contrary to the child's best interest. The right to respect family life with a child within art 8 (1) encompasses the child's right to have contact. This right can be interfered with if justified under art 8 (2) to protect the rights and freedoms of others. The current approach of the ECtHR held that 'where there is a clash between the interests of children and adults, the special weight will be attached to the interest of children.'⁸ According to the ECtHR, the children's views will carry considerable weight and justify not ordering contacts. However, the parties' competing rights must be carefully analysed, and the genuineness of the child's views must be ascertained on a case-by-case basis.⁹

This paper analyses these concepts from the point of view of the Maltese legal system and the Family Court in Malta. First, it depicts the Maltese Family Court situation, underlying how one may conclude that certain practices and procedures in Malta infringe art 8 of the ECHR. The following section deals with parental alienation and human rights. Then through a study of a case by the ECtHR against Malta, the paper explains the hot issues that need to be addressed so that the Maltese Family Court falls in line with the ECHR. The paper's final part concludes with recommendations for Malta to be in line with the ECHR. In this paper, Malta is taken as a microcosm of many European Family Courts who also face similar challenges to be in line with human rights regarding child access and maintenance.

III. Parental alienation in judicial practice

Child access and child maintenance are either agreed upon by the parties through a public deed approved by the Family Court, or the Family Court

⁸ S Choudhry, J Herring, *European Human Rights and Family Law* (Oxford 2010) 234.

⁹ Choudhry, Herring, *European Human Rights...*, 245.

determines them in case of disagreement. In the cases when the Family Court determines them, often the Family Court decides in-camera, and they are only subject to an appeal at the end of proceedings, which may be years if not decades away. However, under the Maltese civil procedure applicable here, interlocutory decrees, in general, can be appealed at the end of proceedings. Hence interlocutory decrees on maintenance and child access cannot be appealed. Of course, one may submit another application for reconsideration at any point, but this is processed by the same judge making a different result less likely. If the case drags for years, then appeals become academic. In the meantime, a party can ask the Family Court to vary the terms or conditions of maintenance and child access. Enforcement often happens through the Magistrate's Courts of Criminal Judicature.¹⁰

Malta's family law regime may look standard and simple. When looking at the law, one would certainly not think of human rights infringements. The problem is not necessarily the law but rather how the law is implemented, interpreted, and enforced in practice. A good way of analysing the compatibility of Maltese family law, a potential human rights violation, would be to look at a typical separation process involving minors.

Before filing an application for the contentious separation, one needs to start a mediation process. The objective of the mediation process is to try and bring the couple together, and if this is not possible, try to guide the couple to a mutual agreement of separation. In practice, this does not work because by the time a couple files for mediation, they would have already decided that they want to separate. The mediation process informs the couple about the standard procedures involving separation. The mediators are not necessarily well trained in issues dealing with kids with little or no knowledge about Parental Alienation. The mediators and the lawyers make little attempt to depart from standard practices that every separation involving children must include maintenance for the kids, normally around 200–300 euros per child per month to be paid by the father to the mother and access time to the father. While shared parenting is not against the law, it is rarely recommended. Sometimes, even if the parties agree to it, the lawyers, mediators, and the judge will not accept a mutual agreement unless there are clauses involving maintenance and child access. This is a matter of conservative culture in the Family Court. Culture changes, and there are a few occasions where this is not followed. It takes time to change customs. It is normal that while both parents have joint legal custody, the mother is effectively granted *de facto* custody of the kids, with the father given a few hours a week

10 Art 338(II) Criminal Code in case of lack of child access and art 338(z) Criminal Code in child maintenance, ch 9 the Laws of Malta <<https://legislation.mt/>> accessed 14 May 2023.

for child access. Often this decision is based on gender without the judge even knowing the parties. Here, one can potentially observe infringement of art 14 ECHR. Decisions regarding kids and non-payment of maintenance are often made upon stereotyping gender-based issues without actual analysis of the family's current situation. So this is possible discrimination based on gender. Yet there has been no successful legal challenge to date. While breaches in human rights at the Family Court are not uncommon, only one case has reached the ECtHR. Often parties would be exhausted to mount further legal challenges, and costs could be exhaustive. However, hopefully, this is a case of pleasures yet to come.

When one files an application for actual separation litigation following the end of mediation, the process starts showing indications that in no way does it satisfy the basic criteria of a fair civil trial as protected by art 6 ECHR. Once an application is filed, it may take up to five months or even more for the first hearing to happen. While the Family Court regulations encourage the process to be wrapped up as soon as possible, it is common that between sitting and other months may pass. Sometimes it is as short as two months, and sometimes it is much more than six months; even a year may pass. In the meantime, the temporary decrees that may regulate maintenance and access may become *de facto* permanent. This length and proceedings are the lack of human resources, lack of training Family Court judges, and the potential abuse of some lawyers. Some lawyers may abuse the system by treating kids as objects. For example, sometimes mothers are encouraged to withhold access to the father of their children to get a better maintenance deal or to punish the father for failing to pay maintenance. While this is strictly illegal, it does happen, and this information can be obtained from NGOs who work in this field.

Throughout the proceedings and between the sittings, one can file an unlimited number of applications with child access and maintenance requests. When one files an application, the Family Court rightly orders notification to the other party to reply. But here is a catch: the only way to notify the other party is through a court marshal or by registered post posted by a court marshal. While that may take a few days up to a month to happen, if the other party is not found, the process has to start again. As there is no other way of notifying the other party and electronic notifications are not allowed, the notification can take up to a few days if you are lucky. It can take months and months if you are unlucky. Hence, while notifying the other party is essential to comply with art 6 ECHR, the length of time it may take and *de facto* impossibility in some cases of notifying the other party could still infringe on art 6. Therefore, appeals from these interlocutory decrees are

not technically possible. However, one can always file a plea for reconsideration through a new application. According to the Maltese civil procedure, pleas for reconsideration are always decided by the same judge, so something that might have been intended to be a temporary measure may end up being a long-term measure, and the injured party may not have access to a court of appeal. Moreover, the Family Court is made up of one judge who is a lawyer by training with often no knowledge of the family's legal issues. For example, the judge often does not know how to handle parental alienation cases; hence this is a fertile ground for human rights infringement in family law litigation.

Enforcement can happen through art 338 of the Maltese Criminal Code.¹¹ This is a very long provision dealing with contraventions against public order. In a list of more than forty contraventions in provision z, one finds as a contravention the non-payment of maintenance, while in provision (ll), one finds another contravention when a parent refuses access of a child to the other parent. One may argue that art 338(ll) of the Maltese Criminal Code also breaches art 8 ECHR for the following reasons. First, the law does not give the court/state sufficient powers to ensure access compliance in line with the requirements of art 8. The punishment awarded for breach of art 338(ll) is the same as the punishment awarded for contraventions.¹² For a potential parent, he/she has to resort to this provision to enforce child access is a double-edged sword. First, the objective of a reasonable parent is to reunite with their children and not to send the estranged partner to prison. The children also need their other parents. Second, if the parent is fined, the complainant may end up paying half the fine if the community of acquiesces between the spouses may still be in force. Third, even at the end of the criminal process, there is no mechanism to make up for the time lost with the kids or stop the subsequent violation of the court's child access orders. Hence the use of art 338(ll) is neither in the complainant's interest nor in the interest of the other minor applicants. Yet it is the only 'remedy' provided by law with hands tied to use it.

The same applies to the other end of the provision dealing with maintenance.¹³ This may also breach art 8 as it attracts the same punishment and issues as that provision on the lack of child access. In this case, maintenance could be used in parent alienation to finance parental alienation. Hence, the

11 Ch 9 the Laws of Malta <<https://legislation.mt/>> accessed 14 May 2023.

12 Art 7(2) Criminal Code, namely: (a) detention; whereby detained persons are to be detained in prison and unless otherwise provided detention shall not exceed two months; (b) fine (*ammenda*); (c) reprimand or admonition.

13 Art 338(z) Criminal Code.

alienated parent has Hobson's choice to stop financing psychological violence and risk detention or further financing psychological violence against the minors. Therefore, it goes against the interest of all the parties. Hence, one may argue that art 338(z) and (ll) of the Maltese Criminal Code, in case of severe Parental Alienation, the said provisions constitute a violation of art 8 ECHR. Hence, Malta may need to amend and improve its legislation in this regard.

CRC states that: 'in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.'¹⁴ From the wording of this article, it can be concluded that although the child's best interest is not the only consideration that should be considered, this principle holds a great amount of influence. This doctrine poses a great challenge and is not a simple task for the courts to decide upon, more so when there is no universal definition or specification of what should be considered when deciding on this principle.

IV. Parental alienation and the best interest of the child

The replacement of the 'tender years' doctrine with the 'best interest of the child' principle disregards gender when deciding custody disputes and hence, focuses on the parenting capacity the parents' exhibit. This international principle prioritising the child's best interests is also the deciding factor for custody disputes in the Maltese scenario. The Roman law belief of the father's *patria potestas* was eventually phased out, and maternal preference was introduced, bringing about the 'tender years' doctrine. This meant that the mother was viewed as the best suited to take care of children as primary carer and the father as the breadwinner. However, when the amendments to the Civil Code were introduced by Act No XXI of 1993, both spouses were provided with equal rights.¹⁵ The fundamental principle of the child's best interests was the basis upon which custody disputes are decided, although not provided with a definition of this principle in local legislation. In its fourth report of the eleventh legislature, the Social Affairs Committee underlined the importance that both parents exercise child access in separation proceedings. Further, it stressed that adults' anger, jealousy, and selfishness have to be avoided because the child's interests are the main priority.¹⁶ In the case of

14 Art 3 Universal Declaration of Human Rights, UN General Assembly Res 217 A(III), 1948.

15 Amending ch 16 the Laws of Malta, ie the Civil Code.

16 The Fourth Report of the Eleventh Legislature 'The Role of the Father and the Family: Why the role of the father is unique and should be appreciated more; The effects of fatherlessness

Darmanin v Cassar,¹⁷ the court affirmed that when deciding on the care and custody of minors, it shall not be constrained by the merits and demerits of the parties but should solely focus on the child's best interests.

After a recommendation back in 2001, Legal Notice 397 of 2003¹⁸ was introduced stipulating that the children's advocate represents the interests of minor children. This legislation stated that¹⁹ the Minister is to appoint a panel of experts, i.e. children's advocates, who shall be experts in family law and in possession of a warrant to practise as advocates.²⁰ The children's advocate is bound to act impartially and faithfully and appointed at the court's discretion, following a request by the mediator or either of the spouses to safeguard the children's interests.²¹ The mediator listens to the children's views, the parties, and the children's advocate throughout the mediation procedure.²² When the parties reach an agreement during mediation, the children's advocate has the right to disclose any observations and may also be heard before the judge approves any such agreement.²³ Therefore, a children's advocate in Malta must disclose the views of the child to the court and advise the court on their views when it comes to the best interests of the child. At the end of the court process, the child advocate must also describe the judge's decision to the child.²⁴

The Minor Protection (Alternative Care) Act,²⁵ ch 602 of the Laws of Malta, lists a limited number of duties that the children's advocate has, including that of providing legal advice and assistance to the child, establishing and presenting the child's views before any court or authority and to provide the child with explanations and relevant information when such child is deemed to have sufficient understanding.²⁶ Art 25 also states that: 'the children's advocate shall receive such relevant training as from time to time may be

on children' (Standing Committee on Social Affairs, December 2009) 10 <<https://www.parliament.mt/media/82992/report-no-4-l-effetti-tan-nuqqas-tal-missier.pdf>> accessed 14 May 2023.

17 Court of Appeal (117/2009/1), 31 October 2004 <<https://ecourts.gov.mt/online-services/Judgements/Details?JudgementId=0&CaseJudgementId=90625>> accessed 14 May 2023.

18 Special Legislation, 12.20.

19 Code of Organisation and Civil Procedure, ch 12 the Laws of Malta.

20 (n 73) reg 3 (1)(b).

21 Reg 4 (3).

22 Reg 4 (6).

23 Reg 4 (9), (10).

24 R Farrugia, 'Achievements in taking children's rights further in civil justice', *Compilation of texts related to child-friendly justice* (Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, Council of Europe 2009) 53.

25 Ch 602 the Laws of Malta.

26 Ch 602 the Laws of Malta, Art 25 (1).

prescribed by regulations made by the Minister responsible for Justice to effectively represent and ascertain the views and wishes of the child.²⁷

Local legislation does not currently set the specific duties and required training or qualifications that a children's advocate should possess, and this area is quite vague. When applying for the role of a children's advocate, a selection board considers certain criteria of qualifications: the possession of a law degree and a warrant to practice as an advocate, practical experience for a minimum of three years, any additional qualifications, the level of relevant knowledge and skill and the candidate's experience in the field. However, the children's advocate often bases their decisions solely on one meeting with the child in practice. This is arguably insufficient to detect severe underlying problems, such as PAS. Nor does the children's advocate hold the necessary training to detect such complex behaviours. Hence, this lacuna, especially at a vital stage such as mediation, stresses the need for a clear-cut description of such an advocate's duties and the method these duties should be carried out.

In the judgment of *Vella et. v A. G. et.*,²⁸ the court declared that the children's advocate's report should be accessible to the parties, as in this particular case, it resulted that from such a report, the child was disallowed to have contact with the mother's partner without the parties to the dispute being heard. Furthermore, the Final Report of the Commission on Holistic Reform in the Field of Justice (Measure 272) scrutinised the fact that children's lawyers lack the required knowledge and training to identify cases of Parental Alienation, and the nomination of social workers often does not improve such identification because of announced visits and few interviews before finalising their report. This report also addressed the delay involved in such cases, which would be eliminated if in-house experts and two novel panels assisted the Family Court at the court's disposal: one of which would feature social workers and another composed of child psychologists.

V. Child maintenance

Maintenance is defined in art 19 of the Maltese Civil Code to include food, clothing, health and habitation. Moreover, art 19(2) mentions health and education expenses in the case of child maintenance. This is not an exhaustive section of the law since it contains 'include'. Health is repeated twice in the

27 Ch 602 the Laws of Malta, art 25 (2).

28 First Hall Civil Court (Constitutional Jurisdiction) (62/2016), 30 May 2019 <<https://ecourts.gov.mt/online-services/Judgements/Details?JudgementId=0&CaseJudgementId=117075>> accessed 12 May 2023.

case of child maintenance which highlights its significance. This provision, therefore, gives the basic minimal acceptable standard of what maintenance is. However, despite the direct expenses mentioned in art 19 of the Civil Code, raising a child often includes other aspects which are not considered in law. These costs are obscure in law since it is difficult to quantify or because they are a matter of love and obligation, not personal choice or arm's-length bargaining. Moreover, the Family Court has held that services such as the payment of water, electricity, telephone and internet are crucial necessities for both the wife and the children, most importantly for the latter's education.

The duty to award child maintenance belongs to each parent irrespective of spouses or partners. The court has stated that the same rules regulating maintenance obligations apply to both married parents and those who had never married. In another case, the court states that Maltese law does not distinguish between married and unmarried couples' children. Moreover, the parents have the same obligations towards their children, so both should contribute to their upbringing. This is reflected in the law, which stipulates that both spouses are equal and have the same responsibilities.

Child maintenance is based on these three purposes, including the protection of the wellbeing of the child, who is the beneficiary of the child support, since family income has a positive effect on children's cognitive outcomes and socioeconomic status.²⁹ The second purpose is the obligation of both parents to contribute adequate support even though there might be a primary custodian. Finally, the 'gross disparity component' since child maintenance is meant to lessen the gap between the payer of the maintenance and the child who is the maintenance receiver. Moreover, parenthood consists of a vertical relationship between the adult and the child and a horizontal relationship between adults who share parenthood. The 'clean break' ideology characterises the split in the horizontal relationship. However, this ideology is not applied to the relationship of the parent and the child since there is continuity in the latter relationship, irrespective of the breakdown of the parental relationship.³⁰

VI. Parental alienation and human rights

Psychiatrist Richard Gardner introduced the term 'PAS' in 1985 as a condition from which a child in a custody dispute may suffer. In many cases,

29 IM Ellman, T O'Toole Ellman, 'The Theory of Child Support', *Harvard Journal on Legislation* 45(1) (2008) 110–146.

30 Ellman, O'Toole Ellman, 'The Theory of Child Support'.

results from excessive brainwashing due to parents' bickering against each other lead to noticeable PAS symptoms in the child or children.³¹ Common scenarios where instances of PAS may arise include refusing to speak about or speaking negatively about the other parent in the presence of the child or children or, for example, using the child as a message-bearer.³² In certain cases, PAS takes the form of more complex formats to ingrain the idea that the other parent does not have the child's best interest at heart or is not interested in the child's welfare. These factors kick-start a trail of rejection towards the other parent, leading to detrimental consequences if instilled at a young age. This may lead to irreversible harm both to the child and parent, and the relationship between the two may be destroyed. Gardner believes that three types of PAS exist:

1. Mild: Alienation is to a certain extent frivolous, as the child cooperates with visitation albeit being unhappy and at times fault-finding;
2. Moderate: a more contemptuous attitude is present in the child who repeatedly plays a role in the so-called 'campaign of denigration against the alienated parent'; and
3. Severe: which makes it impossible for visitation due to the antagonistic attitude of the children.³³

Even though most cases may fit under more than one classification, differentiating between the three types is crucial because a different approach to each type of PAS would be warranted. Gardner proposed that the primary custody remains with the preferred parent in mild and moderate cases. In moderate cases, he proposed two options: either that the court appoints a Parent Alienation Specialist therapist and sanctions may be ordered for violations or the alienating parent is allowed restricted visitation and, where necessary, under supervision. When it comes to severe cases, a transfer of primary custody to the alienated parent and a court-ordered transitional site program by a therapist is recommended.³⁴

Parental Alienation³⁵ is a campaign of denigration which turns parents 'who were once loved and valued, seemingly overnight, become hated and feared.'³⁶ This often happens so rapidly that the targeted parent cannot be-

31 Gottlieb, *The PAS...*, 3.

32 Clawar, Rivlin, 'Children Held Hostage...', 16–24.

33 RA Gardner, 'Recommendations for Dealing with parents who induce a PAS in their children', *Journal of Divorce & Remarriage* 28(3/4) (1998) 2.

34 Gardner, 'Recommendations...', 5.

35 Gottlieb, *The PAS...*

36 AJL Baker, DC Darnall, 'A Construct Study of the Eight Symptoms of Severe Parental Alienation Syndrome: A Survey of Parental Experiences', *Journal of Divorce & Remarriage* 41(1/2) (2007) 56.

lieve or comprehend how his or her child turned from a loving and caring child to a spiteful one. The child usually wipes out the entire history of their previous relationship with the alienated parent. This campaign includes a display of verbally abusive, angry and hostilely rejecting behaviour from the child towards the targeted parent.

The reasons the child gives for exhibiting such a behaviour are indeed weak, frivolous and absurd; There exists the belief that the alienating parent is perfect in all aspects and the alienated parent does not have one single good characteristic.

The 'independent thinker' phenomenon is the assertion that the child is truly saying how they feel when it is clear that it is coming from somewhere else; The child with PAS exhibits a high extent of reflexive support towards the alienating parent which is automatic, even if unreasonable; An absence of guilt over cruelty or exploitation of the alienated parent shows the lack of humanity that a child is reasonably expected to display towards any human being, moreover when the cruelty is directed towards the child's parent; The presence of borrowed scenarios taken by the child from the alienating parent due to the exposure and repetitiveness of the instigator against the targeted parent, are evident. Due to the level of brainwashing a child suffering from PAS is exposed to, such repeated statements or events will be uttered by the minor, even if the child does not necessarily understand or know what they are saying. The spread of hatred extends to the friends and/or extended family of the alienated parent.

The above has been taken into account by the ECtHR in several cases. The Grand Chamber established its line of thought in the case of *Elsholz v Germany*.³⁷ This was the first case referring to PAS even though no assessment of the syndrome was made. During court hearings, the child used 'nasty' or 'stupid' to describe his father and expressed reluctance to meet him. Other incidents, such as scaring the child by running away when meeting the father by accident, clearly exhibited the mother's programming of the child against his father, rendering the child a victim of PAS. This would have been proven had a report been produced. This omission, along with the child's lack of contact with both parents, breached both the father's and the child's interests. The court accepted the claim that art 8 had been breached and awarded damages favouring the father.

*Kosmopoulou v Greece*³⁸ stressed that even though the parents' relationship has deteriorated and domestic measures have disrupted the enjoyment of the

37 App no 25735/94 (ECtHR, 13 July 2000).

38 App no 60457/00 (ECtHR First Section, 5 May 2004).

right contained in art 8 ECHR, the mutual enjoyment of both the parents' company and the child remains one of the fundamental elements of family life. In the case of *Jansen v Norway*,³⁹ the court underlined the importance of examining the 'long-term effects which a permanent separation of a child from her natural mother might have'.⁴⁰

In the ground-breaking case of *G. B. v Lithuania*,⁴¹ Judges Sajó and Motoc contended that the children were alienated from their mother in their dissenting opinions. This violated art 8 of the ECHR. The domestic authorities did not consider that the children suffered from PAS as extracted from the main psychological assessment. These two judges claim that the ECtHR should examine whether PAS is present due to Gardner's theory on PAS's increasing popularity. If so, an assessment should be made on its consequences on children's development. Moreover, Sajó and Motoc underline the positive obligation that the authorities have to inhibit the development of this syndrome and that they are obliged to restrict the conditions, which, if present in certain circumstances, could lead to the development of PAS.

In another ground-breaking case of *I. S. and Others v Malta*,⁴² the ECtHR reiterates that establishing contact may require preparatory or phased measures. The cooperation and understanding of all concerned will always be an important ingredient. However, a lack of cooperation between separated parents is not a circumstance that can, by itself, exempt the authorities from their positive obligations under art 8. Rather, it imposes on the authorities an obligation to take measures to reconcile the parties' conflicting interests, keeping in mind the child's best interests as a primary consideration. The court finds it important to reiterate that while its case-law requires children's views to be taken into account, those views are not necessarily immutable, and their objections, which must be given due weight, are not necessarily sufficient to override the parents' interests, especially in having regular contact with their child. A child's right to express their own views should not be interpreted as effectively giving unconditional veto power to children without any other factors being considered. An examination is carried out to determine their best interests. This case is analysed in further detail regarding Malta below.

39 App no 2622/16 (ECtHR Fifth Section, 6 September 2018).

40 Farrugia, 'Achievements...'

41 App no 36137/13 (ECtHR Fourth Section, 19 January 2016).

42 App no 9410/20 (ECtHR First Section, 18 March 2021).

VII. A case study – *IS and Others v Malta*

The Maltese Family Court system is like a small club of people who have been part of the system for a long time and have learned to respect the system's rules, customs, and limitations. As a city of a little over half a million, Malta sees around 500 cases in the Family Court system a year though the number is on the increase. As a result, potential human rights abuses may be widespread, though these result more through how the system works than the substantive family law itself. It is not common for lawyers to challenge the system in higher courts. Most lawyers prefer to play within the system. As a small club with three full-time judges presiding over the Family Court, some lawyers feel that taking the matter to Constitutional Courts may not necessarily help their clients in the long run. There is the feeling that one should respect the judges by not putting them in an awkward situation and not offend them personally. In any case, a lawyer would probably have multiple cases before the same judge, so maintaining respect is essential to ensure no backstabbing in future cases. As a result of this subservient culture, human rights challenges have been very limited to issues relating mainly to maintenance calculation and the length of child access time. There have been no human rights cases involving Parental Alienation, a concept which is still very novice in the Maltese Family Courts with little recognition among the lawyers and judges. The case of *I. S. and Others v Malta* (application 9410/20), decided by the ECtHR, stands out as it is the first case from Malta dealing with family law issues that made it all the way to the ECtHR. A brief analysis of this case serves as a microcosm of the potential Human Rights issues that may exist in the Maltese Family Court system.

In this case, the applicants were a father and his four minor daughters, ages 4 to 12. He did not have consistent contact with them for well over 40 months. Various court reports prove that there was no objective and valid reason for no normal access and relationship between the father and daughters. Before filing the lawsuit, the mediation process had only provided the father five hours a week and ordered him to pay hefty maintenance and school expenses. This is practically insufficient time to maintain a healthy relationship. Notwithstanding numerous court decrees by the Family Court that granted the supervised token access, no access ever worked as the Family Court left the mother with no consequences if access does not happen. The Family Court and the enforcement mechanism by the Court of Magistrates (criminal judicature) prove ineffective. After more than three years of litigation and over 30 criminal litigation cases (for enforcement of child access)

which were deferred on an eternal basis and even if they are not, the remedy at law is ineffective, the applicants were still not in a position to enjoy family life and have a fair hearing with an effective remedy in due time. The minor daughter barely knew her father even though the father lived less than 20 km away from the minor and her siblings and their mother.

The family in question had been legally married for more than a decade, but the marriage broke down. Still, in an orderly fashion and the kids' best interest, the father had to leave the matrimonial home given the poisoned atmosphere he found himself in. The consensual separation proved elusive as the wife wanted sole legal custody of the kids with minimal father access with his children. There was no choice but to go to the Family Court, and the so-called mediation exercise proved to be a joke, and nothing was done as the mediator felt that the marriage was irreparable. The last decent contact between the father and the children was nearly four years before the father filed his case in the ECtHR, when he was still at home with the kids. The Family Court and the enforcement proceedings provided by law proved elusive and ineffectual. What started as a bond obstruction between the father and the kids soon evolved into severe Parental Alienation as the Family Court acted slowly or did not act. The Family Court did not follow some of the recommendations of its experts, enforcement mechanisms, and the law regulating it proved ineffectual. The experts were independent freelance experts in child psychology. Maltese courts do not employ experts but appoint independent freelance experts to report to them. These experts are paid by the parties themselves as determined by the court. Finally, Parental Alienation evolved into *de facto* 'court alienation' when after the Family Court learned that the applicants exercised their civic right by filing a constitutional case in the local Constitutional Court, the Family Court refused to act and abandoned its duty, initially by doing nothing and then by doing very little. The judgment from the ECtHR has recognised this as the Maltese Family Court failed to act. As a result, the father and kids could not enjoy their family rights as protected by art 8 ECHR and were denied an effective remedy and hearing as provided by art 6. There are over 30 criminal cases for civil access enforcement, all with no effective remedy and no end in sight. The concept of fatherhood disappeared. Even if the applicants were to wait for a decade, the situation would persist due to the total collapse of the Maltese judicial system dealing with family matters at all levels of civil and criminal enforcement.

The main points that arise from the judgment of the ECtHR in this case are as follows: (i) The rights of the kids to have decent contact with their parents and vice-versa. The rights of kids are more important, and they get

bigger compensation as moral damages. (ii) It is an obligation on the part of the State to act and make sure contact happens. Inefficient Family Court procedures are an infringement of the right of family life under art 8 of the ECHR. If a Parental Alienation reunification program is the only way, it must happen. (iii) Parental Alienation *de facto* sanctioned by the State, i. e. state inaction is a breach of human rights. (iv) Children may be heard, but they do NOT have a veto, especially if they are alienated. (v) A court may hear minors under satisfactory conditions and not in open court or the judge's chambers, and (vi) Family Court proceedings cannot drag on forever but must be addressed speedily.

The first para of art 8 of the ECHR guarantees to everyone the right to respect for their family life. As is well established in the court's case-law, the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life. Domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference with the right protected by this provision. That interference constitutes a violation of art 8 unless it is 'in accordance with the law,' pursues an aim or aims that are legitimate under para 2 of this provision and can be regarded as 'necessary in a democratic society' (see *Elsholz v Germany*).⁴³ In determining whether an impugned measure was 'necessary in a democratic society,' it will consider whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify that measure were relevant and sufficient for the purposes of art 8.

Although the essential object of art 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, there may, in addition, be positive obligations inherent in an effective 'respect' for family life. Concerning the State's obligation to implement positive measures, the court has held that art 8 includes for parents a right that steps be taken to reunite them with their children and an obligation on the national authorities to facilitate such reunions. In cases concerning the enforcement of decisions in the sphere of family law, the court has repeatedly found that what is decisive is whether the national authorities have taken all necessary steps to facilitate the execution as can reasonably be demanded in the special circumstances of each case. The State's positive obligation is not one as to results but one to means employed.

The ECtHR said that it reiterates that lack of cooperation between separated parents is not a circumstance which can by itself exempt the authorities from their positive obligations under art 8. It rather imposes on the authorities an obligation to take measures to reconcile the parties' conflicting interests.

⁴³ App no 25735/94, para 45.

In particular, a parent cannot be entitled under art 8 of the ECHR to have measures taken which would harm the child's health and development. The court reiterates in this connection that the cooperation and understanding of all concerned will always be an important ingredient in such proceedings. While national authorities must do their utmost to facilitate such cooperation, any obligation to apply coercion in this area must be limited, since the interests as well as the rights and freedoms of all concerned must be taken into account, and more particularly the best interests of the child and his or her rights under art 8 ECHR.

In both the negative and positive contexts, regard must be had to the fair balance which has to be struck between the competing interests of the individual and the community, including other concerned third parties, and the State's margin of appreciation. The margin of appreciation to the competent national authorities will vary following the nature of the issues and the importance of the interests at stake. Thus, the court recognises that the authorities enjoy a wide margin of appreciation when deciding on custody. However, a stricter scrutiny is called for regarding any further limitations, such as restrictions placed by those authorities on parental rights of contact and any legal safeguards designed to secure effective protection of the right of parents and children to respect for their family life. Such further limitations entail the danger that the family relations between the parents and a young child are effectively curtailed. Where the measures in issue concern parental disputes over their children, it is not for the court to substitute itself for the competent domestic authorities in regulating contact and residence disputes, but rather to review under the Convention the decisions that those authorities have taken in the exercise of their discretion. Undoubtedly, consideration of what lies in the child's best interest is crucial.

The ECtHR, in para 117, went on to say that the court reiterates that the establishment of contact may require preparatory or phased measures and that the cooperation and understanding of all concerned will always be an important ingredient. However, lack of cooperation between separated parents is not a circumstance which can by itself exempt the authorities from their positive obligations under art 8. It rather imposes on the authorities an obligation to take measures to reconcile the conflicting interests of the parties, keeping in mind the best interests of the child as primary consideration.

Para 119 highlights the collapse of the Maltese Family Court system. It states that the court further reiterates that although coercive measures against children are not desirable in this sensitive area, the use of sanctions must not be ruled out in the event of unlawful behaviour by the parent who owes

enforcement.⁴⁴ It notes that despite the multiple criminal complaints lodged by the first-applicant, not one was heard by the criminal jurisdictions thus, the party at fault, namely the other parent who persistently refused to follow enforceable judicial decisions, has remained largely unconstrained.

The court observes that while it is true that the decision underlined that it was in the best interests of the children, it contained no explanation as to why it would not be in the children's interest to continue developing a relationship with their father. The latter had never been considered unsuitable for maintaining contact with his children, he repeatedly sought the assistance of caseworkers and demonstrated a readiness to work with professionals in order to achieve positive developments in his relationship with the children and to find the best arrangements for contact with them. He had not been of bad character or influence, nor had there been evidence of any realistic risk of abduction or any actual violence. The only thing that the Family Court seems to have reproached the first applicant of were his multiple requests to have contact with his children (since the ordered contacts were unsuccessful), as well as his alternative request, early in 2017, that the children be taken into care if necessary.

Finally, about the important aspects as to whether children have a right or need to be heard, the ECtHR said that the court finds it important to reiterate that while its caselaw requires children's views be taken into account, those views are not necessarily immutable and their objections, which must be given due weight, are not necessarily sufficient to override the parents' interests, especially in having regular contact with their child. The right of a child to express his or her own views should not be interpreted as effectively giving an unconditional veto power to children without any other factors being considered and an examination being carried out to determine their best interests⁴⁵ such interests normally dictate that the child's ties with its family must be maintained, except in cases where this would harm the child's health and development. The court has already held that if a court were to base a decision on the views of children who are palpably unable to form and articulate an opinion as to their wishes – for example, because of a loyalty conflict and/or their exposure to the alienating behaviour of one parent – such a decision could run contrary to art 8 ECHR.

⁴⁴ *Karadžić v Croatia*, App no 35030/04 (ECtHR, 15 December 2005) para 61; *Eberhard and M v Slovenia*, App nos 8673/05 and 9733/05 (ECtHR, 1 December 2009) para 130; and *Aneva and Others v Bulgaria*, App nos 66997/13 and 2 others (ECtHR, 6 April 2017) para 110.

⁴⁵ *KB and Others v Croatia*, App no 36216/13 (ECtHR, 14 March 2017) para 143.

VIII. The social services

Social services play a very important role both in the prevention of parental alienation as well as in addressing it in those cases where it arises. From a legal perspective, the relevant legislation is the Minor Alternative Care Act.⁴⁶ This legislation, which was last amended in 2021, is far from being adequate to tackle the issue of parental alienation. First, it does not empower the Director of Child Protection Services (Director) to carry out any investigations on cases that may come to its knowledge unless one of the parties makes a report and insists on an investigation. The services carry out no informative campaigns about the issue, and it does not have the resources to do so. More importantly, although not excluded, it is clear from the law's wording that the emphasis is on physical and not psychological violence. The flaws in Chapter 602 can be found in what is left out instead of what has been provided by the law. As such, the law allows the Director of Child Protection to step in and take charge of Care Orders in case of criminal law and removes the former discretion power of the Minister. A care order is when the state decides to take a child under its care and custody. While this may be viewed as positive, the law does little to provide the Director and his/her services adequate powers to take charge of cases when their intervention is needed in civil cases. It leaves the Director hostage to the Family Court to take action. While in cases of parental alienation, rapid interventions may be essential, as the Director of Child Protection relies on the Family Court, urgent intervention may not necessarily happen promptly as the Family Court is very slow. It takes weeks, if not months, for any action to be taken from when the Director would have filed the report. The expertise lies with the Child Protection Services, while the decision lies with the court. As coordination may not happen, and as the court proceedings are slow, this may lead to the fact that the State cannot provide adequate remedies in cases of human rights violations. This may be a possible breach of art 13 ECHR.

The social services, namely the Child Protection Directorate, is in a very weak position to take adequate action in cases of severe parental alienation which may lead to social workers taking a step back when they come into contact with potential parental alienation cases. Taking a step back is dangerous as one would not be able to identify a genuine case of parental alienation from a potential fake one. As a result, Malta needs to strengthen its legislation to help counter parental alienation, particularly when it results in severe form, to ensure that the State does not create more cases instead of addressing the real ones.

46 Ch 602 the Laws of Malta <<https://legislation.mt/eli/cap/602/eng>> accessed 18 July 2023.

IX. The NGOs

Art 8 ECHR remains the State's positive responsibility, yet NGOs play a very important role in dealing with Parental Alienation in Malta. NGOs do not have any official role in dealing with Parental Alienation and have no legal obligations or duties to fulfil in the State's role. They operate on a completely voluntary basis. Identifying any NGO is impossible as most come and go over time. Yet one cannot deny the important role they play in informing and educating the public about parental alienation issues as well as family law issues. Some undertake lobbying to improve legislation, while others or even the same NGOs may focus on therapy, prevention and support. These NGOs can also assist the Child Protection Services if need be in an indirect way though there are no formal links in this regard. NGOs are privately funded, yet some may be rewarded with periodic public/private partnerships to assist the State in fulfilling some of its obligations, such as the providence of therapeutic services. Within this context, it is worth recognising these NGOs' great importance as, without them, the public recognition and knowledge of parental alienation and other family law issues may be much less widespread. Therefore, these NGOs' roles obviously go a long way in avoiding possible human rights violations by the Family Court system in Malta.

X. The way forward – *Quo Vadis?*

One can argue that *I. S. and Others v Malta* is far from being an isolated case. It just happened to be the first one that made it to the ECtHR. Malta needs to update its Family law regime both substantively and procedurally. One may propose the setting up an authority or agency that will examine such cases and determine whether maintenance should be given and, if so, how much. It will also determine whether shared parenting is feasible and, if not, the modality of the access to minors that should be given. Then, of course, one will be able to apply for any required changes, while there will be constant supervision by the Family Court on issues of rights or facts once certain conditions are met.

To understand this concept more clearly, one can compare it with the Planning Authority. This entity has all the resources required to execute a planning policy: it has technical experts in the field. It is more accessible to the public and operates under the supervision of the courts whenever this is required. In the same way, this authority has building architects, and family 'architects' should run this proposed entity.

One may also provide for an improved notification system in the Family Court. It is necessary to strengthen and improve how the Family Court issues notifications. There should be wider use of electronic media to deliver notifications efficiently.

A reform in the composition of the Family Court is urgently needed. One should consider strengthening the Family Court, and this court should be presided over by a judge and two-family experts such as a psychologist and a therapist. The idea here is that the judge with a law background and two other decision-makers who are non-lawyers but experts in family matters would be able to make decisions and understand experts' reports better than a judge who may have been posted in the Family Court with no background on family issues. Law experts will make the decisions, i. e. the judge and family experts, as often these are not purely legal decisions. This should apply to decrees, *in-camera*, sittings and final sentences. The judge would focus on legal issues while decisions are taken together as a chamber. It would be good to establish a board of two psychologists (specialising in children and Parental Alienation) and a lawyer. These will be chosen by criteria set up by the law and will need to be independent and impartial. This Board would study cases such as those of separation, where minor children are involved before moving on to litigation in court. Then, within three months, make recommendations on the co-parenting that would be suitable. This is impossible. Appropriate access and maintenance would be established according to each case in question. This could occur in an out-of-court process that would enable the parents to agree. Such a model already exists in certain cases of drug possession.

Another proposal may see the strengthening of the Child Protection Services to intervene in the courts. At the moment, Child Protection Services are entrusted to take care of minors in need. However, the agency does not have the power at law to investigate parental alienation cases and take steps for the necessary reunification programmes that may be needed. It can only intervene if asked by a Family Court. Changing the law may give such an agency investigative power and certain autonomy to order and provide therapy. The Family Court's role remains as a supervisory role to avoid abuse of power. Still, there will be no need to slow and lengthy court procedures for day-to-day decisions such as lengthening or shortening the hours of therapy and similar matters. Knowledge and experience in the field of children are found in the officers working for this directorate, which was created for this purpose. However, not all lawyers or judges would have studied and specialised in children. As a result, the Child Protection Services should be strengthened.

The enactment of a law focusing on the interests of children that recognises in clear terms the existence of Parental Alienation. The concept of Parental Alienation should be recognised in civil and criminal law, as is happening in various European countries and globally.

Thanks to civil law, adapted to cases arising in contemporary society, applicable measures can be taken so that children are not cut off completely from the harassed parent. A serious and comprehensive study of a case, and its various elements, may enable the designation of suitable access to the two parents as deemed appropriate and most conducive to the welfare of the children.

A reform in Criminal Code is essential in matters dealing with child maintenance and child access.⁴⁷ Reforms should ensure that legal depositions conform to the ECHR. For example, restricted access should be compensated by quality time with children. This should make sense to all the parties involved in the case regarding maintenance. In addition, detention or clear imprisonment should be removed from access and maintenance to prevent the possibility of these being used as litigation instruments instead of as a solution.

The Laws affecting children should uphold a general stance that the equal sharing of the raising of children is to be seriously considered. Although the present legal provisions do not exclude this, there need to be legal interventions to change the current mentality, usually conservative, of the judiciary and the legal profession. We need to come into line with the 21st century with all the effects of the march of time. Unfortunately, contemporary society no longer embraces the values of yesterday. In the case of an in amicable separation, the rule should be that the care and custody of children would be automatically conjoined without automatic maintenance. At the same time, the parents would equally share medical and education expenses. It should be one of the parents who may request a modification to this arrangement. Then valid reasons are given, and the experts draw a report. Finally, the court should modify the custody and thus determine maintenance, according to the means and wishes of the parent, as the case may be.

This means that children will spend 50% of their time with either parent unless there is a valid reason established following an analysis. That parent would be financially responsible during that time. In the case of a 50/50 custody arrangement, maintenance would not be required. In this way, equality would be established between the parents. As things now stand, the courts generally automatically award guardianship to the mother and order the father to pay maintenance.

⁴⁷ Art 338(II) on access to children and art 338(z) on maintenance.

XI. Conclusion

More legislative amendments are needed to both substantive and procedural Maltese Family law regarding child access, Parental Alienation, and child access to ensure that Maltese Family law is fully compliant with the ECHR provisions. The child's best interest should not be achieved at the expense of either parent's rights. The court should always operate to provide equal protection to both the child and the parents. Both of these party's rights should be carefully weighed by the court, and a balance between the two interests should be struck. Undoubtedly, such balance entails a considerable weight attached to the child's best interest. A child's best interest may not be that the child is heard or gets what he or she wants. The child's best interest may well be challenging therapy that would yield more benefits long-term, such as when it leads to long-term family reunification.

Dutch Powers to Intervene in Family Life – with a Focus on Youth Care and Child Protection: A Continuous Process of Development*

Geeske Ruitenbergh

I.	Legal and organisational background	329
1.	Introductiona	329
2.	Historical background	330
3.	Access to youth care and child protection	333
4.	Child protection measures	336
II.	Sociocultural background	353
1.	Statistics	353
2.	Evaluations and legal reform	354
3.	Other developments	359
III.	Conclusion	364

I. Legal and organisational background

1. Introductiona

a) Scope of this contribution

The Netherlands could be characterised as a constitutional monarchy and parliamentary democracy. The Dutch civil law system operates at three different levels. The first is the central level of the State (national government/*Rijksoverheid*). The second level is the level of the twelve provinces (*provincies*) into which the country is divided. A third level consists of 352 municipalities (*gemeenten*).¹ For intervening in child protection cases most of the relevant law can be found in book 1 of the Dutch Civil Code (DCC, *Burgerlijk wetboek*) and the Youth Act (*Jeugdwet*). Relevant procedures are set out in the Dutch Code of Civil Procedure (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*). In addition to national rules, the Netherlands is bound by international conventions such as the ECHR and Fundamental Freedoms, the CRC, the 1996 Hague Convention on the Protection of Children and the Brussels Iiter Regulation. Case law of the European Court of Human Rights and the

* This text was completed in 2022.

1 <<https://allecijfers.nl/definities/aantal-gemeenten-en-overzicht-gemeentelijkeherindelingen/>> accessed 27 December 2022.

Court of Justice of the European Union and the conclusions and recommendations of the Committee on the Rights of the Child also influence the way in which the Dutch state intervenes in family life.²

This contribution considers the system of youth care and child protection in the Netherlands. It gives a global impression of the way in which intervention takes place in families in the Netherlands. The scope of this contribution is too limited to describe everything in detail. Therefore, choices have been made. One of these choices was to broadly explain how interventions take place and to briefly describe the developments that the system has gone through. Furthermore, the choice was made to discuss some specific problems that exist in the current system or that occurred in the past. The focus is therefore mainly on things that are not going so well or that could be improved and not on a description of the positive aspects of the (past and) present system. Much is going well, but there is room for (further) improvement in the way the state intervenes in family life. Hopefully not only the Netherlands, but also other countries can learn from things that have improved or can still change for the better.

b) Structure of this contribution

Part I of this contribution, the legal and organisational background, will first briefly discuss recent legislative changes in the field of youth care and youth protection. Subsequently, the access to youth care and child protection is discussed. After that the child protection measures that can be imposed in the Netherlands are examined.

Part II of this contribution deals with the sociocultural background. First some statistics are presented. Evaluations and legal reform are then considered. After that, some other developments are discussed. This contribution ends with a few closing remarks.

2. Historical background

a) Youth Act (2015)

A couple of years ago the Dutch youth care system was needlessly fragmented and therefore needed to be revised.³ In order to improve youth care, the Youth

2 In this contribution, the focus is on national regulations and practice. The international regulations and case law of the European Courts are therefore not further considered.

3 Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en Ministerie van Justitie en Veiligheid [Ministry of Health, Welfare and Sport and Ministry of Justice and Security], *Action Programme – Youth Care* (April 2018) 7.

Care Act (*Wet op de Jeugdzorg*) came into force in the Netherlands on 1 January 2005. The intention of this Act was that there would be one central access point to youth care; that there would be an objective, integral indication and an integral approach to indicated youth care; that the youth care domains would be interconnected;⁴ and that the right to youth care would be anchored in law, that the provinces would have the steering role and that the youth care system would be (financially) manageable.⁵ The responsibility was spread. The twelve provinces became responsible for the youth care system and universal and preventive services became the responsibility of the municipalities.⁶

An evaluation in 2009 showed that this new law had resolved a number of bottlenecks, but that many improvements still needed to be made.⁷ The conclusions of the parliamentary working group on the Future of Youth Care (*parlementaire werkgroep Toekomstverkenning Jeugdzorg*)⁸ also indicated that changes were necessary. Problems identified under the Youth Care Act included: insufficient use of preventive and light support and too much use of specialised care; inadequate cooperation around children/families because different levels of administration/government and legal systems are involved; the fact that the process of making an indication – that is, making a decision that youth care is needed – costs a lot of time, energy and money; and that there were long waiting lists. An important observation was that the fragmentation of youth care across different legal and administrative systems caused many problems. For this reason, a start was made on the design of a more integral system and it was decided to decentralise youth care to municipalities. This ultimately led to a new law coming into force in 2015, the Youth Act (*Jeugdwet*), which decentralised youth care to municipalities. The intention of the Youth Act was that the youth system would become simpler, more efficient and more effective, with the aim of strengthening the individual capacities of young people, their families and their social environment.⁹

The Youth Act contains provisions that must guarantee the quality of youth care and safety, and guarantees for the legal position of clients. In addition,

4 This means that once it has been established that youth care is needed (i.e. that youth care has been indicated), there is an integrated approach and that youth care agencies, in different areas, do not work in isolation but together.

5 BMC, *Evaluatieonderzoek Wet op de Jeugdzorg. Eindrapport* (Amersfoort, October 2009) 9.

6 Netherlands Youth Institute, *Reform of the Dutch system for child and youth care. 4 years later* (Utrecht 2019) 4.

7 BMC, *Evaluatieonderzoek*....

8 *Kamerstukken II 2009/10, 32296*, nos 7, 8 and Werkgroep Toekomstverkenning Jeugdzorg, *Rapport Jeugdzorg dichterbij* (18 May 2010) <https://www.nji.nl/sites/default/files/2021-05/Jeugdzorg_dichterbij_Eindrapport_werkgroep_geheel.pdf>.

9 RD Friele et al, *Eerste evaluatie Jeugdwet. Na de transitie nu de transformatie* (Den Haag 2018) 9, 523.

the intention was that the Youth Act would bring about a change (transformation), so that: the right tailor-made help would be offered; less use would be made of expensive, specialised help; there would be more coherence in the help; and professionals would be given more room to offer the right help.¹⁰ It was also thought that reforming the system could reduce the (annually increasing) costs of youth care. Therefore, when youth care was decentralised to municipalities, the central government cut the budget made available for youth care.¹¹ This has probably not been such a good decision, since the most frequently referred to problem of the Youth Act by municipalities is a lack of funding.¹² The discussion on this is still ongoing. For example, the 2022 annual plan of the Association of Netherlands Municipalities (*Vereniging van Nederlandse Gemeenten*, VNG) mentions as an objective that municipalities should have additional structural funds available for youth assistance and care, so that appropriate support and care can be available to young people.¹³

b) Revised Child Protection Measures Act (2015)

On 1 January 2015, not only the Youth Act, but also the Revised Child Protection Measures Act (*Wet herziening kindbeschermingsmaatregelen*) entered into force.¹⁴ The intention of this amendment of the law was that the youth protection would become more effective and efficient. The legislators wanted to: focus on the development of the child; prevent improper use of (the extension of) supervision orders; guarantee stability and continuity of the child's upbringing; guarantee a transparent and purposeful implementation of the supervision order; and make the child protection measures more broadly accessible.¹⁵ In order to achieve the goals, the child protection legislation was thoroughly revised. For example, the grounds for a supervision order were changed and two measures for terminating parental responsibility (*onthefing* and *ontzetting*) were merged into one new measure for terminating parental responsibility.¹⁶

10 Friele, *Eerste evaluatie Jeugdwet...*, 11, 524.

11 Netherlands Youth Institute, *Reform of the Dutch system...*, 4, 8.

12 Ministry of Health, *Action Programme...*, 8.

13 VNG, *Jaarplan 2022. Beleidsinzet & Gezamenlijke Gemeentelijke Uitvoering* (Den Haag 2022) 11.

14 Stb. 2014, 130. For more information see C Forder, 'Kinderbeschermingsmaatregelen' in WM Schrama, MV Antokolskaia, GCAM Ruitenberg (eds), *Familie recht. Een introductie* (Den Haag 2021) 334.

15 K Lünemann et al, *Interim Evaluation of the revised child protection legislation. Summary* (Utrecht 2018) 57.

16 MR Bruning, YN van den Brink, ECC Punselie, *Jeugdrecht en jeugdhulp* (Den Haag 2020) 259, 260.

3. Access to youth care and child protection

a) Access to (youth) support through municipalities

Since the 2015 Youth Act, municipalities are responsible for youth care and child protection. The Youth Act contains rules on access, the quality and provision of youth care and on the implementation of child protection measures. Municipalities are responsible for ensuring that children and families receive the care and support they need. If families disagree with decisions made by the municipality, they can object or appeal.¹⁷ The author is not familiar with any data regarding the number of complaints filed in the different municipalities and what those complaints are about.

When shaping their youth policy, municipalities must actively involve young people and families.¹⁸ Each municipality is governed by both a board of mayor and aldermen (*college van burgemeester en wethouders*) and a municipal council (*gemeenteraad*). The municipal council monitors the way in which the board of mayor and aldermen implements the Youth Act. The municipalities are supervised by the Health and Youth Care Inspectorate (*Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd*).

“The municipalities manage a wide range of services for children and families, from universal and preventive services to specialized – both voluntary and compulsory – care for children and young people from birth to 18 years of age.¹⁹ Each municipality bases its local youth policy on what is needed and available at local level, preferably together with citizens and stakeholders in their own local settings.”²⁰

However, some municipalities are too small to carry out all the tasks of the Youth Act independently and have therefore entered into regional partnerships. For example, to organise residential care and other forms of specialist care.²¹

If a child or family needs care and/or support, they can contact their municipality. Municipalities are free to decide how they organise prevention,

17 Combined fifth and sixth periodic reports submitted by the Netherlands under article 44 of the Convention pursuant to the simplified reporting procedure, CRC/C/NLD/5–6 (7 May 2021) 2, 4.

18 Art 2.10 Youth Act.

19 This can be extended to 23 years. Forder, ‘Kinderbeschermingsmaatregelen’, 342.

20 <<https://national-policies.eacea.ec.europa.eu/youthwiki/chapters/netherlands/overview>> accessed 7 February 2023.

21 <<https://national-policies.eacea.ec.europa.eu/youthwiki/chapters/netherlands/14-youth-policy-decision-making>> accessed 27 December 2022.

support and first-line care. There are broad social local teams (*lokale teams*) where residents can go with all their questions, but also local teams that focus specifically on youth and family. Some teams provide help themselves, but other teams ensure that timely assistance is provided by other organisations. There are municipalities that do not work with local teams as well. In these municipalities, access to care and support is, for example, arranged through a central point, such as the Centre for Youth and Family (*Centrum voor Jeugd en Gezin, CJG*).²²

Currently, efforts are being made to improve access to youth care by improving the quality and effectiveness of the local teams in the municipalities.²³ There are five basic functions that every municipality must have in place, regardless of the organisational model chosen. These are (briefly): offering a safe living environment; timely detection by being in touch with the neighbourhood and investing in prevention; offering findable, accessible help and good triage; acting with a broad view, drawing up a plan together with the family to provide support, take charge, make clear agreements and supervise these arrangements; learn and improve, gather insights, discuss them and encourage the family to change.²⁴

Furthermore, in the Netherlands every school is obliged to have a Care and Advice Team (*Zorg- en Adviesteam, ZAT*). The reason for this is that schools are often the first to discover that children have problems. These teams consist of teachers, youth care professionals, social workers, police and other professionals (which, depending on the situation, are called upon).²⁵ The team discusses a child's behaviour and problems. Together, they make a plan to tackle the problems at an early stage and after that, the assistance starts.

b) Special attention to combat child abuse and domestic violence

To combat child abuse and domestic violence, specific provisions have been made. Various guidelines, protocols and referral mechanisms have been de-

22 <<https://www.nji.nl/wijkteams/organisatievormen#:~:text=Sommige%20teams%20verlenen%20zoveel%20mogelijk,gezinnen%20die%20enkelvoudige%20vragen%20hebben>> accessed 27 December 2022.

23 CRC/C/NLD/5–6 (2021), 6.

24 KPMG, *Basisfuncties voor lokale teams in kaart – De route en componenten onder de loep* (Rijksoverheid 2019). These five basic functions have been further elaborated in a set of guidelines, the purpose of which is to contribute to the safeguarding of these functions: Programma Zorg voor de Jeugd, *Handreiking. De juiste professional op de juiste plek in het lokale team* (Samenwerkende Beroepsverenigingen 2021).

25 <<https://www.government.nl/topics/youth-policy/youth-care-and-child-protection>> accessed 27 December 2022.

veloped. For example, there is a Mandatory Reporting Code (the Domestic Violence and Child Abuse Decree, *Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling*), which was amended in 2019, that provides professionals with an assessment framework to act carefully in case of a suspicion of child abuse or domestic violence.²⁶

Anyone who suspects child abuse or domestic violence can report this to or ask for assistance from a domestic violence advice and reporting centre called 'Safe at Home' (*Veilig Thuis*). Every region (there are 26 regions) has its own Safe at Home organisation. The (legal) tasks of this organisation are: to give advice; to receive reports; to investigate whether or not there is evidence of child abuse or domestic violence; to take follow-up steps, if necessary, by transferring the case to voluntary help or to inform the Child Care and Protection Board (*Raad voor de Kinderbescherming*) and/or to report the case to the police; and to give feedback to the person who made the notification.²⁷ The Child Care and Protection Board '... protects the child's interests by assessing its family situation and advising about the best possible solution.'²⁸

Children can contact the Child Helpline (*Kindertelefoon*)²⁹ and for advice on online sexual abuse go to [Helpwanted.nl](https://helpwanted.nl).

Since 1 January 2009, the Temporary Restraining Order Act (*Wet tijdelijk huisverbod*) has been in force. This Act gives the mayor the responsibility to impose a restraining order on a person whose presence in the family home constitutes a serious and immediate danger to others living there. A temporary prohibition to stay in the home may be imposed if facts or circumstances indicate that a person poses a danger (reactive), but also if there is a serious suspicion that this danger exists (preventive). The restraining order is imposed for an initial maximum of ten days and can be extended to four weeks.³⁰

In the wake of the corona crisis, the government has taken additional measures. One of them was a new campaign against domestic violence asking victims to report violence using a code word at their pharmacy. The idea behind this was that it would make it easier to report and get access to the Safe at Home domestic violence advice and reporting centre.³¹

26 CRC/C/NLD/5-6 (2021), 10.

27 <<https://veiligthuis.nl/hoe-werkt-veilig-thuis/>> accessed 27 December 2022.

28 Ministry of Security and Justice, *About the Child Care and Protection Board. Every child has the right to protection* (Den Haag, January 2015) 1.

29 <<https://www.kindertelefoon.nl/>> accessed 27 December 2022.

30 Arts 2 and 9 Temporary Restraining Order Act.

31 CRC/C/NLD/5-6 (2021), 2.

4. Child protection measures

a) From voluntary to compulsory support

In the first instance, if a child and/or family needs care and/or support an attempt is made to provide assistance within a voluntary framework. If the problems cannot be solved, the board of mayor and aldermen can request the Child Care and Protection Board to investigate the child's situation.³² 'The Board investigates families with parenting problems and may request the court to impose a child protection order.'³³ Not only the board of mayor and aldermen, but also youth care providers, Safe at Home and so called certified institutions can submit a request to the Child Care and Protection Board.³⁴ A certified institution (*gecertificeerde instelling*) is an institution that has been awarded a certificate by a certifying body (appointed by the Ministry of Justice and Security). In order to obtain a certificate, a framework of standards set by the Ministry of Justice and Security must be met. There are requirements regarding the expertise of the employees, the organisation, the methods and interventions used and the cooperation with other organisations.³⁵ A certified institution executes child protection measures. The institution does not provide help itself, but engages support services and supervises.

If there is an acute and seriously threatening situation for a child, anyone can report it and the Child Care and Protection Board can then investigate.³⁶ The Netherlands has one Child Care and Protection Board. The Board has a national office and is divided into ten regions. In each region, the tasks of the Board are carried out by one or two working units.³⁷

As soon as a case is reported, the Child Care and Protection Board investigates whether a child protection measure is required. If the conclusion of the investigation is that a child protection measure should be imposed, the Child Care and Protection Board may request the court to impose a child protection measure. Not only the Child Care and Protection Board, but also the Public Prosecution Service (*Openbaar Ministerie*) is authorised to make a request for the imposition of a child protection measure if, during a criminal investigation, it becomes aware of facts and circumstances indicating that it might be desirable to impose a child protection measure.³⁸

32 Forder, 'Kinderbeschermingsmaatregelen', 342.

33 Ministry of Security and Justice, *About the Child Care and Protection Board...*, 2.

34 Art 3.1 para 1 Youth Act.

35 Art 3.4 Youth Act.

36 Art 3.1 para 2 Youth Act.

37 Forder, 'Kinderbeschermingsmaatregelen', 343.

38 Forder, 'Kinderbeschermingsmaatregelen', 344.

If a person is not satisfied with the way in which the Child Care and Protection Board conducted an investigation, how a report was established or the way in which a person was treated by an employee, this person can submit a complaint to the Child Care and Protection Board. The director shall handle the complaint within six weeks (this period may be extended by four weeks).³⁹ An annual quantitative and qualitative complaints analysis takes place. The 2020 analysis shows that the most frequent complaints are about the content of the council investigation and the council report. For example, about its execution, because not enough investigation was carried out or it was not carried out well enough. Complaints are also made about the treatment and the representative on behalf of the Child Care and Protection Board during the court session. The analysis shows that part of the complaints are declared founded and part unfounded. If a complaint is well-founded, it can help the complainant. For example, apologies are made or additional investigations are carried out.⁴⁰

The functioning of the Child Care and Protection Board and the executors of child protection measures such as the certified institutions have been criticised for ascertaining the truth. They are obliged to state the relevant facts fully and truthfully in reports and applications.⁴¹ The report and applications must be clear as to what are facts and what are the opinions of those involved or interpretations of the person reporting. However, clients and client organisations have complained that this is handled without due care. An action plan has been drawn up to improve this.⁴² All parties from the child protection chain are involved. The actions in the plan focus on: respectful treatment of children and parents; informing and supporting children and parents; quality of investigation and reporting; and exploration of the legal position of children and parents. As part of the action plan, roundtable discussions with parents and training for staff have been organised, for example, and information materials have been improved.⁴³ In June 2022, a report by the Health and Youth Care Inspectorate was published on the quality of the fact-finding process surrounding applications for mandates for out-of-home

39 <<https://www.government.nl/documents/questions-and-answers/can-i-make-a-complaint-about-the-child-protection-board>> accessed 27 December 2022.

40 397 notices were processed as complaints in 2020. Raad voor de Kinderbescherming, *Klachtenanalyse Raad voor de Kinderbescherming* (2020) 7, 14–15.

41 Art 3.3 Youth Act.

42 Bruning, Van den Brink, Punselie, *Jeugdrecht en jeugdhulp*, 286, 287 and Rapport Nederlands Jeugdinstituut, *De wettelijke kaders van de jeugdbescherming. Inventariserende studie naar de heersende opvattingen over aanscherping van de rechtsgronden voor kinderschermingsmaatregelen* (Utrecht 2020).

43 <<https://www.voordejeugdenhetgezin.nl/projecten/actieplan-verbetering-feitenonderzoek>> accessed 27 December 2022.

placement and it again revealed that, although professionals from the Child Care and Protection Board and certified institutions carry out their work with dedication and expertise, decisions for forced out-of-home placement are not always and in all facets made on the basis of careful fact-finding. The inspectorate makes the recommendations to: improve cooperation with parents and children; provide better verbal and written justification of why forced removal is necessary; and better inform parents and children about their legal position and complaints procedures.⁴⁴ Although in theory one can speak of either voluntary or compulsory support, in practice a third variation has emerged, namely a 'preventive trajectory' (*drangtraject*). This entails that municipalities try to persuade families to accept support in a voluntary framework, so that a (compulsory) child protection measure does not have to be requested. Since the 'preventive trajectory' has not been legally anchored or described in terms of content, this pressure framework creates risks for those involved.⁴⁵ After all, when does one speak of 'prevention' and when does it become compulsion? The Council for the Administration of Criminal Justice and Protection of Juveniles (*Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming*, RSJ) and the Council for Health and Society (*Raad voor Volksgezondheid en Samenleving*, RVS) have advised not to speak of 'preventive trajectory' but of 'intensive voluntary assistance' (*intensieve vrijwillige hulp*). This is understood to mean a process of providing help and care within the voluntary framework, in which the youth professional gradually exerts more influence, takes more responsibility and provides more intensive help and care, while at the same time guaranteeing the voluntary nature of this help.⁴⁶

b) Overview of compulsory child protection measures

The Netherlands has various child protection measures that can be imposed by the courts. First of all, the least far-reaching measure, the (provisional) supervision order (*(voorlopige) ondertoezichtstelling*), will be discussed. Secondly, the possibility of placing children in out-of-home care (*uithuisplaatsing*) is considered. Special attention is paid to children in secure residential youth care (*gesloten jeugdhulp*). Then the possibility of terminating parental responsibility (*beëindiging ouderlijk gezag*) is discussed. After that, the measures of suspending parental responsibility (*schorsing ouderlijk gezag*) and

44 Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd, *Kwaliteit van feitenonderzoek rond de aanvraag van machtigingen voor uithuisplaatsingen* (Utrecht, June 2022) 3, 4.

45 Bruning, Van den Brink, Punselie, *Jeugdrecht en jeugdhulp*, 283.

46 RSJ & RVS, *Intensieve vrijwillige hulp. Heldere grenzen aan drang in de jeugdzorg*, (Den Haag November 2019) 4, 5. See for more information about this topic: D Verkroost, *Met zachte drang*, diss. Universiteit Leiden (Den Haag 2022).

temporary guardianship (*voorlopige voogdij*) are discussed. The latter measures can be used in emergency cases. Finally, within the context of child protection measures, the position of children with a migration background is briefly addressed.

With regard to each measure, it will be indicated under which conditions it can be imposed, at the request of which persons and/or institutions, the duration of the measure, the consequences of the measure and which legal remedies there are.

c) The supervision order

aa) Conditions and duration of the supervision order

The lightest child protection measure is the supervision order (*ondertoezichtstelling*).⁴⁷ When this measure is imposed, the parents retain their parental responsibility of the child but the exercise of their right of custody is limited. In order to impose a supervision order three conditions must be met. The child must grow up in such a way that his or her development is seriously threatened; the necessary support to remove the threat is not or insufficiently accepted or used by the child and/or the parents with parental responsibility; and there must be a justified expectation that the parent(s) will be able to assume responsibility for the upbringing and care of the child again, within a period of time that is acceptable to the person and to the development of the child.

In practice, the legal basis of the supervision order is being stretched. If parents accept help but are unable to benefit from it, the court may still impose a supervision order. Initially, there was discussion on this, but that this is possible has been decided by the Supreme Court.⁴⁸ It is confusing that the legal text differs on this point from the application in practice. Furthermore, research shows that the condition that parent(s) will be able to assume responsibility for the upbringing and care of the child again, within an acceptable period of time for the child, 'is a complex concept that leads to interpretation questions'.⁴⁹ 'It is also unclear why this criterion is included in the legal threshold for the supervision order in general, while in fact it

⁴⁷ Arts 1:254–1:265k DCC.

⁴⁸ However, the Supreme Court (*Hoge Raad*) has ruled that the mere declaration of willingness to accept help is not sufficient to counteract a supervision order. HR 16 February 2018, ECLI:NL:HR2018:218. The term 'not or insufficiently accepted' does not only refer to the willingness to accept help, but also to the actual acceptance and use of that help to a sufficient extent. Bruning, Van den Brink & Punselie, *Jeugdrecht en jeugdhulp*, 321.

⁴⁹ MR Bruning et al, *Eindevaluatie Wet herziening kinderschermingsmaatregelen. Nieuwe rechtsgronden in een haperend jeugdbeschermingsstelsel* (Den Haag 2022) Summary, 380.

only applies to out-of-home placements in combination with a supervision order.⁵⁰ Furthermore, a major problem in the application of 'acceptable period of time' is that, due to long waiting lists and shortages in the range of available care, parents and children do not always get the right and enough help in time. This is more particularly problematic when it comes to young children, because for them the acceptable period of time expires faster than when older children are involved.⁵¹ If the 'acceptable period of time' has expired, the court must, in principle, terminate the parental responsibility. However, there are situations where, in practice, judges are reluctant to terminate parental authority and extend the supervision order, which is actually meant to be a temporary measure, every year. The reason for this is that judges sometimes find a custody termination disproportionate, for example if parents accept the out-of-home placement and value having parental responsibility.⁵²

The Children's Judge can impose a supervision order at the request of the Child Care and Protection Board or the Public Prosecution Service. If they do not submit a request, it is also possible that the parent(s) or a non-parent who looks after and raises the child as part of his/her family are authorised to submit a request. If the Child Care and Protection Board does not submit a request, the board of mayor and aldermen can request the Child Care and Protection Board to ask the Children's Judge to decide whether a supervision order should be imposed.⁵³ However, in practice, requests are almost never made by others than the Child Care and Protection Board. Nevertheless, these options are perceived in practice as having added value as well as the possibility for the court, if a request for supervision is made, to also place siblings under supervision *ex officio*.⁵⁴

The intention is that the supervision order is a temporary measure. Supervision can be imposed for a maximum of one year. After that it is possible to extend the supervision order, each time for a maximum of one year. Extension is possible at the request of the certified institution that is conducting the supervision. If this institution does not request an extension, the Child Care and Protection Board, a parent, a non-parent who looks after and raises the child as part of his/her family and the Public Prosecution Service can submit a request for extension.⁵⁵

50 Bruning, *Eindevaluatie Wet herziening kinderschermingsmaatregelen...*, 380.

51 Bruning, *Eindevaluatie Wet herziening kinderschermingsmaatregelen...*, 380.

52 Bruning, *Eindevaluatie Wet herziening kinderschermingsmaatregelen...*, 383.

53 Art 1:255 DCC.

54 Bruning, *Eindevaluatie Wet herziening kinderschermingsmaatregelen...*, 382.

55 Arts 1:258 and 1:260 DCC.

bb) Content of the supervision order

A supervision order means that a child comes under the supervision of a certified institution. This institution supervises the child and ensures that the parents are offered help and support. A child protection measure can only be carried out by a certified institution. The certified institution does not provide support itself.⁵⁶ The request for supervision and the decision on supervision should include the concrete developmental threats to the child. This makes it clear why a child is being placed under supervision.

The actual youth assistance is provided by a youth assistance provider (*Jeu-gdhulpaanbieder*). This is a natural person, an association of natural persons or a legal person.⁵⁷ The intention of a supervision order is that the parents themselves remain responsible for the care and upbringing of their child as much as possible and that the concrete threats to the child's development are removed within the term of the supervision order.⁵⁸ If a child is placed under supervision, the certified institution must ensure that there is a plan of approach within six weeks. In the first instance it is examined whether it is possible for the parents, in cooperation with their social network, to draw up a family group plan. If this is not possible, the certified institution draws up a support plan, in consultation with the child and the parents.⁵⁹ In practice, the family group plan option is hardly used.⁶⁰

If the parent(s) or the child do not agree with the support plan or do not sufficiently cooperate with its implementation, the certified institution can give a written instruction (*schriftelijke aanwijzing*) concerning the care and upbringing of the child.⁶¹ The law states that parent(s) with custody and the child must follow this instruction. A parent without parental responsibility or a non-parent carer therefore do not have to follow this instruction and this may make it less effective.

The certified institution can ask the Children's Judge to confirm the written instruction. The Children's Judge can impose a coercive measure, such as a stipulated penalty (*dwangsom*) to be paid for each time the written instruc-

⁵⁶ Art 3.2 Youth Act.

⁵⁷ Art 1.1 Youth Act.

⁵⁸ Art 1:262 DCC.

⁵⁹ Arts 4.1.2 and 4.1.3 Youth Act.

⁶⁰ Bruning, *Eindevaluatie Wet herziening kinderschermingsmaatregelen...*, 385.

⁶¹ A written instruction may include, for example, limiting contacts between a parent and a child or requiring parents to attend a parenting course. Forder, 'Kinderbeschermingsmaatregelen', 353.

tion is not complied with.⁶² In practice, this possibility is increasingly being used, although there are doubts as to its effectiveness.⁶³

If the parent(s) with parental responsibility or the child aged twelve years or older do not agree with the written instruction, they can ask the Children's Judge to cancel the written instruction in part or entirely. If there are altered circumstances, they can also ask the certified institution to cancel the written instruction in whole or in part and if the certified institution does not do so, they can refer the matter to the Children's Judge.⁶⁴

The certified institution may also request the Children's Judge, as far as this is necessary in the interests of the child, to establish or change a division of care and upbringing tasks or an arrangement concerning the exercise of the right of contact/access with the parent(s).⁶⁵

If medical treatment is necessary to avert serious danger to the child's health and the parent with parental responsibility does not give consent to the treatment, the certified institution may ask the Children's Judge for substitute consent. This possibility exists if the child is younger than twelve or if the child is older but not capable of a reasonable evaluation of its interests.⁶⁶

cc) Legal remedies

During the time of the supervision, the parent(s) with custody and the child (aged twelve years or older) have various legal remedies at their disposal. If there are any disputes about the implementation of the supervision order, they can be submitted to the Children's Judge. Disputes can be submitted to the Children's Judge at the request of the parent(s) with custody, the child aged twelve years or older, the certified institution and a non-parent who looks after and raises the child as part of his/her family as well as the care provider or provider of youth assistance where the child has been placed. The judge first tries to reach a compromise between the parties involved before making a decision.⁶⁷ The assistance of a lawyer is required to make such a request.⁶⁸ In practice, this dispute settlement procedure is rarely used. Evaluation research shows that the reason for this is that parents and foster parents are not familiar with this possibility and child protection workers are not yet fully aware of this option either. Nevertheless, it follows from the

62 Art 1:263 DCC.

63 Bruning, *Eindevaluatie Wet herziening kindbeschermingsmaatregelen...*, 385.

64 Arts 1:264 and 1:265 DCC.

65 Art 1:265g DCC.

66 Art 1:265h DCC.

67 Art 1:262b DCC.

68 Art 1:265k para 1 DCC.

research that it is important that there is a possibility to bring disputes about the implementation of a supervision order to court and, moreover, that this should also become possible for children under guardianship and for professional foster care homes (*gezinshuizen*).⁶⁹

When the conditions for the supervision order are no longer met, the Children's Judge can terminate this order. A request can be made by the certified institution that is executing the measure of supervision or, when this institution does not make a request, the Child Care and Protection Board, the parent(s) with parental responsibility or the child of twelve years of age or older.⁷⁰

Last but not least, the Children's Judge could replace the certified institution that has the supervision with another certified institution. This can be done at the request of the certified institution that has the supervision, the Child Care and Protection Board, the parent(s) with custody or the child of twelve years of age or older.⁷¹

dd) Provisional supervision order

In urgent matters, if it is necessary to eliminate an acute and serious threat to the child, the Children's Judge can place a child under provisional supervision (*voorlopige ondertoezichtstelling*) if there is a serious suspicion that the conditions for placing the child under supervision have been met. The request for a provisional supervision order can be made by the same persons and institutions that are authorised to request a (regular) supervision order. The provisional supervision order lasts a maximum of three months and can be revoked at any time.⁷² Within that time the Child Care and Protection Board can investigate and, if necessary, submit a request to the court for the imposition of an 'ordinary' supervision order. A request for a provisional supervision order will almost always be accompanied by a request for granting an (emergency) authorisation for an out-of-home placement. A Children's Judge is always available to issue an authorisation in these emergency situations. The Children's Judge can, on the basis of information received by telephone, immediately issue an authorisation.⁷³

If the child is in immediate and serious danger, the parents and the child will not be heard prior to the imposition of the measure. In such a situation they must be called for a hearing within two weeks of the order being made.

⁶⁹ Bruning, *Eindevaluatie Wet herziening kinderschermingsmaatregelen...*, 385.

⁷⁰ Art 1:261 DCC.

⁷¹ Art 1:259 DCC.

⁷² Art 1:257 DCC.

⁷³ Forder, 'Kinderbeschermingsmaatregelen', 355.

If this does not happen, the measure expires.⁷⁴ No appeal can be lodged against the decision for provisional supervision. However, an appeal is possible against an authorisation for out-of-home placement, which almost always accompanies a provisional supervision order.⁷⁵

d) Out-of-home placement

aa) Conditions and duration of the out-of-home placement

Once a child has been placed under supervision, it can only be placed out-of-home (day and night) with the authorisation of the Children's Judge.⁷⁶ Therefore, the parents, the certified institution or the Child Care and Protection Board cannot make this decision independently. The Children's Judge grants an authorisation for out-of-home placement (*machtiging tot uithuisplaatsing*) to the certified institution that is responsible for the supervision, if this is necessary in the interests of the care and upbringing of the child or if it is necessary for an investigation into the mental or physical condition of the child. A request for out-of-home placement can be made by the certified institution that is responsible for the supervision, the Child Care and Protection Board or the Public Prosecution Service.⁷⁷

An authorisation can be granted for a maximum of one year and can, on request of the certified institution, the Child Care and Protection Board or the Public Prosecution Service, be extended each time for a maximum of one year. If the authorisation is not implemented within three months, it expires.⁷⁸ This prevents the certified institution from deciding when the child will be placed out-of-home and prevents a child from being placed out-of-home on the basis of outdated information.⁷⁹

bb) Content of the out-of-home placement

If a child has been placed out-of-home, the consequence is that the parents are no longer authorised to determine the place of residence of the child. When children are placed out-of-home, they are usually placed with a foster family (or family home care).⁸⁰ This can be a foster family from the family's own network or a foster family that is initially unknown to the children.

⁷⁴ Art 800 para 3 and art 809 para 3 Dutch Code of Civil Procedure.

⁷⁵ Arts 806 and 807 Dutch Code of Civil Procedure.

⁷⁶ Art 1:265a DCC.

⁷⁷ Art 1:265b DCC.

⁷⁸ Art 1:265c DCC.

⁷⁹ Forder, 'Kinderbeschermingsmaatregelen', 356.

⁸⁰ Art 2.3 para 6 Youth Act.

A foster care placement takes place under the responsibility of a foster care provider (*pleegzorgaanbieder*). A foster care provider assesses whether a child can be placed in the family of a foster parent. Subsequently, the foster care provider concludes a foster contract with that foster parent, provided the foster parent meets certain conditions.⁸¹ This foster contract contains agreements on the way the foster parent will care for and raise the child and on the way the foster parent will be supervised by the foster care provider.⁸² The foster care provider also provides the foster parent with an expense allowance.⁸³ During an out-of-home placement, the certified institution may, if this is necessary in connection with the out-of-home placement of the child, limit the contacts between the child and the parents.⁸⁴

The Children's Judge has the authority to transfer part of the parental responsibility to the certified institution during the period of the out-of-home placement. This can be done at the request of the certified institution and, if it does not make such a request, the Child Care and Protection Board or the non-parent caring for and raising the child as part of his/her family. The custody can be partly transferred to the certified institution when it comes to: registering the child with an educational institution; giving permission for medical treatment of a child that is younger than twelve years or older but not capable of a reasonable evaluation of his interests; or when it comes to making an application for a residence permit.⁸⁵

If a child stays in a foster family for a year or longer, the certified institution needs permission from the Children's Judge to change the child's place of residence. The Children's Judge only rejects the request for permission if it considers it necessary in the interests of the child.⁸⁶ Evaluation research shows that this review by the judge adds value and helps protect the family life of children in foster care. However, the disadvantage of this obligation is that it imposes a high administrative burden on certified institutions. Moreover, there is criticism that this review option is limited to supervision orders and for children placed in foster families and does not apply in situations where parental responsibility has been terminated (for care orders) and if children reside in a professional foster care home.⁸⁷

81 Art 5.1 Youth Act.

82 Art 5.2 Youth Act.

83 Art 5.3 Youth Act.

84 Art 1:265f DCC.

85 Art 1:265e DCC.

86 Art 1:265i DCC.

87 Bruning, *Eindevaluatie Wet herziening kinderschermingsmaatregelen...*, 385, 386.

cc) Legal remedies

The certified institution may terminate a child's out-of-home placement at any time if it is no longer necessary and if the best interests of the child are not in conflict with the termination. When there are changed circumstances, the parent with parental responsibility, the child of twelve years or older or a non-parent caring for and raising the child as part of his family can request the certified institution to terminate the out-of-home placement or to shorten its duration. They can also request a change in the child's residence. The certified institution must decide on such a request within two weeks. An appeal against this decision can be made to the Children's Judge. It is also possible for the above-mentioned persons to directly request the Children's Judge to withdraw or shorten the period of the out-of-home placement authorisation in whole or in part.⁸⁸

The Child Care and Protection Board has a monitoring function in relation to the certified institution. When the certified institution decides that the supervision or the out-of-home placement does not need to be prolonged, the certified institution has to inform the Child Care and Protection Board no later than two months before the expiration of the term and the certified institution has to submit a report on the progress of the supervision or the out-of-home placement. The same applies if the certified institution wishes to terminate the out-of-home placement during the period for which it has been granted. In that case the notice must be given no later than one month in advance. This regulation gives the Child Care and Protection Board the opportunity to consider whether it wants to submit a request for extension to the Children's Judge itself.

Furthermore, when a supervision order with out-of-home placement lasts for two years or longer, a request for extension must be accompanied by an advice by the Child Care and Protection Board concerning the extension. Here too, the certified institution must inform the Council no later than two months in advance.⁸⁹ A legislative evaluation shows that, on the one hand, it is considered valuable to have an independent institution look at this. On the other hand, the way in which this task is fulfilled by the Child Care and Protection Board is very limited. It often only looks at documents submitted by the certified institution. If the Board advises to terminate parental responsibility and not to extend the supervision order with out-of-home placement, there is often too little time to start a procedure for this and the supervision order with out-of-home placement will have to be extended again anyway.

⁸⁸ Art 1:265d DCC.

⁸⁹ Art 1:265j DCC.

The researchers conducting the legislative evaluation argue that ‘With a child protection system under great pressure and a tendency of reluctance to terminate parental responsibilities in light of disproportionality and art 8 of the ECHR, the question is whether such a role for the Child Care and Protection Board is still necessary’.⁹⁰

Finally, a legal option available to the parent with parental responsibility and the child of twelve years of age or older is to appeal to the Children’s Judge the decision regarding contact restrictions imposed by the certified institution.⁹¹

Regarding the legal position of parents and children during out-of-home placements, researchers concluded in a fact sheet on out-of-home placements in 2022 that a lack of legal protection is the main problem regarding out-of-home placements. In this regard, they cited examples such as emergency procedures in which those involved are not heard beforehand, there are inaccurate reports, and a lack of legal assistance. This causes children and parents to be in a weak position against a powerful government. To improve this, the researchers make recommendations, for example, to ensure that emergency out-of-home placements are avoided as long as possible and that children and parents receive legal support in the event of an out-of-home placement.⁹²

dd) Placement in secure residential youth care

Children with serious problems growing up and being raised can be placed in an institution for secure residential youth care (*instelling voor gesloten jeugdhulp*) with the authorisation of the Children’s Judge. As this is a form of deprivation of liberty, a child in respect of whom placement in a secure residential youth care institution has been requested, is entitled to the assistance of a lawyer. An authorisation may be granted if the Children’s Judge deems this form of youth assistance necessary in connection with problems that seriously impede the child’s development towards adulthood, and admission and residence are necessary to prevent the child from withdrawing from this youth care or from being withdrawn from it by others. Furthermore, it is required that the child be placed under supervision, or the guardianship of the child rests with a certified institution, or the legal representative of the child agrees to the admission and residence.⁹³

⁹⁰ Bruning, *Eindevaluatie Wet herziening kinderschermingsmaatregelen*, 383, 384.

⁹¹ Art 1:265f para 2 DCC.

⁹² MR Bruning, K van der Zon, LRA Alink, S van der Asdonk, *Factsheet uithuisplaatsingen* (Leiden 2022).

⁹³ Art 6.1.2 Youth Act.

A request for authorisation of secure residential youth care can be submitted by the board of mayor and aldermen of the municipality where the child lives. If a child protection measure is requested or imposed with regard to a child, the request is submitted by the Child Care and Protection Board or by the Public Prosecution Service. When a certified institution is executing the child protection measure, this institution can also submit a request.⁹⁴ The request requires the consent of a qualified behavioural scientist who has examined the child shortly beforehand for this purpose.⁹⁵

Besides a regular authorisation, an emergency authorisation can also be granted in urgent cases and it is possible to grant a conditional authorisation. A conditional authorisation is granted when the Children's Judge believes that the serious danger to the child's development can only be averted outside the accommodation by setting and complying with certain conditions. As long as the child complies with the conditions, it will not be placed into secure residential youth care. If the conditions are not met, the youth care provider can decide to place the child in the closed accommodation.⁹⁶

Secure residential youth care institutions must have a formal, independent complaints procedure. There should also be a complaints committee to which residents can turn. In addition, institutions are required to ensure that young people residing in such an institution or in a foster family can approach confidential counsellors with problems.⁹⁷ The Children's Ombudsman (*Kinderombudsman*) concluded in 2016 that the right to complain meets the requirements in practice in many respects. However, it does not do so on a number of essential points, which means that the right to complain is not yet fully utilised and could be more effective. For example, unnecessary thresholds are placed in front of the access to the right of complaint, the complaints procedure takes (too) long and the provision of information about the procedure, progress and decision could be improved.⁹⁸

Secure residential youth care is widely criticised. It should be a last resort, but nevertheless too many children were placed in closed institutions. In order to prevent such placements, an action plan was therefore launched in 2019. From 2017–2019 the number of placements has declined.⁹⁹

94 Art 6.1.8 Youth Act.

95 Art 6.1.2 para 6 Youth Act.

96 Arts 6.1.3, 6.1.4, 6.1.6 Youth Act.

97 CRC/C/NLD/5–6 (2021), 9.

98 Kinderombudsman, *Neem mij(n klacht) serieus!*, KOM006/2016 (12 February 2016) 3.

99 CRC/C/NLD/5–6 (2021), 11 and for the action plan see Branches Gespecialiseerde Zorg voor Jeugd, *De best passende zorg voor kwetsbare jongeren* (25 March 2019).

Recently, the The Forgotten Child Foundation (*Stichting Het Vergeten Kind*) called on people to sign a petition calling for a complete stop to the placement of children in secure residential youth care if they have not committed any criminal offence.¹⁰⁰ The call was made to remove Chapter 6 of the Youth Act, so that Children's Judges can no longer decide to place children in an institution for secure residential youth care. The foundation wants alternatives to be developed quickly, so that children with complex problems receive better help. For example, the foundation is asking for smaller-scale places for these children than the current groups in residential youth care.¹⁰¹

Criticism has also been levelled at the situation whereby children can oppose being admitted, but if the parents agree, they can still be placed in secure residential youth care without a child protection measure.¹⁰²

There is also much criticism of the internal legal position of children. Currently, a legislative proposal (*Wet rechtspositie gesloten jeugdhulp*) is pending to strengthen the legal position of children who are admitted to a secure residential youth care accommodation.¹⁰³ This law drastically changes chapter 6 of the Youth Act, in which the current regulation of the internal legal position can be found. In the legislative proposal the rights of children are laid down, the Act includes protective and caring provisions and describes precisely under which circumstances children's rights may be restricted. For example, it is explicitly stipulated that no freedom-restricting measures may be applied unless there are no less onerous alternatives, the measures are proportionate and it can be reasonably expected that the measures will be effective. The youth care provider will also be obliged to register decisions to apply freedom restricting measures and to periodically inform the Health and Youth Care Inspectorate (*Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd*).¹⁰⁴

100 The Foundation asked people to sign the petition in the period from 10 January to 20 February 2022.

101 <<https://www.hetvergetenkind.nl/stop>> accessed 7 February 2023.

102 The article of MP de Jong-de Kruijf, 'Gesloten jeugdhulp zonder kinderschermingsmaatregel: het kind goed af?', *Tijdschrift voor Familie- en jeugdrecht (FJR)* 26 (2018).

103 *Kamerstukken II* 2021/22, 35942. This bill was submitted to the Dutch Parliament (The House of Representatives) on 13 October 2021.

104 *Wijziging van de Jeugdwet in verband met het versterken van de rechtspositie van jeugdigen die worden opgenomen in een gesloten accommodatie (Wet rechtspositie gesloten jeugdhulp)*, *Kamerstukken II* 2021/22, 35942, no 3, 1, 2.

e) Termination of parental responsibility (care order)

aa) Conditions of the termination of parental responsibility (care order)

If a child's development is seriously threatened and the parent(s) are unable to take responsibility for the care and upbringing of the child within a period of time acceptable for the child's person and development, or if a parent abuses parental responsibility, parental responsibility can be terminated (*beëindiging van het ouderlijk gezag*).¹⁰⁵ The application of the condition that the parents are unable to care for the child within an acceptable period of time is problematic in practice. This is because of the problems in youth care that mean parents do not always get the right support in time, raising the question of what to do if the time limit has passed while the right help has not been provided. In practice, there are situations where judges do not terminate parental responsibility even though 'the acceptable period of time for the child' has expired if this is not considered to be appropriate or disproportionate in a specific situation.¹⁰⁶ An additional problem in practice has arisen that after a period of time, the certified institution makes a so-called 'perspective decision' (*perspectief besluit*). The certified institution then decides whether it will continue working on home placement or whether the child will be permanently placed in care. If it is decided that the child will not return home, this affects the support offered by the certified institution and the frequency of arranged contact between the child and the parents. The perspective decision is not reviewed by the court. The judge is only confronted with it at the time when, for example, a request for the termination of parental responsibility is submitted.¹⁰⁷ This may not be until months later, which means that all this time has not worked towards the child's return home, and although it is ultimately the judge who decides where the child stays, the judge has to deal with the situation that has arisen in this way.

The parental responsibility can be terminated by the court at the request of the Child Care and Protection Board or the Public Prosecution Service. If the Board does not request this, a non-parent who has taken care of and raised the child as part of his family for at least one year can also make a request. The certified institution that carries out the supervision, can ask the Board to submit a request for a termination of parental responsibility to the court. When the Board does not do this, the certified institution can request

105 Art 1:266 DCC.

106 Bruning, *Eindevaluatie Wet herziening kinderschermingsmaatregelen...*, 380, 381.

107 Bruning, *Eindevaluatie Wet herziening kinderschermingsmaatregelen...*, 380, 381.

the Child Care and Protection Board to request the opinion of the court. If the court then determines that the parental responsibility should be terminated, the court will declare the termination of the parental responsibility *ex officio*.¹⁰⁸ Parents themselves cannot request the court to terminate their parental responsibility.

bb) Content and legal remedies

The legal consequence of the termination of parental responsibility is that one or both parents lose their control over the child and are therefore no longer allowed to make decisions about their child. If there is no parent exercising parental responsibility over a child, guardianship is henceforth exercised by a family guardianship institution (*gezinsvoogdij-instelling*) or one or two natural persons, usually the foster parents, who will assume (joint) guardianship.¹⁰⁹

It is possible that the court later on, at the request of the parent whose parental responsibility has been terminated or at a request of the Child Care and Protection Board, restores the parental responsibility. This happens if the court judges that restoring parental responsibility is in the best interests of the child and the parent is permanently capable of taking responsibility for the upbringing and care of the child.¹¹⁰

f) Suspension of parental responsibility and provisional guardianship

In addition to the child protection measures discussed above, the Netherlands has two more child protection measures that can only be used in emergency situations.

The first measure is the (full or partial) suspension of parental responsibility (*schorsing van gezag*). This measure can be applied by the court when there is a serious suspicion that a ground for termination of parental responsibility has been met and the suspension of parental responsibility is necessary to remove an acute and serious threat to the child or¹¹¹ when a parent with custody refuses to give permission for medical treatment for a child and this treatment is necessary to prevent a serious threat to his/her health. This

¹⁰⁸ Art 1:267 DCC.

¹⁰⁹ Arts 1:274 and 1:275 DCC.

¹¹⁰ Arts 1:277 and 1:278 DCC.

¹¹¹ This second option is only possible if the child is under twelve years of age or is older but not capable of making a reasonable evaluation of his/her interests in this matter.

measure may be requested by the same persons/entities as the measure terminating parental responsibility.¹¹²

The second measure is provisional guardianship (*voorlopige voogdij*). This measure can be requested by the Child Care and Protection Board when it appears that a minor child is not under the legally required custody (there is no legal guardian). The Children's Judge can also impose this measure, on request of the Board or the Public Prosecution Service, if there is a legal guardian, but the guardianship is not actually exercised and it is urgent and immediately necessary to arrange for the guardianship to be exercised in order to protect the interests of the child. Provisional guardianship can be imposed, for example, when a child is a foundling or when both parents have been suspended from parental responsibility. The Children's Judge entrusts the certified institution with the provisional guardianship.¹¹³

g) Children with a migration background and child protection

In the Netherlands, minor foreign nationals by or for whom an application for a temporary residence permit has been submitted and who reside in a centre as referred to in the Central Agency for the Reception of Asylum Seekers Act (*Wet Centraal Orgaan opvang asielzoekers*) can be placed under supervision by the Children's Judge.¹¹⁴ In this situation, a specialised legal person, *Stichting Nidos*, acts as a certified institution. Case law is divided on the question whether a supervision order can be issued to prevent or postpone the removal of a child from the Netherlands.¹¹⁵

It cannot be denied that tensions may exist between youth (protection) law and migration law. For example, a supervision order is usually only pronounced if a parent with parental responsibility resides in the Netherlands. As a result, unaccompanied minors with an asylum background, although they sometimes face very serious developmental problems, are almost never placed under supervision because they are already under the guardianship of a certified institution. This, in turn, means that they can never qualify for a residence permit on the basis of a developmental threat, while without parents they are possibly even more vulnerable than children whose parents do reside in the Netherlands.¹¹⁶ In a study in which the tension between youth

112 Art 1:268 DCC.

113 Arts 1:241 and 1:268 DCC. Forder, 'Kinderbeschermingsmaatregelen', 362.

114 Art 1:256 DCC.

115 Bruning, Van den Brink, Punselie, *Jeugdrecht en jeugdhulp*, 325, 326.

116 E Nissen, IDA Sportel, *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht. Een juridisch-empirische analyse. Samenvatting* (Nijmegen 2021) 1, 10.

(protection) law and migration law was investigated, the recommendation was made, among other things, to examine how the ‘best interests of the child principle’ can be anchored in migration law and to examine how the severe development threat or the developmental interests of children can also be given shape in migration law.¹¹⁷

The Immigration and Naturalisation Service (*Immigratie en naturalisatiedienst*), Repatriation and Departure Service (*Dienst terugkeer en vertrek*) and the Child Care and Protection Board established a protocol (2020)¹¹⁸ about their handling and cooperation related to, inter alia, child protection measures, guardianship, parental responsibility and access arrangements in cases with regard to migrant children and their families.¹¹⁹

II. Sociocultural background

1. Statistics

The Dutch Ministry of Health, Welfare and Sport, the Ministry of Justice and Security, the VNG and Statistics Netherlands (*Centraal Bureau voor de Statistiek, CBS*) have set up a high quality database (*StatLine Jeugdmonitor*).¹²⁰ This is a free database on all kinds of subjects related to Dutch youth.¹²¹ All youth care providers and certified institutions supply data to CBS, which publishes figures on youth care and child protection every six months. Policy makers can use these figures to determine their policies. Every year, CBS publishes an Annual Report Youth Monitor (*Jaarrapport Jeugdmonitor CBS*)¹²² that presents an outline of the situation of young people living in the Netherlands.¹²³ Based on information from Safe at Home domestic violence advise and reporting centre, figures are also available on the approach to domestic violence and child abuse and the impact on victims.¹²⁴ Because the statistics are so well kept and all kinds of organisations cooperate, there is a good view in the Netherlands of the number

117 Nissen, Sportel, *Jeugd(beschermings)recht en vreemdelingenrecht...*

118 Ministerie van Justitie en Veiligheid, *Brief Samenwerkingsverband ten behoeve van kinderen in vreemdelingrechtelijke procedures* (2020) and CRC/C/NLD/5–6 (2021), 2.

119 CRC/C/NLD/5–6 (2021), 2.

120 CRC/C/NLD/5–6 (2021), 5.

121 <<https://jeugdmonitor.cbs.nl/StatLine>> accessed 7 February 2023.

122 <<https://jeugdmonitor.cbs.nl/en/>> accessed 7 February 2023.

123 CRC/C/NLD/5–6 (2021), 5.

124 Fact sheet Impact monitor child abuse and domestic violence 2019, <<https://open.overheid.nl/repository/ronl-e8716eb8-4e07-4f24-a744-b6629b6b8832/1/pdf/fact-sheet-impact-of-domestic-violence-and-child-abuse-monitor-2019.pdf>> accessed 1 August 2023. CRC/C/NLD/5–6 (2021), 9.

of children and families who make use of youth care and child protection. To the author's knowledge, there are no statistics available showing that parents are unjustifiably deprived of parental responsibility. Judges decide on the termination of parental responsibility (care order) and there is a possibility of appeal and cassation and, afterwards, to ask for restoration of parental responsibility.

2. Evaluations and legal reform

a) Evaluations and legal reform related to the Youth Act

The Youth Act (2015) was first evaluated in 2018.¹²⁵ In that evaluation, various recommendations were made to further improve youth care. Municipalities should, for instance, focus more on prevention and should work more across domains.¹²⁶ It was also indicated that it is undesirable for an employee of a certified institution to put pressure on parents and children to cooperate with assistance that is proposed. This creates problems both in terms of the legal protection of those involved and in terms of transparency with respect to the role of the certified institutions. The recommendation was made to ensure that local teams and youth care providers have sufficient professionalism to deal responsibly with (forms of) compulsion/pressure. It was also noted that young people in residential, non-closed accommodations are sometimes faced with freedom-restricting measures, while these forms of restricting freedom are not allowed in these institutions. This should be supervised.¹²⁷ Despite the criticism, it was noted that it seems that the decentralisation of youth care to municipalities was a move in the right direction. However, it was concluded that the aims of the Youth Act – ‘punctual and suitable assistance and greater cohesion’¹²⁸ – have not yet been achieved.¹²⁹

It follows from the evaluation that most of the changes can be regarded as transitions. The most important goal, the transformation, has not yet been realised, but this could not be expected at the time of the evaluation (2018).¹³⁰ Transformation takes time and change is a continuous develop-

125 RD Friele et al, *Eerste evaluatie Jeugdwet. Na de transitie nu de transformatie* (Den Haag 2018).

A second evaluation is currently underway.

126 Friele et al, *Eerste evaluatie Jeugdwet...*, 550.

127 Friele et al, *Eerste evaluatie Jeugdwet...*, 547.

128 Ministry of Health, *Action Programme...*, 7.

129 Ministry of Health, *Action Programme...*, 7.

130 Netherlands Youth Institute, *Reform of the Dutch system*, 9.

ment process.¹³¹ Partly as a result of this evaluation, the Action Programme Taking Care of Our Youth was established in April 2018.¹³²

Another evaluation report was published in 2020.¹³³ It concluded, among other things, that the decentralisation of youth care had not yet delivered what was hoped for.¹³⁴ For instance, it turned out that the legislators' expectation that municipalities would be able to offer better and cheaper assistance had not been fulfilled. Contrary to what the legislators had in mind, it turned out that it was not always possible or sufficient to make use of the abilities of families and their social network, nor to use more light and less heavy support. The budget that the municipalities received was immediately cut back, as a result of which they are facing budgetary restraint. It was also found that early provision of youth care was regularly unsuccessful due to waiting lists.¹³⁵

In March 2020, proposals to amend the Youth Act to strengthen regional cooperation and to add rules regarding access, governance and supervision were announced by the Minister for Health, Welfare and Sport and the Minister for Legal Protection in a letter to the Parliament.¹³⁶ As indicated above, a legislative proposal is also pending to strengthen the legal position of children who are admitted to a secure residential youth care accommodation.¹³⁷

If children make use of youth care, the situation changes when they turn eighteen. Then they are adults, they are no longer under parental responsibility or guardianship and the youth care ends. If care is needed, it is no longer available through the Youth Act but through the Social Support Act (WMO). In order to prevent young adults from failing to get the right care, it has been made possible for municipalities to offer youth care until a person reaches the age of 23. Foster care previously ended when a child turned eighteen. Since 2018, foster care automatically continues until a child reaches the age of 21, unless this child decides to leave foster care before he or she turns

131 Ministry of Health, *Action Programme...*, 7.

132 Netherlands Youth Institute, *Reform of the Dutch system*, 9.

133 Sociaal en Cultureel Planbureau, *Sociaal domein op koers? Verwachtingen en resultaten van vijf jaar decentraal beleid* (Den Haag 2020). This report evaluates three decentralisation programmes in the field of social care and support in the Netherlands: the Social Support Act (WMO), the Youth Act (*Jeugdwet*) and the Participation Act (*Participatiewet*), all of which came into force on 1 January 2015.

134 Sociaal en Cultureel Planbureau, *Sociaal domein op koers? Verwachtingen en resultaten van vijf jaar decentraal beleid* (Den Haag 2020) 11.

135 Sociaal en Cultureel Planbureau, *Samenvatting Sociaal domein op koers?*, 4, 13.

136 Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, *Brief Perspectief voor de Jeugd* (20 March 2020) and CRC/C/NLD/5–6 (2021) 2.

137 *Kamerstukken II* 2021/22, 35942 (*Wet rechtspositie gesloten jeugdhulp*).

21.¹³⁸ A legislative proposal in which the extension of the duration of foster care is regulated will come into force on 1 January 2023.¹³⁹

b) Evaluations and legal reform related to child protection measures and the Dutch Civil Code

In 2018, an interim evaluation regarding the 2015 review of child protection measures was published.¹⁴⁰ This evaluation showed, among other things, that one of the grounds for imposing a supervision order, namely that care is not accepted or is insufficiently accepted, is not being applied rigorously. In 1/3 of the cases care is accepted, but a supervision order is imposed nevertheless. The term causes confusion.¹⁴¹ It is therefore recommended that the final evaluation will consider whether this ground for supervision needs to be changed (again) on this point.¹⁴²

The interim evaluation also shows that parental responsibility is terminated much earlier and more often. Therefore, among other things, the recommendation is made to pay more attention to the legal safeguards of parents, the child and the foster parents and the specific powers of the certified institution when it comes to guardianship. It also turned out that although the importance of hearing the requests of the children is endorsed by all institutions (such as the court, the Child Care and Protection Board, the certified institution), practice shows that hearing the children's requests does not always happen.¹⁴³

Another point is that, although the intention of the amendment of the law was to make a clear distinction between the voluntary and the compulsory framework, this goal does not seem to be achieved. There are various so-

138 <<https://national-policies.eacea.ec.europa.eu/youthwiki/chapters/netherlands/19-on-going-debates-and-reforms>> accessed 27 December 2022.

139 Stb. 2022, 408. Kamerstukken II 2020/21, 35833 (*Wijziging van de Jeugdwet en enkele andere wetten in verband met de verlenging van de duur van pleegzorg en het vervallen van de verleningsbeschikking bij machtigingen tot uithuisplaatsing en gesloten jeugdhulp*). It is also proposed to abolish the granting decision (*verleningsbeschikking*) for authorisations for out-of-home placement and secured residential youth care. Currently, such requests must be accompanied by a decision of the board of mayor and alderman from which it appears that the child needs this form of youth care. Practice has shown that this has no added value and leads to an unnecessary administrative burden, lack of clarity and loss of time. Therefore, it is proposed to delete this requirement.

140 K Lünemann et al, *Tussenevaluatie Wet Herziening Kinderbeschermingsmaatregelen* (Utrecht 2018).

141 K Lünemann et al, *Interim Evaluation of the revised child protection legislation. Summary*, 59.

142 Lünemann et al, *Tussenevaluatie Wet...*, 50.

143 Lünemann et al, *Tussenevaluatie Wet...*, 50–52.

called ‘preventive trajectories’ (*drangtrajecten*) whose scope is not clear, nor are the legal basis and safeguards that apply to them.¹⁴⁴

It turned out that the (new) possibility that parents and non-parents who take care of the child and the board of mayor and aldermen can submit a request for a supervision order to the Children’s Judge through the Board is hardly used in practice. Moreover, it turned out that the possibility is mainly used by parents in a conflict divorce to settle their mutual conflicts, while it is not intended for that purpose.¹⁴⁵

The interim evaluation of the Revised Child Protection Measures Act was not only negative. Positive developments were also noted, such as the fact that more attention has been paid to concrete threats and concrete work goals in the orders of the Children’s Judges, which provides more clarity and transparency for parents and the certified institution. Also, the acceptable term of a supervision order is looked at more from a future-oriented perspective, as a result of which a supervision order is imposed more often for a shorter period of time.¹⁴⁶

In 2022, the final legislative evaluation regarding the 2015 review of the Child Protection Act 2015 was published. Among other things, it concluded: ‘Concerns about the youth care system and the implementation of child protection since 2015 have only increased in recent years.’¹⁴⁷ And with a view to intervention by the State and abuse of State power it is relevant that the researchers state that:

‘It is obvious that the current child protection system is failing and cannot guarantee sufficient quality for families in need of care. This raises questions about the legitimacy of government interference in family life, especially when this leads to a short- or long-term out-of-home placement or a termination of parental responsibilities. After all, such far-reaching interventions in family life by the government can only be legitimized in light of relevant human rights standards if the aim of this infringement – protecting the development of the child – can be achieved.’¹⁴⁸

The research also revealed that there are major concerns about the legal protection of parents and children in the Dutch child protection system. Among

144 Lünemann et al, *Tussenevaluatie Wet...*, 53 and Lünemann et al, *Interim Evaluation...*, 60.

145 Lünemann et al, *Tussenevaluatie Wet...*, 54.

146 Lünemann et al, *Tussenevaluatie Wet...*, 55.

147 Bruning et al, *Eindevaluatie Wet...*, 386.

148 Bruning et al, *Eindevaluatie Wet...*, 386.

other things, there are concerns regarding ‘... the position of parents and children in the context of care orders, the protection of children in professional foster care that is less well organized than for children in regular foster families, the wish for legal support or assistance of parents and children in such proceedings and the weak position of parents and children regarding preventive emergency measures.’¹⁴⁹ The concluding remarks of the legislative evaluation regarding the 2015 review of the Child Protection Act 2015 reads: ‘Currently, insufficient time and resources are available in the child protection system. The use of child protection orders and their justification are therefore under considerable pressure. Only when children and parents can really be supported with sufficient resources, is it justifiable for the government to interfere in family life.’¹⁵⁰

Although, as the above shows, there is much criticism of the current child protection system, there is also research that shows that child protection in families where child abuse occurs is indeed effective. This research shows, among other things, that in families facing child protection orders, there are complex, multiple problems. The problems in these families are more complex compared to families in which no child protection order has been imposed. Among families facing a child protection order, child abuse is decreasing, although despite a sharp decrease, violence still occurs in almost half of the families. When looking at families in which child abuse has stopped during six months, it is found that this has succeeded in slightly more families with a child protection order than in those without one. It was also found that in terms of parenting stress and parenting competences, there is a significant difference, in that parenting skills increase more and parenting stress decreases more for the group of parents with a child protection measure compared to parents without. Key findings from this study also include that children with a child protection order have more problems initially than those without, but their well-being increases more over time than for children without a measure. For example, increases in secure attachment with parents, feeling more emotionally secure and decreases in trauma symptoms are stronger for children with a child protection order than without.¹⁵¹

149 Bruning et al, *Eindevaluatie Wet...*, 387.

150 Bruning et al, *Eindevaluatie Wet...*, 388.

151 M Steketee, E Doelman, *Hoe bescherm je kinderen als het thuis onveilig is? Een longitudinaal onderzoek naar de meerwaarde van de jeugdbescherming in gezinnen waarin sprake is van kindermishandeling* (Utrecht/Rotterdam 2022) 116–118.

3. Other developments

a) Many concerns about youth protection

It will come as no surprise that intervention by means of child protection measures is often criticised. Parents usually experience a child protection measure as negative. This criticism from parents, but also from others, is widely reported in the media. In some cases, the criticism is that interventions take place too quickly on insufficient grounds and in other cases the opposite is true, namely that interventions take place too late or are insufficient.¹⁵² In short, the child protection agencies can hardly do well.

Bottlenecks in implementation have led to all kinds of reports and to the amendment of the law in 2015. Nevertheless, concerns about the youth care and youth protection system have not diminished.¹⁵³ 'Indeed, concerns about youth protection seem to be greater than ever.'¹⁵⁴

In March 2019, for example, juvenile lawyers wrote a 'fire letter' to the Minister complaining that far too many children were unnecessarily staying in institutions for secure residential youth care for far too long.

In their judicial decisions, Children's Judges sometimes express their dissatisfaction with a lack of youth protection workers, waiting lists and lack of supply of appropriate facilities.

Not only the costs of youth care, but also its quality is under pressure. The Inspectorates for the Health and Youth Care and for Justice and Security (*Inspectie Justitie en Veiligheid*) found in November 2019 that vulnerable children are insufficiently protected and that due to long waiting lists the entire youth protection chain is at risk.¹⁵⁵

Both in 2019 and in March 2022, youth care workers went on strike. The first time, they argued for more money to solve huge deficits. Now they went on strike because a cutback in youth care has been announced; the high work pressure and poor salaries are causing employees to leave the sector and there is a shortage of personnel. Moreover, the waiting lists for youth care facilities have risen to record heights.¹⁵⁶

152 Bruning, Van den Brink, Punselie, *Jeugdrecht en jeugdhulp*, 260.

153 Bruning, Van den Brink, Punselie, *Jeugdrecht en jeugdhulp*, 260, 261.

154 Bruning, Van den Brink, Punselie, *Jeugdrecht en jeugdhulp*, 261.

155 Inspecties G&J and J&V, *Kwetsbare kinderen onvoldoende beschermd – toezicht bij de jeugdbescherming en jeugdreclassering* (Den Haag 2019) and Inspecties G&J and J&V, *Signalement jeugdbeschermingsketen in gevaar* (Den Haag 2019). These above examples are taken from Bruning, Van den Brink, Punselie, *Jeugdrecht en jeugdhulp*, 714.

156 <<https://www.fnv.nl/nieuwsbericht/sectornieuws/zorg-welzijn/2022/02/jeugdzorgwerkers-staken-24-uur-als-kabinet-eisen-n>> accessed 27 December 2022.

b) Action programmes and future plans

In recent years, a large number of plans for improving the situation in youth care and youth protection have come to light, some of which will be discussed below.

In 2018 the Dutch government launched four action programmes 'to improve young people's chances of growing up healthy and safe.'¹⁵⁷ The four programmes are: (1) Solid Start Programme (*Kansrijke Start*), (2) Youth Care Programme (*Zorg voor de Jeugd*), (3) Violence Does not Have a Place in the Home Programme (*Geweld hoort nergens Thuis*) and (4) Divorce without damage (*Scheiden zonder schade*). In these programmes all actors, the municipalities, youth care providers, client organisations and other professionals work closely together.¹⁵⁸

In the context of this contribution, the Youth Care Programme deserves more attention. The primary objective of this programme is '... to continue to improve youth care, youth protection and youth rehabilitation noticeably and measurably for children, young people and families so that they receive suitable help on time.'¹⁵⁹ To achieve this goal, the programme uses six specific courses of action:

'1. better access to youth care for children and families; 2. to enable more children to grow up in an environment which is as homely as possible; 3. to offer all children the opportunity to develop optimally as people; 4. to provide better assistance to vulnerable young people so that they can become independent; 5. to protect young people more effectively if their development is jeopardised; 6. to invest in the skills of youth professionals.'¹⁶⁰

The programme includes concrete actions stating how and when these goals are to be achieved.¹⁶¹

Furthermore, the plan was that the Ministry of Health, Welfare and Sport, care providers, clients (representatives), professionals and the VNG would together draw up a so-called Youth reform agenda 2022–2028 (*Hervormingsagenda Jeugd 2022–2028*). However, the Cabinet has decided on an additional structural cut of 500 m euros in youth care as of 2025. Therefore, VNG has recently postponed its cooperation in drafting this reform agen-

157 CRC/C/NLD/5–6 (2021) 2.

158 CRC/C/NLD/5–6 (2021) 2.

159 Ministry of Health, *Action Programme...*, 8.

160 Ministry of Health, *Action Programme...*, 8.

161 Ministry of Health, *Action Programme...*

da.¹⁶² In order to improve the availability of care for children with complex and specialist care needs, the government also plans to introduce a legislative proposal¹⁶³ in 2022 that will oblige municipalities to cooperate on a regional level in the purchase of specialist care.

Next to this, in 2021, the VNG and the Ministries of Justice and Security and of Health, Welfare and Sport, published a Future Scenario for Child and Family Protection (*Toekomstscenario kind- en gezinsbescherming*), describing how the youth protection chain can be made smarter and more effective in the future, with the interests of the child and family as the primary consideration. The idea is, for example, that for the child/family a local team is available with a dedicated contact person. From that local team there is cooperation with a regional safety team (*regionaal veiligheidsteam*) in which the certified institutions, Safe at Home and the Child Care and Protection Board cooperate. The Future Scenario outlines what youth protection could look like in five to ten years.¹⁶⁴

The Council for the Administration of Criminal Justice and Protection of Juveniles has responded positively to this future scenario, but is of the opinion that a number of points require more attention. According to the RSJ, for example, it should be made clearer how the proposed structural changes contribute to addressing the lack of timely and suitable support for children and parents, the safeguarding of children's and human rights should be more central, the central government should be exclusively responsible for youth protection and the legal position and legal protection of children and parents should be better elaborated.¹⁶⁵ A concrete example mentioned by the RSJ is that children and parents should be guaranteed the right to a specialised lawyer in procedures concerning out-of-home placements (both open and secure) and measures ending parental responsibility. This should be regulated, according to the RSJ, as such decisions have a profound impact on the lives of children and parents. Therefore, an effective remedy is needed, in the form of a specialised lawyer, to assist children and/or parents.¹⁶⁶

162 Letter of the VNG, 13 January 2022 <<https://vng.nl/nieuws/hervormingsagenda-jeugd-wordt-opgeschoort>> accessed 27 December 2022.

163 Rijksoverheid, 'Wetsvoorstel verbetert beschikbaarheid specialistische zorg voor jeugdigen', Nieuwsbericht 5 March 2021 and Appendix *Kamerstukken II* 2021/22, 35925-XVI no 170 (2022).

164 VNG en de ministeries van Justitie en Veiligheid en Volksgezondheid, Welzijn en Sport, *Toekomstscenario kind- en gezinsbescherming* (2021).

165 RSJ, *Jeugdbescherming in de toekomst. Vier aanbevelingen voor het toekomstscenario kind- en gezinsbescherming* (2021).

166 RSJ, *Jeugdbescherming in de toekomst...*, 16, 17.

Because in recent years there has been a lot of criticism of youth care in large numbers of reports,¹⁶⁷ with the intention of improving youth care, as a reflection of this, a document was drafted that summarises all kinds of ideas, analyses and solutions to improve youth care and make it affordable.¹⁶⁸ It proposes, among other things, setting national quality requirements and limiting the number of providers of youth care; giving children and families more input; improving cooperation and ensuring a clear division of roles; setting national tariffs that are realistic and cover costs; and improving cooperation between municipalities.¹⁶⁹ Nevertheless, new plans have already been developed after this, for example, a pilot where families are helped at an early stage with housing and debt in order to prevent parenting stress and insecurity. It is hoped that this project will help families more effectively and prevent children from entering youth protection.¹⁷⁰

In November 2022, the Minister for Legal Protection, following various reports and opinions, informed the Parliament in a letter¹⁷¹ that it was clear that legal protection in youth protection is inadequate. He is therefore coming up with a plan in which in the short term the most necessary points relating to legal protection will be strengthened and in the longer-term work will be done on structural legal protection. In the letter, the Minister indicates, among other things, that there should be a clear distinction between voluntary support and the (forced) youth protection measures. The minister announces five concrete improvements in the short term.

First, he indicates that under the principle of equality of arms, free legal aid will be available during 1.5 years for parent(s) facing an out-of-home placement or an order of termination of parental responsibility (care order).

167 Criticism includes the fact that families do not get the right help, that waiting lists cause unnecessary suffering and damage and that municipalities, in their role as care purchasers, cannot control cost increases. Care providers do not succeed in offering the required quality across the entire spectrum of youth care. See *Toekomst Jeugd. De samenvatting* (19 October 2021) 5 <https://beroepseer.nl/wp-content/uploads/2021/10/toekomst_jeugd_de_samenvatting.pdf> accessed 27 December 2022.

168 *Toekomst Jeugd. De samenvatting*, 5 <https://beroepseer.nl/wp-content/uploads/2021/10/toekomst_jeugd_de_samenvatting.pdf> accessed 27 December 2022. This document has been drawn up by social workers, experts by experience, supervisors and professionals in youth care who together have drawn up a vision of the future, partly on the basis of the following notes: *Van systemen naar mensen*, van de Sociaal Economische Raad; *Manifest De Jeugdsprong* van de FNV en Stichting Beroepseer; *Samen verder* van IGJ, NZa, RVS en de Kinder- en Nationale Ombudsman; *Op de groei* van de Beweging van 0; *Vasthoudend transformeren* van het Nederlands Jeugd Instituut.

169 *Toekomst Jeugd. De samenvatting*, 9, 11, 14, 17, 19.

170 Ministerie van Justitie en Veiligheid, *Kamerbrief uitvoering motie Ceder* (11 November 2022) 5.

171 Ministerie van Justitie en Veiligheid, *Kamerbrief Plan ter verbetering van de rechtsbescherming in de jeugdbescherming* (18 November 2022).

As a result, parents in such measures will be assisted free of charge by a specialised juvenile lawyer.

Second, the Minister announced that regarding the perspective decision, which involves the certified institution making a decision on where the child will grow up (in a foster family or that he or she will be reunified with the parents), that the certified institutions have drawn up legal safeguards for decision-making and having the perspective decision reviewed. Parents and children will be informed about the decision in advance, may express their opinion, the decision will be put in writing and the reasons for the decision are explained, parents and children will receive a copy of the decision and the perspective decision will be submitted by the certified institutions to the juvenile court for review. As the perspective decision has no legal basis at present, it has been agreed with the certified institutions that, for the time being, they will submit this decision to the court through the dispute settlement procedure at the time of supervision (direct review) or at the time a request for extension of an order for out-of-home placement is submitted (indirect review). The minister is working on a bill to solve this structurally.

A third point of improvement concerns working to improve the quality of decision-making by youth protection agencies. Fact-finding needs to improve cooperation and communication with parents and children throughout the process. To improve this, trainings are being organised and (digital) tools are being developed by certified institutions, for example.

The fourth area of improvement relates to improving the complaints procedures. To this end, information material has been developed that can be made available to parents and children so that they know what they can do if they are dissatisfied, and training courses for professionals focus on dealing with dissatisfaction and (disciplinary) complaints.

Finally, the fifth area for improvement looks at dealing with parents with children who have been placed out of home. There are currently complaints that after a custodial placement, contact between parents and children is organised late or is too limited. The Minister indicated that he would adopt the recommendation from final legislative evaluation regarding the 2015 review of the Child Protection Act 2015 to make it a legal requirement that a visitation plan be drawn up immediately after the children are placed out of home and that this plan can be tested by the juvenile court at the request of a parent or child. In the meantime, the Minister, together with the certified institutions, is considering whether it would be possible to lay down contact agreements immediately in the form of a written order. This provides clarity and gives parents and children (aged 12 and over) a legal recourse, as they can appeal this to the children's court.

For the longer term, the Minister will elaborate on the forthcoming topics and come up with proposals for (legislative) amendments: the roles of the Child Care and Protection Council, certified institutions and children's courts; the legal grounds for the supervision, out-of-home placement and custody termination measure; the legal status of children under guardianship; and the joint placement of siblings during an out-of-home placement.¹⁷²

III. Conclusion

This contribution shows that the Netherlands has a system of youth care and child protection that, in theory, contains quite sufficient checks and balances. There is a high-quality database which enables the government and other institutions to monitor their policies and the measures that are taken. In practice, however, this system proves to be more complicated. The justification of the state's power to intervene in family life through child protection measures is under pressure. For example, there are problems with funding, understaffing, waiting lists for support, the legal position of parents and children facing child protection measures is not strong enough and the quality of the fact-finding process surrounding applications for mandates for out-of-home placement is insufficient.

In recent years, the Dutch youth care and child protection system has been characterised by a large number of developments; legislative amendments, action plans, evaluations, projects, reports and all kinds of other publications. This makes it difficult, if not impossible, to get and present a good overview. There is a lot of attention for youth care and child protection in parliament, with the legislators, with the institutions involved in youth care and child protection, with the public (radio, TV, newspapers, social media) and also in the academic world. There is unremitting attention for things that are not going well and that could and should be better. Changes follow each other in rapid succession. These changes have solved some problems, but changes have also created new ones. As a result, it has been impossible to discuss everything, only a few issues have been highlighted.

Almost all changes attempt to: put the interests of the child and its development at the centre; offer children (and families) the right help; limit bureaucracy and keep the costs low. This contribution shows that it is by no means an easy task to achieve this. A well-known Dutch saying goes 'Stagnation is regression' (*Stilstand is achteruitgang*). With regard to youth care and child protection, there is absolutely no stagnation. On the contrary, there are con-

172 Ministerie van Justitie en Veiligheid, *Kamerbrief Plan ter verbetering...*, 1–10.

tinuous developments and therefore, hopefully, further progress in the future which will then ensure a youth care and child protection system with sufficient checks and balances not only in theory, but also in practice.

The State's Power to Remove Children from their Parents without a Court's Order in Poland

Jacek Wierciński

I.	Introduction	367
II.	Removal of the child – general remarks	370
III.	Grounds for removal of a child.	371
	1. A danger to the child's life or health	371
	2. Immediacy of the danger	372
	3. Relationship between domestic violence and danger	373
	4. The person entitled to remove a child.	374
IV.	Procedure for removing a child.	374
V.	Judicial review of the removal of a child	375
VI.	Statistical surveys.	377
VII.	Analysis of court records and orders.	379
VIII.	Conclusions	383

I. Introduction

The removal of a child from his or her family by state officials may constitute a drastic interference in the child's life and in the lives of family members. It can lead to serious psychological harm to the child and cause suffering to the parents. Legislators should be particularly careful in creating a legal framework that allows public authorities to intervene in the life of the family.¹ Statutory determinations on who is allowed to take children away from their parents and when they are allowed to do so must balance three principles expressed in the Polish Constitution:² the right of a removed child to have care and assistance from public authorities,³ the parents' priority in making decisions related to education of their child⁴ and the protection of private

1 J Słyk, 'Odbieranie dzieci rodzicom na podstawie art. 12a ustawy z 29.07.2005 o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie' [Taking children away from their parents on the basis of article 12a of the Act of 9 July 2005 on the Prevention of Domestic Violence], *Prawo w Działaniu* 24 (2005) 263.

2 R Zegadło in J Wierciński (ed), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz* [Family and Guardianship Code. Commentary] (Warszawa 2014) 746.

3 Art 72 of the Act of 2 April 1997 the Constitution of the Republic of Poland — Polish Constitution, Polish Journal of Laws (DzU) 1997 no 78, item 483.

4 Art 48 of the Polish Constitution.

and family life.⁵ Due process in court is an essential safeguard against the irregularities that may cause harm to a child by an unjustified removal from his or her parents.

It is well-established that the removal and placement of a child in foster care is based on a court decision. The proper court to make such a decision is the guardianship court.⁶ If the child's welfare is at risk, this court may issue appropriate orders. The court may order the minor be placed with a foster family or placed in an institution. A child may be temporarily placed with a foster family even if the family does not meet the qualifications for foster families in terms of the necessary training specified in the regulations, or the court may order the minor to be placed in a nursing and care institution or in a therapeutic rehabilitation institution.⁷ The court decides on the placement of a child in foster care either *ex officio*⁸ or at the parents' request.⁹ Generally, the placement of the child in foster care shall be issued by the court based on the location of the child. In urgent cases, the court issues all necessary orders *ex officio* even if a child does not fall under its local jurisdiction. In such a situation it has to notify the court with local jurisdiction.¹⁰

In 2010, despite concerns regarding the legislative process,¹¹ the Polish legal system introduced a new regulation. The regulation allows representatives

5 Art 47 of the Polish Constitution.

6 The function of the guardianship court is performed by the family and juvenile division of the district court established, *inter alia*, to decide family law matters. See art 12, para 1, item 1 of the Act of 27 July 2001 – Law on the System of Common Courts [*Prawo o ustroju sądów powszechnych*], DzU 2013, item 427.

7 According to art 109 of the Act of 25 February 1964 – Family and Guardianship Code – FGC [*Kodeks rodzinny i opiekuńczy*], DzU 1964 no 9, item 59; consolidated text DzU 2020, item 1359, the court can restrict parental authority by issuing relevant orders if the child's welfare is endangered. The court can: require the parents to behave in a certain way (such as referring the parents to family therapy, counselling or other appropriate assistance) and monitor the exercise of the order issued; determine actions that cannot be made by the parents without the permission of the court, or subject the parents to other restrictions; subject the execution of parental authority to the supervision of a court-appointed curator; refer the minor to an organisation or institution for vocational training or another institution conducting partial supervision over children; or order that the minor be placed in foster care or institutional care.

8 Art 570 of the Act of 17 November 1964 – Code of Civil Procedure – CCP [*Kodeks postępowania cywilnego*], DzU 1964 no 43, item 296; consolidated text DzU 2021, item 1805.

9 The legal framework for such a request is art 100, para 1 FGC, according to which the guardianship court is obliged to provide assistance to parents if it is necessary for the proper execution of parental authority.

10 K Trynieszewska, *Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Komentarz* [Act on Family Support and Foster Care System. Commentary] (Warszawa 2015) art 35.

11 J Szymańczak, *Opinia merytoryczna do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw* [Content-related opinion on the governmental draft act amending the act on prevention of domestic violence and some

of public authorities, in certain circumstances, to remove a child from their parents without prior consent of the court.¹² This regulation is art. 12a of the Act on the Prevention of Domestic Violence (PDV).¹³ The amendment introduced a provision to allow a social worker to remove a child from a home where the child's life or health is at risk as a result of violence, especially when the child's caretaker is under the influence of alcohol or an intoxicant. The social worker is able to promptly remove the child with the participation of the police, as well as a doctor, paramedic or nurse. The drafters of the amendment argued that the amendment would enable a proper assessment of the child's health and the necessity of the removal to ensure the child's safety.¹⁴

The purpose of this article will be to present this relatively new amendment in the Polish law, its function in practice and to assess whether the concerns

other acts], *Druk Sejmowy* [Parliamentary Paper] no 1698, 7–8; L Bosek, *Opinia nt. legislacyjnej spójności oraz zgodności z Konstytucją RP projektu ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw z dnia 15.03.2010 r.* [Opinion on legislative coherence and compliance with the Constitution of the Republic of Poland of the draft act amending the act on prevention of domestic violence and some other acts of 15 March 2010], *Druk Sejmowy* no 2776, who argued that '[s]erious doubts are evoked by article 1(13) of the draft, in particular to the extent that it authorises a social worker to take away and place a child in an institutional care on the basis of a risk to that child's health. The proposed art 12a of the Act may lead to pathological situations in which, due to mere poverty and lack of financial assistance from the State, family relationships are drastically interrupted.' See also S Spurek, *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie. Komentarz* [Prevention of Domestic Violence. Commentary] (Warszawa 2021) arts 12(a) and 12(b), art 12(c), point 3, reporting that it has been argued that new solutions may be contrary to the Constitution of the Republic of Poland, the same purpose – of removal of the child – can be achieved on the basis of existing legislation, and social workers are overworked and may abuse the powers granted to them.

- 12 Similar doubts prompted the submission of a motion by the Zakopane City Council to the Constitutional Tribunal to examine the compliance of the already existing statutory solution with the Constitution of the Republic of Poland. The petitioners pointed out that the transfer to social workers and other persons listed in art 12a(3) PDV of competences reserved for the judiciary is a violation of the exclusive right of the court to administer justice. The solution envisaged therein, according to the petitioner, does not guarantee the impartiality and independence of these entities, as well as the openness of the proceedings themselves. The Constitutional Court did not recognise this application and discontinued the proceedings due to the lack of competence of this applicant to submit it (see decision of the Constitutional Court of 11 March 2020, K 33/16, OTK-A 2020, no 10). More on this procedure: Spurek, *Przeciwdziałanie przemocy* ..., notes 15–17.
- 13 Art 12a of the Act of 29 July 2005 – Act on the Prevention of Domestic Violence [*Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie*] – was added by art 1, point 13 of the Act of 10 June 2010 (DzU 2010 no 125, item 842) amending the Act on the Prevention of Domestic Violence (DzU 2005 no 180, item 1493; consolidated text DzU 2021, item 1249) as of 1 August 2010.
- 14 A Kiełtyka in A Ważny, A Kiełtyka, *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie. Komentarz* [Prevention of Domestic Violence. Commentary] (Warszawa 2015), art 12(a), note 1.

raised with respect to its underlying assumptions and construction are justified.

II. Removal of the child – general remarks

It is argued (not quite accurately) that the placement of a child in foster care without a prior decision of the court was not a complete novelty to the Polish legal system.¹⁵ The concept was foreseen in the Act on Social Assistance.¹⁶ In a case of risk to the child's welfare, and in particular danger to the child's health or life, abandonment of the child or when it was not possible to establish the identity of the parents or their whereabouts, it was possible to place a child in a professional foster family without a court decision if the child was brought by the police to the foster home. Such a foster family was to notify the guardianship court immediately, no later than 24 hours, of accepting a child brought by the police.¹⁷ In other situations, the placement of the child in foster care could only take place with the prior approval of the court which, in urgent cases, could issue appropriate orders, including the placement of the child in a foster family.¹⁸ Therefore, there is a sharp difference between the Act on Social Assistance and the PDV. The Act on Social Assistance allowed a child (eg alone or unaccompanied) to be placed with a foster family, but did not provide the authority to remove a child from his or her family without court approval.

At present art 12a PDV allows a social worker performing their official duties, in the event of an imminent danger to the life or health of a child due to domestic violence, to remove the child from the family and place him/her with another non-cohabiting immediate family member. This decision shall be made by the social worker jointly with a police officer, a doctor or a paramedic, or nurse. The social worker shall be obliged to immediately notify the guardianship court, no later than 24 hours, about the removal of the child from the family and placement of the child with an immediate relative, in a foster family or in a foster care facility. The provisions

15 Spurek, *Przeciwdziałanie przemocy* ..., note 5.

16 Art 76 para 6 of the Act of 12 March 2004 – Social Assistance Act [*Ustawa o pomocy społecznej*], DzU 2004 no 64, item 593.

17 Currently, an equivalent provision is contained in art 58 of the Act of 9 June 2011 – Act on Family Support and the Foster Care System [*Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej*], DzU 2022, item 447. A foster family accepts a child when the child has been brought by the police or border guard, and also at the request of the parents, the child or another person in the case referred to in art 12a PDV.

18 T Zawislak, 'Zarządzenia sądu opiekuńczego w nagłych wypadkach' [Emergency guardianship court orders], *Palestra* 7–8 (2002) 45.

regarding the placement to the placement of a child in a foster family or in a foster care institution shall accordingly apply to the placement of a child with a non-cohabiting immediate relative. The procedure to be followed by the police when assisting in the removal of the child and the manner of documenting the measures performed by the police are defined in separate regulation of the minister in charge of internal affairs.

A subsequent provision of the PDV specifies that the parents, legal custodians or actual guardians are entitled to file a complaint against the removal of a child, in the guardianship court. The social worker or police officer shall instruct the child's parents, legal or actual guardians of the child about their right to file a complaint and indicate which guardianship court has jurisdiction to examine it. This instruction shall be given in writing.¹⁹ The complaint may demand an examination of the justifiability and legality of the removal of the child and its appropriateness. The complaint may be lodged through the social worker or the police officer who removed the child. In such a case, the complaint shall be forwarded, without delay, to the guardianship court. The court shall consider the complaint within 24 hours. If the court finds that the removal of the child is unjustified or illegal, it shall order the immediate return of the child to the parents, legal custodian or actual guardians from whom the child was removed. If the removal was found unjustified, illegal or inappropriate, the court shall notify the supervisors of the persons who performed the removal.²⁰

III. Grounds for removal of a child

The conditions for the removal of a child from his or her family by a social worker include: there must be a danger to the child's life or health; this danger must be imminent and related to domestic violence; and the act of removal may be perpetrated by the social worker only when performing his/her official duties.²¹

1. A danger to the child's life or health

The notion of danger to the child's life or health is not uniform. Part of the doctrine supports a broad understanding of this concept and recognises that the determination of the existence of a risk to a child's life or health is based on circumstances that impair the child's physical or mental health. In this

19 Art 12c PDV.

20 Art 12b PDV.

21 Słyk, 'Odbieranie dzieci rodzicom...', 273.

sense, any kind of negligence resulting from the failure to provide shelter, food, clothing, or health care measures, can lead to a risk to life or health. Similarly, behaviour on the part of the parent that causes psychological harm to the child, such as anxiety, fear, or lowered self-esteem, may be considered a threat to the child's life or health. Therefore, the sources of danger to the child's life or health may be numerous.²²

Part of the doctrine assumes that the rationale for a social worker's intervention should be subject to a strict interpretation. Only serious instances of risks to the child's health should justify the removal of a child. It would be unjustified to remove a child from parents who, for example, on a single occasion during a verbal domestic dispute failed to ensure that the child was properly clothed, thus exposing the child to the cold. The intention of the legislation to include only drastic situations related to domestic violence is indirectly evidenced by the participation of a police officer and a health care representative in the removal of the child, as provided for in art 12a. This in turn justifies departing from the plain language interpretation of the provision in question.²³

2. Immediacy of the danger

Danger to life or health of the child should be imminent. The danger must be likely to result in the loss of a child's life or health, in the immediate future, when the next event can result in the loss of the child's life or health. The immediacy of the threat cannot be presumed. If any additional events would have to occur for the loss of life or health to result, the danger is not imminent. The danger is direct if it occurs at a time when no additional elements are necessary for the loss of life or health to occur.²⁴ Removal of the child is only possible when a danger is making it impossible to implement other preventive measures and removal is necessary. Usually this happens when a social worker witnesses the use of violence endangering the health or life of a child and must immediately prevent harm from the perpetrator.²⁵

22 G Wrona, *Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Komentarz* [Act on the Prevention of Domestic Violence. Commentary] (Warszawa 2021) art 12a, note 3; Spurek *Przeciwdziałanie przemocy ...*, note 7.

23 Słyk, 'Odbieranie dzieci rodzicom...', 273.

24 Wrona, *Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie*, art 12a, note 4.

25 Słyk, 'Odbieranie dzieci rodzicom ...', 274.

3. Relationship between domestic violence and danger

The wording of the PDV²⁶ indicates that family violence is a singular or recurring intentional act or omission infringing on the rights or personal goods of the closest persons²⁷ or other persons residing or householding together. Family violence may include exposing persons to the danger of loss of life or health, violating their dignity, causing bodily harm, violating freedom, including sexual freedom, causing damage to their physical or mental health, as well as causing distress and moral harm to persons affected by the violence. This definition is vague, overly broad and raises constitutional questions.²⁸ On the other hand, this definition is too narrow as it does not meet the standards of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence (the Istanbul Convention), due to its failure to explicitly cover behaviour involving economic violence.²⁹

Domestic violence must be associated with an imminent danger to a child's life or health. No accidental circumstance, which is not an intentional act on the part of the perpetrator of domestic violence, which has led to a threat to the life or health of a child, will meet the conditions of this provision. The perpetrator of domestic violence must be aware that his or her behaviour could lead to a situation of danger to the life or health of a child and, despite this awareness, continues his or her behaviour. Wilfulness by the perpetrator of violence includes any kind of voluntary consumption of alcohol, drugs or other substances that affect the way the body functions. Any violent behaviour of a person after the consumption of such substances should therefore be considered intentional, as the perpetrator of violence is aware of his or her possible reaction to their consumption.³⁰ The threat must arise as a result of the acts or omissions of family members within the meaning of PDV³¹ or another person living in the householding. Removal of the child can occur when the perpetrator of the violence is, for example, a brother or sister or even a tenant, although the parents themselves have not used violence. In turn, removal may cause more psychological damage to the child rather than protecting the child's welfare. It would therefore be necessary

26 Art 2(2) PDV.

27 In order to indicate who is the closest person, PDV refers to the provisions of criminal law, i. e. art 115 para 11 of the Act of 6 June 1997 — Criminal Code — CrC [*Kodeks karny*], DzU 1997 no 88, item 553; consolidated text DzU 2020, item 1444.

28 Słyk, 'Odbieranie dzieci rodzicom ...', 269–271.

29 Spurek, *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie*, art 2, notes 17–19.

30 Wrona, *Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie*, art 12a, note 6.

31 S 2(1) PDV.

to seek other legal solutions that relate directly to the perpetrator of the violence.³²

4. The person entitled to remove a child

The person entitled to remove a child from the family is the social worker who is performing their official duties.³³ The social worker performs official duties during working hours. During the rest of the time, other professionals, including the police or healthcare representatives, protect the child from loss of life and health under general rules.³⁴

IV. Procedure for removing a child

The social worker's decision to remove a child from a family shall be made with a police officer and with a doctor, paramedic, or nurse.³⁵ The language of the statute indicates the decision will be made jointly, however, it is not clear what is meant by 'joint deciding' and what consequences an objection by a police officer or a health care representative would have. It is assumed that the social worker has the primary decision-making ability and the police and medical professionals have a supporting role. Ultimately, the burden of deciding lies with the social worker. If the professionals are not in agreement, the social worker's assessment will prevail to make the final decision. The wording of the provision does not clarify the role of the police officer and the health care representative. The PDV does not explicitly indicate that these persons should be present when the child is removed. In the case of the police officer, the obligation of his or her presence and the scope of the action taken only derives from a regulation issued under the Act.³⁶

The police officer is obliged to assist the social worker in the activities related to the forced removal of a child at the social worker's request. If the parents

32 Słyk, 'Odbieranie dzieci rodzicom ...', 274.

33 Art 12a(3) PDV.

34 Spurek, *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie*, art 12a, note 6; A Prusinowska-Marek, 'Prawo rodzinne' [Family Law] in G Jędrejek (ed) (Warszawa 2015) 751.

35 Art 12a(3) PDV.

36 Regulation of the Minister of Internal Affairs and Administration of 31 March 2011 on the procedure to apply when removing a child from a family in the event of a direct risk to the child's life or health in relation to domestic violence [*Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 31.03.2011 r. w sprawie procedury postępowania przy wykonywaniu czynności odebrania dziecka z rodziny w razie bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia dziecka w związku z przemocą w rodzinie*] DzU 2011 no 81, item 448; J Słyk, 'Odbieranie dzieci rodzicom...', 275.

or other persons interfere with the removal of a child, the police shall, at the request of the social worker, remove these persons from the place where the removal is carried out. Persons removing a child should exercise extra caution and do their utmost to ensure that the child's welfare is not violated and, in particular, that the child does not suffer physical or psychological harm.³⁷ The police officer issues an official note of the actions taken and shall forward a copy of the note to the local guardianship court and social welfare unit.

A removed child can be placed in three places: with a non-cohabiting closest person (a spouse, direct line relative, sibling, in-laws in the same line or degree, or a person in an adoption relationship and their spouse), with a foster family or in a foster care institution. In practice, the child is usually placed with grandparents, siblings or in-laws in the same line or degree.

The law provides a mechanism for judicial review of the actions taken by the social worker. The social worker is obliged to immediately notify the guardianship court, within 24 hours, of the removal of a child from his or her family and his or her placement outside the family.³⁸ Upon acquiring information that a child has been placed in foster care without a court decision, the court shall immediately initiate guardianship proceedings. After hearing from the social worker who removed a child from the family, but no later than 24 hours, the court shall issue a decision to place the child in foster care or a decision to return the child to the family.³⁹ The decision is based on an assessment of whether the welfare of the child has been endangered.⁴⁰

V. Judicial review of the removal of a child

The parents can submit a complaint to the guardianship court to review whether the removal of their child was proper.⁴¹ As a general rule, only the guardianship court of the child's place of residence will have jurisdiction to hear this complaint. However, in an emergency situation, the guardianship

37 Art 12a(3) PDV refers here to the *mutatis mutandis* application of arts 598[10], 598[11] para 3 and 598[12] para 1, sentence 1 CCP. These provisions are part of the regulation contained in the CCP (Section 5. Matters of removal of a person subject to parental authority or guardianship) relating to the enforcement of a court decision to remove a child. According to its rules, the child shall be removed by a court curator on the instructions of the court.

38 Art 12a(4) PDV.

39 Art 579[1](1)(2) CCP.

40 Art 109 FGC.

41 D Korszeń, E Korszeń, 'Tryb rozpoznawania przez sąd zażalenia wnoszonego na podstawie art. 12b ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie' [Procedure for court's examination of a complaint lodged under art 12b of the act on the prevention of domestic violence], *Przegląd Sądowy* 7–8 (2011) 54–61.

court may issue all necessary orders with regard to persons who do not fall within its local jurisdiction, but must notify the guardianship court with local jurisdiction.⁴²

The social worker or police officer is obliged to notify, in writing, the child's parents of their right to lodge a complaint and of the court with jurisdiction to hear the complaint.⁴³ The subject of judicial review is the reasonableness, legality and correctness of the removal and return of the child to the family may be determined by finding the removal to be groundless or illegal.⁴⁴ The reasonableness of the removal is determined by the existence of an imminent risk to the life or health of the child due to domestic violence. The removal of a child may be illegal if it was carried out by an unauthorised person, or there was a breach of duties of a social worker, such as failing to notify the guardianship court within a certain time limit or failing to instruct the parents about their right to lodge a complaint. It can sometimes be difficult to distinguish between these criteria for assessing a removal.⁴⁵

The complaint may be submitted by the parent through the social worker or police officer who carried out the removal action.⁴⁶ They are obliged to transfer the complaint to the competent court, without delay. The Act does not provide for a time limit for submitting this complaint. However, the court should examine the complaint within 24 hours of the complaint being received by the court.⁴⁷ If the court finds that the removal of the child is unjustified or illegal, it shall order the immediate return of the child to the parents, legal or actual guardians from whom the child was removed.⁴⁸

If the court finds unjustified, unlawful or irregularities in the course of the actions carried out, it shall inform the superiors of the person who carried them out.⁴⁹ The mere fact that the court informs the superiors does not automatically mean that any negative consequences must be imposed on the employee or officer. The type of misconduct will be the decisive factor to determine the consequences. In an extreme case of misconduct, the social worker's behaviour may be considered a serious breach of fundamental job duties, allowing the employer to terminate the employment contract without notice.⁵⁰ The consequence of unjustified, illegal or improper removal of

42 Art 569 CCP.

43 Art 12c PDV.

44 Art 12b(1) PDV.

45 Słyk, 'Odbieranie dzieci rodzicom...', 276.

46 Art 12b(2) PDV.

47 Wrona, *Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie*, art 12b, note 2.

48 Art 12b(3) PDV.

49 Art 12b(4) PDV.

50 Wrona, *Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie...*, art 12b, note 3.

a child may also be the initiation of criminal proceedings due to a reasonable suspicion of the commitment of crimes: deprivation of liberty, abduction or detention of a minor against the will of the guardian or abuse of power by a public official.⁵¹

VI. Statistical surveys

In 2019, 1,303 children were removed under art 12a, while in 2020, 1217 children were removed.⁵² Although lower in 2011–2013, the 2020 number has remained at a relatively similar level since 2014. The 2014 Ministry of Family and Social Policy's report shows that only 12 complaints were received by the courts, of which complaints in 2 cases were upheld in full. At the same time, there is a shortage of published case law of which conclusions could be drawn as to the correct functioning of the provisions in practice. Regrettably, there is only one published court decision indirectly concerning art 12a.⁵³

In 2015, the Ministry of Justice Justice Institute's⁵⁴ research fellow Dr. Jerzy Słyk conducted an extended study of court files, otherwise unavailable to the broader public, concerning the removal of a child by the social worker under art 12a PDV.⁵⁵ The Justice Institute requested all guardianship courts in Poland to provide access to the files of all removal cases conducted by a social worker between 2013 and 2015. As a result, 130 case files were examined. In all cases examined, a total of 251 children were removed. The most common case was the removal of a single child. Occasionally, cases where several children were removed simultaneously were recorded. Most often, the intervention of a social worker on the basis of art 12a concerned the younger children, up to three years old. The prevalence of children under age 3 is probably due to their vulnerability. As it was correctly pointed out, behaviour by a parent that carries a risk to the life or health of a young child

51 Those crimes are described accordingly in arts 189, 211 and 231 CrC; Kiełtyka, *Przeciwdziałanie przemocy...*, art 12(b), point 7.

52 Report on the implementation of the national programme against domestic violence 2014–2020 prepared by Ministry of the Family and Social Policy <<https://www.gov.pl/web/rodzina/sprawozdania-z-krajowego-programu-przeciwdzialania-przemocy-w-rodzinie>> accessed 14 September 2023.

53 Order of the District Court in Szczytno of 15 January 2020, III Nsm 253/19 <www.orzeczenia.ms.gov.pl> accessed 14 September 2023.

54 The Institute of Justice in Warsaw is a public entity subordinate to the Minister of Justice, carrying out scientific and research activities in the field of the creation, application, axiology and social operation of law. More information on activity of this institution can be found at <<https://iws.gov.pl/en/o-instytucje/>> accessed 14 September 2023.

55 The results of the study had been published by Słyk, 'Odbieranie dzieci rodzicom...', 263–326.

(e. g. a parent's state of alcoholic intoxication) may not be associated with such a risk in the case of older children. At the same time, the exposure of a young child to danger is more likely to mobilise social workers.⁵⁶

The research found that there was a strong correlation between low parental education and the removal of a child by a social worker. Occasional cases were reported in which a child was removed from parents who had a higher education degree. A significant proportion of cases involved parents with very low levels of professional involvement. As many as 70% of mothers and 16.9% of fathers did not work. The sample was dominated by families with severe economic problems, with difficulties in providing basic needs (in 86.2% of cases, the material situation was difficult and very difficult). In 69.2% of the cases, the case file contained information that the child's parents were receiving benefits or other forms of social assistance. In most cases, although the parents were alive and paternity was established, the child did not grow up in a family with married parents. The study found a high proportion of cases had previous court intervention in the way parents exercised parental authority. The most common limitation of parental authority was the establishment of court appointed supervision. The most frequent cause of this intervention was neglecting the child due to parental alcohol abuse (29.2% of mothers and 20% of fathers). Other reasons for court involvement include mothers being unable to deal with their child's difficult behaviours and failure to provide for the child's living needs (5.4%) and among fathers – lack of interest in the child (3.1%).⁵⁷

At the time of removal by the social worker, the most common reasons for removal were the parent's alcohol abuse causing improper care of the child (63.6%) and neglect of the needs of the child which were not related to alcohol abuse. The other types of misconduct were recorded in a very limited number of cases. Abuse of parental authority in the form of physical violence (corporal punishment) occurred in 7% of cases. Removal of a child generally did not occur in families where there were no problems and parental authority was properly exercised. The problem of domestic violence generally occurs in families with socially pathological features, families who are economically and educationally disadvantaged, and not living together. The intervention is also generally not occasional, but is undertaken in cases of families that have already benefited from social services and that have already been affected by judicial intervention.⁵⁸

56 Słyk, 'Odbieranie dzieci rodzicom...', 278–282.

57 Słyk, 'Odbieranie dzieci rodzicom...', 283–288.

58 Słyk, 'Odbieranie dzieci rodzicom...', 289–293.

The fact that removal of a child most often occurs when the social worker finds the parents, who are taking care of the child, were in a state of intoxication but there was no aggression towards the child proves that the definition of violence included in art.12a is too broad and vague. It makes it possible for a social worker to intervene in any breach by the parents of their obligations towards the child and not in only cases of actual violence and aggression.⁵⁹

Social workers most often placed children in foster families (36.9% of cases), with a close person (27.7%) and in institutional foster care (24.6%). In a small number of cases, a child was placed in a location not provided for by the Act, i.e. a hospital, due to the need to provide medical care for the child. In the majority of cases (82.3%), the social worker notified the court of the removal of the child within the statutory deadline. Delays mainly occurred when it took place on the day before public holidays. Parents exercised their right to submit a complaint against the removal of a child by a social worker in 16.9% of cases, less than one third of which were granted and the court ordered the child to be instantly returned to the family. In most cases (64.7%), courts issued a decision within the time limit referred to in art 579[1] para 2 CCP. In 25.4% of cases this occurred later, but without delay (up to 7 days). In 82.3% of the cases, the courts upheld the social worker's decision of removing a child. The return of the child to the family was ordered in 16.2% of the cases.⁶⁰

In cases in which the immediate return of the child to the family was not ordered as a result of a complaint by the parents, further care proceedings lasted no more than six months. Only 7.7% of cases took more than one year. In half of the cases, the courts ordered that the child be placed in foster care, and in 13.1% of the cases the parents were deprived of parental authority. The rest of the cases involved less drastic forms of restriction of parental authority, including placing the execution of parental authority under the permanent supervision of a curator.⁶¹

VII. Analysis of court records and orders.

The Justice Institute study also includes, regrettably otherwise unavailable, court records and orders that identify and exemplify some problems that occur in the application of art. 12a-c PDV by the social workers and the courts. Seven of the most interesting factual situations, out of the wider group of

59 Słyk, 'Odbieranie dzieci rodzicom...', 296–298.

60 Słyk, 'Odbieranie dzieci rodzicom...', 300–307.

61 Słyk, 'Odbieranie dzieci rodzicom...', 308–316.

court cases presented in the Justice Institute's study, presented themselves as follows.⁶²

- a. The parents of a 6-year-old boy were not married. They raised the child together. They were both alcoholics and for this reason their parental authority had already been restricted and was under the supervision of a court appointed curator. The family was receiving social assistance. After it was established that the parents were under the influence of alcohol, the social worker removed the child from the parents and placed him with the boy's adult sister. After the parents had sobered up, the child was returned home. The situation was repeated and the court decided to place the boy back into a foster care home. Consequently, the child was beaten with a metal pipe. In these circumstances, the court ordered the return of the child to the parents, upholding the previous restriction of parental authority in the form of curator's supervision of its execution.
- b. A 15-year-old girl was raised with her four younger siblings in a very economically disadvantaged family. The father constantly abused alcohol and took no interest in parenting the children. An argument broke out at home between the daughter and the mother, who twisted the child's arm and caused a broken finger. The following day, the girl informed the school and the school informed the social worker. The minor expressed her wish to leave the family home. She was placed with her aunt by the social worker. The court made an order to place the child with the aunt. Eventually, the girl was placed in a professional foster family.
- c. A 17-year-old boy grew up in a very economically disadvantaged, large family. He had physical and mental disabilities. He caused problems for his parents because his behaviour was irritable, impulsive and conflictual. There were conflicts and physical violence incidents between the brothers in the family. The situation of the younger children was stable and their welfare was not at risk. The boy himself reported to social services and complained that he had been beaten by his brothers. Despite his objections, he was placed in a family emergency service by the social worker. The court upheld this decision. After 4 months of proceedings, the court ordered the return of the boy to his parents, without restricting their parental authority in any way.
- d. The parents of the 9-year-old girl were married. They were raising two children. They had full parental authority. There was no alcohol problem or other pathologies in the family. The financial situation of the family was good. The girl told at school about sexual abuse by her brother, who

62 Słyk, 'Odbieranie dzieci rodzicom...', 316–323.

was six years older. A social worker removed the girl and placed her with a foster family. The parents' complaint was dismissed. The girl was not returned to her parents until nine months later, following an order ending the proceedings, in which the parental authority of the parents was restricted by the establishment of a curator's supervision of its execution.

- e. The parents were married. Both had full parental authority, however, the children (boys, ages 11 and 5) were brought up alone by their mother, as their father was abroad where he was running a business. As a result, the family's financial situation was very good. There was no alcohol or other pathologies. The older of the boys suffered from diabetes. He drank a highly sweetened drink, misadjusted his insulin pump and lied to his mother about these matters leading her to react rapidly due to her concern for her son's health and life. The offended boy went to the police where he testified that his mother had hit him on the leg with a plastic shoe spoon. The social worker removed both boys from the family under art 12a and placed them in a foster family. The social worker, who was heard by the court, spoke very positively about the boys' mother. He pointed out that the reason for the children's removal from their mother was the pressure of the police. Also, in the notice of removal of the children received by the court, the social worker included a request for the boys to return home as soon as possible. After 4 days, the court ordered the children to be returned home.
- f. At the time of removal, the children (ages 1, 4 and 11 years old) were being raised by their mother alone. The children's father did not show any interest in the children and was therefore deprived of parental authority. The mother's execution of parental authority was restricted and placed under the supervision of a curator due to her parenting deficiencies. Mother neglected her duties by, among other things, delegating them to the oldest child, an 11-year-old boy. The social worker had been informed that the mother left the children unattended. On inspection, he found that the children were alone, dirty and inadequately dressed. The flat was messy and filthy. The younger siblings were looked after by the oldest boy. He explained that such incidents had happened before, but that this time the mother had left to go to the shop and would return shortly. The mother returned after about 15 minutes. She took the youngest child in her arms and started to run away with him. She tripped and fell over, resulting in a head injury to the child. She was taken with the child to hospital. At this time, the remaining children were transported to foster care. The court ordered the return of the children to the home while maintaining curatorial supervision.

- g. A 5-year-old girl and her 4-month-old sister were raised in a complete, well-off family with no traits of social pathology. The parents were married. The father worked and the mother was on maternity leave. The mother suffered from schizophrenia. In preschool, it was observed that the child refused to eat, was sad, rocked back and forth and had hysterical attacks. The girl reported that she had a secret with her parents that she could not talk about. She also said that she does 'exercises' with her parents, with her dad showing her 'ugly pictures' on her phone, which she then repeats. 'Exercises' take place with or without clothes on, sometimes she has to lie down herself on her dad. She has signalled her reluctance to do them. This information was interpreted as evidence of sexual abuse and passed on to social services. The child was removed from her parents under art. 12a and placed with her grandmother. A gynaecological opinion ruled out injuries indicative of sexual abuse. The conclusions of the psychological opinion were inconclusive. Two further psychological opinions ruled out sexual abuse by the father. A probable reason for the girl's strange behaviour was identified as separation anxiety in connection with the birth of her sister. It turned out that the parents were exercising their abdominal muscles using a mobile phone app. The girl witnessed these exercises and was exercising together with them. The secret, on the other hand, was about her mother's illness, which she was not supposed to talk about at preschool. The child returned to her parents after six months of separation from the family.

The examples presented above allow for a conclusion that, in practice, there are irregularities both in the interpretation of the art. 12a and in its application. First of all, the definition of family violence contained in art. 12a is not only too broad (therefore encourages possible excesses – see case e) and should be significantly narrowed, but moreover is interpreted too broadly and liberally. Meanwhile, art. 12a should be subject to a strict interpretation as an exception to the principle of judicial formation of the rights and obligations of family members. Among other things, this is supported by the difficulties in diagnosing sexual abuse and the danger of making a mistake in this respect (case g).

Secondly, it seems obvious that removal of a child where some dysfunctions of the family are identified may require the intervention of the court, but does not constitute a manifestation of violence directly threatening the health or life of the child (cases a and f).

Finally, the application of art 12a is sometimes too hasty. This is particularly the case where the removal of a child is a disproportionate response to the irregularities identified which the court in regular proceedings, and some-

times even the parents themselves, can better deal with. Meanwhile, removing a child, instead of helping him or her, leads to serious psychological and sometimes even physical harm (case a, b, c and d).

VIII. Conclusions

The definition of domestic violence included in the PDV is too broad, imprecise and partly inconsistent with the goals and objectives of this Act. Sometimes this leads social workers to abuse the right granted to them to remove a child from his or her parents. This is especially true in cases where the reason for removing a child was the inability to care for the child, notably due to alcoholic intoxication, and not an act of domestic violence in the strict sense. Obviously, there are situations where intervention and immediate isolation of the child from the family may be necessary.⁶³ In the vast proportion of cases however, there is no reason to allow a child to be removed from his or her parents without a prior court decision, as it should be possible to issue such a decision quickly as a protective measure. Removing a child from his or her parents without prior court approval should in principle only be possible if the social worker witnesses physical or psychological maltreatment or sexual abuse of the child. In this way, the definition of domestic violence contained in the PDV should be amended.

63 Słyk, 'Odbieranie dzieci rodzicom...', 323–324.

The 'Family Assistant' in the Polish Child Care System: Between Theory and Practice

Arkadiusz Wudarski

I.	Background: Eight-year-old Kamil tormented to death	385
II.	Current state of research and research objectives.	386
III.	General concept	387
	1. Formation.	387
	2. Life-coaching approach	388
	3. Statistics and operating framework	389
IV.	Professional qualifications	390
	1. Statutory requirements	390
	2. Soft social skills	393
	3. Reality	393
V.	Responsibilities.	394
	1. Statutory obligations	394
	2. Practice	396
VI.	Methods of work	397
VII.	Cooperation with other family support professionals	398
VIII.	Assistant's power to interfere in family life	399
IX.	Family assistant's perspective.	400
X.	Legal changes	402
XI.	Conclusion	406

I. Background: Eight-year-old Kamil tormented to death

In May 2023, the public in Poland was shocked by the death of an eight-year-old boy – named Kamil from Częstochowa (250,000 inhabitants) – who was tortured to death in his family home.¹ The stepfather brutalised the child by pouring boiling water over him, hitting Kamil with his fists and a shower head, and forcing Kamil to sit on a hot coal stove. With burns to 25 percent of his small body and broken limbs, Kamil remained at home where five adults lived, waiting for help for five days. He fought for his life in the hospital for a month. Unfortunately, help came too late; the young boy died as

1 TVN24 (19 May 2023) <<https://tvn24.pl/katowice/smierc-kamila-z-czestochowy-kolejna-osoba-uslyszala-zarzut-to-artur-j-czlonek-rodziny-7134085>> accessed 31 December 2023.

a result of progressive multiple organ failure due to serious burns and severe infection throughout the body, caused by extensive, untreated burn wounds. There are many factors that contributed to this crime. Unfortunately, it is not an isolated case. Police statistics show that about 11,000 minors fall victim to domestic violence.² Prosecutors in cases of child abuse and domestic violence often face a conspiracy of silence, making it very difficult to prosecute and punish perpetrators.³ In this case, primary responsibility rests with the state and its officers who failed to ensure protection.⁴

Kamil's tragic death should never have happened. This tragic incident shows the complete inefficiency and total failure of the public system of family care in Poland,⁵ whose major problem is the lack of coordination and proper cooperation between various practitioners involved in family support: social workers, probation officers, school pedagogues, guardians, custodians, psychological counselling centres, or family assistants, to name just a few. Their scopes of activity often overlap and mutual relations are not always clearly defined. Consequently, they tend to push the responsibilities onto each other, having their own comfort and safety in mind rather than the well-being of the child or the family.

II. Current state of research and research objectives

This paper presents selected aspects of the social care system and focuses on the profession of a family assistant, which has been publicly criticised and accused of failing to prevent Kamil's death. Using this example, the shortcomings and challenges faced by the state authority with regard to interfering in family life will be discussed.

While the role and responsibilities of the family assistant are the subject of analysis in social sciences, such as pedagogy, psychology or social work, in legal research it is generally neglected, and the very few studies touching on

2 In 2022, the total number of people suspected of being affected by violence was 71,631, including 10,982 minors <<https://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/przemoc-w-rodzinie/201373,Przemoc-w-rodzinie-dane-od-2012-roku.html>> accessed 31 December 2023.

3 A Łukaszewicz, 'Śmierć 8-letniego Kamila z Częstochowy: Milczenie trzeba karać' [Death of an eight-year-old Kamil from Częstochowa. Silence should be punished], *Rzeczpospolita* (17 May 2023) <<https://www.rp.pl/prawo-karne/art38482671-smierc-8-letniego-kamila-z-czestochowy-milczenie-trzeba-karac>> accessed 31 December 2023.

4 TVN24 (9 May 2023) <<https://tvn24.pl/polska/osmioletni-kamil-zakatowany-pedagog-to-byly-zbrodnia-publiczna-7083407>> accessed 31 December 2023.

5 Tysol.pl <<https://www.tysol.pl/a104076-instytucje-byly-ale-slepe-rzecznik-praw-dziecka-zabiera-glos-ws-smierci-maltretowanego-kamila-z-czestochowy>> accessed 31 December 2023.

this subject are superficial and descriptive. There is also no research of an interdisciplinary nature, combining doctrinal legal analysis and other family related studies. Moreover, statistical data is scattered, incomplete or often missing, which impedes the research. Therefore, this paper also refers to the results of my observations and interviews with people working as family assistants in the child welfare system. It goes beyond the legal description and shows the day to day practice, identifying various problems and their roots. For a better understanding of the situation, it offers an interdisciplinary perspective and a description of the specific circumstances affecting this profession in Poland.

The evaluation of foreign family support services from the perspective of one's own country is often made without sufficient consideration of the realities and significant nuances of the country-specific legal and social background, which leads to erroneous results, creates or perpetuates stereotypes and makes it difficult to solve cross-border family problems. The purpose of this study is to equip the reader who is not acquainted with the Polish family welfare system with a thorough knowledge of how a family assistant really functions in social care settings.

III. General concept

1. Formation

The family assistant is a relatively new profession. It was introduced into the Polish legal system by the Act of 9 June 2011 on Family Support and Foster Care System (FSFC).⁶ However, its foundation began in the 1990s when the first projects dedicated to individual assistance to families with children started to be implemented.⁷ Establishing the profession was a grassroots initiative,⁸ triggered by the political and economic transformation. The aim was to address the need to support families who, after Poland regained

6 *Ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej*, *Journal of Laws of the Republic of Poland* (DzU) 2011 no 149, item 887; consolidated text DzU 2022, item 447.

7 On the development of family assistance between 1990 and 2012 see I Krasiejko, 'The support provided by Polish municipalities in the implementation of family assistance', *Problemy Polityki Społecznej* 1(60) (2023) 33–37; On the beginnings of family assistantship in Poland, see I Krasiejko, *Zawód asystenta rodziny w Polsce* [The family assistant profession in Poland] (Warszawa 2022) 6–12; I Krasiejko, *Zawód asystenta rodziny w procesie profesjonalizacji* [The family assistant profession in the process of professionalisation] (Toruń 2013) 17 ff.

8 D Głębocka, 'From the "elite" rebellion to the "knowledge" rebellion. What does introducing of family assistantship say about routine in social work? The Polish case', *Problemy Polityki Społecznej* 2(4) (2020) 54 ff.

independence, did not find their way in the new economic and social reality. The family assistantship was primarily intended to help vulnerable families and counteract their social exclusion caused by long-term unemployment, increasing poverty, homelessness, weakening of interpersonal bonds and changes in social attitudes. However, the development of effective and sustainable solutions to the already existing long-standing family problems was also needed for many other reasons.⁹

At the time when the family assistant model was discussed, different concepts clashed, and the adoption of various ideas used abroad was also considered. Creating the foundations and framework of a new profession encountered many challenges related to financial, structural, methodological and legal issues. There were even opinions – especially among social workers – questioning the necessity of such a profession. However, the main discussion focused on the role of family assistant, which oscillated among supervision, control, career coaching, life coaching, ordering and consulting. In essence, it was about establishing the limits of state intervention in family life.

2. Life-coaching approach

Ultimately, family assistantship in Poland was based on a life-coaching approach. The assistant is not the family's superior and neither unilaterally orders certain actions nor imposes their will. Instead, they accompany, support, motivate and monitor families. Assisting means being present somewhere or accompanying someone.¹⁰ With regard to the family assistant, this term can be defined as a comprehensive activity consisting of accompanying while maintaining professional relationships.¹¹

In its concept, the assistant is not conceived as a guardian, but rather as a carrier of change (*nośnik zmian*), who coaches the family for some period of time and prepares it for independent functioning.¹² They are not intended to take over family tasks, but only motivate the family members to act and look for a way out of a difficult situation. They do not work on behalf of but rather with the family, initiating action, giving insights and offering support in finding solutions. The assistant should, on the one hand, be able

9 Krasiejko, *Zawód asystenta rodziny w Polsce*, 7–8; Krasiejko, *Zawód asystenta rodziny w procesie profesjonalizacji*, 17.

10 Państwowe Wydawnictwo Naukowe (ed), *Słownik języka polskiego PWN*, internet edition <<https://sjp.pwn.pl/sjp/asystowac;2441709.html>> accessed 31 December 2023.

11 I Krasiejko, 'Asystent rodziny – towarzysz czy interwent?' [Family assistant – companion or intervener?], *Praca Socjalna* 2(31) (2016) 86.

12 I Krasiejko, *Asystentura rodziny. Rekomendacje metodyczne i organizacyjne* [The family assistantship. Methodological and organisational recommendations] (Warszawa 2016) 10.

to identify and activate unused potentials of family members and, on the other hand, teach them new competences necessary for their proper functioning,¹³ in particular teaching parents the skills necessary to properly fulfil their childcare responsibilities.

In short, a family assistant does not supervise but accompanies the family and is intended to support them in overcoming life difficulties, counteracting social dysfunctions, and coping with everyday duties. The primary aim of the assistant's work is for the family to achieve a basic level of stability and independence in life.¹⁴

3. Statistics and operating framework

Today, the family assistant is officially considered one of the most important support professionals in the social care system in Poland.¹⁵ Family assistantship is intended for families in need and is provided at the request of a social worker or by court order. Family assistants are employed by local authorities, and usually work in municipal welfare centres, but their services are also available in social service agencies and offered by non-governmental organisations.¹⁶ The latest available data from 2021¹⁷ shows that a total of 3,786 family assistants were employed in Poland, the vast majority of whom (87%) worked on the basis of an employment contract, and the remainder (13%) performed their duties under service contracts. In the same year, 43,188 families benefited from the assistant's services, including 9,167 families who were ordered to cooperate with the assistant by the court. Compared to the previous year, there was a 16% increase in families in the involuntary care of the family assistant.¹⁸

Typically, a family assistance order is made when the child's wellbeing is at risk or it is necessary to verify whether there is a need to place the child in foster care or whether it is possible for the child to return from foster care to their natural family.¹⁹ This is, among other things, a consequence of legisla-

13 Krasiejko, *Asystentura rodziny...*, 10.

14 Krasiejko, *Asystentura rodziny...*, 26.

15 I Krasiejko, 'Realizacja asystentury rodziny oraz postulaty zmian w ustawie o wspieraniu rodziny – perspektywa asystentów rodziny' [The implementation of family assistantship and demands for changes in the act on family support], *Praca Socjalna* 1(37) (2022) 110.

16 Krasiejko, 'Realizacja asystentury rodziny...', 110.

17 Information of the Council of Ministers on the implementation in 2021 of the Act of 9 June 2011 on Family Support and the System of Foster Care [*Informacja Rady Ministrów o realizacji w roku 2021 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej*], *Druk Sejmowy* [Parliamentary Paper] no 2545, 16 August 2022, 4.

18 Information of the Council of Ministers..., 5.

19 Krasiejko, 'Realizacja asystentury rodziny...', 114.

tive changes²⁰ in the Family and Guardianship Code²¹ to prevent children from being placed in foster care solely because of their family experiencing poverty.²² Such a far-reaching state interference in family life can now only take place after all available family support tools have been exhausted,²³ which of course includes the work of an assistant.²⁴

Unfortunately, families today struggle with increasingly complex parenting and family-related problems, prompting the courts to make increasing use of family assistance orders.²⁵ In order to face all these challenges some statutory requirements must be met and a number of both formal qualifications and soft skills are required.

IV. Professional qualifications

1. Statutory requirements

a) Prerequisites

Lawmakers provides for several career paths to the profession of family assistant. The ideal candidate is a person who has a university degree in pedagogy, psychology, sociology, family science or social work.²⁶ A bachelor's degree is sufficient.²⁷ Graduates from other fields can also become family assistants if they do additional training in working with children or families²⁸ and

20 Act of 18 March 2016 amending the Act – Family and Guardianship Code [*Ustawa z dnia 18 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy*], DzU 2016, item 406.

21 Act of 25 February 1964 – Family and Guardianship Code (FGC) [*Kodeks rodzinny i opiekuńczy*], DzU 1964 no 9, item 59; consolidated text DzU 2020, item 1359 (for English translation see Centrum Tłumaczeń PWN.PL, updated as of 2015 Centrum Tłumaczeń i Obsługi Konferencji, LEX 2023).

22 Art 112(3) FGC, para 2: Placing a child in foster care against the will of the parents exclusively on grounds of poverty shall not be permitted.

23 Art 112(3) FGC, para 1: A child may be placed in foster care exclusively where the previously applied other measures provided for in Article 109 paras 2(1) to (4) FGC and the forms of support for the child's parents referred to in regulations on supporting the family and the foster care system have not resulted in a threat to the child's well-being being removed, unless the necessity of immediately providing the child with foster care results from a serious threat to the child's well-being, in particular a threat to the child's life of health.

24 Information of the Council of Ministers..., 6.

25 Information of the Council of Ministers..., 6.

26 Art 12(1)(1)(a) FSFC.

27 S Nitecki in A Wilk, S Nitecki (eds), *Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Komentarz* [Act on Family Support and Foster Care System. Commentary] (LEX/el. 2021), art 12 note 4.

28 Art 12 III FSFC; the number of hours and programme scope of training, as well as the qualifications of persons who may conduct training, with a view to ensuring the appropriate level

document at least one year of work experience in this area.²⁹ The training may take the form of postgraduate studies. Students and trainees cannot be employed as family assistants. Finally, the profession of family assistant is also open to people who completed secondary education but do not have an academic degree. In this case, in addition to training, a longer period of work experience with children or families is required – at least three years.³⁰ Yet, the law does not state what type of family work is required or what its nature should be, in particular, it is not clear whether the candidate must demonstrate continuous employment or whether several independent periods may add up to work experience,³¹ which could include, for example, internships or volunteer work. When it comes to qualifications and professional profile of a family assistant, the importance of life experience is emphasized, and in this context, it is even recommended that an additional age criterion be introduced to ensure full and effective support for a family in crisis.³²

b) Exclusions

At the same time, the law specifies certain factors that make it impossible to practice this profession. A family assistant cannot be a person who has suspended or limited parental authority or is or was deprived of it.³³ It is therefore necessary for the assistant to have full parental authority over their own children.³⁴ However, it is irrelevant whether their parental authority was suspended or limited at one time.³⁵

A person who personally experienced difficult family situations in the past, for example, used to be addicted to drugs or alcohol, or failed to cope with family and parental responsibilities, can become an assistant, as long as they have overcome these difficulties. Such persons must be emotionally stable

of performance of tasks by a family assistant, are specified in the Regulation of the Minister of Labor and Social Policy of 9 December 2011 on training as a family assistant [*Ustawa z dnia 9 grudnia 2011 r. w sprawie szkoleń na asystenta rodziny*], DzU 2011 no 272, item 1608; the training includes at least 230 teaching hours, including 30 hours of analysis of one's own capabilities and limitations in performing the tasks of a family assistant (para 2(1)(6)) and 30 hours of an internship in an institution working with the family.

29 Art 12(1)(b) FSFC.

30 Art 12(1)(c) FSFC.

31 Nitecki, *Ustawa o wspieraniu rodziny...*, art 12 note 5.

32 Nitecki, *Ustawa o wspieraniu rodziny...*, art 12 note 3.

33 Art 12(1)(2) FSFC.

34 K Trynieszewska, *Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Komentarz* [Act on Family Support and Foster Care System. Commentary] (Warszawa 2015) art 12 note 2.

35 Nitecki, *Ustawa o wspieraniu rodziny...*, art 12 note 7.

and show the ability to help others,³⁶ which ensures proper performance of their tasks.³⁷

The assistant must be characterized by impeccable conduct and respect community standards, especially in relation to their own family. Consequently, the failure to fulfil their maintenance obligation deprives them of the opportunity to practice this profession. Interestingly, this applies only to child maintenance resulting from a maintenance order.³⁸ Therefore, as long as there is no such order, non-payment of maintenance does not constitute an obstacle to work in the job.³⁹ This distinction is incomprehensible, legally erroneous, and ethically flawed. The maintenance obligation arises by operation of law, is independent of the enforcement title and should be honoured by everyone.⁴⁰

In practice, the prerequisites concerning maintenance payment and parental authority pose serious problems.⁴¹ They must be fulfilled throughout the assistant's employment. However, there are no legally effective tools to monitor or verify them. In particular, Poland lacks databases recording such defaults. A family assistant candidate is also not obliged to inform the employer about their family situation. Their possibly untrue statements, made in the recruitment process, do not result in criminal liability.⁴²

The family assistant cannot, of course, be a person with a conviction for an intentional crime or an intentional fiscal offense,⁴³ and cannot be listed on the Sex Offender Registry.⁴⁴ This refers to criminal acts committed both before and during the pursuit of the profession.⁴⁵ However, the exclusion does not apply to a criminal act committed unintentionally,⁴⁶ as well as one for which the conviction has been erased.

If criminal proceedings are initiated against a family assistant for an intentional crime prosecuted by public indictment, they are suspended in the

36 Krasiejko, *Asystentura rodziny...*, 44.

37 After employing an assistant, it is virtually impossible to verify their current family situation.

38 Art 12(1)(3) FSFC.

39 Tryniszewska, *Ustawa o wspieraniu rodziny...*, art 12 note 3.

40 Nitecki, *Ustawa o wspieraniu rodziny...*, art 12 note 8.

41 Tryniszewska, *Ustawa o wspieraniu rodziny...*, art 12 notes 2–3; Nitecki, *Ustawa o wspieraniu rodziny...*, art 12 notes 7–8.

42 There is no clear legal basis for making the statement under penalty of criminal liability (see art 233 Act of 6 June 1997 – Criminal Code [*Kodeks karny*], DzU 1997 no 88, item 553; consolidated text DzU 2022, item 1138 (for English translation see W Wróbel (ed), A Wojtaszczyk, W Zontek, LEX 2023); Tryniszewska, *Ustawa o wspieraniu rodziny...*, art 12 note 2.

43 Art 12(1)(4) FSFC.

44 Art 12(1)(5) FSFC.

45 Nitecki, *Ustawa o wspieraniu rodziny...*, art 12 note 9.

46 Tryniszewska, *Ustawa o wspieraniu rodziny...*, art 12 note 4.

performance of duties until the final conclusion of the proceedings.⁴⁷ During the suspension period, the family assistant receives half of their remuneration.⁴⁸ In the event of discontinuation of criminal proceedings⁴⁹ or an acquittal, the family assistant is paid the remaining part of the remuneration,⁵⁰ and the period of suspension is included in the period of employment.⁵¹

2. Soft social skills

The family assistant must also have soft social skills, such as sensitivity, empathy, patience and creativity. Although these go beyond formal qualifications and are not directly regulated by law, it is practically impossible to practise this profession without them. The assistant's work takes place outside an office, usually at the place where families in need live; so they must be able to behave professionally in difficult situations, for example when confronted with filthy housing, lack of personal hygiene or domestic violence.⁵² They must be able to empathize with the family and have the ability to communicate with the environment in which they work. When building relationships, however, the assistant should maintain 'distanced caring', that is emphasize their separateness and not socialize with the family.⁵³ These competencies can be partly acquired through internships. Nevertheless, personal characteristics are considered to be even more important than education and experience.⁵⁴

3. Reality

The reality of a career as a family assistant severely verifies the assumptions of the lawmakers and shows a clear discrepancy between statutory requirements, expectations and practice. Due to very low earnings (usually the country's minimum salary) and the lack of opportunities for professional advancement, there are not many people willing to perform this job. Working as a family assistant does not offer the acquisition of new qualifications which could enable real career development; to the contrary, many years spent in the profession reduce the assistant's chances of following a new career path. Therefore, it comes as no surprise that employees are selected in a non-com-

⁴⁷ Art 13(1) FSFC.

⁴⁸ Art 13(2) FSFC.

⁴⁹ This does not apply to conditional discontinuance of criminal proceedings.

⁵⁰ Art 13(3) FSFC.

⁵¹ Art 13(4) FSFC.

⁵² Krasiejko, *Asystentura rodziny...*, 44.

⁵³ Krasiejko, *Asystentura rodziny...*, 45.

⁵⁴ Krasiejko, *Asystentura rodziny...*, 48.

petitive recruitment process, there is a high staff turnover, and many vacancies are available. Although the profession is open to a wide range of people with different qualifications and skills, in practice it is performed almost exclusively by women, there is a shortage of psychologists among family assistants, and the earnings are often lower than those of other family support workers active in the same environment and under the same employer.⁵⁵ As a consequence, the family assistant does not enjoy high social prestige, which affects the status of the profession and shapes its public perception.

V. Responsibilities

1. Statutory obligations

The tasks of a family assistant are defined by law⁵⁶ through a list of examples.⁵⁷ This approach gives flexibility, although it may also lead to excessive workload and raise doubts about the scope of responsibility and activity of different family support workers. Their work is task-oriented and adapted to the needs of the family with whom they should meet at least once a week.⁵⁸ The number of families with which one assistant can work simultaneously depends on the difficulty of the tasks performed, but it cannot exceed 15 families. Statistical data from 2021 shows that, on average, one assistant took care of 9 families.⁵⁹

The family assistant works both for families raising children who need support in their parenting duties and for families whose children are in foster care.⁶⁰ The assistant is primarily obliged by law to help the family in improving their life situation, especially acquiring the skills for proper household management.⁶¹

The assistant is there to help in solving social, psychological and educational problems, and at the same time motivate parents to participate in group

55 The information was obtained through interviews and comes from own observations. There is currently no statistical data in this regard.

56 Art 15 FSFC.

57 Tryniszewska, *Ustawa o wspieraniu rodziny...*, art 15 note 1; Nitecki, *Ustawa o wspieraniu rodziny...*, art 15 note 1.

58 Krasiejko, 'Realizacja asystentury rodziny...', 114.

59 Information of the Council of Ministers..., 6.

60 Nitecki, *Ustawa o wspieraniu rodziny...*, art 15 note 1.

61 On performing family assistant duties and helping families during the pandemic see I Krasiejko, *Asystentura rodziny. Rekomendacje metodyczne i organizacyjne. Poradnik na czas pandemii* [The family assistantship. Methodological and organisational recommendations. The pandemic guide], Częstochowa 2020, *passim*.

activities aimed at developing correct parental behaviour and psychosocial skills.⁶² Their tasks also include supporting social activities of family members and motivating them to improve professional qualifications, as well as offering assistance in finding, taking up and maintaining employment. Their support for children consists, for example, in offering participation in therapies and educational activities. They also provide individual counselling services with focus on parenting skills, and in situations where the safety of children and families is at risk, they are obliged provide to appropriate crisis intervention.

In 2017, the family assistant was assigned new statutory tasks⁶³ and now they additionally coordinate support for pregnant women and their families.⁶⁴ Special care is offered in situations of pregnancy complications and pregnancy losses.⁶⁵ Support is also given to families who have children with severe and irreversible impairments or an incurable life-threatening disease which developed during the prenatal period or during childbirth.⁶⁶ The coordination by the family assistant involves psychological support; counselling on how to overcome difficulties in caring for a child with disabilities; legal assistance with regard to parental rights and employment rights; as well as access to social and occupational rehabilitation and health care services.⁶⁷ In 2021, 940 women and families benefited from this counselling, including 141 women with high-risk pregnancies.⁶⁸

Another important task of the assistant is to draft a report about the family and its members for the court. Obviously, the opinion and recommendations included in the report are not binding on the judge and are only part of formal evidence in the case. In practice, however, it is a very important source of knowledge about family relationships that cannot be ignored. Unfortunately, there is no data showing how often the courts adopt the assistant's opinion

62 On the activity of family assistants in the field of social and educational work see Krasiejko, *Asystentura rodziny...*, 78–81.

63 They were introduced by the Act of 4 November 2016 on Support for Pregnant Women and Families 'For Life' – FLA [*Ustawa z dnia 4 listopada 2016 r. o wsparciu kobiet w ciąży i rodzin „Za życiem”*] DzU 2016, item 1860, consolidated text DzU 2023, item 1923.

64 Details on methodological and organizational recommendations for support of pregnant women and families presenting various possibilities for comprehensive support of pregnant women and families by an assistant can be found in I Krasiejko, *Asystentura rodziny w zakresie wsparcia kobiet w ciąży i rodzin „Za życiem”. Rekomendacje metodyczne i organizacyjne* [The family assistantship in support of pregnant women and families 'For Life'. Methodical and organisational recommendations] (Warszawa 2017), *passim*.

65 Art 4(1)(3) FLA.

66 Art 4(2)(2)–(4) FLA.

67 Art 8(1) FLA.

68 Information of the Council of Ministers..., 5.

and whether and how often they rule against it. If the latter is the case, the court should explain its decision in detail.

Finally, family assistants keep records of their activity on an ongoing basis and, at least every six months, make periodic assessments of the family's situation and submit them to their superiors, that is the heads of the local government units that provide the family support services. As a rule, the assistant's work with the family is limited in time and should not last more than two years. During this time the family is expected to become independent and be able to cope with problems on their own. In practice, the assistant continues working with the family for a longer time,⁶⁹ and their engagement is constant, which is associated with the increasingly difficult and complex situation of many families.⁷⁰ Nevertheless, the assistant's activity also includes monitoring how the family functions after direct work with the family has been completed.

2. Practice

In practice, there a tendency among other family support workers to transfer matters that are not within their competence to the assistant. At the same time, tangible results are expected fast. Stress and pressure from superiors force the assistant to perform tasks for and not with the family. This does not improve the situation in the long term, and may even result in the family's continued dependence on the assistant for daily household matters.⁷¹

In a survey conducted in the years 2014–2015⁷², assistants indicated that they are sent to work with families much too late. This is often due to staff shortages and an erroneous assumption that a family with fewer problems can wait for help and give priority to a family in a more difficult situation. Thus, it is not uncommon for the assistant to start working with a family only when all other means have failed. An effective cooperation and rapid improvement of the family's situation is then seriously hindered, and sometimes hardly possible. Families placed under the assistant's care by court order are generally not very willing to cooperate. In addition, the assistant often works with multi-generational pathological families, where there is little prospect of improving the life situation.

Despite such inconveniences, the assistant is blamed for the family's failures and the lack of progress in following the family empowerment plan, and

69 The assistant's average working time with a family in 2021 was 26 months.

70 Information of the Council of Ministers..., 6.

71 Krasiejko, 'Asystent rodziny...', 96–97.

72 Krasiejko, 'Asystent rodziny...', 88, 95.

becomes a hostage of an inefficient system.⁷³ In 2021, upon completion of the assistant's work with the family, the set goal was achieved only in 44% of cases.⁷⁴

VI. Methods of work

The family assistant's work methods correspond to their tasks and are intended to differ from the traditional approach often used by family welfare institutions. The typical clerical line of action based on arbitrariness, interventionism, clientelism and distribution of material resources is supposed to be replaced by a partnership programme implemented in consultation with the family⁷⁵ in its natural home environment.⁷⁶ The programme is supposed to offer custom-made solutions devised with and for the family.⁷⁷ The assistant should build a personal relationship with the family, advising and accompanying it in its daily life. Their work is based on dialogue, motivation for change and companionship in solving difficulties. In order to achieve this, a work method called 'solution-focused approach' has been applied in professional practice since 2009.⁷⁸ In this way, family assistantship was to introduce a new quality and be an antidote to long-known systemic weaknesses.

This partnership approach is evident from the outset, when a family support plan – a key work tool – is created. The plan is not unilaterally imposed by the assistant, but developed in cooperation with the family members and in consultation with the social worker. It should precisely describe the activities that are to help the family resolve the difficult life situation, specify the deadlines for the implementation of individual measures and define the desired final effect.⁷⁹ All this is supposed to facilitate cooperation, have a stimulating effect on family relations and motivate members to collaborate, thus significantly strengthening the effectiveness of the assistant's work.

73 Krasiejko, 'Asystent rodziny...', 96–97.

74 Information of the Council of Ministers..., 4.

75 Krasiejko, *Asystentura rodziny*..., 4–5.

76 Art 14 FSFC: The family assistant works with the family in its place of residence or in a place indicated by the family.

77 Nitecki, *Ustawa o wspieraniu rodziny*..., art 15 note 1.

78 For details about this approach see I Krasiejko, 'Podejście skoncentrowane na rozwiązywaniu w metodycznym działaniu asystentów rodziny' [Solution-focused approach in methodical action of family assistants] in I Krasiejko, M Ciczkowskiej-Giedziun, *Praca socjalno-wychowawcza z rodziną w ujęciu wybranych koncepcji. Analiza metodycznego działania z osobami potrzebującymi pomocy* [Selected concepts of social and educational work with the family. Analysis of acting methodically with people in need] (Warszawa 2016) 55–90.

79 Nitecki, *Ustawa o wspieraniu rodziny*..., art 15 note 3.

Conversely, the family's failure to cooperate leaves the assistant helpless. It does not provide sufficient reason for limiting or discontinuing work with the family but in such a situation it is hardly possible for the assistant to do their job. They do not have any independent enforcement tools or other effective proactive measures that they could use. A court order forcing a family to work with the assistant, although possible,⁸⁰ is much less effective and, in practice, brings no satisfactory results. As a consequence, the family assistant may be forced to apply financial blackmail, for example, threaten to deprive the family of social benefits if they refuse to cooperate and follow their support plan.⁸¹ However, it is questionable whether such coercion can bring the desired long-term effect. After all, this has nothing to do with partnership, which should be the basis of the assistant's relationship with the family.

VII. Cooperation with other family support professionals

The family assistant is not the only professional facing problems when working with a family. They are part of a broader group of specialists who together form a family support system.⁸² This interdisciplinary and complex group of experts consists of social workers, social probation officers, lawyers, psychologists, teachers, school counsellors, therapists, doctors, as well as police officers, and judges.

When acting, the assistant cooperates with state and local government units, non-governmental organizations, as well as other institutions and/or individuals offering assistance to the family. Such cooperation does not have to take place on a daily basis and its scope depends on the dysfunction of the family – a factor that determines the choice of specialists. Their joint action creates an opportunity to exchange and combine knowledge and experience, which in turn improves the impact on the family. In any case, it is important to include the target family itself in this cooperation and ensure its active participation in developing the support plan. The family should be ready

80 Nitecki, *Ustawa o wspieraniu rodziny...*, art 15 note 2.

81 Art 11(2) of the Act of 12 March 2004 on Social Assistance [*Ustawa z dnia 12 marca 2004 o pomocy społecznej*] (DzU 2004 no 64, item 593, consolidated DzU 2023, item 901) stipulates that failure of an individual or family to cooperate with a family assistant in solving a difficult life situation may be grounds for limiting the amount or size of a benefit, refusing a benefit, revoking a decision to grant a benefit, or withholding financial social assistance.

82 For the functions, responsibilities and area of activity of the family assistant in the context of the tasks of other social services providers working with the family see Krasiejko, *Zawód asystenta rodziny...*, 172–214.

to cooperate with the team of experts, have the opportunity to express their opinions and propose their own solutions.⁸³

In an ideal model, all activities in support of a family should be coordinated and should complement one another; the individuals should support each other and pursue a common goal. In practice, however, the desired synergy effect does not always occur. This is often caused by imprecise rules or absence of statutory regulations defining such cooperation. As a result, doubts may arise about the scope of duties and responsibilities of cooperating practitioners, which can give rise to conflicts and paralyze family assistance. Lack of effective coordination, constant monitoring and cooperation can – as Kamil's example shows – lead to tragedy.

There are, however, more shortcomings in the system than those which contributed to Kamil's death. For example, there are no clear guidelines and procedures about what to do if a family working with the assistant changes its place of residence. Although there is an obligation to register one's address,⁸⁴ some families do not comply with this obligation or fail to inform relevant institutions about their new place of residence. This hinders coordination and exchange of information between services supporting the family and makes it very difficult to continue the support programme.

At the same time, the family assistant – as a worker having closest contact with the family – is increasingly blamed for all failures and family tragedies, which is commonly associated with the lack of an appropriate response. They often face expectations that they are unable to meet and which are beyond their competence. Not only the public and the media, but also fellow social services practitioners seem to be ignorant about the scope and aspects of the assistant's work, duties and limited powers, as well as real-life problems they have to face. Therefore, fundamental systemic changes are needed.

VIII. Assistant's power to interfere in family life

In the model approach, the family assistant does not have the authority to interfere in the family life, nor do they have supervisory functions; they accompany the family in solving their problems, and the assistant's work is

83 Krasiejko, *Asystentura rodziny*..., 95–96.

84 Each Polish citizen residing in Poland has an obligation to register their permanent or temporary address within 30 days of arriving at this address. It is possible to have only one permanent and one temporary address registered at one time; art 27 of the Act of 24 September 2010 on Population Registration [*Ustawa z dnia 24 września 2010 r. o ewidencji ludności*], DzU 2010 no 217, item 14277; consolidated text DzU 2022, item 1191.

that of a servant and partner; monitoring is possible to a limited extent, and intervention is really allowed only in exceptional situations where the life and health of children are at risk.

There is however one major discrepancy between theory and reality that is not reflected in official documents, programmes or reports. This is revealed by empirical surveys⁸⁵ conducted among assistants, which show a number of differences when compared to model assumptions. Studies have shown that in addition to being a professional companion,⁸⁶ the assistant takes on many additional duties and performs tasks of other social support workers (assistant as an all-rounder).⁸⁷ Sometimes, they also tend to take over control and use their powers to intervene (assistant as an intervener).⁸⁸

Particularly disturbing is the tendency to treat the close relationship established with the family as a tool to obtain information requested by superiors or other practitioners. For this purpose, assistants are sometimes expected to visit families without prior notice, in the evenings or on weekends and holidays. In this way, the assistant accomplishes the tasks of other social care workers, and their actual activity resembles that of a supervisor, probation officer, expert witness or police officer. The information gathered by the family assistant may be used to verify eligibility for social benefits or to take away parental authority. Such an approach is aptly referred to as a 'Trojan horse' strategy.⁸⁹ Spying not only contradicts the mission and goals of the assistant's work, betrays trust and obstructs effective assistance, but also undermines professional ethics, violates the right to privacy, and harms human dignity.

IX. Family assistant's perspective

Family assistants have long been pointing out the need for urgent changes that are necessary to improve the quality and efficiency of their work. National meetings of family assistants are a place for debate, presentation of demands, but also integration of the professional community. The National Family Assistants Rally (*Ogólnopolski Zlot Asystentów Rodziny*), which has been held since 2011, is also a forum for exchanging experiences by specialists, presenting good practices in the field of work with families and de-

85 Discussed in detail in Krasiejko, 'Asystent rodziny...', 93–95.

86 Krasiejko, 'Asystent rodziny...', 88–93.

87 Krasiejko, 'Asystent rodziny...', 93–95.

88 Krasiejko, 'Asystent rodziny...', 95–99.

89 Krasiejko, 'Asystent rodziny...', 96.

veloping work standards and a code of professional ethics.⁹⁰ Additionally, in 2016, the National Association of Family Assistants (Association) (*Ogólnopolskie Stowarzyszenie Asystentów Rodziny*) was established to promote, develop and professionalize the occupation, as well as to represent the professional community. The Association undertakes a number of activities and initiatives aimed, for example, at raising public awareness of the role, tasks and activities of a family assistant.⁹¹

The family assistants' community expressed their occupation-related expectations, demands and proposals in an empirical survey from 2021.⁹² These multifaceted requests concern both the welfare, social condition, scope of responsibilities, interdisciplinary cooperation with other institutions involved in helping the family, as well as new methodological and systemic solutions when it comes to methods of work.

They demand not only higher salaries, which is absolutely necessary to improve the attractiveness of the profession and raise its prestige, and thus to attract well-trained specialists. They also call for 1) cost reimbursement, in the form of a tax-free lump sum, for using a private car for business purposes, including the costs of travel to families under the assistant's care; 2) extended paid annual leave; 3) an allowance for field work; 4) reimbursement of the costs of training, further education, and clinical supervision; and 5) awards for outstanding achievements and innovative solutions when working with families. It also seems necessary to develop a clear career path for professional advancement.

Assistants also call for a reduction in the maximum number of families in an assistant's care from 15 to 10. This number is to comprise all families, including those being monitored only.⁹³ Moreover, assistants request access to therapeutic assistance and supervision; in particular, they wish to be able to consult and receive support from an external supervisor at least once a month while, at the same time, having a chance to participate in the selection of the supervisor, as well as the form and scope of supervision.⁹⁴ This is intended

90 <<https://www.osar.com.pl/o-osar/>> accessed 31 December 2024.

91 For more details on the objectives and ways to achieve them see the bylaws of the Association <<https://www.osar.com.pl/o-osar/statut/>> accessed 31 December 2024.

92 The research was conducted and full results published by Krasiejko, 'Realizacja asystentury rodziny...', 109–139; recently also available in English: I Krasiejko, 'The support provided by Polish municipalities in the implementation of family assistance', *Problemy Polityki Społecznej* 1(60) (2023) 40–52.

93 Krasiejko, 'Realizacja asystentury rodziny...', 135; it was even postulated that the number of families the assistant works with should be between 5 and 10; Krasiejko, 'The support provided by Polish municipalities...', 42.

94 Krasiejko, 'Realizacja asystentury rodziny...', 135.

to help manage factual and emotional difficulties associated with their work. Such changes are expected to improve the quality and effectiveness of their work, while protecting the family assistant's mental well-being and preventing professional burnout.

When it comes to improved quality and effectiveness of social work tools, the Association advocates the implementation and propagation of methodological training. Activities based on confrontation, inspection, persuasion or verification should be replaced by a more supportive model that focuses on a solution to the problem but still respects the family's right to make choices, introduces narrative therapy, promotes motivational dialogue and, gives the family a sense of empowerment.⁹⁵

With regard to their statutory responsibilities,⁹⁶ family assistants call for relief from bureaucratic tasks and more focus on activities aimed at supporting and educating the family, as well as more efficient coordination of family counselling and support services. In difficult cases, family assistants consider it necessary to conduct multi-professional team meetings at social welfare centres and develop a comprehensive and customized package of services for the family.

According to the Association, it is equally important to raise awareness among other family support professionals of the functions, tasks and realities family assistants face. To this end, it is postulated that trainings should be organized for social welfare centres management teams and institutions cooperating with family assistants,⁹⁷ whose employees usually do not have sufficient knowledge in this area.

All this would certainly help integrate the family support scheme, develop mutual cooperation and control mechanisms, and as a result improve the efficacy of family support services and eliminate, or at least significantly reduce, family tragedies, which, as in the Kamil's case, could be avoided through better coordination of services.

X. Legal changes

Kamil's death became the main topic of public debate and triggered an avalanche of criticism that also fell heavily on the family assistant. This time, however, it was not a momentary spurt of public outcry which loses its momentum over time and remains ineffective. This time the impact was so

95 Krasiejko, 'Realizacja asystentury rodziny...', 112, 135.

96 Krasiejko, 'Realizacja asystentury rodziny...', 135–137.

97 Krasiejko, 'Realizacja asystentury rodziny...', 135.

strong that it brought about numerous and notable changes in the law, provided for in the Act of 28 July 2023,⁹⁸ commonly known as the ‘Kamilek of Czystochowa’s Act’.⁹⁹

Interestingly, these changes did not include the proposals made by the Association, and they also do not address the legal status of the family assistant, although this profession was most bitterly criticized and blamed for the tragedy. However, the new regulations have significant implications for the family assistant’s work environment and, in the long term, give hope for improving the family support system. It is therefore worth noting a few of them:

1. In view of Kamil’s case, the need for additional mandatory training was recognized, however not for family assistants, but for judges.¹⁰⁰ Under the new regulation, judges adjudicating in family cases and cases involving moral turpitude and criminal acts of minors are obliged to undergo in-service training every four years in order to supplement their specialist knowledge and professional skills in dealing with persons under the age of 18, recognizing symptoms of child abuse and safeguarding the interests of the child in the event of a dispute between parents or guardians.¹⁰¹
2. From the perspective of the family assistant an important change involves the introduction of a questionnaire for assessing the threat to a child’s life or health. The questionnaire is intended to be a tool for a correct evaluation of the child’s situation and is to be designed as a set of questions about the minor’s condition (hygiene, emotional state, and possibly physical health). It is supposed to be a great help to the specialists when making decisions on interventions.¹⁰² In the case of domestic violence, it is completed by a social worker in consultation with a police officer, as well as a doctor, paramedic or nurse.¹⁰³ If the child needs to be protected, psychological support is provided.¹⁰⁴

98 Act of 28 July 2023 amending the Act – Family and Guardianship Code and some other acts – AFGO [*Ustawa z dnia 28 lipca 2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw*], DzU 2023, item 1606.

99 <<https://czestochowa.wyborcza.pl/czestochowa/7,48725,29973089,ustawa-kamilka-z-czestochowy-przyjeta-w-sejmie-anna-krawczak.html>> accessed 31 December 2023.

100 Explanatory Memorandum to the Bill of 12 May 2023 [*Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 12 maja 2023 r.*], *Druk Sejmowy* no 3309, 29.

101 Art 82a para 3b of the Act of 27 July 2001 – Law on the Organization of Common Courts [*Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych*], DzU 2001 no 98 item 1070; consolidated text DzU 2023, item 217.

102 Explanatory Memorandum..., 29.

103 Art 12a(4)(a) of the Act of 29 July 2005 on Counteracting Domestic Violence – CDV [*Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy domowej*], DzU 2005 no 180, item 1493; consolidated text DzU 2021, item 1249).

104 Art 12a(4)(b) CDV.

3. If an *ex officio* investigation is launched and completed against a parent or legal or actual guardian for a criminal offense committed against a minor, there is an obligation to immediately report it to the family court with jurisdiction over the place of residence of the minor.¹⁰⁵
4. The recent amending Act of 28 July 2023 introduced far-reaching changes in the Act of 13 May 2016 on Preventing the Risk of Sexual Crimes,¹⁰⁶ which was reflected in the change in the very title of this Act by adding 'protection of minors'.¹⁰⁷ The new special measures include standards for the protection of minors and the analysis of incidents resulting in the death or serious injury of a minor.
5. Standards for child protection are to be adopted at all facilities and places attended by minors or where minors are or may be present.¹⁰⁸ Such standards should include guidelines ensuring safe interaction between minors and facility staff, and in particular specify prohibited types of behaviour towards minors. In cases of a suspected child abuse, the standards are to establish the principles and procedure for intervention; they shall also specify how to document and store disclosed or reported incidents or events, which pose a threat to the well-being of a minor.¹⁰⁹
6. The analysis of incidents resulting in death or serious injury of a minor (Serious Case Reviews – SCR) aims at assessing the effectiveness of child protection and defining measures to improve this effectiveness in order to prevent similar incidents.¹¹⁰ The analysis shall be conducted independently and separately from criminal investigation¹¹¹ by a team of experts appointed for a four-year term by the Minister of Justice and acting as its subsidiary body.¹¹²

In these proceedings, only members of the expert team have access to the documentation; it is not available to the bodies conducting criminal investigation.¹¹³ The analysis shall determine, for example,¹¹⁴ the scope

105 Art 21 para 1(4) of the Act of 6 June 1997 – Code of Criminal Procedure [*Kodeks postępowania karnego*], DzU 1997 no 89, item 555; consolidated text DzU 2022, item 1375 (for English translation see Centrum Tłumaczeń i Obsługi Konferencji LIDEX, LEX 2023).

106 *Ustawa z dnia 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym*, DzU 2015, item 862; consolidated text DzU 2023, item 1304.

107 New title: The Act of 13 May 2016 on Preventing the Risk of Sexual Crimes and Protection of Minors – SCPM.

108 Art 22b SCPM; the obligation to introduce standards for the protection of minors is to be implemented within 6 months of the act's entry into force (art 10 AFGO).

109 Art 22c(1)(1)–(2) and (8) SCPM.

110 Art 22d(1) *in fine* SCPM.

111 Art 22d(2) SCPM.

112 Art 22e SCPM.

113 Art 22l(2)–(3) SCPM.

114 Art 22d(3) SCPM.

and type of actions taken by state and local authorities before the death or serious injury of a minor. In particular, the assessment covers the way in which they have actually exercised their rights and performed their duties, as well as how they have responded to the threat to a child's life or health.

After completing the analysis, a final report shall be prepared within three months. It should give guidance to competent authorities on how to improve the protection of minors, and, if necessary, also make recommendations for organizational and systemic changes, including proposals for specific amendments to law.¹¹⁵

7. Additionally, in order to create favourable conditions for effective protection of minors, by the end of 2026¹¹⁶ the Council of Ministers shall develop and adopt National Plans to counteract a) violence against children and b) crimes against sexual freedom and morality committed against children.¹¹⁷ An expert group for the protection of minors is to operate under the Minister of Justice as a consultative and advisory body.¹¹⁸ It shall i) develop national plans and evaluate progress in their implementation; ii) analyse legal measures aimed at protecting minors and instigate changes in legislation; iii) make reports on the implementation of national plans; and iv) prepare guidelines for the development of standards and update these guidelines every 2 years.¹¹⁹
8. Finally, as part of the amendment to the Code of Civil Procedure, the regulation on the hearing of a minor child by the court has been clarified.¹²⁰ The change results in greater protection of the child's privacy while at the same time respecting the minor's self-determination in court proceedings.¹²¹

Summing up, the changes seem to be in the right direction, although it remains to be seen how much of an impact they will have in practice. Most of the new regulations, including standards for the protection of minors, came into force six months from the date of announcement of the Act, on 15 February 2024. Other provisions, for example the obligation to train judges and

115 Art 22m(1)–(2) SCPM.

116 Art 8 AFGO.

117 Art 22r(1) SCPM.

118 Art 22s(1) SCPM.

119 Art 22s(4) SCPM.

120 Art 216(1)–(2) of the Act of 17 November 1964 – Code of Civil Procedure [*Kodeks postępowania cywilnego*], DzU 1964 no 43, item 296; consolidated text DzU 2023, item 1550 (for English translation see Centrum Tłumaczeń PWN.PL, updated as of 2015 Centrum Tłumaczeń i Obsługi Konferencji LIDEX, LEX 2023).

121 Explanatory Memorandum..., 25.

analyse incidents resulting in the death or serious injury of a minor, came into force just two weeks after the announcement of the Act, on 29 August 2023.¹²²

XI. Conclusion

The family assistant is a frontline fighter for vulnerable families. This is a profession for passionate people with a very high social sensitivity and willingness to help, and is undoubtedly in high demand. It has been practised in Poland for over 10 years and has become an inseparable part of the family support system. However, the process of giving it specific shape has not been completed. Despite some recent positive developments, many issues need to be improved. Changes are required at legal, social and financial levels. First of all, it is necessary to precisely define the legal status of the family assistant, the scope of their responsibilities, powers to intervene into private life and liability. Professional identity, work culture and work methods should be improved, integrated and clearly regulated in the family care. A real challenge is changing the public perception of the profession, which must be accompanied by educational and promotional activity but also by a considerable rise in payment.

Currently, the family assistant observes a huge discrepancy between theory, or job description, and common practice, which is a difficult and painful experience. In many respects, the profession is unattractive: not only is it poorly paid, but also offers little opportunity for career development and professional advancement. At the same time, it requires a candidate to be well qualified and highly experienced. Work overload, lack of appreciation, increased daily stress and professional burnout, as well as high employee turnover do not ensure job stability and quality for the families who work with assistants. Another point is that the family assistant does not have appropriate tools and powers to intervene in family life, and thus has limited influence on shaping its functioning. Also, family assistants as a group do not have sufficient influence to attract the attention of the decision-makers and make their demands heard. There is little awareness in society of the difficulties and challenges that they encounter in their daily work. There is even less knowledge of their scope of duties and limited room for action. Thus, this profession is highly undervalued, and family assistants are often scapegoats for all the deficiencies of the system.

122 Art 12 AFGO.

Kamil's death exposed in the most brutal way the dysfunctionality of the Polish family support system of which the family assistant is an integral part. Although the family received counselling and family support practitioners were aware of the problems, the tragedy could not be prevented. The state failed because it was not able to recognize in time the existing gap between theory and practice and did not implement the necessary changes. Abuse of the state's powers to intervene in family life may involve not only action, but also omission to act. The new regulations adopted as a result of this tragedy go in the right direction, but they are not sufficient. Further reform of the child care system, including family support services, is needed.

State Intervention in the Scottish Children’s Hearings System: Welfare, Proportionality and Participation*

Michelle Donnelly

I. Introduction 409

II. Organisational, historical and legal background: prioritising welfare . . . 410

1. History and development of the CHS 412

2. Underlying philosophy and principles 415

3. Political and public support. 418

III. The scope of state powers to intervene: enshrining proportionality 419

1. The children’s hearings process: gatekeeping 420

2. The grounds of referral 423

3. Disposal of the case 426

IV. Balancing state powers with family rights: promoting participation 429

1. Procedural participation rights 430

2. The voice of the child 437

3. Lay participation in decision-making. 443

V. Conclusion: strengthening children’s rights and improving experiences . . 444

1. Incorporating children’s rights 444

2. Keeping the Promise 446

I. Introduction

It is widely accepted that as the fundamental societal unit, the family is entitled to state protection. The status of the family as a protected group is recognised by all major international human rights instruments, which uniformly provide rights to respect for family life to ensure that established family relationships are recognised and maintained.¹ While a hallmark of democratic societies is that families are free to lead their lives without unjustified interference from the state, family autonomy is not absolute. There are circumstances under which the state is compelled to intervene in family life to protect children who have suffered, or are at risk of suffering, harm in the family environment.² As McGrath notes, ‘where a child’s safety is at

* This chapter is up to date as of May 2024.

1 For example, art 16 Universal Declaration of Human Rights; art 23 International Covenant on Civil and Political Rights; art 8 ECHR.

2 For example, the state has a positive obligation under art 3 ECHR to take steps to prevent children from suffering abuse within the family: *Z and Others v United Kingdom* App no 29392/95 (ECtHR, 10 May 2001), 333.

risk or has already been compromised, the state has a strong and legitimate interest in protecting the child, which justifies piercing the cloak of privacy that typically surrounds the life of a family.³

Although (at times) justifiable, compulsory state intervention profoundly disrupts private family life. Child protection interventions necessarily interfere with family autonomy and integrity, where the fundamental rights and interests of family members are at stake and can come into conflict. This article offers a perspective on Scottish child protection, with a focus on compulsory state intervention pursued within the children's hearings system (CHS). The CHS is the primary legal process for imposing child protection interventions in Scotland. It is a unique tribunal system, dealing with both non-offence and offence cases in an integrated way, and has been subject to international interest, praise and criticism during its 50-plus-year lifespan. The article provides a critical overview of the development of the CHS, examining the historical prioritisation of the welfare of the child, the strengthening of due process rights by enshrining proportionality principles, and the ongoing expansion of participation rights to balance the powers of the state with the interests of family members. It argues that while there is much to be commended about the underlying principles of the CHS, more work must be done to reconcile those principles with the experiences of children and families who are brought within its jurisdiction.

II. Organisational, historical and legal background: prioritising welfare

Under the terms of the United Kingdom devolution settlement, the Scottish Government is responsible for child protection law and policy in Scotland. The Scottish Parliament's law-making authority derives from the Scotland Act 1998 which provides devolved powers in several relevant areas, including health and social services, justice, education and local government.⁴ Child protection processes involve a range of state actors working together to implement a variety of child protection measures. The way this is achieved in Scotland is very different from the other jurisdictions of the United Kingdom. In Scotland, the major state actors in child protection processes are the courts, children's hearings, and local authorities. Compulsory state intervention can take the form of emergency, temporary and

3 SA McGrath, 'Differential Response in Child Protection Services: Perpetuating the Illusion of Voluntariness', *University of Memphis Law Review* 42 (2012) 636.

4 Scotland Act 1998, sch 5.

permanent child protection measures. Emergency measures (such as Child Protection Orders⁵) and permanent measures (including Permanence Orders⁶ and Adoption Orders⁷) are imposed by the courts.⁸ Whereas temporary child protection measures, the most common kind in practice, take the form of Compulsory Supervision Orders⁹ (CSOs) and are imposed by children's hearings.

Involving social services, education and health departments, the local authority has a role in planning and implementing these various child protection measures. The local authority is responsible for the coordination of children's services in its area with statutory requirements to plan, review and report annually on the delivery of children's services.¹⁰ The local authority has numerous duties in relation to children, including a general duty to safeguard and promote the welfare of, and provide services to, children in need.¹¹ This includes promoting the upbringing of such children by their families, where consistent with the child's welfare.¹² The local authority has an obligation to plan targeted voluntary interventions for children with identified wellbeing needs.¹³ It also has a range of duties in respect of so-called 'looked after' children, including promoting and safeguarding the welfare of any child it is looking after, providing such children with advice and assistance, and promoting contact between looked-after children and their families.¹⁴ A 'looked after' child is one who is being provided accommodation by the

5 Children's Hearings (Scotland) Act 2011, pt 5 (2011 Act).

6 Adoption and Children (Scotland) Act 2007, pt 2.

7 Adoption and Children (Scotland) Act 2007, pt 1.

8 However, there is interaction between measures imposed by the courts and children's hearings. For example, Child Protection Orders are strictly time limited and feed directly into the CHS. Where a court makes a Child Protection Order, a children's hearing must review that order on the second working day after it was made. If the order remains in force following review, a further children's hearing must take place by the eighth working day to determine if a Compulsory Supervision Order (CSO) is needed to protect the child on a temporary basis: 2011 Act, ss 45–46 and 54.

9 2011 Act, pts 9 and 11–13.

10 Children and Young People (Scotland) Act 2014, pt 3.

11 A child 'in need' is one who is: being looked after by the local authority; disabled; affected by the disability of a family member; unlikely to have a reasonable standard of health or development unless services are provided; or, likely to suffer significant impairment to health or development unless services are provided: Children (Scotland) Act 1995, s 93(4).

12 Children (Scotland) Act 1995, s 22(1).

13 Children and Young People (Scotland) Act 2014, pt 5. A child has a 'wellbeing need' if the child's wellbeing is, or is at risk of, being adversely affected by any matter. Wellbeing is defined as extent to which the child is safe, healthy, achieving, nurtured, active, respected, responsible and included: ss 33(2) and 96.

14 Children (Scotland) Act 1995, s 17, as amended by Children (Scotland) Act 202, s 13.

local authority or who is subject to any of the statutory child protection orders, set out above.¹⁵

Recent years have seen an increased policy focus on early intervention and multi-agency coordination, under the auspices of Getting It Right for Every Child (GIRFEC)¹⁶ and the Whole Systems Approach (WSA).¹⁷ Among other things these national policy initiatives support partnership working between the local authority and major state agencies – principally comprising social work, education, health and the police – to improve interventions and outcomes for children.¹⁸ Although the local authority has a central role in coordinating children's services, supporting children and families and executing interventions, it is for children's hearings (and, as appropriate, the courts) to authorise the imposition of any compulsory measures of state intervention.

1. History and development of the CHS

Founded on the Kilbrandon Report,¹⁹ the CHS has been operating in Scotland since 1971. The Kilbrandon Committee²⁰ had been set up a decade earlier to review legal responses to children who come to the attention of the state. Prior to children's hearings, there were juvenile courts in Scotland which had concurrent jurisdiction to hear civil and criminal cases.²¹ The Kilbrandon Committee found the existing juvenile court structure to be lacking due to its inconsistent development, inflexibility, tendency to inhibit preventative measures, and failure to obtain the cooperation of parents.²² The shortcomings were credited to attempting to merge the characteristics

15 Children (Scotland) Act 1995, s 17(6); Children and Young People (Scotland) Act 2014, s 44.

16 Scottish Government, Policies, GIRFEC <<https://www.gov.scot/policies/girfec/>> accessed 7 August 2023.

17 Scottish Government, Policies, Whole System Approach <<https://www.gov.scot/policies/youth-justice/whole-system-approach/>> accessed 7 August 2023.

18 Notwithstanding that aspects of the GIRFEC approach, specifically information sharing provisions associated with the now-defunct Named Person Scheme, were found to be incompatible with art 8 ECHR: *Christian Institute and Others v The Lord Advocate* (2016) UKSC 51. The Named Person Scheme, which sought to appoint a named person to every child in Scotland for advice and support, was introduced under pt 4 of the Children and Young Persons (Scotland) Act 2014. However, this part of the Act was never implemented and, following a successful legal challenge, the scheme was abandoned. For discussion see G Black, 'Scotland's Named Person Scheme', *International Journal of Children's Rights*, 28(3) (2020) 571–587.

19 CJD Shaw, *Report on Children and Young Persons (Scotland)* (Cmnd 2306, 1995) (Kilbrandon Report).

20 Led by a senior Scottish judge, Lord Kilbrandon.

21 Children Act 1908, which was significantly amended by the Children and Young Persons (Scotland) Act 1932 and later replaced by the Children and Young Persons (Scotland) Act 1937.

22 Kilbrandon Report, paras 35–36 and 40–49.

of a formal court of law with those of a specialised treatment agency.²³ The abolition of the juvenile courts and their replacement with a new national tribunal system of children's hearings, responsible for determining whether the needs of children justified the imposition of compulsory measures of intervention, was recommended.²⁴ A unique dispositive process – minimising legal technicalities, prioritising the welfare of the child, and promoting the participation of family members in decision-making – was duly proposed.

The government of the time accepted these proposals, which were given legal force by the Social Work (Scotland) Act 1968. Part III of that Act provided the legislative authority for the introduction of the CHS and was based closely on the model proffered by the Kilbrandon Report. The 1968 Act governed the CHS for the next twenty-five years or so. By the 1990s, there was impetus for reform as several critical reports were published about the operation of Scottish child protection processes.²⁵ This coincided with the development of the international human rights agenda by the United Nations and Council of Europe; the status of children's rights being enhanced by the United Kingdom's ratification of the CRC in 1991.²⁶ These developments resulted in the passage of the Children (Scotland) Act 1995,²⁷ at which point the Kilbrandon Report was republished on the basis that it 'was, and still remains, one of the most influential policy statements on how a society should deal with "children in trouble"'.²⁸ The changes implemented by the 1995 Act²⁹ did not fundamentally alter the essential characteristics of the CHS.

Shortly thereafter, the ECHR became incorporated into UK law by the Human Rights Act 1998. The practical ramifications were extensive: not least since domestic law and practice could, from then on, be challenged as being incompatible with ECHR law in the domestic courts, and public authorities (including children's hearings, local authorities and the courts) acquired a new duty to act compatibly with ECHR rights.³⁰ This fundamental development,

23 Kilbrandon Report, paras 50–70.

24 Kilbrandon Report, paras 80–100.

25 JJ Clyde, *The Report of the Inquiry into the Removal of Children from Orkney in February* (Edinburgh 1991); B Kearney, *The Report of the Inquiry into Child Care Policies in Fife* (Edinburgh 1992); A Finlayson, *Reporters to the Children's Panel: Their Role, Function and Accountability* (Edinburgh 1992).

26 KM Norrie, *Children's Hearings in Scotland* (Edinburgh 2022) para 1.02.

27 Part III of the Social Work (Scotland) Act 1968 was repealed and re-enacted with modifications in Part II of the Children (Scotland) Act 1995.

28 S Asquith (ed), *The Kilbrandon Report*, Children in Society Series (Edinburgh 1995) vii.

29 The 1995 Act, for example, substantially revised procedures for the emergency protection of children and introduced powers for children's hearings to exclude certain people from the hearing at certain points for the benefit of the child.

30 Human Rights Act 1998, ss 6–7.

coupled with the introduction of Scottish devolution under the Scotland Act 1998, significantly altered the constitutional structure of the Scottish legal system³¹ and led to the modification of aspects of the children's hearings process.³² Key policy improvements, like GIRFEC and the WSA, shaped the development of the CHS from the early 2000s onwards³³; leading to greater emphasis on the promotion of children's rights, coordination of children's services, inter-agency working, early intervention, as well as prevention and diversion. While such policy aims have become more explicit, they are not inconsistent with the Kilbrandon foundations upon which the CHS is laid.

As a result of these significant legal and policy developments, the CHS was reformed again, resulting in the passage of the Children's Hearings (Scotland) Act 2011, which currently regulates the process. Intended to 'strengthen and modernise Scotland's unique hearings system',³⁴ the 2011 Act retains the philosophy, principles and major processes established by Kilbrandon. However various amendments were made³⁵ to ensure consistency with the ECHR and GIRFEC.³⁶ Subsequent amendments were made by the Children and Young People (Scotland) Act 2014 and the Children (Scotland) Act 2020, and are proposed by the Children (Care and Justice) (Scotland) Bill, to better ensure compatibility with human rights norms and imperatives.³⁷ That being said, the current legal framework largely upholds the Kilbrandon approach, solidifying its relevance to the modern practice of the CHS. As McDiarmid notes, the Kilbrandon Report has enjoyed 'remarkable longevity'.³⁸ Its enduring value is in the underlying philosophy and principles of the CHS, which will now be examined.

31 Norrie, *Children's Hearings in Scotland*, para 1.03.

32 For example, to accommodate rights of access to state-funded legal representation at children's hearings and rights for certain people to participate in children's hearings proceedings by being recognised as 'relevant persons.' Discussed at s IV, below.

33 Scottish Government, *Getting it Right for Every Child: Proposals for Action* (Edinburgh 2005); Scottish Government, Policies, Whole System Approach <<https://www.gov.scot/policies/youth-justice/whole-system-approach/>> accessed 7 August 2023.

34 Scottish Government, *Strengthening for the Future: A Consultation on the Reform of the Children's Hearings System* (Edinburgh 2008) 3.

35 The 2011 Act, for example, substantially revised the grounds upon which a child can be referred to a children's hearing and introduced new procedures that allow a children's hearing, or pre-hearing panel, to deem an individual to be a relevant person: see ss 67 and 81.

36 Norrie, *Children's Hearings in Scotland*, para 1.03.

37 For example, Part 1 of the 2014 Act imposed certain duties on the Scottish Ministers and local authorities concerning children's rights. When the Children (Care and Justice) (Scotland) Act 2024 is implemented, it will raise the upper age-limit of the CHS from 16 to 18 years to ensure alignment with art 1 CRC.

38 C McDiarmid, 'Welfare, Offending and the Scottish Children's Hearings System', *Journal of Social Welfare and Family Law* 27 (2005) 31.

2. Underlying philosophy and principles

The underlying philosophies and principles of the CHS are strong and central to its current operation. First and foremost, the CHS is a welfarist system. The aim of the children's hearing is to improve the child's life by finding a solution to the child's circumstances that meets their needs and serves their best interests. The objective is not to punish wrongdoing, on the part of either parent or child. The Kilbrandon Report concluded that interventions could 'be decided only on an informed assessment of the individual child's actual needs'³⁹ and this has influenced the philosophical orientation of the CHS ever since. To use a phrase that has become synonymous with the system, children's hearings are concerned with needs, not deeds. Children are brought before hearings when their upbringing is identified as having broken down in some way and compulsory state intervention is perceived to be needed to secure the child's welfare. The welfare principle is given statutory effect by s 25(2) of the 2011 Act, which provides that the welfare of the child throughout childhood is the paramount consideration of the children's hearing. In this way, Scots law exceeds the international standard set out in art 3 of the CRC, which declares that the best interests of the child shall be a primary consideration in all actions concerning children.⁴⁰

It is important to acknowledge the sole exception to the paramountcy of the child's welfare, currently found in s 26 of the 2011 Act. The previous legislation had introduced a notable proviso, which empowered children's hearings to depart from the welfare principle if considered necessary to protect members of the public from serious harm.⁴¹ For the first time, public interest considerations were introduced to the children's hearings process. This was rejected by some scholars as a serious erosion of the welfarist ideal.⁴² The 2011 Act improved the position because it allows for a qualification of, rather than departure from, the welfare principle.⁴³ Where a child is at risk of causing serious harm to members of the public, the child's welfare remains relevant but becomes the *primary* consideration for dispositive decision-making.⁴⁴ Whilst the relaxation in standard (from paramount to primary) does

39 Kilbrandon Report, para 12.

40 The interplay between the best interests of the child and the voice of the child is discussed at s IV, below.

41 Children (Scotland) Act 1995, s 16(5).

42 J McGhee, L Waterhouse 'Justice and Welfare: Has the Children (Scotland) Act 1995 Shifted the Balance?', *Journal of Social Welfare and Family Law* 20(1) (1998) 49–63; L McAra 'Welfare in Crisis? Key Developments in Scottish Youth Justice' in J Muncie, B Goldson (eds), *Comparative Youth Justice: Critical Issues* (London 2006).

43 2011 Act, s 26.

44 2011 Act, ss 26(1)–(2).

reflect some erosion of the guiding principle, the child's welfare remains the central criterion for decisions concerning the necessity and extent of compulsory measures of intervention. Although the 1995 Act undermined the welfare principle, the 2011 Act went some way to restore its priority in all cases. There has been no (appellate) judicial consideration of the qualification to the welfare principle, which is thought to be rarely applied in practice. As Norrie concludes, the 'strength of the welfare test [...] is located not only in the underpinning legislation but also in the very ethos of the system, which informs the mindset of all its players.'⁴⁵

The second underlying characteristic of the CHS is its ethos which recognises all children 'in trouble'⁴⁶ (whether they have offended themselves or been offended against) as being equally in need of care and protection. This finds practical expression in the adoption of a unified approach towards non-offence and offence cases. Children's hearings respond in the same way to children who have been neglected or abused and children who have committed crimes. The unitary nature of the CHS, as an integrated child protection and justice forum, recognises the common adversities, backgrounds and experiences that such children typically share. The Kilbrandon Report concluded that any legal distinction between different groups of children was artificial when their 'underlying realities'⁴⁷ were taken into account: the common factor being a failure in upbringing.⁴⁸ The wisdom of Kilbrandon has since been affirmed by a body of empirical evidence; identifying similarities in the backgrounds, circumstances and experiences of children subject to state intervention, and establishing links between adversity, disadvantage, vulnerability, victimisation and offending behaviour.⁴⁹ Scotland has retained a unitary approach in contrast to many international jurisdictions, which rejected welfarism and began to separate offence from non-offence cases in

45 K Norrie, *A History of Scottish Child Protection Law* (Edinburgh 2020) 160.

46 CJD Shaw, 'Children in Trouble', *British Journal of Criminology* 1 (1966) 112–122.

47 Kilbrandon Report, para 13.

48 Kilbrandon Report, para 15.

49 L Waterhouse, J McGhee, 'Children's Hearings in Scotland: Compulsion and Disadvantage', *Journal of Social Welfare & Family Law* 24 (2002) 279; L Waterhouse, J McGhee, N Loucks, 'Disentangling Offenders and Non-Offenders in the Scottish Children's Hearings System: A Clear Divide?', *Howard Journal of Criminal Justice* 43 (2004) 164; L McAra, S McVie, 'Youth Crime and Justice: Key Messages from the Edinburgh Study of Youth Transitions and Crime', *Criminology & Criminal Justice* 10 (2010) 179; G Henderson, I Kurlus, G McNiven, *Backgrounds and outcomes for children aged 8 to 11 years old who have been referred to the children's reporter for offending* (Stirling 2016); B Jahanshahi, K Murray, S McVie 'ACEs, Places and Inequality: Understanding the Effects of Adverse Childhood Experiences and Poverty on Offending in Childhood', *British Journal of Criminology* 62(3) (2022) 751–772 <<https://doi.org/10.1093/bjc/azab079>> accessed 20 December 2024.

response to demands for greater due process rights for children during the 1960s and 1970s.⁵⁰ While there is evidence to suggest that the CHS does not operate in a strictly unitary manner,⁵¹ it aspires to deliver a unitary response towards children referred on offence and non-offence grounds. The 2011 Act endorses an integrated process (with the same procedural rules, principles and available disposals) for all children identified as being in need of compulsory state intervention.⁵² Although the hearing itself and any interventions imposed are tailored to the individual child, the major processes, principles and range of disposal (outcome) options are the same for all children referred to hearings.

Another defining feature of the CHS is that it distinguishes the functions of proof and disposal, and the roles of court and children's hearing.⁵³ The court has a role in determining disputed facts about the child's referral to a hearing (and in hearing appeals) whereas the children's hearing has the role of determining the outcome in all cases. If there is any dispute about why a child is being referred to a hearing (or if the child and/or parents deny, or do not understand, the grounds of referral) then the matter is resolved formally by a court of law.⁵⁴ However, the ultimate disposal of the case is reserved for the relatively informal setting of the children's hearing. This institutional separation of the functions of proof and disposal has been described as the 'genius'⁵⁵ of the Kilbrandon reform and retained since the CHS's inception.⁵⁶

Finally, the children's hearing is a tribunal that is staffed by lay volunteers. The decision-makers are neither judges nor legal professionals. Rather, they are lay people who are drawn from a range of backgrounds in the local community. A children's hearing is made up of three members of the children's panel: a national body of volunteers who receive training about the CHS and

50 N Bala, RJ Bromwich 'An International Perspective on Youth Justice' in N Bala, JP Hornick, HN Snyder (eds), *Juvenile Justice Systems: An International Comparison of Problems and Solutions* (Toronto 2002) 18; N Naffine, J Wundersitz, F Gale 'Back to Justice for Juveniles: The Rhetoric and Reality of Law Reform', *Australian and New Zealand Journal of Criminology* 23 (1990) 193; C Hallett 'Ahead of the Game or Behind the Times? The Scottish Children's Hearings System in International Context', *International Journal of Law, Policy and the Family* 14 (2000) 34–35.

51 M Donnelly, *The Kilbrandon Ethos in Practice: The Antinomy of Care and Conduct in the Children's Hearings System* (PhD Thesis, University of Strathclyde 2017). See also M Donnelly, *Scottish Youth Justice and the Legacy of Kilbrandon: a provocation paper* (London 2020).

52 Norrie, *Children's Hearings in Scotland*, para 1.05.

53 Kilbrandon Report, paras 72–76.

54 2011 Act, pt 10.

55 *Sloan v B* 1991 SLT 530, 548.

56 The Hearings System Working Group Report, discussed at section V, casts doubt on this by recommending review of the grounds of referral and associated processes. Any potential changes will require careful consideration to ensure that rights are formally observed and adequate justification is provided for intervening in children and families' lives.

the interests of children.⁵⁷ It is for the panel members to decide whether compulsory measures of intervention should be imposed in any given case and, if so, determine what form those measures will take. While the tribunal structure of the children's hearing was a feature of the Kilbrandon Report,⁵⁸ the involvement of volunteer decision makers was not. This development emerged in the governmental White Paper⁵⁹ which followed the Kilbrandon Report and led to the passage of the Social Work (Scotland) Act 1968.⁶⁰ The use of lay volunteers has thus been a defining feature of the CHS since its introduction. While not without its challenges,⁶¹ the representational function of the children's panel is worthy of remark. Given that the children's panel constitutes a national body of volunteers from different socio-economic backgrounds, children's hearings are likely to be more representative of Scottish society than the courts. Lay participation may add legitimacy to the legal process and reflect the interests of the community in decisions made by children's hearings; it may also be easier to ensure full participation by the family in discussions with lay people than with judges representing the Majesty of the Law.⁶² This is a matter of some importance given that children's hearings have the power to make far-reaching decisions which authorise the state to interfere with children and families' private lives.

3. Political and public support

A notable aspect of the history and development of children's hearings is the widespread political support they have always received. As Norrie observes, the CHS has enjoyed support across the political spectrum throughout its lifespan.⁶³ The Kilbrandon Committee was established by a UK Conservative Government in 1962. The CHS was then legislated for by a UK Labour Government in 1968, later re-enacted by a UK Conservative Government in 1995 and, following devolution, most recently re-enacted by a Scottish Nationalist Government in 2011. The CHS, which continues to be based largely on the Kilbrandon model, has survived with limited political opposition for over half a century.

Likewise, there is evidence of public support for the CHS. This is demonstrated implicitly by the contribution of the lay panel members who volunteer

⁵⁷ 2011 Act, s 4.

⁵⁸ Kilbrandon Report, Part Two.

⁵⁹ Social Work and the Community (Cmnd 3065, 1966).

⁶⁰ A Lockyer, F Stone 'The Kilbrandon Origins' in A Lockyer and F Stone (eds), *Juvenile Justice in Scotland: 25 Years of the Welfare Approach* (Edinburgh 1998) 14–15.

⁶¹ Discussed further at s IV sub-s 3, below.

⁶² For discussion see B Reid, I Gillan 'The Place of Lay Participation in Decision-Making' in M Hill, A Lockyer, F Stone (eds), *Youth Justice and Child Protection* (London 2007).

⁶³ Norrie, *Children's Hearings in Scotland*, para 1.04.

to sit on children's hearings. Part 1 of the 2011 Act established Children's Hearings Scotland, a new national organisation responsible for recruiting, training, and supporting panel members. The organisation currently supports around 3,000 community-based volunteers across Scotland. Public support was explicitly demonstrated prior to the passage of the 2011 Act when the Scottish Government undertook a review of the CHS involving a public consultation.⁶⁴ While concerns were raised about the resourcing of the CHS⁶⁵ and methods to evaluate the effectiveness of interventions⁶⁶, 85% of respondents were supportive of the underlying philosophy and principles of the CHS.⁶⁷ More recently, the Independent Care Review – a root and branch review of the public care system in Scotland involving 5,500 care-experienced children and adults, family members and workers – identified widespread support for the CHS's foundational principles.⁶⁸ Albeit that problems were highlighted about how these principles are implemented.⁶⁹

There is evidence, then, of both political and public support for the CHS. At its heart is a commitment to a welfarist and unitary approach towards all children in need of state intervention. The system is one which prioritises the welfare of the child: the best interests and needs of the individual child are more important than any other consideration in the case. As such, the welfare of the child may undermine the rights of the child and come into conflict with the rights and interests of parents and other family members. The CHS, as it operates today, continues to chime with the Kilbrandon Report. However, it has evolved significantly over time; primarily to satisfy the requirements of international human rights law and strengthen due process protections for children and families, to which the following sections will turn.

III. The scope of state powers to intervene: enshrining proportionality

One of the most important developments in the history of the CHS was the incorporation of the ECHR into domestic law by the Human Rights Act

64 Scottish Executive, *Getting It Right for Every Child* (Edinburgh 2004).

65 R Stevenson, R Brothie, *Getting It Right for Every Child: A Report on the Responses to the Consultation on the Review of the Children's Hearings System* (Edinburgh 2004) 32.

66 Stevenson, Brothie, *Getting It Right...*, 45.

67 Stevenson, Brothie, *Getting It Right...*, 40.

68 Independent Care Review, *The Promise* (Care Review Scotland 2020) 40 <<https://www.carereview.scot/wp-content/uploads/2020/02/The-Promise.pdf>> accessed 8 May 2024.

69 Discussed further at s IV sub-ss 2–3, below.

1998. In the UK there is no codified constitution, although human rights provision is made by the common law and statutory law. Given that the ECHR has been incorporated by statute, it forms a crucial part of the constitutional framework in the UK and its standards significantly influence child protection law and practice.⁷⁰ Art 8, which provides the right to respect for private and family life, is a major relevant ECHR provision.⁷¹ Art 8 imposes a negative obligation on the state: a duty not to unjustifiably interfere with established family life. The ECtHR has long held that ‘the mutual enjoyment by parent and child of each other’s company constitutes a fundamental element of family life, and domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference with the right protected by art 8...’⁷² Compulsory state intervention in a child’s life is a definitional interference with art 8(1) so must be justified in terms of art 8(2). To be justified, art 8(2) requires that domestic child protection measures are: first, in accordance with the law and, secondly, necessary in a democratic society. This requires the state to have a legitimate aim for intervening in family life *and* to adopt proportionate means of achieving that aim.⁷³ Protecting children and enhancing their welfare are recognised legitimate aims.⁷⁴ Proportionality is therefore the foremost concern when the state seeks to restrict children and families’ art 8 rights by imposing compulsory measures of intervention.⁷⁵ This section considers the ways in which proportionality is given effect within the legal process under the 2011 Act to build on existing due process protections for children and families who are brought before children’s hearings.

1. The children’s hearings process: gatekeeping

Children are brought within the CHS by the children’s reporter: a role that originates from the Kilbrandon Report.⁷⁶ Reporters are the gatekeepers to the CHS. The role is a professional one and reporters typically have a back-

70 The forthcoming statutory incorporation of the CRC into Scots law is discussed at s V sub-s 1, below.

71 Albeit that there is significant interplay between arts 3, 5, 6 and 8 ECHR in child protection cases.

72 *K and T v Finland* (2001) 36 EHRR 255, para 151. See also *Johansen v Norway* (1997) 23 EHRR 33; *Elsholz v Germany* (2000) 2 FLR 486; *Kutzner v Germany* (2003) 1 FCR 249; *Monory v Romania and Hungary* (2005) 41 EHRR 77.

73 ECtHR, *Guide on Article 8 of the Convention on Human Rights* (Strasbourg 2021) paras 26–28.

74 Art 8(2) identifies the protection of health or morals and the protection of the rights and freedoms of others as legitimate aims for the purposes of interfering with family life.

75 For judicial discussion of proportionality in child protection, see *P, C and S v United Kingdom* (2002) 35 EHRR 1075; *Re B (A Child)* [2013] UKSC 33.

76 Kilbrandon Report, paras 98–102.

ground in law or social work.⁷⁷ They are independent from the local authority⁷⁸ and the children's hearing⁷⁹ and have a range of responsibilities in respect of children's hearings proceedings to support the legal process. The primary responsibility of the reporter is to decide whether a children's hearing should be arranged for any child to consider the imposition of compulsory measures of intervention.

The children's hearings process begins with information being supplied to the reporter. Anyone can raise concerns about a child with the reporter, although in practice most information comes to the reporter from the major state agencies. The police are the main source of referrals to the reporter, constituting 79% of all referrals in 2022/23.⁸⁰ Although members of the public can raise concerns about a child with the reporter, the public has no legal obligation to report suspected child abuse or neglect in Scotland. Having received information from any source, or if it otherwise appears to the reporter that any child might need protection, guidance, treatment or control,⁸¹ an investigation can be embarked upon.⁸² The reporter has broad investigatory powers under the 2011 Act to investigate the referral as well as the child and families' wider circumstances. Reporter investigations take the form of requesting information from a range of possible sources. Usually this involves obtaining a multi-agency social background report from the local authority.⁸³ Additional reports may be requested from the social work department, child's school or any other statutory or voluntary services involved with the family.⁸⁴ While reporters require sufficient information to assess referrals, their investigatory powers are to be balanced with the minimum

77 S Kuenssberg, AD Miller 'Towards a National Reporter Service' in A Lockyer and F Stone (eds), *Juvenile Justice in Scotland: 25 Years of the Welfare Approach* (Edinburgh 1998) 174.

78 The independence of the reporter service, which originally sat within the local authority structure, was affirmed when it was regrouped within a national organisation, known as the Scottish Children's Reporter Administration (SCRA), by pt III the Local Government Etc. (Scotland) Act 1994. This followed the recommendations of the Finlayson Report: Finlayson (1992).

79 The independence of the children's reporter from the children's hearing was more recently affirmed. A traditional duty of the reporter was to act as a legal advisor to the lay members of the hearing. Following an internal review by SCRA in 2009, this legal advisory role was removed to ensure independence between the reporter and the hearing to protect the fair process of the children's hearings: see M Schaffer, 'Kilbrandon Then, Now and in the Future', *Scottish Journal of Residential Child Care*, 13(3) (2013) 4.

80 SCRA, *Statistical Analysis 2022/23* (Stirling 2023) 14.

81 2011 Act, s 66(1)(b).

82 2011 Act, s 66(3).

83 Norrie, *Children's Hearings in Scotland*, para 4.17.

84 Research has established that reports are most frequently requested from social work: I Kurlus, L Hanson, G Henderson, *SCRA Research Report: Children's Reporter Decision Making* (Stirling 2014) 19.

intervention principle⁸⁵ to avoid intrusive, disproportionate investigations. Thus, reporters should undertake investigations only where they are not in possession of sufficient information to assess a referral without one.⁸⁶ Research has, however, established that reporter investigations are the norm and further information is requested for almost all referrals in practice.⁸⁷

The purpose of the reporter's investigations is to gather enough information to decide if a children's hearing is required for the child. The reporter makes this decision on two legal bases. First, the reporter must determine if one of more of the statutory grounds of referral applies in relation to the child.⁸⁸ Second, the reporter must decide if it is necessary for the child's protection, guidance, treatment or control for a CSO to be made.⁸⁹ Any actual order will be made, not by the reporter but by the children's hearing. Nevertheless, the reporter must satisfy themselves that there is a pressing social need for a CSO before the child can be brought within the CHS. The test of necessity enshrines proportionality, in an effort to ensure that only those children who require compulsory intervention are brought before children's hearings.

This is reflected in the courses of action open to the reporter at the gate-keeping stage. The reporter can take no further action,⁹⁰ refer the child to the local authority for voluntary support⁹¹ (as opposed to compulsory intervention) or arrange a children's hearing.⁹² If the reporter concludes that the statutory tests for referral are met – a ground of referral applies and, in the reporter's view, a CSO is necessary – then the reporter has a statutory obligation to arrange a hearing for the child.⁹³ The reporter has no discretion to dismiss the referral or refer to the local authority under such circumstances. The option to refer the child to the local authority for voluntary support is a form of diversion, supported by key policy initiatives like the WSA, suitable for children who fall short of requiring intervention on a compulsory basis.⁹⁴ The statutory tests for referral have been described as 'threshold criteria'⁹⁵ which must be satisfied before a child can be sent to a children's hearing

85 Kurlus, Hanson, Henderson, *SCRA Research Report*, 1.

86 Norrie, *Children's Hearings in Scotland*, para 4.17.

87 Kurlus, Hanson, Henderson, *SCRA Research Report*, 19.

88 2011 Act, s 66(2)(a).

89 2011 Act, s 66(2)(b).

90 2011 Act, ss 68(1)(a)–(b).

91 2011 Act, s 68(5)(a).

92 2011 Act, ss 66(2)(a)–(b).

93 2011 Act, ss 69(1)–(2).

94 K Murray, P McGuinness, M Burman, S McVie, *Evaluation of the Whole System Approach to Young People who Offend in Scotland* (Edinburgh 2015) 7.

95 Kurlus, Hanson, Henderson, *SCRA Research Report*, 34–35.

to ensure that there is adequate justification and a sound evidentiary basis for any compulsory state intervention. Not only must reporters ensure that there is sufficient evidence to support the application of at least one ground of referral, so too must they have evidence to support their view that a CSO is needed. As such, research has supported the characterisation of reporters as gatekeepers and guardians of evidence within the CHS.⁹⁶

2. The grounds of referral

The grounds of referral are central to the practice of the CHS. At least one such ground must be accepted by the child and parents, or established by the sheriff court, before a children's hearing can consider the disposal of the case. The grounds of referral provide the statutory reason for intervening in the child's life, and the reporter is obliged to prepare a 'statement of grounds'⁹⁷ for every child referred to a hearing. This document is a declaration of facts that support the existence of the ground(s) of referral⁹⁸ and essentially communicates to the child and family why a hearing has been arranged. The stated grounds and supporting facts are then presented to the child and parents by the panel members at a grounds hearing.⁹⁹ The purpose of this initial hearing is to determine whether the child and parents accept the grounds. If so, the hearing can move to consider disposal. However, if the grounds are not accepted or understood then an application is made to the sheriff court to determine, by the leading of evidence, if the grounds of referral are established.¹⁰⁰ As such, children and families have a right to formally challenge, in a court of law, any allegations made against them in the statement of grounds. It is for the children's reporter to lead evidence to prove the grounds before the court.¹⁰¹ The civil standard of proof generally applies to the grounds of referral. All grounds, except the offence ground, are proven on the balance of probabilities.¹⁰² Whereas the higher, criminal standard (beyond reasonable doubt) uniquely applies where it is alleged that the child has committed a criminal offence.¹⁰³ This is another derivative fea-

96 C Hallett, *The Evaluation of Children's Hearings in Scotland: Volume 1 Deciding in Children's Interests* (Edinburgh 1998); M Donnelly, *Research Briefing: A Study on Children's Reporter Decision-Making* (University of Stirling 2018).

97 2011 Act, s 89(2).

98 2011 Act, s 89(3).

99 2011 Act, s 90, as amended by Children and Young People (Scotland) Act 2014, s 85.

100 2011 Act, ss 93(2) and 94(2).

101 *Ferguson v F* 1992 SCLR 866.

102 *B v Kennedy* 1987 SLT 765; *Harris v F* 1991 SLT 242; *B v Authority Reporter* 2011 SLT (Sh Ct) 55.

103 2011 Act, s 102(3).

ture from the Kilbrandon Report¹⁰⁴ which provides enhanced due process protection to children accused of crimes.¹⁰⁵

The court's role is restricted to establishing the existence (or non-existence) of the stated ground(s) of referral. If the sheriff finds the grounds established, then the case is sent back to a children's hearing for disposal.¹⁰⁶ However, if the grounds are not established then the case must be dismissed by the court.¹⁰⁷ The children's hearing has no authority to consider the case or make a CSO under such circumstances. This is because the grounds of referral provide the legal basis for compulsory intervention, and the acceptance or establishment of those grounds confirms the jurisdiction of the children's hearing.¹⁰⁸

The grounds of referral have been a feature of the CHS since its inception, although they have been substantially modified and extended over time. The 2011 Act revised the grounds and introduced several new ones. For example, grounds that: the child has a close connection with a person who has carried out domestic abuse;¹⁰⁹ the child has been, is being or is likely to be forced into a marriage; and, the child's conduct is likely to have a serious adverse effect on the health, safety or development of the child or another person.¹¹⁰ The last mentioned ground is intended to cover high-risk behaviours like self-harm. The current grounds therefore attempt to reflect the range of circumstances in which children may require compulsory intervention in contemporary Scottish society. The grounds of referral under the 2011 Act are diverse. There are seventeen of them,¹¹¹ broadly relating to the standard of care afforded to the child, risks posed to the child and behaviours exhibited by the child.¹¹² Technically, there are sixteen 'non-offence' (or 'care and protection')¹¹³ grounds and one 'offence'¹¹⁴ ground.¹¹⁵ The most common grounds of referral in practice tend to be that the child: is likely to suffer

104 Kilbrandon Report, paras 69–70.

105 The minimum age of criminal responsibility, currently set at 12 years, also applies to offence referrals, meaning that only children aged 12 or over can be referred to hearings on the offence ground: Age of Criminal Responsibility (Scotland) Act 2019, s 3.

106 2011 Act, s 108(2).

107 2011 Act, s 108(3).

108 Norrie, *Children's Hearings in Scotland*, para 3.02.

109 2011 Act, s 67(2)(f).

110 2011 Act, s 67(2)(m).

111 2011 Act, ss 67(2)(a)–(q), discussed further below.

112 M Donnelly, 'A Tripartite Analysis of the Grounds of Referral to Children's Hearings' *Juridical Review* 2 (2019) 120.

113 2011 Act, ss 67(2)(a)–(i) and (k)–(q).

114 2011 Act, s 67(2)(j).

115 For discussion and classification of the grounds, see Donnelly, 'A Tripartite Analysis of the Grounds...', 117–135.

from a lack of parental care; has been exposed to domestic abuse; or, has committed an offence.¹¹⁶

A practically significant change across the lifecycle of the CHS is in the transformation of referral patterns.¹¹⁷ The CHS was set up to deal primarily with 'juvenile delinquency'.¹¹⁸ In its first year of operation, over 87% of all referrals were made on the offence ground.¹¹⁹ By the early 1990s, 'care and protection' overtook 'offence' as the dominant referral type and has remained so ever since.¹²⁰ Referrals then reached a historical peak in 2007 when 102,759 referrals were received by the reporter, 84% of which were on non-offence grounds.¹²¹ Many of these referrals did not require compulsory intervention so collaborative efforts were made by the major state agencies to reduce referrals to the reporter where there was no clear basis for compulsion.¹²² By 2013, the total number of referrals reduced to 36,298¹²³ and has been declining ever since. The recent policy emphasis on early intervention and diversion, through GIRFEC and the WSA, has supported this downwards trend and led to further reductions.¹²⁴ In 2022/23, 10,981 children were referred to the reporter, 9,025 of whom on non-offence grounds.¹²⁵ Referral practices have considerably evolved through increased diversion and use of voluntary support to ensure that only those children who require compulsory intervention, in an imperative sense, are referred to hearings. This implicitly gives effect to proportionality by encouraging lesser interventions to be considered before a child is brought before a hearing.¹²⁶

While the referral rate to the CHS is steadily declining, far more children are now referred to hearings on care and protection grounds. The practical consequences of this dramatic shift from offence to non-offence referrals are that the children involved tend to be younger (and more vulnerable) and the cases

116 SCRA, *Statistical Analysis 2022/23*, 16–17.

117 For discussion see Schaffer, *Scottish Journal of Residential Child Care* (2013) 1–14; C Lightowler, D Orr, N Vaswani, *Youth Justice in Scotland: Fixed in the Past or Fit for the Future* (Glasgow 2014).

118 Kilbrandon Report, para 12.

119 Adapted from: Schaffer, *Scottish Journal of Residential Child Care* (2013) 6.

120 SCRA, *Statistical Analysis 2022/23*, 6.

121 Adapted from: Schaffer, *Scottish Journal of Residential Child Care* (2013) 6.

122 SCRA, *Statistical Analysis 2022/23*, 7.

123 Schaffer (2013) 6.

124 SCRA, *Statistical Analysis 2022/23*, 7.

125 SCRA, *Statistical Analysis 2022/23*, 6.

126 For discussion see M. Donnelly 'The relationship between compliance and compulsion, and dynamics of diversion, in child welfare decision-making', *International Journal of Law, Policy and the Family* 31(1) (2023) <<https://doi.org/10.1093/lawfam/ebac035>> accessed 11 August 2023.

tend to be more complex (and contentious) where the welfare of the child can be in tension with the wider interests of the family. It is the ultimate disposal of the case by the children's hearing that will now be turned to.

3. Disposal of the case

The central element of the children's hearings process is the consideration of the case by the hearing. The hearing is held in private and the format is one of open discussion about the referral and the underlying circumstances in the child's life. It is led by the three lay panel members with one of them chairing the discussion, and that discussion is not restricted to the information in the statement of grounds. The hearing is entitled to take account of any matter that might be relevant to the child's welfare, including documentation and reports obtained through the reporter's investigations and the contributions of those who are present at the hearing.¹²⁷ The discussion is intended to be informal and centrally involve the child, parents and/or caregivers and possibly wider family members too. It usually involves the child's social worker and might include the child's teacher, solicitor or any other professional involved with the family who has something relevant to add. The purpose of the hearing is not to find consensus on the way forward but, rather, to allow the panel members to determine if compulsory measures of state intervention are required. The determinative question is whether it is necessary for the child's protection, guidance, treatment or control to make a CSO.¹²⁸ That question will already have been answered affirmatively by the reporter at the gatekeeping stage, but it is a determination for the hearing at the disposal stage. This represents an important procedural safeguard; whereby the hearing alone is responsible for authorising the imposition of any compulsory measures of state intervention, thus underlining the independence of hearing and its authority as a quasi-judicial tribunal. The test of necessity further enshrines proportionality.

In deciding whether a CSO is necessary, the hearing applies the general considerations in ss 25–28 of the 2011 Act: the welfare of the child is the paramount consideration¹²⁹; the child must be given an opportunity to express views and the hearing must have regard to any views so expressed, taking into account the child's age and maturity¹³⁰; and the hearing must not make an order unless it considers that it would be better for the child that the order be in force than not.¹³¹ The latter consideration, the so-called no order prin-

127 *O v Rae* 1993 SLT 570.

128 2011 Act, ss 91(3)(a) and 119(3)(a).

129 2011 Act, s 25. Discussed further at s II, above.

130 2011 Act, s 27. Discussed further at s IV, below.

131 2011 Act, s 28(2).

ciple, promotes minimum intervention by allowing the making of an order only where it will add some positive benefit to the child's life. This can be seen as another statutory vestige of proportionality.

The hearing has three major disposal options open to it: to dismiss the referral, to defer making a final decision until a later hearing, or to make a CSO.¹³² The making of an order is the major available disposal. CSOs are designed to be flexible so that they can be tailored to the needs of the individual child. To achieve this, the hearing has wide discretion and the power to attach a range of far-reaching measures to the order, many of which constitute considerable interferences with children and families' civil rights.¹³³ For example, such measures may include: a requirement dictating the child's residence¹³⁴, a direction regulating contact between the child and any other person¹³⁵, a requirement for medical examination or treatment of the child¹³⁶, an authorisation that the child be deprived of their liberty by being placed in secure accommodation¹³⁷, a movement restriction condition involving electronic tagging of the child¹³⁸, or a requirement that the child comply with *any* other specified condition.¹³⁹

The hearing has an important new statutory duty, under s 29A of the 2011 Act¹⁴⁰, to consider including a measure regulating contact between the child, parents and any siblings when making a CSO. This change followed research which found that decisions made by hearings about continuing contact between children and their families tend to follow social work recommendations, can be poorly recorded and may fail to incorporate children's views.¹⁴¹ It also reflects emerging evidence which indicates that sibling relationships are significantly disrupted by child protection processes, estimating that around 70% of children in care experience separation from siblings¹⁴² and typically express a strong desire to stay in contact with their brothers and

132 2011 Act, ss 91(2), 91(3)(a)–(b), 119(2), 119(3)(a)–(b) and 138(2).

133 2011 Act, ss 83(1)–(2).

134 2011 Act, s 83(2)(a).

135 2011 Act, s 83(2)(g).

136 2011 Act, ss 83(2)(f) and 186.

137 2011 Act, ss 83(2)(e) and 83(5)–(6).

138 2011 Act, ss 83(2)(d), 83(4) and 83(6).

139 2011 Act, s 83(2)(h).

140 2011 Act, ss 29A(3)–(5), inserted by Children (Scotland) Act 2020, s 14.

141 RB Porter, *Contact Decisions in the Children's Hearings System* (Stirling 2017) 3–5. See also RB Porter, 'Recording of Children and Young People's Views in Contact Decision-Making', *British Journal of Social Work* 50 (2020) 1796–1815.

142 The local authority has new, associated duties to promote contact between looked-after children and their siblings, and support siblings to stay together when they are in care: Children (Scotland) Act 2020, s 13, amending Children (Scotland) Act 1995, s 17.

sisters.¹⁴³ The new statutory duty promotes the maintenance of family relationships when children are subjected to CSOs. This reflects settled principles of ECHR law that child protection measures should be directed towards the aim of family reunification¹⁴⁴ and contact between children and their families maintained, wherever possible.¹⁴⁵

Once made, a CSO lasts for 12 months¹⁴⁶, before which there must be another hearing to review the order¹⁴⁷ and determine whether it should be terminated,¹⁴⁸ varied¹⁴⁹ or continued.¹⁵⁰ In principle, the order can be annually renewed until the child's 18th birthday.¹⁵¹ At least 22,341 children's hearings were held in 2022/23 with the majority to review an existing CSO.¹⁵² As of 31 March 2023, 6,798 children were subject to CSOs, a figure which has been declining for the past 13 years and accounts for 0.7% of all children in Scotland.¹⁵³ Some of those children were able to remain at home with their families under the terms of the order, however the majority were supervised away from home by being placed with kinship carers (relatives or friends), foster carers (strangers) or in residential care.¹⁵⁴

CSOs are time-limited to one year and can be properly described as temporary child protection measures. However, this characterisation may be misleading since CSOs can be regularly renewed and children can be re-referred to the reporter on new grounds while an order is in place or after a pre-existing order has been terminated. For those children who had orders in place in 2022/23, the majority were in force for 1–3 years.¹⁵⁵ However, a not insignificant proportion of orders were in place for longer periods, with over 20% having been in place in excess of 5 years.¹⁵⁶ Research has shown that

143 M Kosonen, 'Maintaining Sibling Relationships – Neglected Dimension in Child Care Practice', *British Journal of Social Work* 26 (1996) 809–822; F Jones, C Jones, *Prioritising Sibling Relationships for Looked After Children* (Glasgow 2018); AS Wojciak, LM McWey, J Waid, 'Sibling relationships of youth in foster care: A predictor of resilience', *Children and Youth Services Review* 84 (2018) 247–254. See also Independent Care Review, *The Promise*, 62.

144 *Johansen v Norway* (1997) 23 EHRR; *Lobben v Norway* (2020) 70 EHRR 14.

145 *Olsson v Sweden* (No 1) (1988) 11 EHRR 359; *Eriksson v Sweden* (1990) 12 EHRR 183.

146 2011 Act, s 83(7).

147 2011 Act, s 133.

148 2011 Act, s 138(3)(a).

149 2011 Act, s 138(3)(b).

150 2011 Act, s 138(3)(c).

151 2011 Act, s 199.

152 SCRA, *Statistical Analysis 2022/23*, 20.

153 SCRA, *Statistical Analysis 2022/23*, 24.

154 SCRA, *Statistical Analysis 2022/23*, 24.

155 SCRA, *Statistical Analysis 2022/23*, 25.

156 SCRA, *Statistical Analysis 2022/23*, 25.

children can be subject to repeat referral cycles over time,¹⁵⁷ may be referred on the basis of different grounds at different points in their contact with the CHS¹⁵⁸ and can remain in contact with the system for prolonged periods throughout childhood.¹⁵⁹ Such findings call into question the effectiveness of the CHS, its capacity to improve the child's situation and the proportionality of its interventions.

To some extent, the potential disproportionality of interventions is offset by two important procedural rights that children and families have in respect of disposals made by children's hearings. First, children and parents have a right to request the early review of CSOs from any time 3 months after the order was made.¹⁶⁰ Second, children and parents have a right to appeal the final decision of the children's hearing on the ground that it is not justifiable.¹⁶¹ Any such appeal is heard in the sheriff court and, if successful, any existent order can be terminated, varied or maintained,¹⁶² although the case may be sent back to another hearing to (re)consider disposal. These rights of review and appeal constitute crucial due process protections for children and families, which originate from the Kilbrandon Report.¹⁶³ This indicates Kilbrandon's cognisance of the critiques of welfarism, which at the time had resulted in an international movement towards justice-oriented responses with demands for due process protections.¹⁶⁴ What can be seen from this discussion of the children's hearings process is that it is built on a model which prioritises the welfare of the child while simultaneously strengthening due process protections and enshrining proportionality principles. This is the true genius of the modern CHS and arguably where its success and longevity lies.

IV. Balancing state powers with family rights: promoting participation

It has been argued that the success of the CHS lies in its prioritisation of child welfare alongside the provision of due process safeguards and propor-

157 L McAra, S McVie, 'The Impact of System Contact on Patterns of Desistance from Offending', *European Journal of Criminology* 4(3) (2007) 339. See also L McAra, S McVie, 'Youth Crime and Justice: Key Messages from the Edinburgh Study of Youth Transitions and Crime', *Criminology & Criminal Justice* 10(2) (2010) 179.

158 Waterhouse, McGhee, Loucks, 'Disentangling Offenders and Non-Offenders...', 170–171.

159 Donnelly, 'A Tripartite Analysis of the Grounds...', 130.

160 2011 Act, s 132(2)–(4).

161 2011 Act, s 156.

162 2011 Act, s 156(2)(a).

163 Kilbrandon Report, paras 110–117 and 197–198.

164 Hallett, *International Journal of Law, Policy and the Family* (2000) 34.

tionality principles, to balance the powers of the state with the rights of children and families. However, the CHS has not been without controversy or challenge. A historically contentious issue, which continues to be grappled with, is the effective participation of all parties in the legal process. Participation has always been a central feature of the design of children's hearings. Kilbrandon envisaged that hearings would take the form of 'full, free and unhurried discussion'¹⁶⁵ centrally involving the child, parents and panel members. In the context of an increasingly complex and formal legal process,¹⁶⁶ mainly concerned with child protection issues involving young children, there are barriers to achieving this in current practice. This section will explore some of the challenges around effective participation in the modern CHS. First, the development of enhanced procedural participation rights for family members, arising from successful legal challenges based on the ECHR, will be considered. Secondly, specific barriers to child participation and ongoing developments to promote the voice of the child will be reviewed. Finally, current debates about the effectiveness of lay participation in decision-making will be briefly discussed.

1. Procedural participation rights

The children's hearing is an independent and impartial tribunal in terms of art 6(1) ECHR,¹⁶⁷ which provides the right to a fair hearing. Children's hearings have the power to determine the civil rights and obligations of children and family members and a hearing is regarded as 'fair' when those people whose rights and obligations are at stake can meaningfully participate in the decision-making process.¹⁶⁸ The ECtHR has long held that parents should have an opportunity to participate in decisions, to a degree sufficient to represent their interests, for temporary child protection measures.¹⁶⁹ Nevertheless, the difficulties in ensuring effective participation in children's hearings proceedings are clear from a number of key cases, primarily decided under arts 6 and 8 ECHR, which have led to enhanced (albeit increasingly complex) procedural participation rights for children and families.

165 Kilbrandon Report, para 109.

166 SCRA, *Complexity in the lives of looked after children and their families in Scotland: 2003 to 2019* (Stirling 2018) 5.

167 *S v Miller* 2001 SC 977.

168 K Norrie, 'Hearing and Speaking', *Journal of the Law Society of Scotland* 55(1) (2010) <<https://www.lawscot.org.uk/members/journal/issues/vol-55-issue-01/hearing-and-speaking/>> accessed 7 August 2023.

169 *B v United Kingdom* (1987) 10 EHRR 87; *W v United Kingdom* (1988) 10 EHRR 29; *TP & KM v UK* (2002) 34 EHRR 2; *KA v Finland* (2003) 1 FLR 696.

The first (and since only substantive¹⁷⁰) children's hearings case to reach the ECtHR is *McMichael v United Kingdom*.¹⁷¹ One of the issues in dispute was access to documentation upon which children's hearings decisions are based. At that time, such access was not provided and families were informed only of the date of the hearing and the relevant ground(s) of referral.¹⁷² The parents of a child who had been referred to a hearing complained that the lack of access to confidential reports and documents amounted to a breach of their ECHR rights because it impeded their ability to participate effectively in the legal process. The ECtHR agreed and, finding violations of arts 8 and 6, held that the right to a fair hearing means having 'the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed or evidence adduced by the other party [...] the lack of disclosure of such vital documents as social reports is capable of affecting the ability of participating parents not only to influence the outcome of the children's hearing in question but also to assess their prospects of making an appeal to the Sheriff Court.'¹⁷³ The law was changed as a result of this decision, initially to give parents a right of access to documentation pertaining to the case.¹⁷⁴ It was not until much later that a similar, albeit qualified,¹⁷⁵ procedural right was extended to children following the case of *S v Miller*.¹⁷⁶

That case involved another practically significant challenge about the provision of legal representation to support effective participation at hearings. While it has always been possible for families to be legally represented at children's hearings,¹⁷⁷ for many years that representation was not state funded.¹⁷⁸ In *S v Miller* this was challenged as being incompatible with art 6

170 In *E and Others v United Kingdom* 2002 ECHR 763 the ECtHR unanimously held that there had been a violation of art 3 ECHR (prohibition of inhumane and degrading treatment) where the local authority had failed to intervene to protect four children from suffering abuse at the hands of their stepfather. The claim was about pre-referral decisions and the failure to refer the children to a hearing, rather than the ECHR compatibility of children's hearings practice.

171 1995 20 EHRR 205.

172 Social Work (Scotland) Act 1968, s 35(5).

173 *McMichael v United Kingdom* (1995) 20 EHRR 205 para 80.

174 Children's Hearing (Scotland) Rules 1996, r 5(3). Now see Children's Hearings (Scotland) Act 2011 (Rules of Procedure in Children's Hearings) Rules 2013, rr 27–28 and 31.

175 The child's right of access to documentation is subject to exceptions where the child would not be capable of understanding the information, or where disclosing any document (or certain parts of it) would be likely to cause significant harm to the child. Under such circumstances, information can be withheld from the child: 2013 Rules, r 18; 2011 Act, s 178.

176 *S v Miller* 2001 SC 977, paras 28–29.

177 Social Work (Scotland) Act 1968, s 35(5)(d).

178 Some forms of legal aid were available in certain limited circumstances (for preliminary work in advance of the hearing and for associated court actions relating to proof and appeal applications) but not for children's hearings proceedings on disposal.

ECHR. The case concerned a 15-year-old child who had been referred to a hearing on the offence ground following a violent clash involving the child, his father and third parties, which ultimately resulted in the father's death. Given the circumstances of the case, it was likely that the child would be made subject to a CSO, which could involve the child's liberty being deprived through the inclusion of a secure accommodation authorisation.¹⁷⁹ The child had no right of access to state-funded legal representation and argued that this denied him the opportunity to participate effectively in a hearing with potentially far-reaching consequences. The child pointed out that if he were to be prosecuted for the offence in the criminal courts, then he would have access to free legal assistance in preparing his defence. The Court of Session confirmed the unique civil character of all children's hearings proceedings,¹⁸⁰ including those based on the offence ground; meaning that the more extensive due process rights specified in art 6(3) relating to the determination of criminal charges did not apply.¹⁸¹ Nevertheless, the court held that art 6(1) required the state to provide legal representation to children in certain circumstances: where the child's effective participation in proceedings would not be possible without it; and, where the hearing might deprive a child of their liberty by authorising that they be placed in secure accommodation.¹⁸² Accordingly, the law was changed to provide children with a qualified right to legal aid in these terms.¹⁸³ The same issue later resurfaced in relation to parents. In *K v Authority Reporter*, the Court of Session described the denial of legal aid to parents as 'an inbuilt systemic flaw in the legal aid scheme as it applied to the children's hearing system'.¹⁸⁴ As such, the law was modified again to provide a parental right of access to state-funded representation in certain circumstances.¹⁸⁵

Legal aid is now generally available for representation at children's hearings, preliminary hearings ('pre-hearing panels') and related court proceedings, however it is subject to eligibility criteria applied by the Scottish Legal Aid

179 This involves the child being housed in a secured residential facility.

180 The Scottish courts have long held that children's hearings proceedings are not criminal in nature but, rather, civil *sui generis* considering the principal focus on the welfare of the child and lack of any penal element: *McGregor v T* 1975 SLT 76; *Kennedy v O* 1975 SLT 235; *McGregor v D* 1977 SLT 182; *W v Kennedy* 1988 SLT 583.

181 *S v Miller* 2001 SC 977, para 24.

182 *S v Miller*, para 40.

183 Children's Hearings (Legal Representation) (Scotland) Rules 2002 (SSI 2002/63).

184 *K v Authority Reporter* 2009 SLT 1019, para 60.

185 Children's Hearings (Legal Representation) (Scotland) Amendment Rules 2009 (SSI 2009/211). Part 19 of the 2011 Act later introduced a more comprehensive scheme of legal aid which now governs children and families' access to funded representation where necessary for effective participation: see 2011 Act, ss 191–192.

Board (SLAB).¹⁸⁶ All solicitors must register to provide children's legal assistance and adhere to a Code of Practice¹⁸⁷ monitored by SLAB.¹⁸⁸ Children are entitled to 'automatic children's legal aid' in certain specified circumstances.¹⁸⁹ Otherwise, all legal aid is subject to a means and merits test to satisfy SLAB that legal representation is required to allow the applicant to effectively participate in the hearing or related proceedings.¹⁹⁰

While necessary to uphold children and families' rights, doubtless the increased involvement of solicitors has affected the nature of children's hearings proceedings. The CHS was designed to be informal and non-adversarial; to limit the involvement of legal personnel and restrict the number of individuals present at hearings, to promote the participation and cooperation of parent and child.¹⁹¹ These aims are increasingly difficult to reconcile with the modern practice of the CHS. Research has indicated that the vast majority of legal aid work at hearings is conducted on behalf of parents, rather than children, and that the representation of parents by solicitors can present challenges in practice.¹⁹² Although the research identified support for the involvement of solicitors, particularly when representing a child, and found that most made constructive and valuable contributions to proceedings; training, development and monitoring needs were identified, as well as clarification on how solicitors should balance the welfare of the child with the representation of their client.¹⁹³ More recently, Lightowler has identified a range of unmet legal needs for children involved in children's hearings proceedings, including lack of access to quality legal support.¹⁹⁴ Although the Independent Care Review found evidence to suggest that the involvement of solicitors can support the maintenance of contact between children and their families, it also found that the approach of some solicitors could be overly

186 Legal Aid (Scotland) Act 1986, as amended.

187 Scottish Legal Aid Board, *Code of practice in relation to Children's Legal Assistance Cases* (Edinburgh 2019).

188 Legal Aid (Scotland) Act 1986, Part 5B.

189 At a 2nd working day hearing after a Child Protection Order has been granted, custody hearing or any hearing where secure accommodation is likely to be considered, and at proceedings before the sheriff relating to applications for certain orders, like Child Protection Orders: Legal Aid (Scotland) Act 1986, s 28C.

190 Legal Aid (Scotland) Act 1986, Part 5A.

191 Kilbrandon Report, paras 108–109.

192 RB Porter, V Welch, F Mitchell, *The Role of the Solicitor in the Children's Hearings System* (Glasgow 2016); R Porter, V Welch, F Mitchell 'Adversarialism in informal, collaborative, and "soft" inquisitorial settings: lawyer roles in child welfare legal environments', *Journal of Social Welfare and Family Law* 41 (2019) 425.

193 Porter, Welch, Mitchell, *The Role of the Solicitor...*, 5–10.

194 C Lightowler, *Improving Legal Support for Children and Young People in Conflict with the Law: A Scoping Study* (Glasgow 2022) 4–5.

adversarial, confusing and distressing and, so, recommended that an accredited legal specialism be created to set more stringent standards for children's hearings representation.¹⁹⁵ It also echoed the need for training of legal representatives.¹⁹⁶ The finding that solicitors most commonly represent parents in practice is unsurprising given the demographics of children involved. This is especially so since children must have capacity to instruct a solicitor in the first place, and children aged 12 or over are presumed to have such capacity under Scots law.¹⁹⁷ Different methods are required to support the effective participation of younger children, considered further below.

The most contentious area involving the development of procedural participation rights relates to so-called 'relevant person' status. Since the 1995 Act, due to the increasing complexity of family structures and use of alternative care arrangements for children, the CHS began to refer to relevant persons, rather than parents, to describe those who are formal parties to the proceedings. Being a 'relevant person' brings with it a gamut of participation rights. These include rights to be notified of, attend, and be legally represented at children's hearings, receive associated documentation, accept or deny grounds of referral, appeal decisions and request review of disposals.¹⁹⁸ As such, full participation is dependent on being recognised as a relevant person. Prior to the 2011 Act, 'relevant person' was defined as either a parent or other person with parental responsibilities and rights, or any person who ordinarily had charge of, or control over, the child.¹⁹⁹ Much litigation was generated by adults who potentially fell outside this definition but argued that they should be able to fully participate by being recognised as a relevant person.²⁰⁰ The problem was, and remains, that the ECHR concept of family life is broader than the statutory relevant person definition. It is well established that family life is a question of fact, to be established on a case-by-case-basis by reference to the existence of close personal ties,²⁰¹ and it is a general principle of ECHR law that if you have established family life then your civil rights require protection when the state seeks to interfere with it.

These issues came together in *Principal Reporter v K* where the Supreme Court held that the relevant person definition under the 1995 Act was incon-

195 Independent Care Review, *The Promise*, 116.

196 Independent Care Review, *The Promise*, 42.

197 Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991, s 2(4A).

198 Norrie, *Children's Hearings in Scotland*, para 2.15.

199 Children (Scotland) Act 1995, s 93(2)(b).

200 For example, *S v N* 2002 SLT 589; *Principal Reporter, Petitioner* 2006 SLT 1090; *Authority Reporter v S* 2010 SLT 765 etc.

201 *Marckx v Belgium* (1980) 2 EHRR 330; *K and T v Finland* (2001) 36 EHRR 255; *Paradiso and Campanelli v Italy* (2017) ECHR 96.

sistent with art 8 ECHR.²⁰² The case involved an unmarried father who did not satisfy the relevant person definition. He had no parental responsibilities and rights, and no regular caregiving role, and therefore was not entitled to participate in a hearing where allegations were made against him and contact with his children was restricted. Although the father did not have statutory parental responsibilities and rights with respect to his children, he did have established family life in terms of art 8. As such, the court held that the father had to be allowed to participate because the hearing had the power to interfere with his civil rights and affect his family life with his children.²⁰³ The relevant person definition was modified by the Supreme Court, using its interpretative powers under s 3 of the Human Rights Act 1998, to include those with established family life with the child which the decision of the hearing could interfere with.²⁰⁴

The 2011 Act then changed the definition of relevant person which now includes all parents, whether or not they have parental responsibilities and rights, and any other person who has parental responsibilities and rights by virtue of a court order.²⁰⁵ This is a narrower definition than the previous one, although the 2011 Act also introduced a new process through which the hearing can deem a person to be relevant for the purposes of participating in proceedings. Any person can apply to a children's hearing to be deemed relevant. The applicant must show that he or she has significant involvement in the upbringing of the child,²⁰⁶ and if this is established the individual must be deemed to be a relevant person (thereby gaining full participation rights).²⁰⁷

The fact that this test is also narrower than the ECHR definition of family life led to another high-profile challenge in the form of *ABC v Principal Reporter*: a case involving the older sibling of a child referred to a hearing.²⁰⁸ The sibling did not have significant involvement in the child's upbringing but did enjoy family life with the child. As such, the sibling argued that he should be able to participate fully in proceedings by being deemed to be a relevant person and that, by preventing this, the 2011 Act violated his ECHR rights. At first instance, the Court of Session agreed²⁰⁹ but this de-

202 2010 UKSC 56.

203 *Principal Reporter v K* 2010 UKSC 56, para 45.

204 *Principal Reporter v K*, paras 69–70.

205 2011 Act s 200(1), supplemented by Children's Hearings (Scotland) Act 2011 (Review of Contact Directions and Definition of Relevant Person) Order 2013 SSI 2013/193, s 3.

206 2011 Act, s 81(3).

207 Norrie, *Children's Hearings in Scotland*, para 5.14.

208 2020 UKSC 26.

209 *ABC v Principal Reporter* 2018 CSOH 81.

cision was overturned on appeal. The Supreme Court held that the deemed relevant persons process was consistent with the ECHR and art 8 did not require siblings to be routinely treated as relevant persons.²¹⁰ The full range of participation rights that comes with being deemed relevant was not, in the opinion of the court, necessary for all those with established family life with a child and had to be balanced with the child's own right to privacy.²¹¹ Although the court acknowledged that the challenge had uncovered a 'gap' within the CHS,²¹² existing mechanisms were held to be sufficient to allow siblings or other wider family members, not significantly involved in the child's upbringing, to express their views.²¹³ For example, this might involve requesting to attend the hearing (or part of it) as a representative of the child or any relevant person.²¹⁴ McCall-Smith observes that the ability of siblings to participate at the discretion of the chairing panel member is unsatisfactory and cures the identified gap from an adult perspective: 'Where the opportunity to engage a right to participate is open to the potential for regression through changes to the system administration or members of the panel [...] the right is not fully respected or protected.'²¹⁵

It is therefore welcome that the Scottish Parliament took the opportunity to enhance the opportunities for siblings to participate in children's hearings by enacting a new qualified right for brothers and sisters to be given an opportunity to participate in the legal process.²¹⁶ This can be thought of as relevant persons status 'lite'. It comes with rights for siblings to be notified of, attend and be represented at hearings, receive associated documentation and request review of CSOs relating to their brothers and sisters. It does not allow siblings to accept or deny the grounds of referral or appeal decisions, rights which are perhaps properly reserved for the child and relevant persons. What can be seen from this discussion of the development of procedural participation rights is the increasing formality of a legal process designed to be the opposite, and a tendency to prioritise the rights of adults over those of children. However, there are indications that the balance of rights is shifting.

210 *ABC v Principal Reporter* 2020 UKSC 26, para 51.

211 *ABC v Principal Reporter* 2020 UKSC 26, paras 47–50.

212 *ABC v Principal Reporter* 2020 UKSC 26, para 52.

213 *ABC v Principal Reporter* 2020 UKSC 26, paras 32–40.

214 2011 Act, s 78(2).

215 K McCall-Smith, 'Entrenching Children's Participation Through UNCRC Incorporation in Scotland', *International Journal of Human Rights* (2021) 12 <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13642987.2021.1969920>> accessed 7 August 2023.

216 Children (Scotland) Act 2020 s 25, amending the 2011 Act, s 79 and inserting ss 81B and 132A.

2. The voice of the child

The participation of the child in hearings has been a central objective throughout the history of the CHS. However, this objective is undermined by the elevation of the child's welfare, as determined by adults, above the child's voice. This reveals a tension at the heart of our welfarist system. The children's hearing is a fundamentally paternalistic forum in which the child's welfare can trump everything else, including the child's own views (notwithstanding that children's views are central to the determination of their best interests). Nevertheless, the hearing has always sought to involve the child in proceedings and take known views into account. This was given greater statutory force when the 1995 Act sectorally incorporated art 12 of the CRC into domestic law,²¹⁷ a position that was later replicated by the 2011 Act.²¹⁸ Art 12(1) obliges state parties to assure that children who are capable of forming views have a right to express those views in all matters affecting them and that any views so expressed are given due weight, in light of the age and maturity of the child. Furthermore, art 12(2) emphasises that children should be provided the particular opportunity to be heard in judicial and administrative proceedings affecting them, whether directly or indirectly. This is an enabling and autonomy-enhancing provision which has been interpreted as providing children with a right to participate in all decisions and actions affecting them.²¹⁹ Although the term 'participation' does not appear in art 12, it has become closely associated with the child's right to be heard and is now 'widely used to describe ongoing processes, which include information-sharing and dialogue between children and adults based on mutual respect, and in which children can learn how their views and those of adults are taken into account and shape the outcome of such processes.'²²⁰

The child's right to be heard is given effect by Scots domestic law, albeit that it is qualified by assessments of age, maturity and 'practicability'.²²¹ The capacity of the child to form views and the extent to which any expressed views are considered is judged by adult decision-makers and this can be seen as a barrier to child participation, particularly for younger children. Historically, this problem has been exacerbated by a presumption operating across Scots child law that children aged 12 or over are generally presumed to be

217 Children (Scotland) Act 1995, s 16(2).

218 2011 Act, ss 27(3)–(4).

219 Committee on the Rights of the Child, *General Comment No 12: The right of the child to be heard* CRC/C/GC/12 2009, para 3.

220 Committee on the Rights of the Child, *General Comment No 12*, para 3.

221 2011 Act, s 27(3).

of sufficient age and maturity to form views.²²² This was often interpreted as indicating that children under 12 were not of sufficient age and maturity to form views, and though that interpretation was mistaken it undoubtedly inhibited the participation of younger children.²²³ The idea that children under 12 years are to be deemed incapable of holding views has been rejected by the Committee on the Rights of the Child, which discourages states from adopting age limits in law or practice that restrict the child's right to be heard.²²⁴ Recent reforms have sought to bring Scots law in line with this guidance and bolster child participation across a range of family justice proceedings, including children's hearings. Once fully implemented, the Children (Scotland) Act 2020 will amend the 2011 Act: withdrawing the statutory reference to a 'practicability' test²²⁵ in giving children the opportunity to express views and having regard to any views expressed; removing the statutory presumption that children aged 12 or more are of sufficient age and maturity to form views, affirming that all children are presumed capable of forming views unless the contrary is shown; and requiring the hearing to give the child an opportunity to express views in the manner that the child prefers or a manner that is suitable to the child, where no preference is indicated or it would be unreasonable to accommodate the child's preference.²²⁶ These are welcome changes which will strengthen children's rights. The requirement to support the expression of views in a way that is preferred by, or suitable to, the child is particularly important in promoting the child's agency and encouraging the use of different methods to capture the views of children at different ages.²²⁷ That being said, the practical impact of these reforms may be more pronounced in court-based child law actions²²⁸ where children have not traditionally had the same level of participation as they have been afforded in children's hearings proceedings.

222 Children (Scotland) Act 1995, s 16(2); Children's Hearings (Scotland) Act, s 27(4).

223 For example, S Harvie-Clark, *SPICe Briefing: The Children (Scotland) Bill* SB 19–75 (Edinburgh: Scottish Parliament 2019).

224 Committee on the Rights of the Child, *General Comment No 12*, para 21.

225 For discussion of the practicability test in private law court proceedings, see LA Barnes MacFarlane, 'Practicability in ascertaining children's views: superseding 'the default position'', *Journal of Social Welfare and Family Law* (2021) 43 <<https://doi.org/10.1080/09649069.2021.1999108>> accessed 8 May 2024.

226 Children (Scotland) Act 2020, s 3, amending 2011 Act, s 27(3)–(4) and inserting s 27(4A).

227 Age-appropriate methods might include drawing a picture, recording a video or speaking through a trusted advocate.

228 The Children (Scotland) Act 2020 implements the same statutory amendments to the Adoption and Children (Scotland) Act 2007 and the Children (Scotland) Act 1995 which cover court proceedings for adoption and private law parenting orders.

The children's hearing has always aspired to be a child-centred forum. This can be seen from a number of statutory duties of the chairing panel member, including taking reasonable steps to ensure that the child (and relevant persons) are able to understand the proceedings and participate in them,²²⁹ and to make reasonable arrangements to enable a child who wishes to express views to do so in their preferred manner.²³⁰ Furthermore, at the outset of the hearing, the chairing panel member must introduce the hearing members and explain the purpose of the hearing,²³¹ confirm that the child (and relevant persons) have received and understood all relevant information and associated documentation,²³² and check that such documentation accurately reflects the child's views.²³³

The promotion of child participation is underlined by the fact that the child has both a right²³⁴ and a duty²³⁵ to attend the children's hearing, meaning that children cannot be excluded from their own hearings against their wishes.²³⁶ The default position is that the child will attend and participate in the hearing, and it is possible for the children's hearing to grant a warrant to secure the child's attendance.²³⁷ That being said, it is also possible for the child to be excused from attending the hearing (in whole or part) on three statutory grounds. First, in cases involving the alleged commission of violent and sexual offences against the child and the child's attendance is not necessary for a fair hearing.²³⁸ Second, where the child's attendance would place the child's physical, mental or moral welfare at risk.²³⁹ Third, taking account of the child's age and maturity, where the child would not be capable of understanding what happens at the hearing.²⁴⁰ The first two grounds are protective in nature, whereas the third ground of excusal is pragmatic and should be strictly construed to preserve the child's right and duty of attendance.

There are no complete statistics on the number of children excused from hearings, although 963 pre-hearing panels were held in 2022/23 and the

229 2013 Rules, r 6(1)(a).

230 2013 Rules, r 6(1)(b).

231 2013 Rules, r 58(1)(a).

232 2013 Rules, rr 58(1)(b)–(c).

233 2013 Rules, r 58(2).

234 2011 Act, s 78(1)(a).

235 2011 Act, s 73(2).

236 KM Norrie, *Children's Hearings in Scotland* (Edinburgh 2013) para 6.02. See also, Norrie, *Children's Hearings in Scotland* (2022) para 6.10.

237 2011 Act, s 123.

238 2011 Act, s 73(3)(a).

239 2011 Act, s 73(3)(b).

240 2011 Act, s 73(3)(c).

majority of these considered whether to excuse a child from attending the children's hearing.²⁴¹ The Independent Care Review identified that a common reason for excusing children is for lack of understanding the process.²⁴² A contradiction was highlighted here between excusing children from hearings due to their young age and the demographic of children within the CHS typically being of a young age.²⁴³ The most common ground of referral by far in practice is that the child is suffering from a lack of parental care, which accounted for 30% of all children referred in 2022/23.²⁴⁴ The average age of children referred on this ground during that period was 6 years.²⁴⁵ This highlights that a significant number of cases in practice involve young children. Young children should not be routinely excused from attending hearings unless this is necessary to protect the child and safeguard their welfare.

The possibility of excusing the child may be offset by the ability to exclude relevant persons from parts of the hearing to allow the child to speak more freely and avoid fear, distress and trauma.²⁴⁶ This is particularly appropriate when a child has been harmed by a relevant person and it may be against their interests to be in the same room as their abuser. The children's hearing can exclude a relevant person (and any representatives) from the hearing for as long as is needed on the basis of two statutory grounds.²⁴⁷ First, where the relevant person's presence is preventing the hearing from obtaining the child's views.²⁴⁸ Second, where the relevant person's presence is causing, or is likely to cause, significant distress to the child.²⁴⁹ However, where a relevant person is so excluded, the substance of what was discussed with the child in private must be disclosed to the relevant person.²⁵⁰ While this is consistent with adult demands for a fair hearing under art 6 ECHR, it undermines children's right to privacy and confidence in expressing views.²⁵¹ This highlights the tensions that can arise between the rights of child and parent.

241 SCRA, *Statistical Analysis 2022/23*, 19.

242 Independent Care Review, *The Promise*, 38.

243 Independent Care Review, *The Promise*, 38.

244 Adapted from SCRA, *Statistical Analysis 2022/23*, 17.

245 SCRA, *Statistical Analysis 2022/23*, 18.

246 The hearing also has a new power to require that a relevant person attends the hearing via electronic means only: Children's Hearings (Scotland) Act 2011 (Rules of Procedure in Children's Hearings) Amendment Rules 2022, r 20C amending 2013 Rules, Part 5.

247 2011 Act, s 67(2).

248 2011 Act, s 76(1)(a).

249 2011 Act, s 76(1)(b).

250 2011 Act, s 76(3).

251 A Griffiths, RF Kandel, 'Hearing Children in Children's Hearings', *Child & Family Law Quarterly*, 12 (2000) 293.

The potential for a conflict of interests between children and parents was recognised with the introduction of safeguarders to the CHS by the Children Act 1975.²⁵² The safeguarder, an independent official who can be appointed to safeguard the interests of the child, has had a role in children's hearings ever since and is a formal party to proceedings. The hearing has a statutory obligation, under s. 30 of the 2011 Act, to consider whether to appoint a safeguarder in every case. If appointed, the safeguarder conducts an independent investigation into the welfare of the child, which involves consulting with the child, family and any other individual who may be able to assist the safeguarder with their enquiries. Safeguarders tend to be appointed in contentious cases involving high levels of conflict.²⁵³ They perform a unique role by providing an independent report and recommendation to the hearing, which may increase confidence in decisions.²⁵⁴ While part of that may involve obtaining the child's views and communicating those views to the hearing, the safeguarder role should not be confused with that of an advocate.²⁵⁵ The safeguarder's primary role is to provide an independent assessment of what is considered to be in the best interests of the child; meaning that the views and wishes of the child may not align with the safeguarder's ultimate recommendation to the hearing.²⁵⁶ As Marshall notes 'it is quite a different thing to represent the child's views and to present them in the context of a report that is recommending something else.'²⁵⁷ This may leave children feeling disempowered, disengaged and disregarded within the legal process.

There has been significant focus in recent years on improving the participation of children in hearings, in light of research which has identified a range of barriers to effective participation in practice.²⁵⁸ Children can find hearings intimidating and alienating and may feel anxious and scared about attending.²⁵⁹ Children can feel that the voices of parents and professionals

252 Children Act 1975 s 66, amending the Social Work (Scotland) Act 1968 by inserting s 34A.

253 C McDiarmid, M Barry, M Donnelly, S Corson, *The Role of the Safeguarder in the Children's Hearings System* (Edinburgh 2017) 19.

254 McDiarmid, Barry, Donnelly Corson, *The Role of the Safeguarder...*, 14–15.

255 Griffiths, Kandel, 'Hearing Children in Children's Hearings', 292.

256 Griffiths, Kandel, 'Hearing Children in Children's Hearings', 292.

257 K Marshall, *Children's Rights in the Balance* (Edinburgh 1997) 108.

258 Griffiths, Kandel, 'Hearing Children in Children's Hearings', 283; C Creegan, G Henderson, C King, *Big Words and Big Tables: Children's Hearings Improvement Partnership, The Next Steps Towards Better Hearings* (Edinburgh 2006); I Whitehead, L Hanson, G Henderson, *The Children's Hearings System: understood and making a difference. Young people's views* (Stirling 2011); Who Cares Scotland, *Hearing Scotland's Children* (Stirling 2011).

259 Griffiths, Kandel, 'Hearing Children in Children's Hearings', 288–289; Whitehead, Hanson, Henderson, *The Children's Hearings System...*, 4; Creegan, Henderson, King, *Big Words and Big Tables...*, 40.

are prioritised over their own.²⁶⁰ Children may not be effectively listened to or communicated with at hearings²⁶¹ and might also struggle to understand the legal process and language used in hearings and reports.²⁶² Some practice developments have resulted from such findings.²⁶³ This includes the provision of child-friendly information and resources, such as the All About Me Form which is intended to help children express their views (by writing a letter or drawing a picture). Although favourably evaluated,²⁶⁴ young people may find the form infantilising and prefer more direct means of communicating with hearings.²⁶⁵ More recently, an independent children and young people's board has been established, known as Our Hearing Our Voice, which directly supports improvement work. Hearing rooms across Scotland are being improved to make the environment less intimidating and more child-friendly. This followed a pilot project in Glasgow involving children, which was positively evaluated and rolled-out to further areas.²⁶⁶ There has also been encouragement for electronic participation through virtual technologies.²⁶⁷ This was necessitated during the COVID-19 pandemic when procedural modifications introduced 'virtual hearing' to temporarily move proceedings online.²⁶⁸ Research has since questioned the extent to which children's rights are realised in virtual hearings, identifying concerns around participation, privacy and representation.²⁶⁹ Such findings must inform the future of digital participation in children's hearings proceedings.

A consistent message from research is that children require support to navigate the CHS, express their views and participate effectively at hearings. This is particularly true given that children with additional support needs are overrepresented in the CHS.²⁷⁰ Unfortunately, such support has not been forthcoming from the state; leading the Independent Care Review to

260 Whitehead, Hanson, Henderson, *The Children's Hearings System...*, 4.

261 Independent Care Review, *The Promise*, 14.

262 Griffiths, Kandel, 'Hearing Children in Children's Hearings', 290–291; Creegan, Henderson, King, *Big Words and Big Tables*, 35.

263 Children's Hearings Improvement Partnership, *The Next Steps Towards Better Hearings* (Edinburgh 2016).

264 Who Cares Scotland, *Hearing Scotland's Children*, 11.

265 Z Montgomery, *How SCRA communicates with Young People* (Stirling 2014) 6–7.

266 SCRA, *A Pilot Hearing Room in Glasgow* (Stirling 2016).

267 *Digital Strategy for the Children's Hearings System*, Children's Hearings Scotland; Scottish Children's Reporter Administration 2016; Scottish Government, *Family Justice Modernisation Strategy* (Edinburgh 2019).

268 Coronavirus (Scotland) Act 2020, sch 3.

269 RB Porter, F Gillon, F Mitchell, N Vaswani, E Young 'Children's Rights in Children's Hearings: The Impact of COVID-19', *International Journal of Children's Rights*, 29 (2021) 426–466.

270 Independent Care Review, *The Promise*, 42.

conclude that children must have a right of access to independent advocacy to support effective participation.²⁷¹ S 122 of the 2011 Act had promised to introduce a national advocacy service to provide free advocacy support for all children involved with the CHS. Almost a decade after the 2011 Act had been passed, the relevant provisions were yet to be brought into force. Finally, on 21 November 2020 the advocacy scheme was implemented along with a new duty for the hearing to inform the child of the availability of independent advocacy services.²⁷² This is a welcome and long overdue development which, if properly implemented, will bolster children's rights. Unlike any other actor in the CHS, the advocate's sole role is to support children and amplify their voices. It nevertheless adds a further layer of complexity to the process and may increase the number of (adult) personnel at hearings. The chairing panel member must therefore be mindful of their duty to take all reasonable steps to ensure that the number of people present at the hearing is kept to a minimum.²⁷³

3. Lay participation in decision-making

It has been established that the promotion of participation is a key concern of the modern CHS but there are challenges to assuring effective participation in practice, particularly for the child. Another important form of participation in the CHS is that of lay participation, whereby decisions and disposals are made by volunteer panel members. As noted above, the role of lay participation may add legitimacy to the legal process. The hearing provides an opportunity for panel members to form an independent view of the case and assess the family dynamics, which can be seen as an important check on the professional reports and recommendations submitted to the children's hearing.²⁷⁴ However, there are challenges within a procedurally complex system, which is reliant on the contribution of unpaid volunteers to make legally binding decisions about state intervention in family life.

These challenges were most recently highlighted by the Independent Care Review. Its key findings on children's hearings highlighted several previously identified issues which have not yet been adequately addressed.²⁷⁵ This includes a lack of continuity and consistency of panel members, meaning that children and families may have to retell their stories (and relive their experiences) to different decision-makers at different hearings; difficulties in

271 Independent Care Review, *The Promise*, 115.

272 2011 Act, s 122(2).

273 2011 Act, s 78(4).

274 Griffiths, Kandel, 'Hearing Children in Children's Hearings', 289.

275 Eg Creegan, Henderson, King, *Big Words and Big Tables*.

managing the complexity of cases, effectively listening to, understanding, communicating and empathising with, children and families; a lack of representational diversity, with panel members typically not reflecting the sociology of children and families before hearings; and poor awareness of legal rights, as well as difficulties in recognising the traumas often experienced by children and families.²⁷⁶ Key conclusions were that everyone involved in the CHS must be properly trained in the impact of trauma, child development, neurodiversity and children's rights²⁷⁷ and that the role of volunteer panel members must be comprehensively assessed.²⁷⁸ While not detracting from the valuable contribution that panel members make, it is clear that more support would help them to perform their crucial role.

The Independent Care Review casts doubt on the future of lay participation in the CHS. There are grounds to resist this based on the purported representational nature of the children's panel. It is, however, essential that the children's panel adapt to become more diverse and representative of the communities that children's hearings serve and to improve the robustness of training for panel members. A concern of this section has been in the increasing formality (and associated complexity) of a system designed to be informal. However, observations about systemic complexity must not be used to undermine rights and lived experiences.

V. Conclusion: strengthening children's rights and improving experiences

This article has provided an overview of the development of the CHS in Scotland. It has sought to establish that while there is support for the underlying principles of the system, challenges remain around promoting children's rights and improving lived experience in practice. There is, however, political commitment to implement children's rights and deliver The Promise arising from the Independent Care Review, both of which must shape the future development of the CHS.

1. Incorporating children's rights

The Scottish Government has pledged its commitment to incorporate the CRC into Scots domestic law to the maximum possible extent within the

²⁷⁶ Independent Care Review, *The Promise*, 38.

²⁷⁷ Independent Care Review, *The Promise*, 42.

²⁷⁸ Independent Care Review, *The Promise*, 44.

parameters of devolution.²⁷⁹ The United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation) (Scotland) Bill, which proposed direct incorporation based on a similar model to that used by the Human Rights Act 1998 to incorporate the ECHR, was passed unanimously by the Scottish Parliament on 16th March 2021. Amongst other things, this would allow for direct enforcement of CRC rights in the Scottish courts and impose a duty on Scottish public authorities to act compatibly with CRC requirements. However, the original Bill could not proceed because aspects of it were successfully challenged by the UK Government in the Supreme Court. The Supreme Court held that four provisions, affecting UK legislation and UK public authorities, went beyond the legislative competence of the Scottish Parliament and so were *ultra vires*.²⁸⁰ It is important to note that the judgment does not impact the Scottish Parliament's freedom to incorporate the CRC, however the way that is achieved must fall within the powers of the Scottish Parliament conferred from the Scotland Act 1998. The challenge was a constitutional one and the judgment sets the limits of Scottish devolution.

An amended version of the Bill was much later presented to the Scottish Parliament for reconsideration.²⁸¹ The amendments restrict the scope of the Bill by limiting its CRC compatibility duties and powers to devolved functions conferred by, or legislation originating from, Acts of the Scottish Parliament.²⁸² Legislation originating from, or functions conferred on public authorities by, Acts of the UK Parliament are not covered by the amended Bill, regardless of whether they operate in areas devolved to the Scottish Parliament under Schedule 5 of the Scotland Act 1998. While this reduces the Bill's overall coverage by excluding certain devolved matters regulated by UK Acts²⁸³, the amended Bill remains applicable to key devolved matters regulated by Scottish Acts.²⁸⁴

279 Scottish Government, *Protecting Scotland's Future: The Government's Programme for Scotland 2019–20* (Edinburgh 2019) 18.

280 *Reference by the Attorney General and Advocate General for Scotland – United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation) (Scotland) Bill* 2021 UKSC 42.

281 United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation) (Scotland) Bill (Reconsideration) 2023.

282 For discussion of amendments to the Bill see M Donnelly, *Reconsideration of the United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation) (Scotland) Bill – Time for a Scottish Children's Code?* Strathclyde Law Blog, 2023 <<https://www.strath.ac.uk/humanities/lawschool/blog/reconsiderationoftheunitednationsconventionontherightsofthechild/>> accessed 17 April 2024.

283 For example, the Children (Scotland) Act 1995.

284 For example, the Children's Hearings (Scotland) Act 2011.

The amended Bill was approved on 7 December 2023 and received Royal Assent on 16 January 2024, allowing the Scottish Parliament to finally deliver on the cross-party commitment to incorporating children's rights in Scots law. Most provisions of the United Nations Convention on the Rights of the Child (Scotland) Act 2024 will come into force by July 2024. This will act as a lever to enforce children's rights, strengthen accountability mechanisms and improve children's hearings practice.

2. Keeping the Promise

Equally, the Scottish Government has indicated its commitment to 'Keep The Promise' by acting upon the findings of the Independent Care Review.²⁸⁵ A new organisation was set up to implement The Promise and The Plan, covering the immediate priorities for the next 3 years, was published in March 2021.²⁸⁶ A Hearings System Working Group – led by former Sheriff David Mackie – has since been convened to improve the CHS with an essential focus on the needs of children and families with lived experience.²⁸⁷

The Hearings System Working Group published its final report in May 2023.²⁸⁸ While endorsing the overall concept, philosophy and principles of the CHS, 'redesign' was advocated to implement aspects of the Independent Care Review and modernise the Kilbrandon model. Ensuring specialist skills and training for all involved in the CHS, developing clearer communication and closer, collaborative working with children and families, and having a consistent, highly qualified professional chair alongside two paid panel members for decision-making, are among the report's numerous recommendations. It remains to be seen how these proposals will be implemented and whether they will lead to greater consistency, continuity and accountability in children's hearings practice. The Scottish Government has accepted the majority of recommendations in full.²⁸⁹ A slim minority were either conditionally accepted or deemed to require further consultation and exploration. Some recommendations were rejected, including the central proposal

285 Scottish Government, *A Fairer, Greener Scotland: Programme for Government 2021–22* (Edinburgh 2021) 10.

286 Plan 21–24, The Promise, 2021 <<https://thepromise.scot/plan-21-24/>> accessed 7 August 2023.

287 The Promise Scotland, News, 15 August 2021 <<https://thepromise.scot/news/2021/08/15/redesign-will-put-the-needs-of-children-and-families-at-heart-of-the-children%E2%80%9999s-hearings-system/>> accessed 7 August 2023.

288 Hearings System Working Group, *Hearings for Children: Hearings System Working Group's Redesign Report* (Edinburgh 2023) <<https://thepromise.scot/resources/2023/hearings-for-children-the-redesign-report.pdf>> accessed 20 December 2024.

289 Scottish Government, *Hearings for Children Report: Response* (Edinburgh 2023).

to move towards a professionalised decision-making model. While declined owing to the financial implications, it is likely that the decision-making model will evolve with increased training requirements and an enhanced role of the chairing panel member. Associated legislation is expected by 2025 with the delivery of necessary changes by 2030. It is anticipated that this will further modernise, although not depart from, Scotland's longstanding approach towards children who require compulsory state intervention in their lives.

Such developments suggest that further change is in the air. The CHS has deep roots in Scots law and while its foundational principles are admired, difficulties remain in translating those principles into practice whilst upholding legal rights. The pledge to incorporate children's rights must be delivered; and the CHS reformed appropriately in light of the views and experiences of care-experienced children and families, with a sharper focus on outcomes. The challenge for the future will be in upholding the commitment to welfarism whilst assuring children and families' rights and improving their experiences in practice. The Scottish example reveals classic tensions between welfare, justice, rights, responsibilities and experiences within a unique child protection process.

The State's Power to Intervene in Family Life in Slovenia

Ana Samobor

I.	Content and scope of the paper	449
II.	Legal and organisational background	451
	1. Legal framework	451
	2. Organisational structure and tasks of the Centres for Social Work. . .	457
III.	Measures for the protection of the interests of a child	462
	1. General principles.	462
	2. Endangerment of the child and the child's best interests	465
	3. Necessary removal of a child	466
	4. Interim measures	468
	5. Measures of a more permanent nature	469
IV.	Execution of the measures for the protection of the child	470
V.	Discussion and conclusion	473

I. Content and scope of the paper

Stemming from the idea of family privacy, the Slovenian Constitution¹ establishes the right and duty of parents to maintain, educate and raise their children. Parental responsibility can be revoked or limited only for such reasons as are provided by law to protect the welfare of children.² As further interpreted by the Constitutional Court, 'protecting the interests of a child is the only legitimate reason for limiting parental rights and duties. The process of balancing parental responsibilities and other rights of parents should be subordinated to the principle of the best interests of a child'.³ The role of the state in parent-child relationships is therefore subsidiary and the state may intervene only when the child's best interests are at stake.

The Slovenian legal framework regulating state's powers to intervene in family life for the protection of the interests of the child has undergone major changes in the past few years. The Family Code, which was adopted

1 *Ustava Republike Slovenije* [Constitution of the Republic of Slovenia], *Uradni list Republike Slovenije* (RS), No 33/1991, 28 December 1991, as amended. See arts 53–56, ensuring the right to family life and right of children.

2 Art 54, para 1 Constitution.

3 Decision of the Constitutional Court, No Up–70/15, ODLUS XXI, 19, 10 December 2015, para 16.

in March 2017 and entered into force in April 2019, transferred all of the decision-making powers from Centres for Social Work (administrative bodies) to the Circuit Courts (Courts). The reasons for the transfer of powers, which will be discussed in detail below, can be summarised in two points. First, the aim of the new legislative framework is to avoid fragmentation of protective measures in the power of different public authorities and to fully ensure respect for a child's right to participate in the decision-making process. Second, the new legislative framework is intended to mitigate conflict scenarios where Centres for Social Work act both as the decision-making and as a counselling body. The state's powers to intervene as foreseen in the new legislative framework and on which this paper focuses are therefore entirely in the hands of the judicial branch, while the Centres for Social Work continue to act as a professional counselling authority. The purpose of the following paper is to highlight the main characteristics and point out some weaknesses of the Slovenian child protection system, focusing especially on the child protective measures as foreseen and regulated by the Family Code. By choosing to focus solely on family law measures the paper consciously omits some of the equally important welfare and child protective mechanisms provided for by the state in other legal fields.

Before we begin to explain the scope of state's powers and how they are applied in practice, two limitations of this research need to be highlighted. First, the discussed legal framework is relatively new and the information (relevant case law, existing research, etc.) on how it works in practice is correspondingly limited. This paper therefore mostly draws on latest (legal) research in the field, currently available case law and, where appropriate, case law relating to the previous legal framework. Second, the work of the Centres of Social Work and the case law of the Circuit Courts are not publicly available. The research conducted for this paper is therefore mostly based on the case law of the Higher Court and consequently does not necessarily draw the whole picture of state intervention in family life – not only because the Higher Courts usually do not summarise the facts of the case in detail, but also because a limited number of family dispute cases make it to the higher stages of judicial protection. These two limitations necessarily mean that the paper is careful when it comes to drawing any definite conclusions about whether the state (either through judicial or through administrative interventions) abuses its powers to interfere in family life or limits its action to what is necessary for the protection of children.

The two explained limitations of the research are also the main reason for our decision not to analyse in detail individual cases that experienced, for

example, extensive media coverage, or reached the ECtHR⁴ and which might show the state's (miss)use of powers in family matters. Since the purpose of this paper is to present the general framework of state's power to intervene in family life for the protection of children, focusing on individual cases without being able to contrast them with other state's decisions in family matters (due to lack of access to relevant documents or case law) would be methodologically inconsistent and would potentially show a distorted image of the work done by social workers and courts in child protection matters. The latter calls for further research, which would require obtaining and carefully analysing classified documents of a representative number of cases.

II. Legal and organisational background

1. Legal framework

a) Previous legal framework and the adoption of the new Family Code

The core legislative act regulating family relations in Slovenia is the Family Code, which was adopted in March 2017 and became fully applicable in April 2019. The Family Code replaced the previous Marriage and Family Relations Act (MFRA),⁵ which was obsolete in many aspects. Two attempts to change (and modernise) the legal framework in the field of family law have been made prior to the adoption of the Family Code but were both rejected at subsequent legislative referendums.⁶ While the main 'issue' emphasised in both referendum campaigns and therefore the main reason for public opposition against the (necessary) legislative changes were the legislator's attempts to achieve (full) marriage equality, the rejections stalled the implementation

4 Three cases decided by the ECtHR in which the court found violations of art 8 ECHR because of wrongful actions of the Centres for Social Work and/or courts in family disputes: *AV v Slovenia*, App no 878/13 (ECtHR, 9 April 2019); *X v Slovenia*, App no 40245/10 (ECtHR, 28 September 2012); *Eberhard and M v Slovenia*, App nos 8673/05 and 9733/05 (ECtHR, 1 March 2010).

5 *Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih* (ZZZDR) (MFRA), *Uradni list RS*, No 69/2004, 24 June 2004, as amended.

6 The first referendum on proposed legislative changes was held in 2012 and the second in 2015 when the legislator attempted to amend the family law legal framework for the second time. The proponent of the 2012 referendum was the 'Civil Initiative for Family and Rights of Children' [*Civilna iniciativa za družino in pravice otrok*] while the proponent of the 2015 referendum was an individual joined by the civil initiative 'It is about the children' [*Za otroke gre*]. On both occasions referendum campaigns revolved around the definition of marriage and the rights of same-sex partners and on both occasions the voter turnout was low (only 30% of eligible voters voted in 2012, of which 55% voted against the legislative changes, and only 36% eligible voter voted in 2015, of which 63% voted against the amendments).

of several important improvements in legal regulation of relationships between parents, children and the state as well.⁷

One of such improvements was transferring the powers to intervene in family life for the protection of a child's interests from administrative bodies (Centres for Social Work) to Circuit Courts. Prior to the adoption of the Family Code, the decision-making powers regarding child-protective measures were divided between Centres for Social Work and the judiciary branch. For example, while the Centres for Social Work would decide on removal of a child and their placement into foster care,⁸ the Court would decide on the contact arrangements between the child and their parents.⁹ The division of jurisdiction between two separate public authorities led to fragmentation and in some cases inconsistencies in the adoption of the child-protective measures.¹⁰ The overlapping powers of the administrative and judicial authorities reduced the efficiency of child protection and negatively affected legal certainty.¹¹

The previous legislative framework was, however, not heavily criticised only because of its lack of clarity, but also because it imposed the Centres for Social Work with potentially contradictory roles.¹² The Centres for Social Work were responsible for imposing child-protective measures such as the removal of a child and at the same time in charge of providing help and counselling for the family and ensuring timely reunification of the family. This dual mandate was – in cases of unsuccessful counselling – accompanied by a third function of proposing the adoption of long-term child protective measures to the Court.¹³ As observed by some social workers, the transfer of powers al-

7 On the relevant changes made with the adoption of the Family Code see section III of this paper.

8 Art 160 MFRA.

9 Art 106.a MFRA.

10 F Burkelc, L Burkelc Juras, 'Odvzem otroka' [Removal of a Child], *Pravosodni bilten* 3 (2018) 75–76. M Čujovič, 'Odvzem in namestitvev otroka v postopku odločanja o varstvu in vzgoji' ['Removal and placement of a child in the procedure of deciding on custody and upbringing] *Pravni letopis* (Ljubljana 2019) 81.

11 M Končina Peternel, 'Pravice otrok v družinskem pravu' [Children's rights in family law] in A Šelih, K Filipčič (eds), *Otrokove pravice v Sloveniji – sedanje stanje in izzivi za prihodnost* [The Rights of the Child in Slovenia: Current Situation and Future Challenges] (SAZU, Ljubljana 2015) 77. See also MA Jeklič, 'Ukrepi za varstvo otrokove koristi po Družinskem zakoniku' [Measures to safeguard the child's best interests under the Family Code], *Obratnik* XX 2(85) (2018) 59.

12 Decision of the Constitutional Court, No U-I-273/98, ODLUS VIII, 169, 1 July 1999, para 16.

13 M Čujovič, 'Pristojnost za izrekanje ukrepov za varstvo koristi otroka' [Competence to order measures for safeguarding the child's best interests] in B Novak (ed), *Komentar Družinskega zakonika* [Commentary on the Family Code], *Uradni list RS* 2019, 481. See also G Čížman, 'Določanje koristi otroka v postopkih zaščite na centru za socialno delo' [Assessing the child's best interests in protection proceedings before the Centre for Social Work] in V Leskošek, T Kodele, N Mešl (eds), *Zaščita otrok pred nasiljem in zanemarjanjem v Sloveniji*, *Fakulteta za*

lows the Centres for Social Work to focus on providing counselling, support, proposing necessary measures to the Courts, supervising the child's progress and 'ma[king] room for in-depth work with families'.¹⁴

b) Procedural aspects of child-protective proceedings

The novel Family Code was accompanied by necessary changes made to the procedural aspect of decision making. Following the amendments made to the Non-Contentious Civil Procedure Act in 2019 all family disputes are now decided in a non-contentious civil procedure by the same Court. The new procedural regulation is intended to avoid situations in which several different procedures would be carried out at the same time by separate public authorities.

In addition to avoiding fragmentation of decision-making, the Non-Contentious Civil Procedure takes into account the changes made to the Family Code and alters the position of the Centres for Social Work in family law proceedings. The Centres for Social Work are statutory participants in judicial proceeding (regardless of whether they initiated them)¹⁵ and their proposals, opinions, other documents, and statements are considered as statements made by persons holding expert knowledge in the field of family and child welfare.¹⁶

Another important novelty of the procedural aspect of child protective measures is the clear establishment of the position of the child in the proceedings. By choosing a non-contentious civil procedure (instead of an "ordinary" civil procedure) the legislator ensured their full participation in the proceedings as well as established a clear obligation for the Court to inform the child about the contents of the proceedings and allow them to express their views on the matter,¹⁷ ensuring compliance of the legal framework with the European Convention on the Exercise of Children's Rights (European Convention).¹⁸ The

socialno delo [Protection of children against violence and neglect in Slovenia, Faculty of Social Work] (Univerza v Ljubljani 2019) 74–75.

14 Interviews with social workers regarding the new Family Code, conducted for the purposes of a Master's Thesis at the Faculty of Social Work; M Kogoj, *Strokovna presoja centra za socialno delo o odvzemu otroka* [Expert assessment of the Centre for Social Work regarding child removal] (Magistrska naloga, Univerza v Ljubljani, Fakulteta za socialno delo 2020).

15 Art 108 of the Non-Contentious Civil Procedure Act [Zakon o nepravdnem postopku, Uradni list RS, št. 16/19, 08.03.2019, s spremembami]. The rationale behind their participation lies in the fact that they will usually be involved at different stages of the child protective measures and consequently need to be involved in the decision-making process. See decision of the Supreme Court, No III Cp 719/2018, 12 December 2018, para 10.

16 Art 108 Non-Contentious Civil Procedure Act.

17 Art 96 Non-Contentious Civil Procedure Act.

18 *Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije o uresničevanju otrokovih pravic* [Act Ratifying the European Convention on the Exercise of Children's Rights], *Uradni list RS – Mednarodne pogodbe*, No 26/99, 22 October 1999.

child has a right¹⁹ to express their views in an informal conversation with the judge, at one of the Centres for Social Work or with the help of a special child advocate, appointed in accordance with the Human Rights Ombudsman Act.²⁰ The interview with the child is, if necessary, carried out in the presence of an expert, a person the child trusts²¹ and the special child's advocate.²² The Centres for Social Work have the primary responsibility to gain the child's opinion in an interview with them. However, some argue that interviewing the child at the Centre for Social Work usually takes time and can lengthen the judicial procedure, stall the final decision of the court, and therefore prolong (and potentially intensify) the insecure situation of the family.²³ The currently available case law regarding the child protective measures suggest that the child's opinion rarely plays an important part in the process and is usually only briefly mentioned as one of the factors the Court considered. This finding may be supported by a recent statement of the Slovenian Ombudsman who noted that 'different public authorities still seem to give too little consideration to the opinions, wishes and interests of children, determine their best interests while lacking sufficient information and frequently treat children as object of decision making and not as independent bearers of rights'.²⁴

c) Family Code and the measures for the protection of the child's interests

The Family Code, adopted in 2017, brought significant changes into the child protective measures decision-making dynamics. First, the measures are now systematically listed and clearly defined in a separate chapter of the Family Code titled Measures for the protection of the best interests of a child, which contributes immensely to the clarity and foreseeability of the legal framework. Second, the decision-making powers were entirely transferred to the Courts. Although the latter significantly improved clarity of the role and functions of the Centres for Social Work, some argue that the

19 The right to express views freely is a right and not a duty of the child. As observed by Rijavec, parents often demand child participation, especially in proceedings relating to determination of contact rights after the separation of the parents. V Rijavec, 'Odločanje o varstvu in vzgoji otrok', *Pravni letopis* 57 (2019) 64.

20 Art 96, para 2 Non-Contentious Civil Procedure Act. See also art 182 Family Code.

21 The so-called trustee of the child is usually a teacher, a school counsellor, relative other than the child's parents or any person the child chooses and trusts; B Novak, N Pogorelčnik Vogrinc, 'Otrokovo mnenje' in Novak (ed), *Komentar Družinskega zakonika*, 492.

22 Art 96, para 3, Non-Contentious Civil Procedure Act.

23 Rijavec, 'Odločanje...', 64.

24 *Varuh človekovih pravic* [Human Rights Ombudsman] <https://www.varuh-rs.si/o-varuhu/organizacijske-enote-in-svet-varuha/zagovornistvo-otrok/levi-meni/novica/tx_news_pi1%5Bnews%5D=6268&cHash=c28e72c74343d517b05ea30b9fbcf8b4> accessed 26 July 2023.

duality of their roles is unavoidable.²⁵ The Centres for Social Work will always be participating in the judicial proceedings, regardless of whether they proposed the adoption of a measure to the Circuit Court or not,²⁶ and have to work closely with the latter, provide expert opinions in the matter and report on the family's progress.²⁷

The Family Code regulates three different types (groups) of measures for the protection of the interests of a child: necessary removal of a child, interim measures, and measures of a more permanent nature. Imposing and enforcing the latter two types of measures is in the hands of the Courts, while executing a necessary removal of a child is the only measure in the power of Centres for Social Work.²⁸

Judicial proceedings regarding the child-protective measures can be initiated by one of the parents, by the child,²⁹ by the child's guardian, the Centre for Social Work, the public prosecutor or *ex officio*.³⁰ The currently available case law indicates that the majority of proceedings regarding interim measures are initiated by one of the parents (for example, before reaching a final decision on the separation agreement and the question of the child's custody, one of the parents argues that the child is at risk and proposes an interim measure which would regulate contact arrangements) or by the Centres for Social Work (for example, while performing their tasks in relation to providing family counselling, the Centre for Social Work evaluates that the child is endangered and proposes to the Court to impose a child protective measure such as temporarily removing the child from the family environment and placing them in an educational facility).

d) Domestic Violence Prevention Act and its link to Family Code measures

The reasons for intervening into family relations and imposing measures for the protection of the best interests of a child, as listed and regulated by the Family Code, can overlap with (but are not limited to) the acts of domes-

25 Čižman, 'Določanje koristi...', 74–75.

26 F Burkelc, 'Začasne odredbe po Družinskem zakoniku – osnutki vzorcev predlogov' [Interim Measures under the Family Code – Draft Proposal Templates] (162. in 163. člen DZ), *Odbetnik* XXI 2 (90) (2019) 90.

27 Jeklič, *Odbetnik* XX 2 (85) (2018) 59.

28 M Čujovič, 'Vrste ukrepov' [Types of measures] in Novak (ed), *Komentar Družinskega zakona*, 497.

29 Who reached the age of 15 and is capable of understanding the content and consequences of such proceedings.

30 The Court may impose an interim measure *ex officio* during proceedings regarding permanent measures; art 106 of the Non-contentious Civil Procedure Act.

tic violence. The Domestic Violence Prevention Act (DVPA)³¹ adopted in 2008, defines domestic violence,³² determines the role of public authorities and non-governmental organisations in cases of domestic violence and regulates measures for the protection of the victims.³³

The DVPA foresees different mechanisms for combating domestic violence and confers different public authorities the powers to that end. For example, it regulates the duties of the police to protect and ensure safety of the victim³⁴ and foresees special protective measures that can be imposed by a court decision, such as prohibiting the perpetrator from entering the apartment in which the victim lives and prohibiting the perpetrator from having contact with the victim.³⁵ When the domestic violence involves children all measures in accordance with the DVPA must be adopted in collaboration with the Centre for Social Work, which is then obliged to initiate further family law proceedings.³⁶

In the context of family law measures analysed in this paper, it is extremely important to identify that the DVPA includes a rather broad duty to report domestic violence. Anyone who suspects that a child is a victim of domestic violence, especially healthcare workers, school staff, and organisers of activities for children, is obliged to notify the Centres for Social Work.³⁷ While the DVPA focuses only on acts of violence as defined in the act, the Family Code extends the notifying duty to all situations of child endangerment.³⁸ As not all situations of child endangerment necessarily involve violence, the broader scope of the reporting duty is important to ensure full protection of the rights and interests of children. In research conducted to determine how the Centres for Social Work usually detect neglect or domestic violence against children, the participating social workers reported that they most commonly get notified by schools, kindergartens or paediatric hospitals.³⁹

31 Zakon o preprečevanju nasilja v družini (ZPND) [Domestic Violence Prevention Act (DVPA)], Uradni list RS, No 16/2008, 15 February 2008, as amended.

32 The DVPA defines domestic violence as 'any use of physical, sexual, psychological or economic violence against a family member, neglect and stalking of the victim independently of the victim's age, sex or any other personal circumstance, and use of corporal punishment against children.' (Art 3, para 2 DVPA).

33 Art 1 DVPA.

34 Art 18 DVPA.

35 Art 19, para 1 DVPA.

36 Art 22.g DVPA.

37 Art 6 DVPA.

38 Art 180 Family Code.

39 D Frangež, M Drobnič Radobuljac, T Kodele, 'Razkritje nasilja nad otroki in zanemarjanja otrok' [Reporting and disclosure of child abuse and neglect] in Leskošek, Kodele, Mešl (eds), *Zaščita otrok pred nasiljem in zanemarjanjem v Sloveniji*, 148.

Very rarely, children themselves inform social workers about abuse, and hardly ever is the violence reported by parents.⁴⁰

2. Organisational structure and tasks of the Centres for Social Work

Centres for Social Work are administrative bodies and the primary social care and welfare public institution in Slovenia. There are a total of 16 (regional) Centres for Social Work across the state which are divided into smaller departments in order to ensure accessibility of their services. The 16 Centres for Social Work are connected into an Association of Centres for Social Work which, among other activities, determines standards and norms for different tasks carried out by social workers.⁴¹

The Centres for Social Work are responsible for providing help and counselling in a plethora of different welfare areas – one of which is the field of family and child protection. They provide help in the field of partnerships (for example, marriage/partnership counselling and help, alternative forms of dispute resolution (mediation) for the family), help with regulating relationship between parents and children (for example, acknowledgment of paternity), give opinions in eviction cases and in cases of potential rental of non-profit apartments, deal with minor offenders and, most importantly, perform different tasks in relation to child protective measures regulated by the Family Code.⁴²

Despite the transfer of decision-making powers in child protective proceedings to the Courts,⁴³ the role of Centres for Social Work remains substantial. First, they act as a professional counselling authority (usually even before the family dispute becomes subject to judicial proceedings) and help resolve potential conflicts or protect the child without judicial intervention.⁴⁴ The starting point of providing help for the family, especially in cases of domestic violence or neglect, is conducting a risk assessment which goes hand in hand with the determination of the best interest of a child.⁴⁵ Social workers describe the risk evaluation as a process in which they collect information and evaluate the child's risk considering the child's developmental needs,

40 Frangež, Drobnič Radobuljac, Kodele, 'Razkritje nasilja...', 146–148.

41 The Association of Centres for Social Work, 25 years (1996–2021) <<https://www.scsd.si/oscsd/>> accessed 6 July 2023.

42 The Catalogue of powers of the Centres for Social Work, 2020/2021, available at <<https://www.scsd.si/files/katalog%2022%20kon%C4%8Dni.pdf>> accessed 1 August 2023.

43 Art 153 Family Code.

44 The Catalogue of powers of the Centres for Social Work.

45 Čižman, 'Določanje koristi...', 71.

the ability of the parents to ensure the child's healthy development and the suitability of the family's social environment.⁴⁶ In evaluating each of the listed components, they usually take into account risk and safeguard factors as listed in the Guidelines for Child Protection Against Domestic Violence.⁴⁷ However, the exact way in which the risk and the child's best interests are evaluated is highly under researched. To offer at least some insight into their work a small-scale research project was carried out, focusing on the elements social workers take into account when assessing the best interests of a child, the process of the evaluation and the main obstacles in determining the best interests of a child and evaluating their risk of harm.⁴⁸ Most of the social workers that participated in the research emphasised the importance of determining the interests of a child and evaluating their risks in a multi-disciplinary team as well as the importance of multiple evaluations.⁴⁹ Some of them expressly mentioned the importance of cooperation with the parents and the difficulties it brings, especially in cases where the Centre for Social Work proposed the measure interfering with the parental responsibilities.⁵⁰ Surprisingly, only a few of the participants mentioned the importance of giving the child the right to express their views on the matter.⁵¹ The research shows significant differences in the social workers' approach to the evaluation of the best interests of the child and their risks. Some consider best interests as a reflection of the Maslow hierarchy of needs, some focus on different risk and safeguarding factors, some mention the importance of evaluating the child's individual characteristics, some follow guidance from the Association of Centres for Social Work, some consider the child's wider social environment and some focus primarily on relationships within the family.⁵² Although it would be difficult to provide clear and precise guidelines on evaluating the best interests of a child since the process is by its nature necessarily individualised, some direction in terms of factors that need to be evaluated would be necessary to avoid differences in treatment and improve predictability of the process.

46 S Mikec, 'Kateri otrok je ogrožen otrok?' [When is a child considered to be at risk], *Odvetnik* XXI 2(90) (2019) 68.

47 Mikec, 'Kateri otrok...', 71.

48 Čižman used survey methodology in her research and posed four short questions to social workers. Although the sample of the analysis is rather small (nine questionnaires in total), it does nonetheless offer some clues on how the determination of the best interests of the child is usually performed and provides insight into the key issues. See Čižman, 'Določanje koristi...', 70.

49 Čižman, 'Določanje koristi...', 72.

50 Čižman, 'Določanje koristi...', 70–71.

51 Čižman, 'Določanje koristi...', 70–71.

52 Čižman, 'Določanje koristi...', 73–75.

The Centres for Social Work conduct the initial risk assessment as soon as they are informed about a potentially harmful family situation and usually perform in a team (including, for example, a social worker, a psychologist and a legal practitioner).⁵³ The latter ensures the inclusion of different expertise in the evaluation as well as divides responsibility between all of the participating experts, which additionally protects the family and the child from potentially biased decisions.⁵⁴ The further protective actions taken by the Centre for Social Work depend on the findings of the risk assessment. If the child is gravely endangered, the Centres for Social Work may use their power to perform the measure of the necessary removal of the child.⁵⁵ If swift protective actions are not needed, the Centre for Social Work prepares a more detailed risk assessment and an action plan for providing help for the family.⁵⁶ One of the most important prerequisites for a comprehensive risk assessment and efficient action plan is forming a multidisciplinary team of Centres for Social Work and all other relevant institutions (for example, the child's school, the child's doctor or the police).⁵⁷ However, in a research conducted among multidisciplinary team coordinators to determine the successfulness of collaboration between institutions, the participants emphasised some issues that emerge in practice. The first major obstacle is the geographical positioning of relevant institutions which makes access to rural areas difficult. The second, potentially more alarming obstacle is the unresponsiveness of some of the relevant actors, especially medical experts, and their unwillingness to cooperate with social workers as team-leaders.⁵⁸ For example, one of the social workers reported a case in which the medical experts treated a supposedly sexually abused child, sent the child home without notifying the Centre for Social Work and prevented the social worker from discussing the situation with the child.⁵⁹ Of course, cases of good practice with inter-institutional cooperation were reported as well (for example, many reported the good cooperation with the police), but the highlighted issues show that the system needs improvement, both in the form of adequate staffing in existing institution as well as providing sufficient and coordinated training for all relevant actors.

53 V Leskošek, N Miklič, S Sitar Surić, 'Postopki in ravnanja po prijavi zanemarjanja ali nasilja nad otrokom' in Leskošek, Kodele, Mešl (eds), *Zaščita otrok pred nasiljem in zanemarjanjem v Sloveniji*, 174.

54 Leskošek, Miklič, Sitar Surić, 'Postopki in ravnanja...', 174.

55 Art 167 Family Code.

56 Leskošek, Miklič, Sitar Surić, 'Postopki in ravnanja...', 175.

57 K Domiter Protner, V Leskošek, D Frangež, 'Medinstitucionalno sodelovanje: problemi, izzivi in dobre prakse' [Interagency Cooperation: Issues, Challenges, and Best Practices] in Leskošek, Kodele, Mešl (eds), *Zaščita otrok pred nasiljem in zanemarjanjem v Sloveniji*, 246–249.

58 Domiter Protner, Leskošek, Frangež, 'Medinstitucionalno sodelovanje...', 254.

59 Domiter Protner, Leskošek, Frangež, 'Medinstitucionalno sodelovanje...', 255.

Second, the Centres for Social Work have the power to initiate judicial proceedings by proposing to the Court to impose one of the child protective measures (either a measure of a more permanent nature or interim measures).⁶⁰ They do so after they perform the risk assessment and establish that the child is at risk of harm caused by their parents or caregivers and that mitigating the risk by providing help to the family is not possible without judicial intervention.⁶¹ To that end, the social workers familiarise themselves with the family's situation – if they have not provided services for the family or the child before. This may include talking with the child's parents and to the child, talking with other important persons in the child's life, collaborating with all relevant institutions (for example, the child's school or kindergarten, the child's paediatrician) and visiting the family at their home.⁶² The main task of the social workers is establishing whether the child's risk can be mitigated and imposing a measure avoided by primarily providing help and counselling for the family.⁶³ As reported by social workers, the course of action varies depending on the type of risk for the child (if the child is, for example, at risk of grave physical violence, there is little room for delaying protective measures) and the willingness of the parents to cooperate with the Centre for Social Work.⁶⁴ Establishing a good relationship with the child's parents⁶⁵ is – according to protocol for action provided by the Association of Centres for Social Work – crucial for successfully helping the family and thus preventing further (judicial) intervention.⁶⁶ Many social workers report that they always try to gain the parent's trust and usually decide not to propose a measure to the Court immediately if they 'understand and critically approach their own behaviour towards the child and wish to improve'.⁶⁷

Third, the Centres for Social Work act as a professional body providing reports and opinions for the Courts in family disputes and child protection cases. In cases relating to child protective measures in which the Centres for Social Work do not act as applicants (i.e., the judicial proceedings were not initiated by them)⁶⁸ the Court is obliged to obtain their opinion on the

60 Arts 106 and 107 Non-Contentious Civil Procedure Act.

61 The Catalogue of powers..., 41–49.

62 The Catalogue of powers..., 43–47.

63 The Catalogue of powers..., 43.

64 The Catalogue of powers...; see also Frangež, Drobnič Radobuljac, Kodele, 'Razkritje nasilja...', 151.

65 For example, by informing them about all the steps the social workers will undertake in the process, about the potential outcome of the situation and about the possibilities of mitigating the child's risk and preventing judicial interference. The Catalogue of powers..., 43.

66 The Catalogue of powers...

67 Kogoj, *Strokovna presoja*..., 39.

68 Decision of the Supreme Court, No II Ips 56/2019, 20 June 2019, para 10.

child's endangerment and their best interests.⁶⁹ In such cases, the Centre for Social Work is involved in the judicial proceedings as an 'expert [on social work and welfare issues] who participates in the proceedings in the public interest'⁷⁰ and whose opinions are by nature similar to any other expert opinion in judicial proceedings. The Court is therefore not bound by their opinion and should consider it in the light of all other relevant evidence. The currently available case law in child protective proceedings shows that the Courts rely heavily on opinions (and other information) provided by the Centres for Social Work, since clarifying certain factual issues requires special expertise or knowledge that the judge does not hold.⁷¹ Like any other expert providing expert opinions to the Courts, Centres for Social Work therefore act as impartial assistants to the judge. By collecting information on the personal and family situation of children and their parents, they perform the tasks of an auxiliary investigative body, but also have a special procedural position due to their expertise and experience. However, despite giving these opinions substantial weight, Courts always rely on other evidence as well – most commonly on the statements made by parents, on the child's opinion, on expert reports of clinical psychologists, on police records etc.⁷² Lastly, the Centres for Social Work prepare action plans for the family, supervise the family's progress, and oversee the implementation of the measures, imposed by the Circuit Court.⁷³ An action plan for the family needs to be prepared when the Court imposes one of the child protective measures of a more permanent character.⁷⁴ The aim of the action plan is to include the family in different services (for example, family therapy, addiction treatment, psychiatric treatment, different educational, healthcare or psychosocial programmes)⁷⁵ in order to improve the family's situation to the point where measures will no longer be necessary for the child's wellbeing. The action plan includes a description of the current family's situation and the child's needs, predictions of the potential progress of the family, planned supervision, type of help that will be provided and a timeframe for the realisation of the action plan.⁷⁶ The Centres for Social Work supervise the

69 Art 98 of the Non-Contentious Civil Procedure Act.

70 Decision of the Higher Court in Ljubljana, No IV Cp 1625/2021, 27 October 2021.

71 There's no available statistical data showing the percentage of cases in which the Court's rely on or dismiss the opinions of the Centres for Social Work.

72 For example the decision of the Higher Court in Ljubljana, No IV Cp 2190/2020, 14 January 2021.

73 Decision of the Supreme Court, No II Ips 56/2019, 20 June 2019, para 10.

74 Art 170, para 1 Family Code.

75 Art 170, para 3 Family Code.

76 Art 170, para 2 Family Code.

family's progress, report to the Court and propose changing or abolishing the protective measures.

The Centres for Social Work are therefore involved in the child protective process with different tasks and at different stages of judicial proceedings.⁷⁷ Although the final decision regarding the child protective measure is always in the hands of the judicial branch, the Centres' expert opinions and reports on the facts of the case at hand tend to have a strong impact on the decision-making process. Close collaboration both with the Courts as well as with the family causes many to argue that the duality of roles of the Centres for Social Work remains unavoidable despite the Family Code reform and the transferal of decision-making powers to the Courts.⁷⁸ As reported by many social workers involved in the child-protective proceedings, parents tend to refuse collaboration with the Centre for Social Work after judicial proceedings are initiated – either because they know that the Centres for Social Work provide information and opinions for the Circuit Court or because the Centres for Social Work themselves initiated the proceedings.⁷⁹ Difficulties in working and communicating with the family⁸⁰ can potentially create an unfavourable environment in which state intervention runs contrary to its primary purpose, i.e., protecting the child from harm and ensuring their wellbeing.

III. Measures for the protection of the interests of a child

1. General principles

The measures for the protection of the interests of a child in the Family Code are built on the presumption that the parents act in the best interests of their children when exercising parental responsibility.⁸¹ In line with this presumption and following the constitutionally protected concept of subsidiarity of state powers⁸² in parent-child relations, the Family Code lays down general principles for state intervention.

The state may exercise its power to intervene by imposing measures for the protection of the interests of a child in accordance with the 'principle of

77 Decision of the Supreme Court, No II Ips 56/2019, 20 June 2019, para 10.

78 Čižman, 'Določanje koristi...', 74–75.

79 Čižman, 'Določanje koristi...', 74–75.

80 Mikec, 'Kateri otrok...', 68.

81 Čujović, 'Vrste ukrepov', 497. See also Čujović, 'Odvzem in namestitvev otroka...', 86.

82 Art 54 of the Constitution and art 135 of the Family Code. See also art 154 of the Constitution, which clearly states that the state may impose and enforce these measures only when parents fail to exercise their rights and duties in line with the child's interests.

the mildest measure'.⁸³ This principle, which is a novelty of the Family Code,⁸⁴ encompasses two connected, but separate limitations. First, out of all the potential measures, the state should choose to protect the child with the measure that intervenes with parental responsibilities the least. Second, the removal of a child from the family should be the last resort. However, the state is not obliged to follow these limitations if respecting them would be contrary to the best interests of a child.⁸⁵ Closely connected to the principle of the mildest measure are the express time limits to each of the potential protective measures (the principle of limited duration of the measures).⁸⁶

Both the principle of the mildest measure and the principle of limited duration of the measures are a concretisation of the constitutional framework built on the idea of subsidiarity of state powers in family relations and a clear reflection of the (constitutional) principle of proportionality.⁸⁷

The available case law of the Higher Courts shows that overall, the Courts respect the described general principles and especially often consider the principle of mildest measure. It seems clear that none of the involved authorities take the enforcement of child protective measures which intervene with family life lightly, especially if the intervention means removing the child from the family environment. The decisions seem to be based on a lengthy deliberation of several different factors and information. For example, in a case involving placement of a child into a correctional home due to the child's grave emotional and behavioural difficulties and their violent behaviour in social settings, the Higher Court upheld the decision of the Court despite the parents' complaint that milder measures could sufficiently protect the welfare of their child. It held that the Circuit Court sufficiently explained why a milder measure (such as supervision of performance of parental responsibilities by the Centre for Social Work) could not adequately protect the child's interests. The Court based its decision on relevant information provided by the Centre for Social Work, the child's school, a police station, and the facility where the child was placed. It also relied on the fact

83 Art 156 Family Code.

84 S Kraljic, V Rijavec, 'New Family Code of Slovenia (2017): Procedural Aspect', *Revista Eletro-nica Direito e Sociedade* 6(2) (2018) 228.

85 Art 156 of the Family Code. However, as stated by the Higher Court of Ljubljana, respecting the two limitations (for example, choosing the least intensive measure and not removing the child) usually is in the child's best interests as well as in the interests of their parents (see decision No IV Cp 911/2020, 9 June 2020).

86 For example, an interim measure on supervised exercise of the contact rights can last for a maximum of nine months and cannot be prolonged (art 163, para 2 Family Code).

87 A Dežman, 'Komentar k 54 členu' in M Avbelj (ed), *Komentar ustave Republike Slovenije* (Nova univerza, Evropska pravna fakulteta [Commentary on the Constitution of the Republic of Slovenia (New University, European Faculty of Law)] 2019 [e-KURS]), para 13.

that the child and their family had been monitored by the Centre for Social Work and the child's school for several years with no clear improvement in the child's behaviour and the fact that the child's parents expressed their inability to raise their child.⁸⁸

That removing a child from the family environment as one of the most drastic child protective measures is always the last resort can be shown in another recent example. The case involved two minors who were emotionally abused by their parents and lived in a high conflict family environment. The Court justified the decision to remove both children and place them into a state-run facility for three years based on an expert opinion provided by a clinical psychologist, on reports provided by the school the children were attending and on reports provided by the Centre for Social Work, which all showed substantial improvements of the children's emotional state since the enforcement of the measure. One of the crucial pieces of information for the Court's decision was the fact that the Centre for Social Work provided help for the family from 2009 to 2016 – the parents failed to cooperate and continued to create an environment causing the children emotional distress. According to the Higher Court, by considering all other options and by setting a three-year time limit to the measure, the Court respected both the principle of mildest measure and the principle of limited duration of the measures.⁸⁹

Although the general principles are intended to limit the state's powers of intervention, they may, when applied uncritically, lead to inaction where action is needed. This can be illustrated by a recent case involving a necessary removal of a four-month child from their parents' care. At the time of the removal, carried out by the Centre for Social Work, the child was neglected, dehydrated, had several bone fractures of their left leg and was diagnosed with the "syndrome of a beaten child". The Centre for Social Work took the child from the hospital, placed them into a crisis centre and prevented child-parent contact. The parents complained to the Circuit Court, which replaced the measure with a (milder) interim measure – the family was to be supervised on a weekly basis and the child was to be brought to a paediatrician every fortnight. The Centre for Social Work challenged the decision stating that the child was returned to their parents without examining the family's situation which may cause irreparable harm. The Higher Court confirmed the Circuit Court's decision and stated that the child's interests are best protected by imposing a milder measure.⁹⁰ Although a definite critical conclusion about the decision would require a close examination of

88 Decision of the Higher Court in Maribor, No III Cp 765/2020, 27 October 2020.

89 Decision of the Higher Court in Ljubljana, No IV Cp 2190/2020, 14 January 2021.

90 The decision of the Higher Court in Ljubljana, No IV Cp 911/2020, 10 June 2020.

the situation, the (known) facts of the case may cause one to doubt whether the decision is indeed protecting the welfare of the child. While respecting the principle of mildest measure may usually be in the interests of a child, applying it regardless of the circumstances may run contrary to ensuring the child's wellbeing.

2. Endangerment of the child and the child's best interests

The Court may impose one of the child protective measures if a child is at risk. Endangerment of a child as a main condition for state intervention is defined as a situation in which a child "was caused or is likely to be caused harm either by acts or omissions of their parents or by the child's own behavioural, emotional, learning or other deficits".⁹¹ The Court is therefore obligated to establish a causal link between harm and the source of the harm, i. e., the acts or omissions of the parents or the child's own deficits.

The term harm encompasses any harm to the physical or mental health and development of the child as well as harm caused to their property.⁹² When imposing one of the child-protective measures, the Court needs to evaluate whether the child is endangered and whether their caregivers are 'the source' of the endangerment. If and when endangerment is established, the Court needs to determine, taking into account the principle of the mildest measure, which of the available child protective measures would be in the child's best interests.⁹³

The currently available case law shows that the threshold for identifying endangerment of the child is relatively high. For example, a child is considered at risk in cases of domestic physical or verbal abuse (either in the case of violence against the child or when the child is exposed to serious violence against one of the parents),⁹⁴ in cases of sexual abuse,⁹⁵ in cases of serious emotional distress or abuse resulting from a long-term parental conflict,⁹⁶ in cases of alcohol or drug abuse by the parents or caregivers⁹⁷ as well as in cases where living conditions of the family endanger the child's healthy

91 Art 157, paras 1 and 2 of the Family Code.

92 As explained above, the notion of harm can overlap with the acts of domestic violence as defined by the DVPA but is not limited to those acts.

93 Decision of the Higher Court in Ljubljana, No IV Cp 661/2020, 23 April 2020, para 9.

94 Decisions of the Higher Court in Ljubljana, No IV Cp 1161/2020, 16 July 2020, and No IV Cp 1706/2021, 17 November 2021.

95 Decision of the Higher Court in Ljubljana, No IV Cp 1181/2020, 21 July 2020.

96 Decision of the Higher Court in Ljubljana, No IV Cp 2190/2020, 15 January 2021. See decision of the Higher Court in Maribor, No III Cp 473/2021, 22 June 2021.

97 Decision of the Higher Court in Ljubljana, No IV Cp 765/2020, 13 May 2020.

development combined with the unwillingness of the parents to take the offered help.⁹⁸

Importantly, a child's development is also considered endangered in cases of long-term separation from one or both parents which could lead to emotional alienation. Stemming from the premise that it is in the best interest of a child to have regular contact with both of their parents, the Court rarely establishes that the child is at such serious risk that all contact should be prevented.⁹⁹ Also in line with the principle of the mildest measure, the Court therefore often opts for allowing child-parent contact under the supervision of the Centre for Social Work even when the endangerment of the child is clearly established – these are intended to prevent emotional alienation but at the same time protect the child from further harm.¹⁰⁰

3. Necessary removal of a child

The necessary removal of a child is the only measure that can be carried out by the Centres for Social Work¹⁰¹ and is not in the power of the Courts. The Centre for Social Work may remove a child and place them into alternative care (with another person, in a safe house, into foster care, etc.) if the likelihood of serious endangerment¹⁰² of the child is of such gravity that an immediate removal of the child is the only possible way of protection.¹⁰³

The Centre for Social Work must therefore determine whether the child is at such serious risk as to justify an interference into parent-child relations without prior judicial decision. For example, the standard of serious risk is met when the child's life or health is endangered by acts of domestic violence or complete neglect by parents.¹⁰⁴

The necessary removal of a child is not carried out in accordance with provision of any specific type of legal procedure and there is no possibility of

98 Decisions of the Higher Court in Ljubljana, No IV Cp 735/2021, 26 May 2021, and No IV Cp 2189/2020, 15 January 2021.

99 Decision of the Higher Court in Ljubljana, No IV Cp 765/2020, 13 May 2020, and decision of the Higher Court in Maribor, No III Cp 473/2021, 22 June 2021.

100 Decision of the Higher Court in Maribor, No III Cp 473/2021, 22 June 2021.

101 If needed, the Centre for Social Work may ask the police to help carry out the removal of the child (art 167, para 2 Family Code).

102 Compared to other child protective measures where the standard is the endangerment of the child, the standard for the removal of a child by the Centre for Social Work is higher – the child needs to be gravely endangered, the risks for harm must be higher. Compare art 167, para 1, and art 157, para 1 Family Code.

103 Art 167, para 1 Family Code.

104 For example decisions of the Administrative Court, No I U 1084/2017–9, 11 July 2017, and No II U 323/2014, 3 June 2015.

direct appeal against the execution of the measure.¹⁰⁵ The only procedural duty of the Centres for Social Work is filling out a form at the time of or right after the removal of a child and issuing the form to the child's parents or guardians.¹⁰⁶ However, the Centre for Social Work that carried out the necessary removal is obliged to propose to the Court the adoption of an interim measure within 12 hours after the removal and the Court must rule on the proposal as soon as possible but not later than within 24 hours.¹⁰⁷ If the Centre for Social Work does not file the proposal or if the Court rejects the proposal, the child is immediately returned to their parents or guardians.¹⁰⁸

Little information is available on how and under what circumstances the Centres for Social Work perform this measure and in which type of cases the Court follows their decision with an interim measure of temporary removal of a child from the family environment. Lack of case law relating to the new legislative framework makes conclusions on whether the Centres for Social Work over-use their powers impossible. There are also no available statistics gathered at the state level to offer an insight into the number of necessary removals performed in the past three years. However, looking at yearly reports of those Centres for Social Work, one can assume that the necessary removal of a child is a last-resort measure and that the social workers are aware of the gravity of such an interference into family life. For example, the 2019 report of the Centre for Social Work Ljubljana states that the measure was executed 10 times. In all of the cases, the measure was a result of on-site intervention in cases of domestic violence.¹⁰⁹

Given the urgent nature of the measure, it requires a quick decision on the side of a social worker informed about an abusive family situation. The need for a rapid decision may prevent the social workers from conducting a comprehensive risk assessment – especially if the family has not been in contact with the Centre for Social Work prior to the event triggering the necessary removal.¹¹⁰ Despite the strict time limits in which the Centre for Social Work's decision to impose the discussed measure is evaluated by the Court, one cannot overlook the traumatic impact such removal has on a child (and their family) – even if in force only for a short period of time and irrespective of

105 Burkelc, Burkelc Juras, 'Odvzem otroka', 80.

106 The form includes information on the date and time of the execution of the measure, the name of the person the child was taken away from, the name(s) of the social workers and other official persons involved in the process, an explanation about procedures that follow the necessary removal. Art 168, para 2 Family Code.

107 Art 168, para 1 Family Code.

108 Art 168, para 2 Family Code.

109 Report of the Centre for Social Work Ljubljana (1 January–31 December 2019) 8–9.

110 Leskošek, Miklič, Stritar Surič, 'Postopki in ravnanja...', 171.

whether the measure was strictly necessary or not. It is therefore crucial that the social workers who impose the measure try to mitigate the risk, collaborate with the family before and after removing the child and continue to evaluate the necessity of the measure and (if possible) opt for a milder measure.¹¹¹

4. Interim measures

Before reaching a final decision in judicial proceedings between parents and children, the Court may issue an interim measure if it is likely that the child is at risk. The interim measures regulated by the Family Code include an interim measure on removal of a child and placement of the child into alternative care, an interim measure on limitations to contact rights, an interim measure on a medical examination or treatment and an interim measure on child support.¹¹² The list of the potential interim measures is exemplary, which means that the Court has the power to adopt an interim measure of any content if it deems it necessary to protect the interests of a child.

The standard of proof in adopting an interim child-protective measure is, due to their nature and purpose of such measures, lower than the standard of proof required for the Court's final ruling. The Court may adopt an interim measure when there are more arguments for than against such a measure (the 'probability' standard).¹¹³ Alongside reaching the necessary standard of proof, the Court is bound by the principle of the mildest measure and should therefore choose the interim measure that affects the parent-child relationship the least.¹¹⁴

Although interim measures are by their nature temporary and the lower standard of proof is justified by the urgency of the matter, they can influence the Court's final decision.¹¹⁵ Due to the usual length of judicial proceedings in family affairs the interim measures can be in force for a longer period of time. The longer the interim measure is in force, the more it affects the child's life and the more contrary to the child's best interests it would be to alter the then interim situation in the Court's final decision.¹¹⁶ It is highly likely that the contents of the interim measure will influence the determina-

111 Kogoj, *Strokovna presoja...*, 42; The Catalogue of powers of the Centres for Social Work, 46–47.

112 For a full list of all foreseen interim measures in judicial proceedings between children and their parents, see art 162 Family Code.

113 N Pogorelčnik Vogrinc, 'Pogoji za izdajo začasne odredbe' [Conditions for issuing an interim measure] in Novak (ed), *Komentar Družinskega zakonika*, 516.

114 Art 156 Family Code.

115 Končina Peternel, 'Pravice otrok...', 79; see also Čujovič, 'Odvzem in namestitvev otroka...'

116 Constitutional Court's decision, No Up-410/01, ODLUS XI, 110, 14 February 2002, para 7.

tion of the child's best interests in the final decision and therefore extremely important that – after adopting an interim child-protective measure – the court acts swiftly and reaches the final ruling as soon as possible. Judging from the existing case law on interim measures, the Courts (as well as the Centres for Social Work) seem to be aware of the described issue.¹¹⁷ This (together with the high standard of 'child endangerment') leads the Courts to be extremely restrictive when it comes to imposing interim measures.

5. Measures of a more permanent nature

The third and final group of measures for the protection of the interests of a child are measures of a more permanent nature. Despite their declared permanency, these measures are – just as the necessary removal and the temporary measures – not entirely irreversible. However, the measures do present an intensive state interference in the family life and should be imposed only when truly justified by the circumstances of each case.

The Court adopts the measures when the child is considered endangered.¹¹⁸ Following the principle of the mildest measure the Court may limit parental rights, decide on the child's medical examination or treatment, limit or suspend contact rights, remove the child from their parents or guardians, place the child in an institute or terminate parental rights entirely.¹¹⁹

When adopting one (or more) measures for the protection of the child's interests, the Court must consider the opinion of the Centre for Social Work.¹²⁰ This requirement stems from the realisation that the Centre for Social Work usually works with and provides counselling for the family prior to the initiation of judicial proceedings. They are familiar with the family's situation and the child's characteristics and are therefore capable of a much more in-depth assessment of the needs and interests of a particular child. The opinion usually provides answers to concrete questions of the Court as well as other information the Centre for Social Work deems important, such as the family's prior contact with the Centre for Social Work, the child's developmental, physical, and emotional needs, a description of the conflict family situation and a proposal regarding the suitable measure for the protection of the child.¹²¹

117 For example the decision of the Higher Court in Ljubljana, No IV Cp 799/2021, 21 May 2021.

118 Art 157 Family Code.

119 Arts 171–176 Family Code.

120 Art 169 Family Code.

121 S Murgel, 'Mnenje centra za socialno delo glede ukrepa trajnejšega značaja' [Opinion of the Centre for Social Work regarding a measure of a more permanent nature] in Novak (ed), *Komentar Družinskega zakonika*, 559.

While the Court is autonomous in reaching the final decision about the necessary intervention(s), the expert opinions provided by Centres for Social Work usually play an important role in the decision-making process. However, despite giving these opinions substantial weight, Courts always rely on other evidence as well – most commonly on the statements made by parents, on the child's opinion, on expert reports of clinical psychologists, on police records, etc. One can deduce that while the opinions and reports of the Centres for Social Work are an indispensable source of expert knowledge and facts of the case, the Courts never consider them in isolation or consider them *a priori* correct.

Alongside providing an expert opinion for the Court, Centres for Social Work are obliged to prepare an action plan for helping the family and the child after a more permanent measure is imposed. The action plan should include a description of the family situation and the child's needs, a description of planned actions and a timeline of planned execution of the actions. For the action plan to be efficient, the Centres for Social Work should try to collaborate with the family and the child as much as possible when preparing it.¹²² The Centres for Social Work report to the Court about the implementation of the action plan once a year and may suggest changing the existing child protective measure into a less restrictive one if the family situation improves.¹²³ Despite not being compulsory,¹²⁴ following the action plan (and showing progress) turns out to be *de facto* obligatory. The case law suggests that the evaluation of the family's (the parents') progress is crucial for further deliberation of the Court and it seems clear that the family (the parents) are expected to follow the action plan if they wish to convince the Centres for Social Work and the Court that the imposed measure is no longer needed.¹²⁵

IV. Execution of the measures for the protection of the child

The enforcement of the measures for the protection of the child can be, if incorrectly and insensitively executed, even more distressing than the contents of the measure itself.¹²⁶ A recent case of three children being taken away from

122 G Čačinovič Vogrinc, 'Socialno selo z družinami' [Social work with families], *Socialno delo* 3–5 (2006) 111–119.

123 Leskošek, Miklič, Sitar Surić, 'Postopki in ravnanja...', 188.

124 For example the decision of the Higher Court in Ljubljana, No IV Cp 799/2021, 21 May 2021.

125 Decision of the Higher Court in Maribor, No III Cp 715/2021, 5 October 2021. See similarly: Burkelc, Burkelc Juras, 'Odvzem otroka'.

126 Burkelc, Burkelc Juras, 'Odvzem otroka', 76.

their parent, heavily reported in in the media,¹²⁷ shows exactly how complex and painful the execution of child protective measures, especially when it involves removing a child from one or both parents and placing them into alternative care. The execution of the measure lasted for four hours and was carried out in the presence of four social workers, the police and two other persons. The children resisted being taken away so badly that the executing officer wanted to stop the process but was instructed by the court in charge of the execution to continue. The case caught wide public attention, including the attention of many legal practitioners, academics, and other professionals as well as the attention of public authorities.¹²⁸ Soon after the case was brought to the media, the Supreme Court of the Republic of Slovenia issued a Protocol on recommended actions in cases of direct execution of removing a child¹²⁹ and the legislators amended the Enforcement and Security Act and included reasons for postponing the execution in such cases.¹³⁰

Execution of the measures (apart from the necessary removal of a child which is carried out by Centres for Social Work) for the protection of the child is carried out in accordance with the provisions of the Enforcement and Security Act,¹³¹ which establishes gradual execution mechanisms. The Court must therefore prioritise enforcing the measures indirectly by imposing penalties and only resort to direct execution as a last resort.¹³² The fact that the Enforcement and Security Act does not exclude the possibility of using force (against the child) was heavily criticised by Constitutional Court's Justices Knez and Jadek Pensa in their separate opinions in a case involving a forceful execution of an interim measure regarding contact rights, which was rejected as inadmissible by the Constitutional Court.¹³³

127 Eg IUS-INFO, 'Odvzem otroka kot skrajni ukrep' <<https://www.iusinfo.si/medijsko-sredisce/v-srediscu/264878>> accessed 26 December 2021.

128 M Krivic, 'In če sodnica zaukaže mučenje otrok?' [What if the judge orders to torture children?] <<https://www.dnevnik.si/1042934658>> accessed 26 December 2022.

129 Medinstitucionalna delovna skupina Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, Zbornice izvršiteljev Slovenije, Ministrstva za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti, Ministrstva za notranje zadeve in Ministrstva za izobraževanje, znanost in šport, *Protokol priporočenega ravnanja v primeru izvršitve Odločbe o odvzemu otroka z neposredno izročitvijo* [Protocol for recommended conduct in the enforcement of a child removal order through direct handover], May 2020 <<https://www.sodisce.si/vsrs/objave/2020112414371973/>> accessed 26 December 2022.

130 *Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju* (ZIZ-M) [Amendment to Enforcement and Security Act] *Uradni list RS*, No 36/21, 12 March 2021.

131 *Zakon o izvršbi in zavarovanju* (ZIZ) [Enforcement and Security Act], *Uradni list RS*, No 3/2007, 12 January 2007, as amended.

132 Arts 238.e and 238.d of the Enforcement and Security Act.

133 Separate opinions to the decision of the Constitutional Court, No Up-613/20, OdlUS XXV, 44, 5 November 2020.

Direct enforcement is an especially traumatic and painful experience for the child as well as their parent(s) or guardian(s).¹³⁴ In practice, the child is oftentimes treated as an “object of enforcement” and not given the opportunity to take part and voice their opinion about the process.¹³⁵ Ensuring meaningful participation of a child in the process of executing the Court’s decision should be as important as respecting the child’s opinion in the initial judicial proceedings.¹³⁶

While the principle of formal legality prevents the court in charge of the execution from altering the initial judicial decision and the court may therefore not question whether the measure is in fact in the best interest of the child concerned, it can (and should) adjust the execution to ensure the child’s interests are protected.¹³⁷ For example, the court may alter the time and place of the execution as well as decide to execute the measure when the child is not with the parent or guardian he is being taken away from.¹³⁸

The execution is carried out by an execution officer, appointed by the court in charge of the execution. The execution officer must be accompanied by an expert (usually a social worker employed at one of the Centres for Social Work) and (if needed) by the police.¹³⁹ In accordance with the Rules on the Performance of Bailiff Services¹⁴⁰ which lay down rules for the execution of judicial decisions involving children as well, the execution officer must cooperate closely with the expert when preparing for the execution and report to the court in charge of the execution.¹⁴¹

Like the court in charge of the execution, the execution officer, the expert, and the police are obligated to ensure the execution is carried out as swiftly as possible and with as little damage to the rights and interests of the child. Surprisingly, the rules on the performance of bailiff services include only the possibility for the execution officer to temporarily stop the process in

134 Burkelc, Burkelc Juras, ‘Odvzem otroka’, 85.

135 Burkelc, Burkelc Juras, ‘Odvzem otroka’, 75.

136 Art 238.e, paras 1, 5 and 7 Enforcement and Security Act.

137 That the child’s best interests are a primary consideration in all judicial proceedings affecting a child, including in the process of executing the judgment multiple times by the courts in charge of executing judgments (see for example decision of the Supreme Court, No I Ip 769/2007, 25 July 2007).

138 As the execution order has an *erga omnes* effect, the court in charge of execution may decide to carry it out when the child is, for example, at school or with its grandparents. Art 238.e, para 7 Enforcement and Security Act.

139 Art 238.e Enforcement and Security Act.

140 *Pravilnik o opravljanju službe izvršitelja* [Rules on the Performance of Bailiff Services], *Uradni list RS*, No 18/2003, 21 February 2003, as amended.

141 Art 128–134.a of the Rules on the performance of bailiff services.

cases of executing an order regarding contact rights.¹⁴² Stopping execution in cases of other types of measures (for example, the removal of a child or their removal and placement in an institution) is not expressly foreseen and is only possible by relying on provisions regulating execution postponement. The latter is in the hands of the court in charge of the execution and not in the hands of the execution officer.¹⁴³ Not providing precise grounds for the executing officer to be able to stop the execution is undoubtedly contrary to the principle of the best interest of a child.

Despite some flaws in the legislative framework of executing the child protective measures, one wonders if cases like the one mentioned earlier are more a consequence of insensibility and wrongful decisions on the side of persons responsible for the execution and less of a direct consequence of lack of safeguards in the legislation. What seems crucial is sufficient education and training for all persons involved and guidance on determining what is in the best interest of a child.¹⁴⁴

V. Discussion and conclusion

This paper illustrates the main characteristics of the Slovenian child protective system and its implementation in practice. It focused on the possibility (and obligation) of the state to intervene in family life by imposing measures for the protection of the interests of a child.

The Family Code regulates a variety of different measures of different intensities – from interim measures temporarily altering the exercise of contact rights to measures of more temporary nature such as revoking or limiting parental responsibility. The discussed child protective legal framework is relatively new and the relevant case law and literature the paper was able to build upon was correspondingly scarce. Nonetheless, some potential issues seem to be emerging and need to be highlighted.

First, and in the opinion of the author of this paper the biggest issue is the lack of transparency of work of both Centres for Social Work and the Courts. The sensitivity of the child protective measures and the issues involved justify the inability of the public to fully access information on cases considered by public authorities. However, this does not exclude the option of publishing

142 The Rules state in art 134 that the execution officer may stop the process if the expert (for example, the social worker present at the execution) assesses that the child opposes the contact and that continuing the execution would be against the interests of the child in question.

143 Art 71 of the Enforcement and Security Act.

144 Similarly Burkelc and Burkelc Juras, 'Odvzem otroka', 87.

first-instance Court decisions in an anonymized form. Not only does the lack of transparency lead to potential mistrust of the general public, but it also prevents experts from conducting thorough research into the work of public authorities and thus (informally) supervising their conduct.

Second, despite the transfer of decision-making powers from Centres for Social Work to the Courts, the former still play a decisive part in the child protective process. The existence of a welfare institution providing help in the area of family relations is in itself not an issue. What seems to be potentially problematic is the way in which the Courts use expert information provided by the Centres for Social Work. While they usually do rely on other information, the existing case law suggests a trend of ‘outsourcing’ the fact-finding and decision-making (such as determining the meaning of the standard of the best interest of the child in concrete cases) which should be conducted by the Courts. It would be unreasonable to expect the Courts to ignore the information provided by the Centres for Social Work, but there is a danger of Centres for Social Work becoming the *de facto* decision-makers, which would run contrary to the idea of avoiding the duality of roles of the Centres for Social Work as envisioned by the Family Code.

Third, and connected to the first and second concern, is the lack of guidelines provided for the Centres for Social Work and their actions. While the Association of Centres for Social Work does provide a relatively detailed catalogue of powers and lists of actions to be taken when exercising any of these powers, there are no (binding) guidelines regarding the steps to be taken and factors to consider when assessing the risk of the child and their best interests. It is of course unreasonable to expect full uniformity of the evaluations – some scope of flexibility is needed to ensure the process is individualised and reflects the child’s actual situation. However, in order to avoid differential treatment of families under jurisdiction of different Centres for Social Work and in order to allow the Courts to rely on their finding, some direction would seem necessary.

Fourth, most of the research in the field suggest that one of the main issues of the Slovenian child-protection system is the insufficient number of experts (for example, experts of clinical psychologists)¹⁴⁵ and understaffing in both Centres for Social Work and other institutions which should cooperate in the multidisciplinary protection teams (for example, in healthcare). Not only does this potentially lead to exhaustion and stress among experts, but

145 B Hočevár, ‘Sodnih izvedencev je vsaj pol premalo’ [There are at least half as many court experts as needed], *Delo* (14 April 2021) <<https://www.delo.si/novice/slovenija/sodnih-izvedencev-je-vsaj-pol-premalo/>> accessed 26 July 2023.

it also lengthens the child protection process and delays the already insecure situation of children and their families.

Last, despite being adequately regulated in the legal framework, the child's right to participation and expressing their opinion in the course of judicial proceedings seems to lack sufficient implementation in practice. Given the impact the potential protective measures imposed by the authorities have on children's lives, their views should be given due consideration in the decision-making process. The existing case law suggests that the Courts rarely refer to the child's opinion and do not consider their statements in detail.

Despite these issues, the Slovenian child protective framework was improved substantially with the family law reform that fully entered into force in 2019. It therefore remains to be seen how the change in the decision-making dynamics and roles of the relevant state actors plays out in the following years.

Child Protection in Spain: At the Crossroads between Public and Private Law

Monica Navarro-Michel

I.	Legal and organisational background	477
	1. Child and youth welfare organisation.	477
	2. Historical background	479
	3. Current legal framework	480
II.	Legal powers of authorities responsible for child protection	482
	1. Care and protection process	482
	2. The child at risk.	482
	3. The helpless child	486
III.	Procedural powers and remedies available to families and how they are applied in practice	489
	1. Child Protection Agencies' powers and opposition by families	489
	2. How are issues of cross-border family welfare dealt with and what role do the child protection agencies play?	491
IV.	Sociocultural studies	492
V.	Difficulties in practice and dogmatic concerns.	493
	1. Foster care and residential care	493
	2. Family reintegration	494
	3. Unaccompanied foreign minors	496
VI.	Proposed changes and conclusion	497

The aim of this chapter is to present how the Spanish system of child protection works. Situations that trigger or justify State intervention, and the measures to be adopted, may be clearly defined by regulations, but on a practical level, challenges remain. This chapter will examine the relevant legal framework for State intervention when the child is deemed to be at risk of harm or in a state of helplessness, and how rules are implemented in practice.

I. Legal and organisational background

1. Child and youth welfare organisation

The system of child protection in Spain is two-tiered. At the municipal level there are social services, which may or may not have a specialised section for child protection, and at the regional level there is a specific administrative body in charge of child protection, which will be referred to here as Child

Protection Agency (CPA). The competent administration for intervention depends on the severity of the situation, either risk or abandonment, which are two normative concepts. If the child is at risk, local social services must intervene. Local administrations have a duty to assess situations where the child may be at risk, and to provide immediate attention if needed. Authorities must work together with the family to find useful measures to ensure adequate care for minors, but if the family does not collaborate, or if the situation is dire and the child is helpless or abandoned, the CPA will intervene and separate the child from the family.

In every municipality of more than 20,000 inhabitants there are social services specialised in childhood, adolescence, and youth,¹ which have the duty to aid children at risk, and to collaborate with families in distress. However, when the child is at high risk of marginalisation, or in a situation of danger that may require the child to be separated from the parents, the case will be referred to the CPA, at the Autonomous Community level. Public authorities responsible for the protection of minors are administrative bodies which apply private law concepts, such as parental responsibility, guardianship, foster care, with administrative tools (administrative resolutions, directly enforceable) which do not require judicial authorization to be implemented. However, public authorities' measures are supervised by the public prosecutor in charge of minors and may be challenged before the civil courts.²

In Spain, public prosecutors have an important role to play in all cases where measures are adopted which affect or involve minors. Besides its better-known role in criminal proceedings, public prosecutors have an important role in all civil proceedings that affect minors. They must intervene to ensure the protection of the public interest and to serve the best interests of the minor.³ There are public prosecutors who specialise in child protection⁴ that intervene in all enquiries into the liability of persons over fourteen and

1 Spanish Law which regulates the basis of local government [*Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local*], art 26.1.c.

2 Not administrative law courts, as perhaps could be expected.

3 Art 124 Spanish Constitution and Public Prosecutor Law [*Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*]. The prosecutor in civil matters intervenes in defence of the legality and the public interest as protected by the law, and therefore will assume a supervisory and protective role in divorce cases when there is a minor, and in cases pertaining to parentage claims, to name a few examples.

4 The specialised units currently deal with the following areas: violence against women, protection and reform of minors, labour accidents, immigration, road safety, territorial planning and protection of the historical heritage, the environment and forest fires, cybercrime, and international cooperation.

under eighteen years of age for the commission of acts defined as crimes,⁵ and participate in the supervision and control of public authorities, playing a key role in the protection of minors.

In its role of protection, the public prosecutor and the CPA are bound by law to cooperate. Public prosecutors must inform the CPA of any situation in which a minor is at risk or in a situation of abandonment – among others, those deriving from offences committed by minors under fourteen years of age, or against minors – so that legal measures can be adopted. Conversely, prosecutors must be informed of any measures adopted by the CPA, for example, when a child is removed from their parents. Prosecutors may contest measures adopted by the CPA if deemed inappropriate or contrary for the best interest of the minor and will participate in proceedings to contest such measures. If measures adopted by the administration are contested, either by the family or the prosecutor, then courts will intervene.

2. Historical background

In the early twentieth century, child protection was seen as part of public charity, and social protection was perceived mainly as a means to avoid a danger to society, rather than a child's right to be protected, and focused on the needs and rights of the individual person. The Spanish Constitution (CE) in 1978 changed this scenario. It enshrined fundamental rights and human dignity as the foundation of political order and social peace⁶ and mandated public authorities to remove any obstacles that hinder equality and liberty.⁷ Among the principles that guide social and economic policies, the Constitution sets out the public authorities' obligation to ensure 'social, economic and legal protection of the family'⁸ with an emphasis on minors, in accordance with international agreements. Parents must assist their children, regardless of their marital status (married parents or not married).

Besides the Constitution, the two other milestones regarding child protection were the Spanish Law on adoption in 1987 (now abrogated) and the Organic Law on the Legal protection of Minors in 1996 (still applicable but

5 Public prosecutors guarantee respect for the fundamental rights of minors who are either offenders or victims, and it encourages extra-judicial solutions. While the proceedings take place, the prosecutor may ask the Judge for Minors to adopt preventive measures. When requesting definitive measures to be applied, the prosecutor always acts to ensure the child's best interests, seeking to modify or replace, if necessary, those measures imposed by the ruling, and may contest those measures.

6 Art 10 CE.

7 Art 9.2 CE.

8 Art 39 CE.

the current version has been amended many times). The Spanish Adoption Law 1987⁹ introduced significant changes on adoption as an institution of child protection,¹⁰ as well as other relevant provisions on automatic guardianship by public authorities, and foster care. Before this piece of legislation was passed, the vast majority of minors were placed in residential care when separated from their families. This regulation introduced improvements in the process of selecting adoptive parents, among other measures that set out an increase of control by the administration. Organic Law on the Legal Protection of Minors 1996 robustly established a central role of the child in all decisions about them, according to their capacity, and held that the best interest of the child should be paramount.

Spain has seventeen Autonomous Communities, each with their own parliament, and all of them have assumed competence on social services.¹¹ Minor protection traditionally falls within the scope of social services but is not limited to it, and legislative powers rely on a specific mention of minor protection. Therefore, Spanish laws on the protection of minors may be applicable, but only when an autonomous community does not have specific regulation on a given issue. This regulatory dispersion generated a plurality of systems of child protection: different regions could deem the child to be at risk in different scenarios, given the different criteria used. Lack of homogeneity has been curtailed, in part, since 2015, as the Spanish law provides specific criteria and aims at unifying some of the core aspects of child protection,¹² mainly those related to fundamental rights.

3. Current legal framework

Regulation on the protection of minors, both children and adolescents, is set out in Organic Law 1/1996 of 15 January, on the Legal Protection of Minors (LOPJM), which partially amends the Civil Code (CC) and Civil Procedure

9 1987 Adoption Law [*Ley 21/1987, 11 Noviembre, que modifica el Código civil y la Ley de enjuiciamiento Civil en materia de adopción*].

10 Previously, minimum references in the Spanish Civil Code coupled with an almost lack of control of certain aspects of adoption could lead to child trafficking or inadequate selection of adopted parents, as the Preamble of the Adoption Law warned.

11 As allowed by art 149.1.20 CE.

12 For further details, C Martínez García, 'El sistema de protección de menores en España' in C Martínez García (ed), *Tratado del menor. La protección jurídica de la infancia y la adolescencia* (Cizur Menor 2016) 379–435; MC García Garnica, 'La guarda como medida de protección de menores y personas con discapacidad por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia', *Anuario de Derecho Civil* (ADC) 4 (2017) 1375–1421; L Noriega Rodríguez, 'Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia', ADC 1 (2018) 118.

Act.¹³ This piece of legislation has been amended several times. For the purposes of this chapter, three amendments must be highlighted: two reforms introduced in 2015¹⁴ and the latest one in 2021.

The declared purpose of the reform made by Organic Law 8/2015 of 22 July, which amends the system for protection of childhood and adolescence, was threefold. Firstly, to reinforce the idea that the best interest of the child should be paramount, following the General comment No 14 (2013) on the right of the child to have his/her best interests taken as a primary consideration, issued by the UN Committee on the Rights of the Children on 29 May 2013. The best interest of the child is a right, a principle, and a rule of procedure, and the 2015 reform expands the situations where the child has the right to be heard. Second, to provide regulation on the specialised centres for the protection of minors with behavioural problems. There has been an increase in the number of high conflict minors, who have aggressive behaviour, and use violence against their parents who find they are not able to exercise their parental duties and request for the child to be interned in a specialised centre.¹⁵ This situation will not be dealt with in this chapter as it falls outside its scope. Finally, the law addresses some measures to be applied when the child's mother is a victim of domestic violence.

Law 26/2015 of 28th July, which amends the system for protection of childhood and adolescence, introduces the widest reform to the LOPJM. It provides guiding principles on minor protection; the definition and indicators of risk; the procedure by which welfare services implement protection measures regarding the family and the minor; the definition and circumstances that give rise to a situation of abandonment, which lead to the separation of a minor from his/her family and the need to adopt foster care, residential care and, when there is no possibility to return to the family, adoption.

Finally, Organic Law 8/2021 of 4 June, on the integral protection of childhood and adolescence from violence, specifically deals with violence against minors, both physical and psychological as well as emotional, that may occur in the home, in schools and in other places, as well as online (cyberbullying, grooming, sexting, etc.). It aims at prevention and early detection, establishes

13 LOPJM for the Spanish acronym of Organic Law on the Legal Protection of Minors.

14 The Spanish Parliament passed two separate laws in July 2015 with the same title, one Organic Law and one ordinary law. An Organic Law is a law that affects constitutional rights and therefore requires larger parliamentary majorities for approval (as per art 81 CE). It is not unusual for certain topics to be regulated in two separate laws, one that includes provisions that involve fundamental rights, and one that contains all the other provisions.

15 The admission to the centre requires judicial authorization. The 2015 Organic law also details the security measures and containment measures that may or, perhaps most importantly, may not be used.

the measures relating to protection of minors, and amends the criminal law and the laws of procedure (both civil and criminal). The law has a holistic approach because it emphasises prevention and early detection, as well as education and social awareness. One of the most relevant amendments is the extension of time to report sexual crimes against minors: Organic Law 8/2021 introduces the rule that time limitation periods will only start to count from the moment the victim reaches 35 years of age.¹⁶

II. Legal powers of authorities responsible for child protection

1. Care and protection process

Two situations trigger a response by the State. One is the child at risk (*situación de riesgo*), and the other, more serious situation, is the child in a situation of helplessness (*situación de desamparo*). Risk and helplessness situations are normative concepts and require different approaches. Briefly, children and adolescents at risk of harm do not require separation from their family; however, separation is necessary if the situation is of helplessness. When a child is deemed to be at risk, parents may need aid and assistance in caring for the child, and social services should be able to work with the family to help them deal with the situation that places the child at risk. When a child is deemed to be helpless or abandoned, the child shall be removed from the family, given the real danger for harm. In this case, the CPA will place the child in the care of his/her extended family; if this is not possible, the State will provide foster care, or residential care, which is the last preference. If the danger is deemed to be permanent, and there is no real possibility of reuniting the child with his/her family, adoption procedures may begin.

2. The child at risk

Any person who is aware of a situation where a minor may be at risk of harm has a duty to inform the authorities, especially those who, by their profession, trade or activity, are in a position to detect these situations.¹⁷ The majority of notifications of risk are made by social services.¹⁸ Authorities must investigate and adopt appropriate measures. Spanish legislation uses overly

16 The law is popularly known as 'Rhodes law' after Spanish-British concert pianist James Rhodes, who suffered sexual abuse as a child, publicly campaigned for this amendment.

17 Art 13 LOPJM.

18 39.2% of all notifications of risk are made by social services; 12% are made by schools, 9.3% by the police and 9% by healthcare services. The rest stem from 'others,' a wide category that

broad concepts ('when necessary', for example) which allows social services to use their discretionary powers.

a) Indicators of risk

Risk is defined as harm to the development (personal, familiar, social, or educational), wellbeing or rights of the minor.¹⁹ The risk is not serious enough to justify the next level of protection, namely, the declaration of helplessness (in scope, intensity, or persistence), but the potential harm does merit the State's intervention in order to eliminate, reduce or counteract the difficulties or maladjustments that affect the child, without having to separate the child from his/her family.²⁰

This situation of risk can be caused by a myriad of circumstances, deficiencies, or conflicts within the family, or in the social or educational sphere. The fact that State regulations include some indicators of risk²¹ is seen as a welcomed guidance, given that some Autonomous Communities' regulations did not provide any criteria to indicate when authorities should intervene. Before the latest amendment in 2021, LOPJM referred to risk as linked to situations that would harm personal or social development of the minor. Since 2021, the law provides detailed risk indicators,²² such as violence or

includes clubs, sports centres and other leisure activities. See Observatorio de la Infancia, *Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia* 23 (2021) 157.

19 According to art 17.1 LOPJM.

20 Even though the law refers to 'parents or persons exercising guardianship, custody, or foster care', the focus will be on parents exclusively, for clarity's sake, but the reader must be aware that if there are any persons who have a role in the care of the children, legal provisions include them as well.

21 'Indicators of risk' since the amendment introduced by Law 26/2015, and not 'risk factors'.

22 The indicators of risk mentioned in art 17.2 LOPJM include: a) Lack of physical or psychological care of the minor by the parents which entails a slight damage to the physical or emotional health of the minor when it is estimated by the nature or repetition of the episodes, the possibility of its persistence or the aggravation of its effects; b) Negligent care of the minors or lack of medical follow-up by the parents; c) The existence of a brother or sister declared at risk or helpless, unless the family circumstances have significantly changed; d) The use, by the parents, of habitual and disproportionate punishment and violent correction patterns that, without constituting a severe episode or a chronic pattern of violence, harm their development; e) The negative evolution of the 'intervention program' designed with the family, or the obstruction to its development or implementation; f) Discriminatory practices, on the part of those responsible for the parents, against children and adolescents that are detrimental to their well-being and their mental and physical health, in particular: 1. Discriminatory attitudes due to gender, age or disability that may increase the chances of confinement to the home, lack of access to education, limited leisure opportunities, lack of access to art and cultural life, as well as any other circumstance that due to gender, age or disability, prevent them from enjoying their rights equally. 2. The non-acceptance of the child's sexual orientation, gender identity or sexual characteristics; g) The risk of ablation, female genital mutilation, or any other form

risk of violence, negligent care, risk of female genital mutilation or forced marriage, discrimination based on the child's sexual orientation or gender identity, and children of mothers who are victims of gender violence²³ or trafficking.

In addition to the list of indicators of risk, there are two additional situations which are considered, *per se*, dangerous situations, with specific action plans: prenatal risk and refusal of necessary medical treatment. Prenatal risk occurs when a pregnant woman does not take physical care of herself, or when there is substance abuse; also, when there is any other action (either caused by the woman herself, or by third parties tolerated by her) which harms the normal development or may cause physical, mental, or sensory illnesses or anomalies to the newborn.²⁴ Healthcare services and healthcare professionals must notify this situation to the competent public administration, as well as to the public prosecutor. Once the child is born, the intervention with the child and the family will continue so that, if necessary, further measures may be adopted, after declaration of a situation of risk or helplessness.

The second situation refers to parents who refuse medical treatment deemed necessary in order to safeguard the life or physical or psychological integrity of a minor. When this happens, the child is deemed to be at risk.²⁵ However, social services will not necessarily be called to intervene, as healthcare providers will generally obtain judicial authorisation for the necessary medical treatment, either directly to the court or through the public prosecutor's office.

b) Appropriate measures: a social and educational family intervention project

Parents are the primary carers of their children. Occasionally, parents may need assistance in providing care and the State must step in to provide such

of violence in the case of girls and adolescents based on gender, promises or agreements of forced marriage; h) The identification of mothers as victims of trafficking; i) Girls and adolescents who are victims of gender-based violence; j) Multiple admissions of minors to different hospitals with recurrent, unexplained and/or non-diagnostically confirmed symptoms; k) The habitual consumption of toxic drugs or alcoholic beverages by minors; l) Exposure of the minor to any situation of domestic or gender violence; m) Any other circumstance involving violence against minors which, if it persists, may evolve and result in the abandonment of the child or adolescent.

23 As defined in art 1.1 2004 Organic Law on comprehensive protection measures against gender-based violence [*Ley Orgánica 1/2004, 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*].

24 Art 17.9 LOPJM.

25 Art 17.10 LOPJM.

help, either financially or technically, to ensure parents give adequate care. Social services responsible for the protection of minors have a duty to verify all reported situations and to intervene²⁶ with an aim to reduce the indicators of risk, to prevent further harm to the child, while preserving the family unit.²⁷ Child protection services will design and implement a 'social and educational family intervention project', which includes the objectives, necessary actions to be taken, available resources, and a time schedule.²⁸ In order to promote the child's protection, it is deemed sufficient for the State, via social services, in coordination with schools and health services, to provide help to the parents so they can provide the necessary care for their children.

The guiding principle in all interventions should be collaboration, both with the child and his/her family, without unduly interfering with their school, social or work life.²⁹ Parental participation is sought in any intervention. The child has a right to be heard if sufficiently mature or at least the age of twelve or older.³⁰ This 'intervention project' should be comprehensible and made available in accessible format and signed by the parents. If parents fail to sign this project or to cooperate in the implementation of the necessary measures, the child will be declared at risk.³¹ This is done by a motivated administrative resolution after hearing both the parents and the minor, if he/she has sufficient maturity and, in any case, from the age of twelve. The administrative resolution, which may be appealed, will include specific measures regarding the minor.³²

Measures adopted regarding a child at risk allow children to live with their parents. The Spanish law does not refer to any specific measure. In contrast, some Autonomous communities do provide detailed regulation. For instance, Catalan Law mentions the following regulations:³³ guidance, counselling and assistance to the family; socio-educational programs for parents; help to accompany the minor to school or other activities, psychological support or study aids; home help; socio-educational services; health care, including psychotherapeutic intervention or family treatment, both for the parents and for the child or adolescent; training programs for adolescents

26 Arts 16 and 17.3 LOPJM. All persons who, by virtue of their profession or function, have knowledge of the case shall act with due reserve, as per art 13.3 LOPJM.

27 Art 17.1 LOPJM.

28 Art 17.4 LOPJM.

29 Art 15 LOPJM.

30 Art 17.4 LOPJM.

31 Art 17.5 LOPJM.

32 Art 17.6 LOPJM.

33 Catalan Law on the rights and opportunities for children and adolescents [Lei 14/2010, 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència]. In particular art 104.

who have dropped out of the school system; personal assistance for parents with functional diversity, personal assistance for children and adolescents with functional diversity; as well as any other social and educational measure that contributes to the elimination of the situation of risk.

3. The helpless child

a) Circumstances

The Spanish law identifies circumstances that give rise to a situation of helplessness,³⁴ which must be assessed and balanced according to the principles of necessity and proportionality and be serious enough to pose a threat to the physical or mental integrity of the minor.³⁵

34 I think 'helplessness' is the closest translation of 'desamparo', the term used by the Spanish law (since the Spanish Adoption Law 1987). However, Spanish legal scholars also use the term state of abandonment, or neglect, to refer to this legal situation, so these terms are used in the text interchangeably.

35 Art 18.2 LOPJM mentions the following circumstances: a) Child abandonment; b) The expiration of the term of voluntary guardianship (which is two years); c) The risk to the life, health, and physical integrity of the minor. In particular, when there is serious physical mistreatment, sexual abuse or gross negligence in the fulfilment of duty to provide maintenance and health obligations by persons of the family unit or third parties with their consent; also when the minor is identified as a victim of human trafficking and there is a conflict of interest with the parents; or when there is repeated substance abuse or other addictive behaviour of the minor with the knowledge, consent or tolerance of the parents. Such consent or tolerance exists when the necessary efforts have not been made to alleviate the conduct, as when no request for counselling is made, or there is a lack of sufficient cooperation with the treatment, once these behaviours are known. Helplessness also occurs when serious harm to the new-born is caused by prenatal abuse; d) The risk for the mental health of the minor, his/her moral integrity, and the development of his/her personality due to continued psychological mistreatment by the parents or to a lack of serious and chronic attention to the child's emotional or educational needs. When this lack of attention is conditioned by a serious mental disorder, by habitual consumption of potentially addictive substances or by other habitual addictive behaviours, the absence of treatment by parents, tutors or guardians or the lack of sufficient collaboration during treatment will be considered an indicator of neglect; e) Non-compliance or impossible or inadequate exercise of guardianship duties as a consequence of the serious deterioration of the family environment or living conditions, when they give rise to circumstances or behaviours that harm the development of the minor or his/her mental health; f) Induction into begging, delinquency or prostitution, or any other similar form of child exploitation; g) School absenteeism. This includes cases where the child has not been registered in a school, or when the child does not attend classes, in a persistent and unjustified manner, as well as continued permissiveness or inducement to truancy during the years of compulsory schooling; h) Any other situation which is seriously detrimental to the child, caused by the breach or the impossible or inadequate exercise of parental authority, which cannot be avoided so long as the child remains with his/her family. When a sibling has been declared helpless, this will be an indicator of helplessness, unless the family circumstances have changed in an obvious manner.

Poverty and disabilities are expressly excluded and may not be taken into account when assessing the situation of helplessness. Poverty is a circumstance that, on its own, may not lead to a declaration of helplessness. Social welfare should help persons in an economically deprived situation overcome their difficulties, but not by taking children away. The ECtHR, in the case *R. M. S. v Spain*, No 28775/12, confirmed this on 18 June 2013: a mother's economic hardship cannot, *per se*, justify the removal of a child from the mother's care. Regarding disability, minors may not be separated from their parents on the grounds of disability, regardless of who is affected by disability, whether the child, or one or both parents.

b) Appropriate measures: the removal of the child

When a minor is neglected or abused, the State must intervene to protect the child. Before the CPA is legally able to remove minors from their parents, it must issue a declaration of legal helplessness, stating that the child is deprived of the necessary moral or material assistance, as a result of the breach of the legal duties of parental responsibility, either because parents are unwilling or unable to provide care.³⁶

Legal consequences come into effect automatically based on the administrative resolution: the CPA assumes legal guardianship of the child, parental authority is suspended,³⁷ and the child is removed from the family home. CPA may assume provisional guardianship of a minor while it takes steps to investigate the circumstances regarding the abuse or neglect, identifies the child and informs the public prosecutor.³⁸

Parents and children who are sufficiently mature or at least twelve years old must be legally notified of the administrative resolutions. Notification must be done immediately or within a maximum period of forty-eight hours. The information shall be clear, comprehensible and in an accessible format, including the causes that gave rise to the intervention of the public authority and the effects of the decision adopted. Whenever possible, and especially in the case of the minor, this information shall be provided in person.³⁹ One of the issues that has resulted in legal difficulties for the parents is inadequate notification. Time is of the essence and parents must be able to exercise their right to oppose this administrative decision.

³⁶ According to art 172 CC, and art 18.2 LOPJM.

³⁷ However, any acts of patrimonial content carried out by the parents on behalf of the minor, which are in the interest of the child, will be valid (art 172 CC).

³⁸ Art 172.4 CC and 14 LOPJM.

³⁹ Art 172 CC.

Child removal must be tailored to the child's needs. The options, in order of legal preference, are to place the child with the extended family, a foster family, or residential placement. Spanish regulations highlight three guiding principles applicable here: family versus residential measures shall be preferred; stable measures are preferable to any temporary measures, and consensual measures are preferred over imposed ones.⁴⁰

There are three types of foster care, depending on its duration and objectives:⁴¹

1. Emergency foster care, mainly for minors under the age of six. The duration of this measure shall not exceed six months, while a protection measure is decided.
2. Temporary foster care. This measure is transitory and has a maximum duration of two years. The CPA may opt for temporary foster care when it anticipates that the minor may soon be returned to his/her family or when it is finding a more permanent or stable solution, such as adoption. The two-year period may be extended in the child's best interest due to the foreseeable and immediate family reintegration, or the adoption of another definitive protection measure.
3. Permanent foster care, which will be constituted either at the end of the two-year period of temporary foster care when family reintegration is not possible, or directly in cases of minors with special needs, or when the circumstances of the minor and his family so advise. Foster carers may be awarded legal custody and guardianship to facilitate the performance of their duties, when this is deemed to be in the child's best interest.

According to the most recent data available, from 2020,⁴² the majority of minors in family foster care are with their extended family (64%).⁴³ It is interesting to note that 5% are in emergency foster care, 23% in temporary foster care, 63% in permanent foster care and 9% are pre-adoptive. Only 11% are foreign minors.⁴⁴ Situations that give rise to the need for protection are emotional abuse (33%), physical abuse (16%), sexual abuse (6%), and, mainly, negligent care (45%).⁴⁵

40 Art 12 LOPJM.

41 Art 173 CC.

42 Observatorio de la Infancia, *Boletín de datos estadísticos...*, 39.

43 Usually with their maternal grandmothers, as per E Martínez Miguel, A Gimeno Collado, F González Sala, 'Acogimiento en familia extensa: perfil psicosocial de las familias y de los menores acogidos', *Revista sobre la infancia y la adolescencia* 20 (2021) 103.

44 Observatorio de la Infancia, *Boletín de datos estadísticos...*, 44.

45 Observatorio de la Infancia, *Boletín de datos estadísticos...*, 180.

Family removal does not imply severance of all ties between minors and parents, as there may be contact and visits between minors and their parents, unless public authorities deem this to be contrary to the child's best interests.⁴⁶ The minor's personal relations with his/her siblings, grandparents and other relatives may not be prevented without just cause, and in case of opposition, the judge will decide according to the circumstances. Public authorities must ensure that measures that enable the relations with extended family members are not used by the child's parents to infringe the resolutions which restrict or suspend parental relations with the minor. For example, if the child is removed from its parents, and the parents infringe this decision by constantly visiting the child who is now living with grandparents, a different resolution would be necessary.

All measures to remove children from parents should be taken to protect the child. However, the final goal, whenever possible, is to reunite children with their families.

III. Procedural powers and remedies available to families and how they are applied in practice

1. Child Protection Agencies' powers and opposition by families

It is important to highlight that children may be removed from their family without court intervention. A mere administrative resolution will suffice. The fact that the CPA, an administrative body, has the capacity to remove children from their family has been called into question given that such extraordinary measures would seem to require judicial intervention.⁴⁷ The reason given during parliamentary debate to justify the suppression of judicial authorisation lies with the perceived need to expedite cases because child protection measures must be swiftly adopted. This is part of a wider de-judicialisation trend in Spain where in the absence of conflict courts should not intervene to merely rubber-stamp decisions made by the administration.

If not the courts, who supervises? All decisions made by the CPA will be supervised by the Public Prosecutor Office in charge of the protection of minors. Increasingly, there is a close collaboration between public prosecu-

⁴⁶ Art 161 CC.

⁴⁷ For further discussion, see MA López Azcona, 'Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia', *Boletín del Ministerio de Justicia* 2185 (2016) 27.

tors and regional CPAs, and the former are provided access to the latter's IT network, to ensure direct supervision.

Judicial control occurs *ex post facto* and only when administrative decisions are contested by the public prosecutor or families. Decisions made by the CPA may be contested before the civil courts by parents, minors affected by the resolution, foster parents, guardians, or the public prosecutor, within two months of notification.⁴⁸ To ensure no delays, these claims have preferential processing in court⁴⁹ and should not last longer than three months.⁵⁰ In the meantime, while the court examines the case, the administrative resolution will produce effects. In 2020 there was a 25% decrease in the number of cases where parents contest decisions made by child protection agencies, no doubt due to covid.⁵¹ However, the previous year saw a 31% increase.⁵² Currently, given that prosecutors work closely with child protection services, only a relatively small number of contested decisions are brought by the public prosecutor.

If not contested judicially, parents may still request the CPA revoke the declaration of helplessness due to a change in circumstances because they believe they are able to resume parental authority. Parents will be able to make this petition within two years of the administrative resolution.⁵³ Once the two-year period elapses, parents are no longer entitled to make this request for revocation directly, but will have to communicate the change in circumstances to the public prosecutor, who may contest the CPA's resolution.⁵⁴ The public authority, *ex officio* or at the request of the public prosecutor or the interested person or entity, may revoke the declaration of helplessness and decide to return the child to his/her family, provided that this is in the child's best interest. The public authority will notify the public prosecutor of its decision.

48 Art 780 Spanish Law on civil procedure (LEC).

49 Arts 753, 779 LEC.

50 Art 779 LEC.

51 Fiscalía General del Estado, *Memoria* (2021) 949.

52 Fiscalía General del Estado, *Memoria* (2020) para 6.3.4.

53 Change of circumstances must be sufficient to warrant the reestablishment of the family unit, as not every slight change of circumstances will be meaningful. C Argelich Comelles, 'Hacia un sistema armonizado de protección de menores en situación de riesgo y desamparo,' *Revista de Derecho Civil* 4 (2017) 133.

54 Art 172.2 CC.

2. How are issues of cross-border family welfare dealt with and what role do the child protection agencies play?

One of the guiding principles of child protection in Spain includes the need to have respect for and appreciation of ethnic and cultural diversity.⁵⁵ Authorities may be assisted by cultural mediators who are a key factor in narrowing the gap between the State and cross-border families, given that families may distrust authorities and avoid approaching social services if they are fearful of their children being taken away. Intercultural mediators are specialised professionals within social services. Their intervention is particularly useful to help families navigate the difficulties they encounter and to promote social inclusion. Unfortunately, not all social services are equipped with (enough) trained intercultural professionals.

Statistics about child protection may not include desegregated data according to the families' nationality, so it is difficult to get a clear picture. For example, regarding school absenteeism, the Annual Report made by the public prosecutor states that it tends to be a problem in some ethnic communities, particularly in some rural areas,⁵⁶ but provides no further detail. Information, if available, is not made public.

Home schooling is not allowed in Spain and parents have the obligation to enrol their children in school,⁵⁷ and to ensure their adequate attendance. When parents fail to enrol the child or fail to ensure regular attendance, public authorities are informed and must take necessary measures.⁵⁸ These measures will vary depending on the circumstances of the case, and on whether the parents agree with the notion that the child should go to school. The underlying cause of the child's lack of adequate school attendance may not relate to parental opposition, but rather to practical difficulties in transporting the child to school. If this is the case, social services should provide help with getting the child to school. If, however, parents refuse to take a child to school based on religious or ideological grounds, the approach may be different. The first step would be to call upon a cultural mediator to engage in conversations with the family, to stress the importance of an education and to explain that it is, in fact, a parental legal duty. School attendance is relevant not only for such education, but because schools are usually at the front line in detecting potential abuse of girls whose families

⁵⁵ Art 11.2.m LOPJM.

⁵⁶ Fiscalía General del Estado, Memoria, 2020, para 6.3.2.2.

⁵⁷ In Spain, mandatory schooling is from 6 to 16 years old. See Organic Law on Education [*Ley Orgánica 2/2006, 3 de mayo, de educación*].

⁵⁸ Art 13.2 LOPJM.

may be planning prohibited practices such as forced marriage or female genital mutilation. Early detection is crucial to prevent these situations.⁵⁹ When all else fails, the public prosecutor gets involved and will file criminal charges against parents for breach of duties inherent in parental authority.⁶⁰

IV. Sociocultural studies

Public authorities that deal with minors publish annual reports, such as the CPA of each Autonomous Community, the Public Prosecutor in charge of minor protection and the Ombudsman, which have been referred to throughout this chapter. The most comprehensive annual report is provided by the Observatory of Childhood, from the Spanish Ministry of Social Rights and Agenda 2030, which publishes studies on children and adolescents and provides statistical data⁶¹ on different topics related to children and adolescents. However, statistics about child protection do not include desegregated data according to the families' nationality.

The latest reform, in 2021, of LOPJM mandates the Sociological Research Center (*Centro de Investigaciones Sociológicas*) to conduct an annual survey on the opinions of the population, including adults, children and adolescents, regarding violence against minors. It shall include opinions on the usefulness of the measures established in the law, which will make it possible to establish time series to assess the most relevant social changes regarding violence against minors.⁶² The survey will include a disability and gender perspective which will ensure that children and adolescents with disabilities are represented among the respondents.

The Spanish *Defensor del Pueblo* or Ombudsman made several recommendations.⁶³ Among them, to allocate the necessary resources to guarantee the effective implementation of foster care as a priority child protection measure as opposed to residential care; to encourage foster care by increasing support and benefits, psychological support programmes and ongoing training; to develop professional foster care, who could be in charge of minors with complex situations. Some recommendations have been incorporated into legal reform.

59 In Catalonia, for example, from 2010 to 2019, there were 85 cases of girls at risk of forced marriage. Generalitat de Catalunya – Mossos d'Esquadra, *Visualització de dades de matrimonis forçosos* <https://mossos.gencat.cat/ca/els_mossos_desquadra/indicadors_i_qualitat/dades_obertes/Visors_altres_dades/visualitzacio_matrimonis_forcosos/> accessed 3 August 2023.

60 Fiscalía General del Estado, *Memoria* (2020) para 6.3.2.2.

61 <<https://observatoriodelainfancia.mdsocialesa2030.gob.es>> accessed 25 June 2023.

62 Organic Law 8/2021, third additional provision [disposición adicional tercera].

63 Defensor del Pueblo, *Los niños y los adolescentes en el Informe Anual* (2020) 135–136.

V. Difficulties in practice and dogmatic concerns

1. Foster care and residential care

When parents are unable to care for their children, care usually falls on the extended families. There are cases of what is called ‘improper foster care,’ where relatives care for children in an informal way. If children are well taken care of, there will be no risk of harm. However, in some Autonomous Communities families (usually grandparents) formalise foster care in order to be entitled to aid and support. For example, it is estimated that between 80 to 85% of family foster care cases in the Community of Madrid the child is not in a situation of risk, though families may need some form of economic aid.⁶⁴ The debate then revolves around how families may tap into additional economic aid when they are in charge of grandchildren or other relatives. In some regions, there is concern about the lack of supervision when minors are under the care of the extended family.⁶⁵

There is a lack of unrelated foster parents. Given that foster families are legally preferred to residential care,⁶⁶ there is a need to promote this service.⁶⁷ Foster families are not always easy to find, and the necessary process to meet the legal requirements to become a foster parent may be too lengthy. There are additional difficulties to finding foster families when the child is older (over seven years old), has a disability, or has siblings.⁶⁸ There is a need for specialised foster families, as guardians often lack specialised knowledge or training for children with special needs.⁶⁹ Regarding adoption, the period between the initial request for adoption and the declaration of suitability to become adoptive parents can be too long.⁷⁰

Residential care centres generally work well and do not have serious shortcomings.⁷¹ In the last year, however, there has been an outcry as some children were found to have been sexually abused while in residential care in Madrid, Valencia and the Balearic Islands.

64 Defensor del Pueblo, *Los niños y los adolescentes...*, 133.

65 Fiscalía General del Estado, *Memoria* (2021) 949.

66 Art 11.2 LOPJM.

67 Family foster care is prevalent at 53% of cases, as opposed to 47% of residential care. Only 18% of residential care facilities are publicly owned centres; the majority are provided by private collaborating entities. Observatorio de la Infancia, *Boletín de datos estadísticos...*, 25 and 29.

68 Defensor del Pueblo, *Los niños y los adolescentes...*, 135–136.

69 Art 20.1 LOPJM, in its 2021 reform, introduced the notion of specialised foster families with full-time dedication. In this case, guardians may receive economic compensation, beyond financial aid.

70 Fiscalía General del Estado, *Memoria* (2021) 949–950.

71 Fiscalía General del Estado, *Memoria* (2020) 6.3.8.

2. Family reintegration

Removal of children from their parents should be an exceptional measure and its final objective should be to reunite the child with their family.⁷² Only when there is a well-founded prognosis that the return of the minor to the family of origin is impossible or contrary to the child's best interest, adoption procedures may begin.

Certain requirements must be fulfilled before family reunification can be approved by the CPA:⁷³ there must be evidence of a positive development of the family's situation, 'objectively sufficient' to restore children with their families; there must have been family contacts during the time children were removed; there must be an intention to carry out parental responsibilities adequately. Finally, there must be a report stating that family reunification does not pose a relevant risk for the minor.⁷⁴ Among other criteria, the CPA will take into account how much time has lapsed after separation, and how successfully the minor has integrated with the foster family and developed affective ties with them.⁷⁵

In practice, reintegration to the family after placement is very rare.⁷⁶ Public authorities' inaction may, in fact, hinder reunification by creating a perverse cycle:⁷⁷ After placement, the CPA suspends contact between biological parents and child, the child generates bonds with the foster family, and then the adoption process starts, given that biological parents do not retain contact with the child. It may be difficult to ascertain whether contact does not occur because parents are uninterested or because they are unable to due to formal obstacles. Authorities are required to have an active role in reunifying the child with their biological parents once the family's circumstances have changed for the better.

72 Art 172.3 CC. Family reintegration will be decided by the CPA when it is in the child's best interest, and they will notify the prosecutor in charge of child protection. This decision implies the declaration of helplessness is revoked, and this might be done ex officio, or at the request of the public prosecutor or any interested person.

73 Art 19 bis.3 LOPJM.

74 Art 19 bis.4 LOPJM.

75 Art 19 bis.3 *in fine* LOPJM.

76 According to the Observatorio de la Infancia, *Boletín de datos estadísticos...*, 27, only 11% of minors placed in residential care are reintegrated with their family. P Benavente Moreda, 'Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia', *Derecho Privado y Constitución* 23 (2009) 51, deemed family reunification to be a mere *desiderátum*, given that it seldom occurs in practice.

77 As highlighted, among others, by M Ordás Alonso, 'El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio', *Aranzadi civil-mercantil* 9 (2016) 45.

One of the current problems is that public authorities may delay reunification even though the parent's circumstances have changed. It is difficult to ascertain the cause for this delay. In some cases, it may be because there is inadequate followup because the professional teams in charge of the reunification are inadequately funded and overextended. In other cases, the professional teams may believe that the minor will be better taken care of by the foster family who is better able to cover all material and emotional needs. The Spanish Constitutional Court [Tribunal Constitucional] has stressed the idea that it is not enough that the child would be better off if placed in care.⁷⁸ Authorities may not remove children from their families unless there are powerful reasons to do so, based on the danger faced by the child. When the circumstances that justified removal disappear or diminish significantly, the child must be returned.

This has led to a number of liability claims against public authorities on the grounds that delay in returning the minor to his/her family once a court has deemed the separation measure inadequate deprives parents from being reunited with their children. Parents may obtain compensation for harmful provision of protection services.⁷⁹

Some cases brought to the ECtHR illustrate this situation clearly. The case in *Saleck Bardi v Spain*⁸⁰ involved a Saharawi 9-year-old girl who spent a summer holiday in Spain with a host family in 2002, organised by a Federation of Associations of Friends of the Saharawi People. When the time came to return the girl, the host family wanted to extend her stay in Spain. Spanish authorities were aware that the mother of the girl was seeking her child's return. In spite of that, the child was declared abandoned (May 2004) and provisional custody was awarded to the foster family (September 2005), without the mother being informed about the proceedings in progress. In June 2006, the mother went to Spain, and the subsequent judicial proceedings ended with a judicial decision to award guardianship of the girl to the foster family, confirmed on appeal (April 2008) on the grounds of the child's best interests, given the emotional ties between the girl and the foster family, and that the girl, now aged 15, did not want to go back to Algeria.⁸¹ Mrs Saleck Bardi conceded that her daughter's return was not desirable for her

78 STC 71/2004, 19 August.

79 I Marín García, D Rodríguez López, 'Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso administrativo,' *Indret* 2 (2010) 1–38.

80 *Saleck Bardi v Spain*, App n. 66167/09 (ECtHR, 24 August 2011).

81 There is reference to some medical problems suffered by the girl at the time. Some facts are unclear as to why the girl was living in Algeria when her mother was in Mauritania.

emotional stability, but complained she had been deprived of responsibility for her child in the proceedings, which she regarded as unfair.

The ECtHR noted a lack of diligence on the part of Spanish authorities, who had a positive obligation to take measures to protect the parent's right to be reunited with her child. The ECtHR made a finding of the authorities' inactivity and lack of coordination between competent services. The passage of time led to a weakening of the relations between the child and her mother, and contributed decisively to the child's integration into her foster family.

The Court did not make an assessment as to the decision that should have been taken, but it did find that the lack of prompt and appropriate efforts to ensure Mrs. Saleck Bardi's right to her child's return was in breach of art 8 ECHR (right to respect for family life).

Authorities have a positive obligation to take sufficient steps towards a possible reunification of the child with the family and failure to do so is in violation of the right to family life enshrined in art 8 ECHR. Particularly when authorities disregard evidence of a positive improvement in the applicants' situation, as in *Haddad v Spain*.⁸² This case reveals how authorities did not re-establish contact between a child and her father following his acquittal of charges of domestic violence and the return of two older children to his care. The child had been placed in pre-adoption care, thus breaching art 8 ECHR. After the ECtHR judgement, the Spanish adoption procedure was suspended.

A more recent case is *Omorefe v Spain*.⁸³ a Nigerian woman requested her two-month-old son to be placed into care, given her personal and economic situation (she was living illegally in Spain), with the express desire to maintain contact with him. Shortly thereafter the CPA decided on pre-adoption foster placement, in spite of the biological mother's opposition, who was unable to retain contact with the child. The ECtHR noted that when there are other, less radical, measures available, such as temporary placement, they should be implemented, and was not persuaded by the reasons given by the authorities, namely that visits were not successful.

3. Unaccompanied foreign minors

In 2020, there were 9,030 registered unaccompanied foreign minors in Spain, of which 869 were girls (9.6%).⁸⁴ Most are adolescents from Morocco and Algeria, who come by boat, or who climb the fence in Ceuta or,

82 *Haddad v Spain*, App n. 16572/17 (ECtHR, 18 June 2019).

83 *Omorefe v Spain*, App n. 69339/16 (ECtHR, 23 June 2020).

84 Defensor del Pueblo, *Los niños y los adolescentes...*, 26.

mainly, Melilla. They end up in Andalucía, the Canary Islands and Catalonia.⁸⁵ Some arrive in Spain with an adult who is not a parent and may even have no family connection with them.⁸⁶ There are two sets of applicable regulations here: immigration and child protection regulations.⁸⁷ If under-age, the latter will be applied.⁸⁸

In some regions, local services do not issue a declaration of risk, in a clear dereliction of duty; child protection agencies must then issue a declaration of helplessness, after which the administrative bodies may become entangled in a referral loop,⁸⁹ which is contrary to the child's best interest, as time is of the essence. The involvement of the prosecutor will usually put an end to these discussions.⁹⁰ There have been complaints made about unaccompanied minors who reach the age of majority without having obtained an administrative declaration of helplessness,⁹¹ which is relevant, as once the State has legal guardianship over a minor, authorities will issue a residence permit.⁹²

VI. Proposed changes and conclusion

Providing care to families is the best way to protect children. When parents are unable or unwilling to assume their obligations, for whatever reasons, the State must ensure protection and care of children and, in the most serious cases of abuse or neglect, separate the children from their families. Public authorities must work with families undergoing difficulties at every stage. If

85 Defensor del Pueblo, *Los niños y los adolescents...*, 27.

86 Fiscalía General del Estado, *Memoria* (2021) 951.

87 In certain cases, there is the previous issue of age determination. For details, and the discrepancies between the criteria used by the public prosecutor and the ombudsman, see V Cabedo Mallol, 'The Issue of Unaccompanied Foreign Minors in Spain', *European Yearbook of Minority Issues Online* 13(1) (2016) 358–363.

88 For details, see P Rinaldi, 'Unaccompanied Migrant Minors at the Frontier of Human Rights. The Spanish Case', *International Journal of Children's Rights* 27 (2019) 803.

89 Fiscalía General del Estado, *Memoria* (2020) para 6.3.2.1.

90 However, some children run away from the residential care as soon as possible and remain unaccounted for. Some fear family reunification which means repatriation. But running away entails an additional problem since guardianship will cease if the minor leaves residential care and is not found after one year (art 172.5.c CC), and if a minor has not obtained a residence and work permit as a minor, he/she will become an illegal immigrant when they reach adulthood.

91 Complaints are concentrated in Madrid, Andalucía, Valencia and the Canary Islands. See Defensor del Pueblo, *Los niños y los adolescents...*, 29.

92 Art 35.7 Organic Law on the rights and freedoms of foreigners in Spain and their social integration [*Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*].

conditions that determined the administrative intervention in the first place improve, the child will not be at risk or, if already removed, may be reunited with their family.

There is a need for an in-depth assessment of each case as it comes under the radar of the authorities. This requires teams of professionals who receive adequate training and payment. When professionals are assigned an excessive number of cases, teams are incomplete and there is a high turnover, decisions can be made in haste. If careful attention and dedication are not immediately available, as social services are grossly underfunded, when the issue of child removal arises, it may be advisable to err in favour of protecting the child. Authorities must walk a fine line between measures applied too hastily (which may harm families) and measures applied too late (which harm children). Enforcing separation is less costly than working together with families.

The child protection system has moved away from a system of dual participation (public authority decision approved by the court) to rely mainly on public authorities, albeit under direct supervision of the public prosecutor and under final control of the court, if the decision is contested. The underlying justification for this is the need to ensure swift decisions, and the need to lighten the workload of judges amidst the wider trend of de-judicialisation in the absence of conflict.

The supervisory role lies with the public prosecutor in charge of child protection. If we examine the ECtHR cases mentioned here, the role of the court did not ensure other, more adequate measures were adopted in place of the ones adopted by the CPA. In Spain, courts merely provided a rubber-stamp to decisions made by the CPA. After the amendments introduced in 2015, courts will examine decisions made by the CPA only if and when they have been contested by the public prosecutor or parents. This is generally deemed to be perceived as a safeguard.

Regarding changes, there are two which have vast consequences for families. On one hand, families must be notified of all decisions made by CPA, in clear terms, with enough information about the causes and consequences, to ensure they can oppose such decisions in court as soon as possible, if they intend to do so. The law already mentions this in clear terms but, in practice, public authorities may just want to tick the box of notifications and give no further attention to ensure this precaution has been successful. On the other hand, all measures must be adopted to ensure contact between families and their separated children. Although the law is clear about maintaining contact, authorities may neglect to facilitate the contact. Lack of contact may be particularly harmful for families, as the absence of contact may be seen as

an indication that reunification is impossible. This interference with family life is not necessarily intentional but may be a consequence of negligence as it requires effort and dedication to promote such relations.

Resources dedicated to child protection are bleak. Social services are underfunded. Additional funding is necessary for prosecutors⁹³ to ensure enough professionals are dedicated to the protection of minors, with reasonable workload and adequate training. However, the real hurdle may lie elsewhere: public spending on family benefits is among the lowest in the EU. Spanish policy makers must employ strategies to reduce poverty and inequality, by providing access to adequate housing and well-paying jobs.⁹⁴ This is, needless to say, a much harder task, but very worth the effort.

93 Fiscalía General del Estado, *Memoria* (2021) 946–947.

94 See the Statement by Professor Philip Alston, United Nations Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, on his visit to Spain, 27 January – 7 February 2020 <https://www.ohchr.org/en/statements/2020/02/statement-professor-philip-alston-united-nations-special-rapporteur-extreme#_ftn104> accessed 25 June 2023.

Staatliche Eingriffsbefugnisse im Schweizer Kindesschutz mit einem Blick auf die Familien mit Migrationshintergrund

Gisela Kilde

I.	Einleitung	501
II.	Familien in der Schweiz	502
	1. Einige Zahlen	502
	2. Einige Herausforderungen	503
III.	Entwicklungsetappen im Schweizer Kindesschutz	504
	1. Der Beginn	504
	2. Der Ausbau	506
	3. Die Revision des Kindes- und Erwachsenenschutzes	507
	4. Kritik und Teilrevision	509
	5. Zwischenfazit	510
IV.	Föderalistischer Kindesschutz	511
	1. Kompetenzverteilung im Gebiet des Kindesschutzes	511
	2. Ausgestaltung der kantonalen Kindesschutzbehörden	512
	3. Folgen des föderalistisch aufgebauten Kindesschutzes	515
	4. Zwischenfazit	518
V.	Interdisziplinärer Kindesschutz	518
	1. Die Begriffe Multi-, Inter- und Transdisziplinarität	518
	2. Die Zusammenarbeit auf Behördenebene.	520
	3. Zwischenfazit	521
VI.	Partizipationsmöglichkeiten der Familien	521
	1. Elterliche Erziehungsverantwortung	521
	2. Partizipationsmöglichkeiten der Eltern im Kindesschutzverfahren. . .	523
	3. Partizipationsmöglichkeiten der Kinder im Kindesschutzverfahren . .	525
	4. Zwischenfazit	527
VII.	Fazit	527

I. Einleitung

Der vorliegende Beitrag ist im Rahmen des rechtsvergleichenden Projekts “The state’s powers to intervene in family life – The well-being of the child in the tension between the family and the state” entstanden. Die Fragen des Projekts werden aus Schweizer Sicht aufgegriffen und mit Blick auf deren Bedeutung für Familien, namentlich Migrationsfamilien, beantwortet. Im

Mittelpunkt der Untersuchung steht das föderalistische System des zivilrechtlichen Kindesschutzes und was die konkrete Ausgestaltung für betroffene Familien bedeutet.

Zuerst wird auf die Zusammensetzung der Familien in der Schweiz, namentlich bezogen auf die Migration, eingegangen (II.), um anschliessend die wichtigsten Entwicklungsetappen im Schweizer Kindesschutz vorzustellen (III.). Aus dem föderalistischen Aufbau des Kindesschutzsystems (IV.) und dem interdisziplinären Kindesschutz (V.) ergeben sich eigene Problemkreise. Im letzten Teil werden die Partizipationsmöglichkeiten der Familien vorgestellt (VI.). Die Ergebnisse münden abschließend in ein Fazit (VII.).

II. Familien in der Schweiz

1. Einige Zahlen

Im Jahr 2023 lebten 29% der Bevölkerung in einem Familienhaushalt mit 2 Kindern unter 25 Jahren, wobei die Eltern meistens verheiratet waren (in 72% der Haushalte). Nur in 10% der Haushalte lebten die Eltern in einer Konsensualpartnerschaft, 17% machten Einelternhaushalte aus. Mehrheitlich bilden Mütter diese Einelternhaushalte (14%), in 3% der Haushalte handelt es sich um alleinlebende Väter. Nur in etwa 0,2% der Haushalte mit Kindern unter 25 Jahren lebten gleichgeschlechtliche Paare.¹

Die Schweiz kennt einen hohen ausländischen Bevölkerungsanteil von 26%. Wird der erweiterte Kreis der Bevölkerung mit Migrationshintergrund² herangezogen, sind 39% der in der Schweiz wohnhaften Personen dazu zu zählen. Davon besitzen etwas mehr als ein Drittel die Schweizer Staatsangehörigkeit. Sieht man sich die Personengruppe unter 15 Jahren an, besitzen davon nahezu drei Viertel die Schweizer Staatsangehörigkeit und sind in der Schweiz geboren. Das verbleibende Viertel ist entweder im Ausland (10%, davon 8% ausländische und 2% schweizerische Staatsangehörige) beziehungsweise in der Schweiz geboren und im Besitz eines ausländischen

1 *Bundesamt für Statistik* (BFS), Familien in der Schweiz, Statistischer Bericht 2021, abrufbar unter: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/familien/haushalte.html> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025), 23.

2 Gemäß *BFS* fallen unter Personen mit Migrationshintergrund „Personen ausländischer Staatsangehörigkeit und eingebürgerte Schweizerinnen und Schweizer – mit Ausnahme der in der Schweiz Geborenen mit Eltern, die beide in der Schweiz geboren wurden – sowie die gebürtigen Schweizerinnen und Schweizer mit Eltern, die beide im Ausland geboren wurden.“; *BFS*, Migration und Integration: 1 Demografisches Porträt der Bevölkerung mit Migrationsbezug, abrufbar unter: <https://www.swissstats.bfs.admin.ch/collection/ch.admin.bfs.swissstat.de.issue220122152200/article/issue220122152200-04> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025).

Passes (19%).³ Etwas mehr als 40% der Kinder unter 15 Jahren wachsen in einem Haushalt ohne Migrationshintergrund auf, etwas mehr als ein Drittel der Kinder leben in Haushalten mit Migrationshintergrund. Gemischte Haushalte, in denen nur ein Elternteil einen Migrationshintergrund hat, betreffen rund ein Fünftel der Kinder unter 15 Jahren.⁴

2. Einige Herausforderungen

Gemäß einem Bericht zum Kinderschutzsystem von 2012 sollen Einelternrespektive Fortsetzungsfamilien sowie Familien mit Migrationshintergrund «weniger bereit oder in der Lage sein, ihre Kinder zu beaufsichtigen».⁵ Daraus wurde gefolgert, dass ein Zusammenhang zwischen dem Ausmass der elterlichen Aufsicht und jugendlichem Problemverhalten wie Alkoholkonsum, Glücksspiel oder Gewalteinsatz bestehe. Weiter wird daraus abgeleitet, dass in Migrations- und Einelternfamilien eine erhöhte Gefahr für Jugenddelinquenz herrsche.⁶ Es wurde dabei unterstrichen, dass Kinder zwischen 12 und 18 Jahren, die in einer Familie mit Migrationshintergrund leben, stärker unter elterlicher Gewalt gelitten hätten als diejenigen ohne Migrationshintergrund (31% Kinder mit Migrationshintergrund zu 13% der Nicht-Migranten).⁷ Eine jüngere Studie hat aufgezeigt, dass – unabhängig vom Migrationshintergrund – etwa rund ein Drittel der Eltern physische Gewalt ausübt. Rund jeder fünfte Elternteil gab an, regelmäßig psychische Gewalt auszuüben.⁸ Die Wahl elterlicher Erziehungsstile und – massnahmen lässt der Gesetzgeber in der Schweiz (noch) offen. Voraussichtlich im Jahr 2026 wird ein ausdrückliches Gewaltverbot in der Erziehung ins Zivilgesetzbuch

3 BFS, Bevölkerung nach Migrationsstatus (Fn. 2)

4 BFS, Kinder nach Migrationsstatus des Haushalts, <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/migration-integration/nach-migrationsstatus.assetdetail.33348438.html>> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025).

5 J. C. Nett, Kinderschutz in der Schweiz: Beschreibung des kulturellen, politischen und rechtlichen Rahmens, in: Schweizerischer Fonds für Kinderschutzprojekte (Hrsg.), Kinderschutzsysteme: Ein internationaler Vergleich der „Good Practice“ aus fünf Ländern (Australien, Deutschland, Finnland, Schweden und Vereinigtes Königreich) mit Schlussfolgerungen für die Schweiz, Zürich 2012, 25.

6 S. Walser/M. Killias, Jugenddelinquenz im Kanton St. Gallen. Bericht zuhanden des Bildungsdepartements und des Sicherheits- und Justizdepartements des Kantons St. Gallen, Zürich 2009; C. Urwyler/J. C. Nett/C. Rondi, Soziale Integration Jugendlicher. Eine komparativanalytische Untersuchung in drei Berner Gemeinden, Schlussbericht, Bern 2011.

7 Nett (Fn. 5), 31, mit Verweis auf die Studie von Urwyler/Nett/Rondi (Fn. 6).

8 Unter psychische Gewalt sind Beschimpfung, Drohung oder Liebesentzug zu verstehen; B. Schöbi/A. Rapicault/D. Schöbi, Elternverhalten in der Schweiz, Schlussbericht 2022 bis 2024, Studie im Auftrag von Kinderschutz Schweiz, Freiburg 2025 <<https://www.kinderschutz.ch/angebote/praeventionskampagne/starke-ideen-studie-bestraefungsverhalten>> (zuletzt eingesehen: 13.10.2025).

(ZGB)⁹ eingeführt.¹⁰ Der Bundesrat will den Grundsatz der gewaltfreien Erziehung in einer Zielnorm festhalten.¹¹ Von praktischer Bedeutung dürfte die neu einzuführende Verpflichtung sein, Eltern und Kindern kantonale Beratungsstellen anzubieten.¹²

Im Hinblick auf die notwendige Zusammenarbeit mit den staatlichen Institutionen wie Schule oder Jugendhilfe, ist auf mögliche Sprachschwierigkeiten hinzuweisen und die damit verbundenen Herausforderungen. Es darf angenommen werden, dass, wer die Sprache nicht beherrscht, sich nicht oder nur mangelhaft informieren kann. Wer nicht informiert ist, kann keine aktive Rolle einnehmen, sei dies in der Suche nach Unterstützung oder in der Abwehr gegen Eingriffe. Weiter ist das Kinderhilfesystem föderalistisch aufgebaut, unterschiedlich ausgebaut, erst 2013 neu organisiert und deshalb in der Bevölkerung nur wenig bekannt. Gerade auch für Familien mit Migrationshintergrund stellen diese Aspekte des Schweizer Kindesschutzes besondere Herausforderungen dar.

III. Entwicklungsetappen im Schweizer Kindesschutz

1. Der Beginn

Die materiellrechtlichen Kindesschutzbestimmungen wurden bei Inkrafttreten des ZGB im Jahr 1912 mit wenigen Bestimmungen eingeführt.¹³ Als niedrigste Eingriffsschwelle konnte eine Pflichtverletzung der Eltern gegenüber ihrem Kind Schutzmaßnahmen begründen. Die Vormundschaftsbehörde sollte in solchen Fällen „die zum Schutz des Kindes geeigneten Vorkehrungen“¹⁴ treffen. Sowohl Voraussetzung wie auch Rechtsfolge waren mit offenen Begriffen formuliert. Immerhin wurden sie durch die noch heute geltenden Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität gerahmt und eingeschränkt. Diese Handlungsgrundsätze für die Vormund-

9 Schweizerisches Zivilgesetzbuch v. 10.12.1907, Systematische Sammlung des Bundesrechts (SR) 210; Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen (AS) 24 233.

10 C. Bulliard-Marbach, Schutz von Kindern vor Gewalt in der Erziehung, Postulat 20.3185, abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20203185> (zuletzt abgerufen: 26.09.2022).

11 Entwurf des Gesetzestextes Art. 302 Abs. 1 und Abs. 4 ZGB, abrufbar unter: <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2024/2517/de>> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025), Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Gewaltfreie Erziehung) vom 13. September 2024 <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2024/2516/de>> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025).

12 Gemäß Vorentwurf des Art. 302 Abs. 4 ZGB, abrufbar unter: <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/82119.pdf> (zuletzt abgerufen: 28.08.2023).

13 Art. 283–289 ZGB in der Gesetzesfassung vom Jahr 1912.

14 Art. 283 ZGB in der Gesetzesfassung vom Jahr 1912.

schaftsbehörde klingen bereits im Wortlaut an und waren in der Doktrin unbestritten.¹⁵ Die Maßnahmen waren als „Verschärfung der obrigkeitlichen Aufsicht über die Eltern gegenüber einer Verwahrlosung der Jugend“¹⁶ zu verstehen. Entsprechend konnten Kinderschutzmaßnahmen etwa als Auflage oder Mahnung der Eltern ausgestaltet sein, aber auch Inspektionsbesuche oder Erziehungsaufsicht respektive Ordnungsbußen waren möglich.¹⁷

Die Ermächtigung zur Wegnahme und Platzierung des Kindes entweder bei einer Familie oder in einer Anstalt, setzte voraus, dass ein Kind in seinem leiblichen oder geistigen Wohl dauernd gefährdet oder verwahrlost sei.¹⁸ Damit wurde die Verwahrlosung als „Schlüsselbegriff behördlicher Interventionen“¹⁹ im Kinderschutz eingeführt. Die Entziehung der elterlichen Gewalt war dann gesetzlich gerechtfertigt, wenn die Eltern nicht im Stand sein sollten die elterliche Gewalt auszuüben, sie schwer missbrauchten oder vernachlässigten.²⁰ Somit wurden auch für den Entzug der elterlichen Gewalt offene Begriffe verwendet, die den vormundschaftlichen Laienbehörden ein großes Ermessen beließ.²¹

Präventiver Kinderschutz verlangte gemäß damaliger Doktrin die prophylaktische Wegnahme gefährdeter Kinder.²² Die vom Gesetzgeber eingeführten offenen Begriffe der Verwahrlosung oder etwa der Gefährdung²³ erlaubten die Abwertung bestimmter atypischer Lebensstile oder familiärer Verhältnisse.²⁴ So wurden etwa Kinder von Fahrenden systematisch fremd-

15 P. Stehlin, Das Personen- und Familienrecht des ZGB von 1912: Eine inhaltliche Untersuchung der Gesetzeskommentare des August Egger (1875–1954), Bern 2018, 240.

16 E. Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf, Band I, abrufbar unter: <https://eugenhuber.weblaw.ch/> (zuletzt abgerufen: 27.08.2023), 3.

17 K. Affolter-Fringeli/U. Vogel, in: Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Zivilgesetzbuch. Die elterliche Sorge/der Kinderschutz, Art. 296–317 ZGB, Das Kindesvermögen, Art. 318–327 ZGB, Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a–327c ZGB, Bern 2016, Vorbem. Art. 307–327c Rn. 6–7, 11.

18 Art. 284 ZGB in der Gesetzesfassung vom Jahr 1912.

19 M. Lengwiler/A.-F. Praz, Kinder- und Jugendfürsorge in der Schweiz. Entstehung, Implementierung und Entwicklung (1900–1980), in: G. Hauss/T. Gabriel/M. Lengwiler (Hrsg.), Fremdplatziert. Heimerziehung in der Schweiz, 1940–1990: Kinder- und Jugendfürsorge in der Schweiz, Zürich 2018, 29f.

20 Art. 285 Abs. 1 ZGB in der Gesetzesfassung vom Jahr 1912; vgl. auch K. Affolter-Fringeli/U. Vogel, in: Berner Kommentar (Fn. 17), Vorbem. Art. 307–327c Rn. 9.

21 S. Galle, Kindswegnahmen. Das „Hilfswerk für die Kinder der Landstrasse“ der Stiftung Pro Juventute im Kontext der schweizerischen Jugendfürsorge, Zürich 2016, 458.

22 Stehlin (Fn. 15), 241.

23 Siehe dazu die Ausführungen bei Stehlin (Fn. 15), 237.

24 Lengwiler/Praz (Fn. 19), 38.

platziert.²⁵ Oft wurde die Fremdplatzierung von Kindern und Jugendlichen mit den durch Armut bedingten schlechten Wohnverhältnissen begründet.²⁶

Für die Entscheide solcher Kindesschutzfälle waren Amtsvormunde – grundsätzlich Männer mit juristischer Ausbildung – zuständig.²⁷ Unterstützt wurden sie von freiwilligen Helferinnen respektive von bezahlten Fürsorgerinnen. Sie klärten Wohn- und Lebensverhältnisse ab und hatten mit ihren Berichten einen massgeblichen Einfluss auf die Entscheide, bildeten doch ihre Inspektionsberichte die Grundlage für Entscheide.²⁸ Aus heutiger Sicht erscheint problematisch, dass diese engagierten Frauen, aus bürgerlichen Kreisen stammend, anlässlich ihrer Besuche bei den Familien deren Lebenswelt an bürgerlichen Werten maßen.²⁹ Immerhin führte die Einführung einer Entlohnung und Ausbildung für Fürsorgerinnen (für den Kanton Zürich ab 1910) zu einer ersten Professionalisierung der Sozialarbeit im Kinderfürsorgewesen.³⁰

2. Der Ausbau

Erst in den 1970er Jahren wurden erste Revisionen im Schweizer Zivilgesetzbuch in Angriff genommen. Die hier interessierende Gesetzesnovelle zum Kindesrecht,³¹ welche 1976 in Kraft trat, hatte als primäres Ziel außereheliche mit ehelichen Kindern gleichzustellen. Zudem wurde die Gleichberechtigung von Mutter und Vater festgelegt und dem Kindeswohl mehr Gewicht gegeben.³² Dabei stützte sich die Botschaft des Bundesrats zur Begründung seines Gesetzesvorschlags ausdrücklich auf psychologische Fachliteratur.³³ Der von der Praxis entwickelte Maßnahmenkatalog im Kindesschutz wurde in das ZGB übernommen.³⁴ Zudem erließ der Bundesgesetzgeber eine eidgenössische Verordnung zum Pflegekindwesen,³⁵ die den Kantonen gewisse

25 Vgl. Galle (Fn. 21), 543.

26 N. Ramsauer, „Verwahrlost“. Kindswegnahmen und die Entstehung der Jugendfürsorge im schweizerischen Sozialstaat 1900–1945, Zürich 2000, 49.

27 Ramsauer (Fn. 26), 71.

28 Ramsauer (Fn. 26), 97 f.

29 Ramsauer (Fn. 26), 101.

30 Ramsauer (Fn. 26), 103 f., 120.

31 AS 1977 237.

32 Bundesrat, Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis) vom 05.06.1974, Bundesblatt (BBl) 1974 II 1 ff., 1.

33 Bundesrat (Fn. 32), 7.

34 Bundesrat (Fn. 32), 79.

35 Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern vom 19.10.1977, SR 211.222.338; AS 1977 1931.

Freiheiten ließ und entsprechend je nach Kanton anders umgesetzt wurde.³⁶ Diese Unterschiede im Pflegekinderwesen bestehen noch heute und sind aktuell Gegenstand von Forschungsprojekten.³⁷

Aufgrund des Beitritts der Schweiz zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)³⁸ und deren Inkrafttreten im Jahr 1974 wurden in der Revision des Kindesrechts Anpassungen im Verfahrensrecht notwendig. So widersprachen die Unterbringungen gestützt auf das Schweizer Zivilgesetzbuch dem Recht auf Freiheit und Sicherheit und dem Recht auf ein faires Verfahren, wie sie die EMRK formulierte.³⁹ Zudem wurde gegen den Entscheid über die Entziehung der elterlichen Gewalt neu bundesrechtlich der Weiterzug an eine kantonale gerichtliche Behörde garantiert.⁴⁰

3. Die Revision des Kindes- und Erwachsenenschutzes

Im Jahr 2002 gab der Bundesrat, gestützt auf ein Postulat⁴¹, einen Bericht in Auftrag, der das Schweizer Pflegekinderwesen umfassend darstellen sollte. Darin enthaltene Empfehlungen waren zwar auf das Pflegekinderwesen fokussiert, konnten aber ohne Probleme auf das gesamte Schweizer Kindesschutzsystem ausgeweitet werden. Der Bericht forderte die Stärkung sowohl der Kinderrechte als auch des Kindeswohls, nicht nur in der Rechtsprechung und in den Verfahren, sondern auch in der Umsetzung. Einige dieser darin enthaltenen Empfehlungen, namentlich die interdisziplinäre Zusammenarbeit, die Professionalisierung durch Regionalisierung und Fachbehörden sowie die Stärkung der Kinderrechte, wurden mit der Revision des Kindes- und Erwachsenenschutzes im Jahr 2013 umgesetzt. Die Gesetzesnovelle⁴² zielte vorab auf die Modernisierung des Erwachsenenschutzrechts.⁴³ Steht die Organisationsform der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB) zwar weiterhin in kantonaler Hoheit,

36 Vgl. etwa K. B. Zatti, Das Pflegekinderwesen in der Schweiz, Analyse, Qualitätsentwicklung und Professionalisierung, Bern 2005, 39 ff.

37 Drei Forschungsprojekte, finanziert durch die Palatin Stiftung, siehe <https://pflegekinder-next-generation.ch/forschung/> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025).

38 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101; AS 1974 2151; BBl 1974, I 1035.

39 Art. 5 und Art. 6 EMRK; Siehe dazu *Bundesrat*, Botschaft über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04.03.1974, BBl 1974, I 1035 ff., 1043.

40 Art. 314 Abs. 2 ZGB in der alten Gesetzesfassung; Siehe dazu *Bundesrat* (Fn. 39), 85.

41 J. Febr, Postulat 02.3239, Pflegekinderwesen in der Schweiz, 2002, abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=4820#votum1> (zuletzt abgerufen: 27.08.2023).

42 Bundesgesetz vom 19.12.2008 (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), in Kraft seit 01.01.2013, AS 2011 725.

43 Statt vieler: C. Häfeli, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 3. Aufl., Bern 2021, Rn. 2 ff.

verlangt das Bundesrecht eine Fachbehörde, dessen Spruchkörper interdisziplinär besetzt sein soll.⁴⁴ War die Sozialarbeit bis dahin in Form von Abklärungsarbeit bei Gefährdungsmeldungen oder beim Vollzug von Entscheidungen der Vormundschaftsbehörden im Kindesschutzsystem integriert, wurde mit dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutz die Sozialarbeit fester Bestandteil des Spruchkörpers der neuen Erwachsenen- und Kindesschutzbehörde. Aufgrund der offenen Formulierungen im Kindesschutz besteht (immer noch) ein großes Ermessen. Um eine gewisse einheitliche Anwendung sicherzustellen und methodisch-fachliche Handlungsrichtlinien der Praxis anzubieten, haben Kantone entweder selbst Leitfäden⁴⁵ erstellt oder sie wenden etwa die an Fachhochschulen entwickelten Abklärungsinstrumente wie etwa das „Berner und Luzerner Abklärungsinstrument zum Kindesschutz“ oder das „Prozessmanual zur dialogisch-systemischen Kindeswohlklärung“ an. Die beiden Abklärungsinstrumente der Fachhochschulen stellen die Partizipation von Kindern und Eltern in den Vordergrund, wissend, dass dies eine wichtige Voraussetzung für eine erfolgsversprechende Arbeit im Kindesschutz darstellt.⁴⁶ Bezeichnenderweise sind die Standardisierungen kantonale geprägt und werden nicht schweizweit einheitlich angewandt.

Der verstärkte Rechtsschutz, der mit der Revision des Vormundschaftsrechts eingeführt wurde, gilt auch im Kindesschutzrecht⁴⁷, wobei die Rechtsstellung des Kindes im Verfahren namentlich durch die Instrumente der Kindesanhörung⁴⁸ und der Verfahrensvertretung⁴⁹ gestärkt wurde.⁵⁰ Auch wenn Untersuchungen gezeigt haben, dass die Umsetzung dieser Instrumente in der Praxis noch nicht umfassend und in vollumfänglich zufriedenstellender

44 Art. 440 Abs.1 ZGB; die Anforderung der Interdisziplinarität findet sich allerdings auf Gesetzesebene nicht in der deutschen, sondern in der (gleichwertigen) französischen Fassung: „L'autorité de protection de l'adulte est une autorité interdisciplinaire“.

45 Für den Kanton Zürich: *Direktion der Justiz und des Innern*, Abklärungen im Kindesschutz/Standards, Instrumente und Herausforderungen für die KESB. Leitfaden, Zürich 2018, abrufbar unter: <https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/themen/familie/kindesschutz/fachaufsicht_kesb/leitf%C3%A4den/leitfaden_abkl%C3%A4rungen_kindesschutz.pdf> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025).

46 Übersicht bei K. Biesel/A. Jud/D. Lätzsch u. a., Nicht Entweder-oder, sondern Sowohl-als-auch? Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (ZKE) 2017, 139 f.

47 Art. 314 in Verbindung mit Art. 443 ff. ZGB.

48 Art. 314a ZGB.

49 Art. 314abis ZGB.

50 Zu den beiden neu eingeführten Partizipationsinstrumenten, statt vieler: A. Murphy/D. Steck, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, in: C. Fountoulakis/K. Affolter-Fringli/Y. Biderbost u. a. (Hrsg.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich u. a. 2016, Rn. 18.109; S. Blum, Die Vertretung des Kindes im Besonderen (Art. 314abis ZGB), in: Fountoulakis/Affolter-Fringli/Biderbost u. a. (ebd.), Rn. 18.159 f.

Art Fuß gefasst hat,⁵¹ ist es doch ein im Grundsatz angelegter Paradigmenwechsel zugunsten der Kinder als Rechtssubjekte. Die Schweiz hat damit die in Art. 12 Kinderrechtskonvention⁵² vorgesehene Partizipation ins Kinderschutzsystem integriert.

4. Kritik und Teilrevision

Kurz nach Inkrafttreten des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts ergingen bereits mehrere politische Vorstöße im Schweizer Parlament. In Frage gestellt wurde unter anderem der Wechsel von der Laienbehörde zur professionalisierten und interdisziplinären Fachbehörde, gewisse verfahrensrechtliche Aspekte und der Einfluss der neu organisierten Behörden auf die Kosten bzw. Kostenteilung zwischen Gemeinden und Kantonen.⁵³ Das unter dem Namen „Fall Flaach“ bekannt gewordene Familienunglück, bei welchem eine Mutter ihre zwei fremdplatzierten Kinder tötete, befeuerte zusätzlich die Kritik an der Ausgestaltung der neuen Behördenorganisation.⁵⁴

Gestützt auf zwei Untersuchungen⁵⁵ nahm der Bundesrat mit Bericht vom 29. März 2017 Stellung zum neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht.⁵⁶ Das Resultat der veranlassten Erhebung und des Rechtsgutach-

51 N. Hitz Quenon/F. Matthey, Une justice adaptée aux enfants – L’audition de l’enfant lors d’un placement en droit civil et lors du renvoi d’un parent en droit des étrangers, Bern 2017, 11 f.

52 Übereinkommen über die Rechte des Kindes, in Kraft getreten für die Schweiz am 26.03.1997 (SR 0.107; AS 1998 2055).

53 D. Schneeberger, Postulat 14.3776, Professionalisierung des Sozialstaats um jeden Preis? 2014, abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20143776> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025); A. Vitali, Postulat 14.4113, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden. Umsetzung verbessern, 2014, abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20144113> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025); S. Schenker, Postulat 15.3614, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht. Beschwerdefristen, 2015, abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20153614> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025).

54 Siehe zum Beispiel die Kritik der Interessengemeinschaft geschiedener & getrennt lebender Männer IGM, abrufbar unter: <https://www.igm.ch/Feedback-aus-der-Praxis/kaktus> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025).

55 S. Rieder/O. Bieri/C. Schwenkel u. a., Evaluation Kindes- und Erwachsenenschutzrecht. Interface Politikstudien Forschung Beratung, Luzern 2016; D. Roschl/A. Jud/T. Mitrovic, Praxis des Vorgehens der KESB bei Vaterschaftsfeststellungen, bei Unterhaltsverträgen und beim Einbezug von verwandten und nicht verwandten Personen bei Kindesplatzierungen durch die KESB, Luzern 2016.

56 Bundesrat, Erste Erfahrungen mit dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 14.3776, 14.3891, 14.4113 und 15.3614 vom 29.03.2017, Bern 2017, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/78376.pdf> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025).

tens⁵⁷ ergab für den Kinderschutz keinen erheblichen Handlungsbedarf. Anpassungen erfolgten im Jahr 2019 bezüglich Melderechte und -pflichten⁵⁸ sowie die Mitwirkung und Amtshilfe⁵⁹ bei Gefährdungssituationen von Kindern.⁶⁰ Auch die Erhebung rechtstatsächlicher Grundlagen soll in einem nächsten Revisionsschritt eingeführt respektive verbessert werden. Unklar, aber wünschbar, ist, ob dabei auch Kinderschutzmassnahmen, angeordnet von Gerichten, erfasst werden.

Betreffend die erhöhten Kosten bzw. die neue Kostenteilung hat der Bundesrat in seinem Bericht darauf hingewiesen, dass diese Fragen aufgrund der föderalistischen Struktur auf kantonaler Ebene geklärt werden müssten. Es ist also den Kantonen überlassen, entsprechende Lösungen betreffend Finanzierung zu finden.⁶¹ Diese Erwägungen führen zum nächsten Abschnitt, dem föderalistisch organisierten Kinderschutz.

5. Zwischenfazit

Zu Beginn des Schweizer Kinderschutzes stützten sich die Eingriffe in das Familienleben auf offene Begriffe, die von Laienbehörden oder Juristen interpretiert wurden. Entscheide stützten sich auf Inspektionsbesuche bürgerlicher Frauen, die ihre eigenen Familienbilder und -werte als Maßstab einsetzten. Bestimmte Familientypen wie beispielsweise reisende Familien oder kinderreiche, in ärmlichen Verhältnissen lebende Familien waren im Namen des Kindeswohls systematisch massiven Eingriffen des Staates ausgesetzt. Mit der Zeit wurden Erkenntnisse aus Psychologie und Pädagogik im Kindesrecht berücksichtigt, die Sozialarbeit erhielt auch durch ihre

57 R. Fankhauser, Die Stellung nahestehender Personen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Gutachten vom Februar 2019 <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen/externe/2019-02-01.html>> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025); *Ecoplan*, Umfrage Kindes- und Erwachsenenschutzrecht. Erhebungen zum Einbezug nahestehender Personen allgemein und zum Umgang mit privaten Beiständen im Besonderen, Schlussbericht vom 28.08.2019, <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen/externe/2019-08-28.html>> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025).

58 Art. 314c und Art. 314d ZGB.

59 Art. 314e ZGB.

60 Ziffer I des Bundesgesetzes vom 15.12.2017 (Kinderschutz), in Kraft seit 01.01.2019 AS 2018 2947; BBl 2015, 3431.

61 Der Kanton Zürich hat dies beispielsweise durch Empfehlungen gelöst, die in gewissen Fällen den konsultativen Einbezug der Gemeinde vorsieht: *Aufsichtsbehörde Kindes- und Erwachsenenschutz des Kantons Zürich*, Einbezug der Gemeinden in KESR-Verfahren mit erheblichen Kostenfolgen, Empfehlung vom 28.05.2014; *Gemeindepräsidentenverbandes/KESB-Präsidien-Vereinigung/Sozialkonferenz des Kantons Zürich*, Empfehlungen zur Zusammenarbeit zwischen den Gemeinden und den KESB im Kanton Zürich, 01.01.2016, abrufbar unter: <https://kesb-zh.ch/informationen-fuer-fachpersonen/> (zuletzt abgerufen: 27.08.2023).

Professionalisierung ein immer stärkeres Gewicht. Mit der Einsetzung von interdisziplinären Fachbehörden nach der Revision des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts werden nun Eingriffe in das Familienleben von verschiedenen Blickwinkeln aus betrachtet, Fachkenntnisse fließen direkt in den Entscheidungsprozess ein und Maßnahmen legen den Fokus auf das Wohlergehen des Kindes. Dennoch lassen die offenen Begriffe im zivilrechtlichen Kinderschutz den Behörden immer noch viel Ermessensspielraum. Dies ist nötig, um angemessene Maßnahmen zu finden. Jedoch stellt sich die Frage, warum kantonale Unterschiede in der Anordnung von Massnahmen zu finden sind. Unterstützt der föderalistisch geprägte Kinderschutz eine unterschiedliche Auslegung der bundesrechtlichen Normen? Dies ist im Folgenden näher zu untersuchen.

IV. Föderalistischer Kinderschutz

1. Kompetenzverteilung im Gebiet des Kinderschutzes

Der Föderalismus in der Schweiz ist verfassungsrechtlich durch das Subsidiaritätsprinzip verankert. Soweit die Bundesverfassung (BV)⁶² nichts anderes vorsieht, handeln die Kantone souverän. Alle Rechte, die nicht dem Bund übertragen sind, üben die Kantone aus.⁶³ Umgekehrt erfüllt der Bund die Aufgaben, die ihm die BV zuweist.⁶⁴ Indem das materielle Zivilrecht, und damit auch die Regelung des Kinderschutzes, an den Bund delegiert wurde,⁶⁵ ist das staatliche Eingreifen im zivilrechtlichen Kinderschutz bundesrechtlich abschliessend geregelt. Den Kantonen verbleibt die Souveränität über die Organisation der Gerichte, also auch der Behörden im Kindes- und Erwachsenenschutz, und die Rechtsprechung in Zivilsachen sowie das Verfahrensrecht.⁶⁶ Entsprechend existieren in jedem Kanton unterschiedliche gesetzliche Grundlagen betreffend die Organisation der Behörden und deren Verfahrensrechte.

Neben dieser vertikalen Regelung der föderalistischen Zusammenarbeit ist die horizontale Kooperation der Kantone untereinander zu erwähnen. Zum einen können interkantonale Gremien wie etwa die Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) (unverbindliche)

62 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.04.1999, SR 101; AS 1999 2556.

63 Art. 3 BV.

64 Art. 42 BV.

65 Art. 122 Abs. 1 BV.

66 Bereits Art. 64 Abs. 3 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.05.1887 (AS 1 1), aufgehoben per 01.01.2000, heute in Art. 122 Abs. 2 BV.

Empfehlungen erstellen, die zur Harmonisierung in den Kantonen beitragen sollen. Als jüngstes Beispiel seien hier die Empfehlungen zur ausserfamiliären Unterbringung der SODK und der Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES) erwähnt.⁶⁷ Diese Harmonisierungsinstrumente sind von den interkantonalen Vereinbarungen (Konkordate) zu unterscheiden, die einen verpflichtenden Charakter aufweisen und daher wesentlich stärker in die kantonale Souveränität eingreifen.⁶⁸

2. Ausgestaltung der kantonalen Kindesschutzbehörden

a) Organisation der Behörden

Vor der Revision des Vormundschaftsrechts im Jahr 2013 konnten drei Grundtypen von Behördenorganisationen unterschieden werden. Kommunal-generalistisch organisierte Behörden, oftmals identisch mit dem Gemeinderat (Exekutive auf Gemeindeebene), bildete den wichtigsten Anteil in der Deutschschweiz (70% auf die Schweiz bezogen). In kommunal-spezialisierten Organisationsformen amtierten in den Gemeinden Kommissionen als Vormundschaftsbehörden (14% auf die Schweiz bezogen). In 14% waren Verwaltungsbehörden oder Gerichte regionalisiert.⁶⁹ Obwohl sie rechtsstaatliche Verfahren zu garantieren und Grundrechtseingriffe zu verantworten hatten, waren Laienbehörden die Regel. Kritik erhob sich nicht nur gegenüber Verfahrensmängeln und fehlendem Fachwissen, sondern auch gegenüber dem zu kleinen Einzugsgebiet gewisser Gemeinden und den daraus folgenden fehlenden Erfahrungswerten. Es wurde eine Regionalisierung und damit einhergehend eine Professionalisierung gefordert.⁷⁰ Dem Vorschlag des Bundesrats interdisziplinär zusammengesetzte Fachgerichte einzuführen wurde nicht gefolgt. Heute sieht das ZGB eine *Fachbehörde*, eine „*autorité*

67 SODK/KOKES, Empfehlungen zur außerfamiliären Unterbringung der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) und der Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES), 20.11.2020, abrufbar unter: <<https://www.kokes.ch/de/publikationen/empfehlungen-zur-ausserfamiliaren-platzierung>> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025).

68 Zum Beispiel Interkantonale Vereinbarung für soziale Einrichtungen vom 13.12.2002 (letzte Revision vom 23.11.2018), abrufbar unter: <https://ch-sodk.s3.amazonaws.com/media/files/978df61c/ed67/4e9b/987f/7176c11920b8/2020.06.01_de_Vereinbarung_IVSE_revidiert_am_23.11.20.pdf> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025).

69 C. Häfeli/P. Voll, Die Behördenorganisation im Kindes- und Erwachsenenschutz aus rechtlicher und sozialwissenschaftlicher Sicht, Zeitschrift des Vormundschaftswesens (ZVW) 2007, 51 ff., 55.

70 Bereits Zatti (Fn. 36), 57; Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28.06.2006, 7073; siehe ebenfalls R. Reusser, Einleitung, in: Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost u. a. (Fn. 50), 3–17, Rn. 1.18; Murphy/Steck (Fn. 50), Rn. 18.5.

interdisciplinaire“, vor.⁷¹ Es überlässt den Kantonen zu bestimmen, welche Behörde im betreffenden Gebiet zuständig sein soll,⁷² denn spricht das ZGB nicht ausdrücklich von einem Gericht oder von einer Verwaltungsbehörde, können die Kantone entweder eine gerichtliche oder eine Verwaltungsbehörde als zuständig bezeichnen.⁷³ Die Kantone haben dabei die Rechtsweggarantie zu beachten.⁷⁴ Gewisse Kantone, besonders diejenigen der französischsprachigen Schweiz (Freiburg, Genf, Neuenburg, Waadt), aber auch Aargau und Schaffhausen, haben ihre Kinderschutzhilfe als Gerichte ausgestaltet. Die anderen zwanzig Kantone gaben der Organisation als Verwaltungsbehörde den Vorzug.⁷⁵ Als unabhängige Gerichte⁷⁶ wurde beispielsweise der Bezirksrat Zürich⁷⁷ oder die KESB Thurgau beurteilt,⁷⁸ hingegen nicht die KESB Bern⁷⁹.

Die als Verwaltungsbehörde organisierten KESB sind entweder kantonal (14 Kantone) oder mit kommunaler Trägerschaft eingerichtet.⁸⁰ Sind Gemeinden gleichzeitig Träger der KESB und müssen sie die Kosten der entschiedenen Schutzmaßnahmen finanzieren, wird eine Einflussnahme der Gemeinde über die Trägerschaft hin zu günstigeren Leistungen befürchtet.⁸¹ Dies kann gegebenenfalls durch eine klare Reglementierung ausgeschlossen werden. Allenfalls ist auch an ein interkommunales Finanzierungssystem zu denken, wie es etwa der Kanton Graubünden mit dem interkommunalen Pool für Kinderschutzhilfe eingeführt hat.⁸²

Die Kantone sind befugt, gewisse Entscheidungen der Präsidialkompetenz statt des gesamten Spruchkörpers zuzuweisen.⁸³ Gerechtfertigt erscheinen diese Einzelbefugnisse besonders für dringliche Fälle oder aber für solche,

71 Art. 440 ZGB.

72 Art. 54 Abs. 1 Schlusstitel des ZGB.

73 Art. 54 Abs. 2 Schlusstitel des ZGB.

74 Art. 6 Ziffer 1 EMRK; Art. 30 BV; Siehe dazu BGer. v. 25.04.2013, BGE 139 III 225, E. 2.2.

75 KOKES, Organisation der KESB in den Kantonen, ZKE 1/2017, 5.

76 Gemäß Art. 30 BV und Art. 6 EMRK.

77 BGer. v. 17.12.2012, BGE 139 III 98.

78 BGer. v. 12.11.2016, BGE 142 III 732.

79 BGer. v. 23.03.2017, BGE 143 III 193; EGMR v. 08.02.2022 – 69444/17 (Roth/Schweiz).

80 S. Rieder/O. Bieri/C. Schwenkel u. a., Evaluation Kindes- und Erwachsenenschutzrecht. Analyse der organisatorischen Umsetzung und Kennzahlen zu Leistungen und Kosten, Bericht zuhänden des Bundesamts für Justiz, Bern 2016, 6, abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen/externe/2016-04-05.html>> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025).

81 Rieder/Bieri/Schwenkel u. a. (Fn. 80), 7.

82 Siehe Art. 63a Einführungsgesetz zum ZGB vom 12.06.1994 Kanton Graubünden; BR 210.100.

83 Art. 440 Abs. 2 ZGB.

die über einen kleinen Ermessensspielraum verfügen.⁸⁴ Das Bundesgericht hat entschieden, dass für einen als vorsorgliche Massnahme ausgesprochenen Entzug des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts⁸⁵ ein Kollegialentscheid notwendig ist.⁸⁶ Dieser Entscheid ist zu begrüßen. Der Eingriff ins Familienleben ist auch bei einer vorsorglichen Maßnahme einschneidend. Gerade beim Entzug eines so wichtigen Teilgehalts der elterlichen Sorge wie dem des Aufenthaltsbestimmungsrechts, soll die Familie von der interdisziplinären Zusammensetzung der Fachbehörde profitieren können. Die erteilten Einzelzuständigkeiten in kantonalen Verfahrensrechten sind daher zu überdenken.

b) Kantonales Verfahrensrecht

Das ZGB stellt einige verbindliche Verfahrensbestimmungen für das Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde⁸⁷ und vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz⁸⁸ auf. In allen Bereichen, in denen kein übergeordnetes Recht also Bundesrecht besteht, ist kantonales Verfahrensrecht anwendbar. Soweit die Kantone nichts anderes bestimmen, sind im Übrigen die Bestimmungen der Schweizer Zivilprozessordnung (ZPO)⁸⁹ sinngemäss als ergänzendes kantonales Recht anwendbar.⁹⁰ Die Kantone können im Rahmen der Grundsätze im Bundesrecht also sowohl im Verfahrensrecht als auch in der Organisation der KESB eigene Wege gehen. Dies zeigt sich exemplarisch in der Sachverhaltsabklärung. Die KESB zieht die erforderlichen Erkundigungen ein und erhebt die notwendigen Beweise.⁹¹ Dafür kann sie „eine geeignete Person oder Stelle mit Abklärungen beauftragen“.⁹² Diese Delegationsmöglichkeit haben die Kantone ganz unterschiedlich konkretisiert. Einige Kantone weisen die Abklärung den Gemeinden respektive kommunalen Diensten zu, in anderen Kantonen soll die KESB selbst die tatsächlichen Verhältnisse abklären.⁹³ Ähnlich vielfältig wurden die Berufsbeistandschaften organisiert. Es finden sich spezialisierte Dienste mit kantonomer Trägerschaft, private Organisation oder etwa kommunale Sozialdienste. In manchen Fällen ist die KESB selbst

84 H. Hausheer/T. Geiser/R. E. Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 7. Aufl., Bern 2022, Rn. 1606.

85 Art. 310 ZGB.

86 BGer. v. 08.03.2022, BGE 148 I 251.

87 Art. 443–449c ZGB.

88 Art. 450–450e ZGB.

89 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008, SR 272, AS 2010 1739, BB1 2006, 7221.

90 Art. 450f ZGB; Siehe dazu BGer. v. 25.04.2013, BGE 139 III 225 E. 2.2, 229.

91 Gemäss Art. 446 Abs. 2 ZGB.

92 Art. 446 Abs. 2 ZGB.

93 Murphy/Steck (Fn. 50), Rn. 18.93.

für die Führung der Berufsbeistandschaften zuständig.⁹⁴ Die KOKES hat im Jahr 2021 Empfehlungen zur Organisation von Berufsbeistandschaften publiziert, mit dem Ziel, dass sich die Kantone in den nächsten 10 bis 15 Jahren diesen annähern werden.⁹⁵ Es bleibt festzuhalten, dass Familien je nach Kanton unterschiedlichen Verfahrensregeln und verschiedenen Akteuren gegenüberstehen. Es wäre wünschenswert, ein einheitliches, familienfreundliches Verfahrensgesetz auf Bundesebene einzuführen.⁹⁶ Dabei hat sich das Gesetz namentlich von den Grundsätzen der Richtlinien für eine kindgerechte Justiz⁹⁷ inspirieren zu lassen, denn ein familienfreundliches Verfahren muss immer auch ein kinderfreundliches Verfahren sein.

3. Folgen des föderalistisch aufgebauten Kinderschutzes

a) Häufigkeit von angeordneten Schutzmassnahmen

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Erfassung angeordneter Schutzmassnahmen auf kantonaler Ebene geregelt ist. Entsprechend unterschiedlich werden sie erhoben. Schweizweit fehlen etwa Zahlen zu Schutzmassnahmen, die in eherechtlichen Verfahren angeordnet werden. Immerhin sammelt und wertet die KOKES die von Kinderschutzbehörden angeordneten Kinderschutzmassnahmen. Unbekannt bleibt dagegen die Anzahl Kinder, die nicht bei ihren Eltern, sondern in Pflegefamilien aufwachsen. Zwar kann aus der KOKES-Statistik der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Eltern herausgelesen werden, nicht erfasst werden aber etwa einvernehmliche Unterbringungen. Bereits der Bericht zum Pflegekinderwesen kritisierte diese fehlende Erfassung von Eingriffen in die Familie und verlangte die Erhebung der Grunddaten als „unverzichtbare Grundlage“.⁹⁸ Auch der Kinderrechtsausschuss kritisierte die fehlenden Zahlen betreffend platzierte Kinder.⁹⁹ Erst

⁹⁴ Rieder/Bieri/Schwenkel u. a. (Fn. 80), 6.

⁹⁵ KOKES, Empfehlungen zur Organisation von Berufsbeistandschaften v. 18.06.2021, abrufbar unter: <<https://www.kokes.ch/de/dokumentation/empfehlungen/berufsbeistandschaften>> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025).

⁹⁶ Das Forschungsprojekt „Wie erleben Kinder und Eltern den Kinderschutz?“ im Rahmen des Nationalen Forschungsprogramms 76 „Fürsorge und Zwang“ des Schweizerischen Nationalfonds wird einen solchen Gesetzesentwurf vorschlagen, siehe <https://www.nfp76.ch/de/MYZ2FD45jFB01rUB/projekt/projekt-cottier> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025).

⁹⁷ *Europarat*, Leitlinien für eine kindgerechte Justiz, Straßburg 2010; siehe dazu: S. Hotz, § 1 Konzept für ein kinderfreundliches Verfahren, in: S. Hotz (Hrsg.), *Handbuch Kinder im Verfahren*, St. Gallen u. a. 2020, 11 ff.

⁹⁸ Zatti (Fn. 36), 15.

⁹⁹ *Ausschuss für die Rechte des Kindes*, Schlussbemerkungen zum fünften und sechsten Staatenbericht der Schweiz, Oktober 2021, abrufbar unter: <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialpolitische-themen/kinder-und-jugendfragen/kinderrechte.html> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025), 11.

kürzlich hat nun der Bundesrat den Beschluss gefasst, Pflegekinder in einer nationalen Statistik zu erfassen.¹⁰⁰

Bei denjenigen Kindeschutzmaßnahmen, für die die KOKES Zahlen publizieren kann, ist festzustellen, dass je nach Kanton gewisse Maßnahmen markant öfter angeordnet werden als in anderen Kantonen. Dies zeigt sich deutlich bei der Anordnung von Verfahrensvertretungen für Minderjährige. Die Kindeschutzbehörde verfügt über ein großes Ermessen, da sie nur „wenn nötig“ die Vertretung des Kindes in einem Kindeschutzverfahren anordnet.¹⁰¹ Im Jahr 2024 wurden insgesamt 1 020 Verfahrensbeistandschaften eingesetzt, wobei der Kanton Zürich (261) mit hohen Zahlen auffällt. In anderen Kantonen wie etwa Appenzell Innerrhoden, Genf, Glarus, Jura, Nid- und Obwalden wurde dieses Partizipationsinstrument weniger als zehnmal eingesetzt.¹⁰² Dies lässt sich nicht allein mit unterschiedlichen Bevölkerungszahlen in den jeweiligen Kantonen erklären. Die Vermutung liegt nah, dass sich die Differenzen (auch) durch die Ausübung des behördlichen Ermessens ergeben. Dies führt wiederum zur Frage, welche Kriterien etwa bei der Einsetzung einer Verfahrensvertretung ausschlaggebend sind.¹⁰³ Im Kanton Zürich wurden nach dem Fall Flaach die Behörden angewiesen, bei jeder Unterbringung eines Kindes die Einsetzung einer Verfahrensvertretung zu prüfen und zu dokumentieren.¹⁰⁴ Dies führte zu einer Stärkung dieses Instituts. Festzuhalten bleibt, dass durch die großen kantonalen Freiheiten nicht nur unterschiedliche Organisationsmodelle mit unterschiedlich großzügiger Ressourcenausstattung entstanden sind, sondern eine unterschiedliche Interpretation des materiellen Rechts respektive eine unterschiedliche Ausübung ihres Ermessens hinzukommt. Dies führt je nach Wohnort der betroffenen Familien zu einer Ungleichbehandlung in vergleichbaren Situationen.

100 Bundesrat, Medienmitteilung vom 24.02.2022, abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/de/nsb?id=87289>> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025).

101 Art. 314a bis Abs. 1 ZGB.

102 KOKES, Statistik, Kindeschutzmassnahmen nach Kanton, abrufbar unter: <https://www.kokes.ch/application/files/9117/5805/0964/KOKES-Statistik_2024_Kinder_Bestand_nach_Massnahmenart_und_Kanton.pdf> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025).

103 Siehe etwa das Abklärungsinstrument von Kinderanwaltschaft Schweiz, publiziert in: *Hotz* (Fn. 97), N 10.43 ff.

104 *Kanton Zürich*, Prüfung von Kindesvertretungen und Ablösung von superprovisorischen vorsorglichen Massnahmen – Aufsichtsrechtliche Weisungen, 19.02.2016, abrufbar unter: <<https://www.zh.ch/de/familie/kinde-und-erwachsenenschutz/fachaufsicht-kesb.html#-1211707193>> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025).

b) Ausgestaltung der Kinder- und Jugendpolitik

In einem erweiterten Blickwinkel auf die Thematik ist auch die Ausgestaltung der Kinder- und Jugendpolitik zu erwähnen, die noch stärker vom Föderalismus geprägt ist.¹⁰⁵ Die Kinder- und Jugendpolitik stellt die Weichen für das Angebot im freiwilligen Kinderschutz, einem wichtigen Pfeiler im Schweizer Kinderschutz.¹⁰⁶ Der freiwillige Kinderschutz umfasst diejenigen Beratungs- und Massnahmenangebote, die Eltern, Kinder und Jugendliche freiwillig aufsuchen. Dies können beispielsweise Mütter- und Väterberatungen, Jugend- oder Familienberatungsstellen, Erziehungsberatungsangebote oder punktuelle Unterstützung in kritischen Lebenssituationen wie etwa Trauerverarbeitung sein.¹⁰⁷ Es ist beispielsweise belegt, dass Kinder, die in einem fremdsprachigen Umfeld aufwachsen, in der Schweiz schlechtere Bildungs- und Entwicklungschancen haben.¹⁰⁸ Angebote in frühkindlicher Bildung, Betreuung und Erziehung können dieser Entwicklung entgegenwirken.¹⁰⁹ Gerade der freiwillige Kinderschutz ist ein wichtiges Angebot für Familien mit Migrationshintergrund, ist er doch regional verankert, niederschwellig und können Familien dadurch gezielt in schwierigen Situationen unterstützt werden. Angeboten werden sie entweder von privaten Organisationen oder durch den Kanton respektive die Gemeinde und sind zu grossen Teilen durch die öffentliche Hand finanziert. Der Bund sieht Finanzhilfen an private Trägerschaften, Kantone und Gemeinden vor¹¹⁰ und unterstützt damit die Kantone im Ausbau ihrer Kinder- und Jugendpolitik. Die Kantone nutzen den Handlungsspielraum in diesem Bereich sehr unterschiedlich. Einige haben umfassende gesetzliche Grundlagen geschaffen, andere nur punktuelle Regelungen im Sozialrecht vorgesehen, manche behelfen sich mangels gesetzlicher Grundlagen mit kantonalen Richtlinien, die je-

105 Kritisch äussert sich beispielsweise *Netzwerk Kinderrechte Schweiz*, Vierter NGO-Bericht an den UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, Bern 2021, 17, bestätigt durch die Empfehlungen des Ausschusses für die Rechte des Kindes, abrufbar unter: <<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialpolitische-themen/kinder-und-jugendfragen/kinderrechte.html>> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025), Rn. 8.

106 Gemäss Art. 307 Abs. 1 ZGB greift die Kinderschutzbehörde nur dann ein, wenn die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe schaffen.

107 *Häfeli* (Fn. 43), Rn. 1039.

108 *S. Stern/E. Gschwend/R. Iten u. a.*, White Paper zu den Kosten und Nutzen einer Politik der frühen Kindheit, Zürich u. a. 2016, 20 f.

109 *D. Edelmann*, Stärkung der Chancengerechtigkeit durch frühe Förderung, in: A. Haenni Hoti (Hrsg.), *Equity – Diskriminierung und Chancengerechtigkeit im Bildungswesen. Migrationshintergrund und soziale Herkunft im Fokus*, Bern 2015, 42 ff.

110 Bundesgesetz über die Förderung der außerschulischen Arbeit mit Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendförderungsgesetz) v. 30.09.2011, SR 446.1.

doch nicht verbindlich sind.¹¹¹ Der Vorteil der föderalistischen Regelung besteht darin, dass die Regionen entsprechend den vorliegenden Bedürfnissen maßgeschneiderte Angebote schaffen können.¹¹² Allerdings entstehen dadurch auch Ungleichheiten. Nicht nur bestehen Unterschiede in der Angebotsbreite, sondern auch betreffend die Finanzierung der entsprechenden Leistungen und die Aufteilung der Kosten zwischen der Familie und dem Gemeinwesen, also dem Kanton oder der Gemeinde.¹¹³ Damit können sich aus dem Föderalismus Zugangsunterschiede für Familien ergeben, die aus Sicht der Chancengleichheit nicht zu rechtfertigen sind.¹¹⁴

4. Zwischenfazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der föderalistische Aufbau im Kinderschutz zu Ungleichbehandlung von Familien mit ihren Kindern führt. Die betroffenen Familien müssen sich in einem komplizierten Verfahrensrecht zurechtfinden, das sowohl auf Bundesebene als auch auf kantonaler Ebene geregelt ist. Wünschbar ist ein einheitliches, bundesweit geltendes Verfahrensrecht, das – inspiriert durch die Leitlinien des Europarats für eine kinderfreundliche Justiz – besonders familienfreundlich ausgestaltet ist.

Die Angebote des freiwilligen Kinderschutzes als wichtiger Pfeiler des Kinderschutzsystems sind regional unterschiedlich ausgebaut. Gerade für Migrationsfamilien sind niederschwellige Angebote, die auf ihre Bedürfnisse ausgerichtet sind, wichtig, um sich besser im existierenden Hilfesystem zurechtzufinden. Die Kantone und der Bund stehen in der Pflicht für Chancengleichheit zu sorgen.

V. Interdisziplinärer Kinderschutz

1. Die Begriffe Multi-, Inter- und Transdisziplinarität

Die Zusammenarbeit verschiedener Fachbereiche kann im Kinderschutz in unterschiedlicher Weise vonstattengehen. Wird die Zusammenarbeit in der Form der *Multidisziplinarität* gewählt, arbeiten die einzelnen Disziplinen wie Recht, Sozialarbeit oder Psychologie nebeneinander, fokussiert auf dieselbe

111 SODK, Empfehlungen für die Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendpolitik in den Kantonen, 19.05.2016, abrufbar unter: <https://www.sodk.ch/de/dokumentation/medienmitteilungen/empfehlungen-fur-die-weiterentwicklung-der-kinder-und-jugendpolitik-in-den-kantonen/> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025), 10.

112 *Nett* (Fn. 5), 47.

113 SODK (Fn. 111), 31.

114 SODK (Fn. 111), 10.

Fragestellung respektive auf dieselbe Familie. Es ergeben sich nur punktuelle Kenntnisnahmen der Ergebnisse der anderen Fachdisziplinen, Teilansichten werden geteilt. Mit der Interdisziplinarität werden die Ergebnisse der einzelnen Fachbereiche miteinander in Beziehung gesetzt. Jeder Fachbereich bleibt in seiner Methodik, tauscht sich aber mit den anderen aus. Mit einer interdisziplinären Diskussion wird ein Mehrwert generiert, die Grenzen der Disziplinen bleiben jedoch erhalten. Wird die Transdisziplinarität als Zusammenarbeitsform gewählt, verwischen sich die Grenzen der Methoden. Verschiedene Disziplinen bearbeiten dieselbe Fragestellung gemeinsam, indem sie sich über ihre Grenzen hinaus auf andere Disziplinen zu bewegen. Die Grenzüberschreitung kann sowohl auf inhaltlicher als auch auf methodischer Ebene zu etwas Neuem führen.¹¹⁵ Grundlage für diese transdisziplinäre Arbeitsweise ist die Bereitschaft zur Erläuterung und kritischen Reflexion der eigenen Arbeitsmethoden und Denkweisen.¹¹⁶ Gleiches gilt, wenn auch in mindermem Maß, für eine interdisziplinäre Arbeitsweise. Erstens sind die Fachpersonen individuell herausgefordert, zum einen in ihrer eigenen Arbeitsmethode sicher unterwegs zu sein, zum anderen Kenntnis gewisser Grundlagen der anderen Disziplinen zu haben, ihre Fachsprache zu verstehen. Wichtig erscheint denn auch, dass bereits in der Ausbildung auf diese Kompetenzen Wert gelegt wird.¹¹⁷ Zweitens muss auch der institutionelle Rahmen respektive die Organisation eine solche kooperative Arbeitsweise stützen können. Verbindliche Prozesse sowie gemeinsame Standards gelten als Bedingungen des Gelingens. Zudem erfordert es auf Organisations-Stufe ein institutionalisiertes Gefäß und damit verbunden Zeit und eine kompetente Sitzungsleitung, um eine gemeinsame Sprache und gemeinsame Ziele zu entwickeln, notabene außerhalb der Sitzungen zur Fallführung und auf Augenhöhe der einzelnen Fachpersonen.¹¹⁸ Ob dies in den Kantonen gelingen kann, ist nicht nur eine Frage des Willens, sondern auch der finanziellen Ressourcen. Die Bereitstellung genügender Finanzmittel ist wiederum eine politische Frage. Wie

115 D. Wider, Multi-, inter- oder transdisziplinäre Zusammenarbeit in der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde – Begriffe, Bedingungen und Folgerungen, in: FS für Christoph Häfeli, Bern 2013, 85, 87 f.

116 M. Cottier, Inter- und Transdisziplinarität in der Familienwissenschaft aus der Perspektive des Familienrechts, in: FS für Ingeborg Schwenzer, Bern 2011, 351, 361.

117 So sind denn in der Schweiz mehrere Studiengänge im Familienbereich interdisziplinär ausgerichtet. Zu nennen sind etwa der Master „interdisciplinaire en droits de l'enfant“ der Universität Genf, abrufbar unter: <https://www.unige.ch/cide/fr/formations/maitrise-universitaire/maitrise-universitaire-interdisciplinaire-en-droits-de-lenfant-mide/> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025) oder der Master of Arts in „Familien-, Kinder- und Jugendstudien“ der Universität Freiburg, abrufbar unter: <https://studies.unifr.ch/de/master/int/familystudies/> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025).

118 Wider, in: FS Häfeli, 92 ff.

bereits aufgezeigt wurde, ist jeder Kanton auf sich gestellt, um eine Antwort auf die Herausforderungen der interdisziplinären Zusammenarbeit zu finden.

2. Die Zusammenarbeit auf Behördenebene

Die in Art. 440 Abs. 1 ZGB vorgesehene „*autorité interdisciplinaire*“ erhielt in den Kantonen eine unterschiedliche Ausgestaltung ihrer Organisations- und Entscheidungsstruktur. Grundsätzlich sind mindestens drei Mitglieder als Spruchkörper vorzusehen,¹¹⁹ die aus unterschiedlichen Disziplinen wie etwa Psychologie oder Pädagogik, Sozialarbeit und Recht zu besetzen sind. Besonders im Erwachsenenschutz kann sich die Zusammensetzung des Spruchkörpers zusätzlich mit Fachpersonen aus der Medizin, der Treuhand oder dem Versicherungsrecht aufdrängen.¹²⁰ Mehrheitlich haben die Kantone eine volatile Besetzung des Spruchkörpers vorgesehen, damit im konkreten Einzelfall entsprechendes Fachwissen zur Verfügung steht.¹²¹ In der Organisation der Fachbehörden respektive Gerichte sind zwei Gegenpole festzustellen. Auf der einen Seite sind in gewissen Kantonen alle Behördenmitglieder Vollzeit angestellt, der Spruchkörper ist aus verschiedenen Fachrichtungen zusammengesetzt und in der Abklärung können sich die Behördenmitglieder auf einen interdisziplinär zusammengesetzten Dienst abstützen (z. B. Kantone Bern, Basel-Stadt, Luzern). Auf der anderen Seite gibt es Behörden, die über keinen interdisziplinären Dienst verfügen, nur Juristen sind in einem vollen Pensum angestellt, und die aus verschiedenen Fachbereichen stammenden Beisitzer sind nur für den Entscheid selbst anwesend (zum Beispiel die Kantone Genf, Waadt, Neuenburg).¹²² Die Herausforderung der zweiten Organisationsform eine reell gelebte Interdisziplinarität zu erreichen, erscheint wesentlich höher als bei der ersten Organisationsform. Es erstaunt daher nicht, dass gemäß einer Studie in der Zusammenarbeit der Fachbehörde die Rechtswissenschaft immer noch als dominierend wahrgenommen wird. Dies trotz der Tatsache, dass eine verstärkte psychosoziale Einflussnahme im Entscheidungsverfahren als Qualitätsmerkmal wahrgenommen wird.¹²³

Familien sind je nach Kanton also mit unterschiedlicher interdisziplinärer Zusammensetzungen des Spruchkörpers konfrontiert. Möglicherweise gestaltet ein Jurist oder eine Juristin die erste Anhörung der Familie, vielleicht aber auch ein Sozialarbeiter oder eine Sozialarbeiterin. Die Entscheidungen werden entweder in Einzelzuständigkeit von einer Fachperson aus der Rechts-

119 Art. 440 Abs. 2 ZGB.

120 Bundesrat (Fn. 70), 7073.

121 Murphy/Steck (Fn. 50), Rn. 18.10.

122 Murphy/Steck (Fn. 50), Rn. 18.14 ff.

123 N. Hitz Quenon, Le droit de protection de l'enfant. Les premiers effets de la mise en œuvre dans les cantons de Genève, Vaud et Zurich ZKE 2015, 369 ff., 379.

wissenschaft oder im Gremium mit verschiedenen Disziplinen gefällt. Dass Entscheidungen im Kindesrecht von einem interdisziplinären Spruchkörper getroffen werden sollen, steht vom Gesetzgeber als klarer Auftrag im Raum. Die unterschiedliche Ausprägung der interdisziplinären Zusammenarbeit in den Kantonen ist daher unbefriedigend. Hier ist auf die bereits erwähnte horizontale Zusammenarbeit der Kantone hinzuweisen. Auch wenn die Interdisziplinarität formell eingeführt ist, muss auch weiterhin an einer Verbesserung gearbeitet werden, indem die Kantone sich austauschen und interkantonale Gremien eine wichtige Vermittlungsfunktion von Standards leisten.¹²⁴

3. Zwischenfazit

Ob inter- oder multidisziplinär ausgestaltet, die Behörden müssen, um einen wirksamen Kinderschutz zu garantieren, mit gut ausgebildeten Fachpersonen besetzt sein, die zum einen in ihrem Fachbereich sicher unterwegs sind, aber auch von anderen Disziplinen deren Denk- und Arbeitsweise sowie die Fachsprache kennen.

Die unterschiedlichen Lösungen in den Kantonen können beispielsweise untereinander ausgetauscht werden, damit „best practices“ bekannt und Standards entwickelt werden können, wie interdisziplinäre Zusammenarbeit mit unterschiedlicher Organisationsform und Ressourcen funktionieren kann. Die horizontale Zusammenarbeit unter den Kantonen kann hier eine wichtige Rolle wahrnehmen.

VI. Partizipationsmöglichkeiten der Familien

1. Elterliche Erziehungsverantwortung

Lehre¹²⁵ und Rechtsprechung¹²⁶ sind sich über den Vorrang der Familienbeziehungsweise Elternautonomie gegenüber staatlicher Intervention einig.

124 Siehe dazu etwa die Empfehlungen der KOKES zur Organisation der Berufsbeistandschaften, abrufbar unter <<https://www.kokes.ch/de/dokumentation/empfehlungen/berufsbeistandschaften>> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025); D. Frei/S. Grimm/M. Jurkovic Löffler, Die Empfehlungen der KOKES zur Organisation von Berufsbeistandschaften und deren Umsetzung am Beispiel des Amtes für Erwachsenen- und Kinderschutz (EKS) Stadt Bern – eine Diskussionsgrundlage ZKE 2022, 255 ff.

125 O. Guillard/S. Burgat, Droit des familles, Basel 2018, Rn. 303; P. Meier/M. Stettler, Droit de la filiation, Zürich u. a. 2019, 860; I. Schwenzer/M. Cottier, in: T. Geiser/C. Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, Bd. I, 6. Aufl., Basel 2018, N. 3g zu Art. 301 ZGB; A. Reiser/S. Gauron-Carlin (Hrsg.), La procédure matrimoniale, regards croisés de praticiens sur la matière, Bd. I, collection Quid iuris, Zürich 2019.

126 BGer. v. 16.06.2020, BGE 146 III 313 E. 6, 316f.; BGer. v. 21.09.2018, BGE 144 III 481 E. 4.5, 489; BGer. v. 11.03.2016, BGE 142 III 481 E. 2.5, 488.

Im Kindesschutzrecht finden sich mehrere Bestimmungen, die dem Grundsatz der primären elterlichen Erziehungsverantwortung Geltung verschaffen sollen. Nebst den Rechten und Pflichten, die die elterliche Sorge mit sich bringen,¹²⁷ klärt Art. 307 ZGB, dass ein Eingriff der Kindesschutzbehörde nur dann in Frage kommt, wenn die Eltern bei einer Kindeswohlgefährdung nicht von sich aus für Abhilfe sorgen oder sie dazu außerstande sind. Damit wird das Prinzip der Subsidiarität, welches auf den Vorrang privaten Handelns zielt, für den Kindesschutz als Grundsatz festgehalten.¹²⁸ In erster Linie sollen also einvernehmlich Maßnahmen beschlossen werden, die der Gefährdungssituation Abhilfe schaffen werden.

Problematisch erscheint in dieser Hinsicht die Tatsache, dass schweizweit die Finanzierung einvernehmlich beschlossener Maßnahmen unterschiedlich gehandhabt wird. Dieses auf Zusammenarbeit gründende Vorgehen ist regional unterschiedlich reglementiert und abhängig von lokal abweichender Praxis. Somit ist das Verfügen von Maßnahmen durch Entscheid der Behörde das einfachere Vorgehen. Diese Lösung widerspricht jedoch den Grundsätzen der Subsidiarität und Verhältnismässigkeit.¹²⁹

Auf eine Besonderheit im Kindesschutz soll hier ebenfalls eingegangen werden. Elternkonflikte führen regelmäßig ebenfalls zu Kindesschutzmaßnahmen. In einer Erhebung lagen in 71% der untersuchten Gefährdungsfälle Erwachsenenkonflikte um das Kind vor.¹³⁰ Als Kindesschutzmaßnahmen werden in diesen Fällen oft Erziehungsbeistandschaften angeordnet,¹³¹ was aufgrund ihrer Zielsetzung der Vermittlung nicht immer zielführend ist. Mit der Einführung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts im Jahr 2013 sollte die Selbstverantwortung der Eltern durch gesetzlich verankerte Mediationsbestimmungen gestärkt werden.¹³² Besonders bei Elternkonflikten ist eine innere Haltungsänderung der Eltern zwingende Voraussetzung für eine Beruhigung des Konflikts. Dies kann mit Unterstützung von angeordneter Beratung, Mediation oder Psychotherapie erreicht werden.¹³³ Interdisziplinäre Arbeitskreise im Kanton Basel-Stadt (Netzwerk Kind) und im Kanton

127 Art. 296 ff. ZGB.

128 C. Fountoulakis/D. Rosch, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht als Teil des Eingriffssozialrechts, in: D. Rosch/C. Fountoulakis/C. Heck (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Bern 2016, Rn. 10.

129 SODK (Fn. 111), 31.

130 V. Schaller-Peter, Aus der Praxis: Erwachsenenkonflikte ums Kind und andere Gefährdungslagen, in: P. Voll/A. Jud/E. Mey u. a. (Hrsg.), Zivilrechtlicher Kindesschutz: Akteure, Prozesse, Strukturen, Luzern 2008, 44.

131 Gestützt auf Art. 308 ZGB.

132 Art. 314 Abs. 2 ZGB für das Kindesschutzverfahren; Art. 297 Abs. 2 ZPO in familienrechtlichen Angelegenheiten vor dem Gericht.

133 G. Kilde, Der persönlicher Verkehr: Eltern – Kind – Dritte, Zürich u. a. 2015, Rn. 579 ff.

St. Gallen erreichten die Institutionalisierung der angeordneten Beratung bei Elternkonflikten.¹³⁴ Im Kanton Bern läuft ein Pilotprojekt zur angeordneten Beratung (ZFIT). Die angeordnete Beratung kommt zur Anwendung, wenn Anordnungen über ein Kind zu treffen sind und die Eltern keine Einigung erzielen können.¹³⁵

Eine weitere Entwicklung ist der verstärkte Einsatz von pädagogischer Familienbegleitung. Eine Fachperson besucht die Familie, die Schwierigkeiten in der Erziehung oder in der Alltagsbewältigung hat, und arbeitet mit den Familienmitgliedern zusammen an ihren Schwachstellen.¹³⁶ Dieser staatliche Eingriff in die Familiensphäre verlangt von der Fachperson viel Feinfühligkeit und Fachkompetenz in der Arbeit mit Pflichtklientenschaft,¹³⁷ besonders wenn – wie zu erwarten – nicht alle betroffenen Familienmitglieder dieselbe Kooperationsbereitschaft zeigen. Sowohl die Arbeit der pädagogischen Familienbegleitung als auch die Arbeit während der angeordneten Beratung oder Mediation stellt die Fachpersonen vor zusätzliche Herausforderungen, wenn Familien mit Migrationshintergrund ihre Klienten sind. Nicht nur können sprachliche Hindernisse, sondern auch kulturelle Eigenheiten die Arbeit erschweren. Die Einsetzung von entsprechend geschulter kultureller Dolmetscher oder Fachpersonen, die aus diesem Kultur- und Sprachkreis stammen, können helfen solche Schwierigkeiten zu überwinden. In der Schweiz werden solche Angebote bereits im Gesundheitswesen, bei Behörden und Gerichten, auf dem Sozialdienst oder bei Elterngesprächen in der Schule genutzt.¹³⁸

2. Partizipationsmöglichkeiten der Eltern im Kinderschutzverfahren

a) Verfahrensgrundrechte

Rein formell garantieren Verfahrensgrundrechte betroffenen Eltern ein rechtsstaatliches Verfahren. Der Anspruch auf ein gerechtes Verfahren,

134 M. Cottier/E. D. Widmer/S. Tornare u. a., Interdisziplinäre Studie zur alternierenden Obhut, Genf 2017, abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen/externe/2017-03-01.html> (zuletzt abgerufen: 28.08.2023), 62.

135 Art. 2 Verordnung über das Pilotprojekt «Angeordnete Beratung in familienrechtlichen Gerichtsverfahren mit strittigen Kinderbelangen und Zentrum für Familien in Trennung (ZFIT)» vom 15. Februar 2023, BSG 271.111 (ZFITV).

136 C. Lötscher, Zeitschrift für Sozialhilfe (ZESO), Nr. 2/2013, 32.

137 Siehe dazu beispielweise: Hochschule Luzern, Soziale Arbeit mit Pflichtklientinnen und Pflichtklienten, Luzern 2014.

138 INTERPRET ist die schweizerische Interessengemeinschaft für interkulturelles Dolmetschen und Vermitteln. Durch den Bund beauftragt, nimmt sie Aufgaben der Qualifizierung und Qualitätssicherung sowie der Konzept- und Öffentlichkeitsarbeit wahr, siehe: <https://www.inter-pret.ch/> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025).

rechtliches Gehör sowie, unter bestimmten Voraussetzungen, unentgeltliche Rechtspflege sind verfassungsrechtlich garantiert.¹³⁹ Für betroffene Familien, besonders auch für Migrationsfamilien, stellt die unentgeltliche Rechtspflege und der unentgeltliche Rechtsbeistand einen wichtigen Teilbereich der Verfahrensgrundrechte dar.¹⁴⁰ Dieser Anspruch ist an die Bedingung geknüpft, dass die Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint und die anwaltliche Vertretung als notwendig erscheint.¹⁴¹ Besonders der letzte Punkt ist im Kindesschutzrecht offen, denn deren Notwendigkeit wird nur bejaht, wenn das Verfahren besonders stark in grundlegende Rechtspositionen des Bedürftigen eingreift.¹⁴² Immerhin dürfen fehlende Sprachkenntnisse respektive (fehlende) rechtliche Kenntnisse eines Bedürftigen mitberücksichtigt werden.¹⁴³ Dies würde bei Migrationsfamilien dafür sprechen, ihnen vor Verfahrenseröffnung einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zur Verfügung zu stellen.

b) Partizipationsstufen

Als Vorstufen der Partizipation werden die Information, die Anhörung und ein gewisser Einbezug umschrieben. Von echter Partizipation kann gesprochen werden, wenn Mitbestimmung und teilweise Entscheidungskompetenzen oder sogar Entscheidungsmacht möglich sind. Dabei sind diese Grenzen fließend und man kann von einer zunehmenden Verwirklichung sprechen, je größer die Entscheidungsmacht ausfällt.¹⁴⁴ Familien, die an einem Kindeschutzverfahren als Betroffene beteiligt sind, stehen vor besonderen Herausforderungen. Die KESB wird in der Regel gestützt auf einen Abklärungsbericht durch eine in Sozialarbeit geschulte Person sowie gestützt auf die Anhörung von Eltern einen Entscheid fällen. Während der Anhörung macht sich die Behörde ein Bild der Situation, wozu das Familiensystem, die Eltern und ihre Fähigkeiten und Ressourcen gehören. Personen, die nicht gut kommunizieren können, sind dabei im Nachteil. Manche betroffene Familie ist unvorbereitet, sie kennt die Verfahrensabläufe nicht und auch nicht, welche

139 Art. 29 BV.

140 Gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV.

141 G. Steinmann, in: B. Ehrenzeller/B. Schindler/R. Schweizer u. a. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich u. a. 2014, Art. 29 BV Rn. N 67 ff.

142 BGer. v. 01.07.2004, BGE 130 I 180 E. 3.3.2, 185 betreffend Wiedererlangung der elterlichen Obhut.

143 BGer. v. 03.05.1995, BGE 121 I 196 E. 5a, 204.

144 M. T. Wright/H. von Unger/M. Block, Partizipation der Zielgruppe in der Gesundheitsförderung und Prävention, in: M. T. Wright (Hrsg.), Partizipative Qualitätsentwicklung in der Gesundheitsförderung und Prävention, Bern 2010, 35 ff.

Massnahmen allenfalls drohen können. In der Studie „Intapart“ wurde festgestellt, dass, obwohl die KESB mündlich Auskunft gab und Fragen beantwortete, viele Missverständnisse oder fehlende Informationen auf Seiten der Eltern festgestellt werden musste. Dies kann denn auch nicht erstaunen, müssen die Verfahrensbeteiligten doch während der Anhörung zum einen selbst Auskunft geben und zum anderen die von der Behörde gegebenen Informationen über Gegenstand des Verfahrens, ihre Rechte und mögliche Massnahmen verarbeiten. Ihre Handlungsfähigkeit im Sinne einer „agency“¹⁴⁵ erscheint daher limitiert.¹⁴⁶ Zurecht wird Information als Vorstufe der Partizipation und als Grundbedingung erkannt, um überhaupt an einem Verfahren mitwirken zu können. Gerade bei sprachlichen Schwierigkeiten scheint der Einsatz von schriftlichen Informationen notwendig und dies in möglichst leichter Sprache.¹⁴⁷ Es wäre sicher auch hilfreich Standardinformationen in Übersetzungen zur Verfügung zu stellen.

3. Partizipationsmöglichkeiten der Kinder im Kinderschutzverfahren

Grundsätzlich ist zu unterscheiden, ob das vom Kinderschutzverfahren betroffene Kind in der konkreten Rechtsfrage urteilsfähig ist oder nicht.¹⁴⁸ Urteilsfähige Minderjährige dürfen im Rahmen des Personenrechts durch eigenes Handeln Rechte und Pflichten begründen und höchstpersönliche Rechte ausüben.¹⁴⁹ Selbst wenn das urteilsfähige Kind im Kinderschutzverfahren einen Antrag auf Verfahrensvertretung stellt, kann die Kinderschutzbehörde gestützt auf ihr großes Ermessen diesen Antrag ablehnen.¹⁵⁰ Dies im Gegensatz zu den eherechtlichen Verfahren, in denen ein Antrag eines urteilsfähigen Kindes auf Verfahrensbeistandschaft gefolgt werden muss.¹⁵¹ Im Unterschied zum Bundesgericht,¹⁵² kritisiert die Lehre diese unterschiedliche Handhabung zwischen Kinderschutz- und eherechtlichen

145 Der Begriff „agency“ umschreibt in der Sozialwissenschaft die Fähigkeit einer Person, aktiv und unabhängig zu wählen und Veränderungen zu bewirken; freier Wille oder Selbstbestimmung, siehe: <https://sociologydictionary.org/agency/> (zuletzt abgerufen: 27.08.2023).

146 A. Schoch/G. Aeby/B. Müller u. a., Social sciences (Soc. Sci.) 2020, 9, 148, 13, vgl. A. Schoch/B. Müller/G. Aeby u. a., Partizipationserfahrungen von Kindern und Jugendlichen in Kinderschutzverfahren, in: S. Eberitzsch/S. Keller/J. Rohrbach (Hrsg.), Partizipation in stationären Erziehungshilfen, Weinheim/Basel 2023, S. 86 ff.

147 Siehe <https://www.kokes.ch/de/publikationen/leichte-sprache> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025).

148 Urteilsfähig ist, wer vernunftgemäss handeln kann. Kindern wird diese Fähigkeit vermungsweise abgesprochen, Art. 16 ZGB.

149 Art. 19c ZGB, Art. 305 Abs. 1 ZGB.

150 Art. 314abis ZGB.

151 Art. 299 Abs. 3 ZPO.

152 Zum Beispiel BGer. v. 06.06.2016, 5A_232/2016, E. 4.

Verfahren.¹⁵³ Es ist fragwürdig, warum in einem Kindesschutzverfahren, wo das Kind im Mittelpunkt des Verfahrens steht, es nicht seine eigene Vertretung erhält, die seinen Standpunkt ins Verfahren einbringen kann. Zudem überlässt das Gesetz in der Frage der Einsetzung der Verfahrensvertretung den Kindesschutzbehörden ein großes Ermessen, ohne klare Kriterien. Kindesschutzorganisationen werfen Behörden und Gerichten vor, nicht systematisch den Anspruch des Kindes auf eine eigene Kindsvertretung zu prüfen.¹⁵⁴ *De lege feranda* sollte eine Verpflichtung bestehen, dass die Behörden in jedem Verfahren und bereits ganz zu Beginn eines Verfahrens ein erstes Mal prüfen und dokumentieren, ob eine solche Kindsvertretung nötig ist.

Handelt das Kind nicht selbstständig, so hat es im Kindesschutzverfahren einen Anspruch auf Anhörung.¹⁵⁵ Auch hier gilt, dass nur wer informiert ist, sich auch am Verfahren beteiligen kann. Folglich sollten die Behörden die Kinder über ihre Mitwirkungsrechte informieren.¹⁵⁶ Im Gespräch sollten die auslösenden Ursachen für das Verfahren sowie mögliche im Raum stehende Massnahmen benannt werden.¹⁵⁷ Dieses Gespräch ist in altersgemäßer Sprache zu führen. Verständnisfragen und Fragen zum Verfahren sollen sogleich geklärt werden können. Ausnahmen von der Anhörung können *de lege lata* mit dem Alter oder mit wichtigen Gründen begründet werden. Das Bundesgericht hatte als Richtlinie die Altersgrenze von 6 Jahren eingeführt,¹⁵⁸ was in der Lehre kritisiert wird.¹⁵⁹ In der Praxis laden einige Gerichte Kinder erst ab 10 Jahren zur Anhörung ein.¹⁶⁰ Folglich informieren sie sie auch nicht über ein eröffnetes Verfahren, obwohl sie allenfalls von Kindesschutzmassnahmen betroffen sein werden. Dadurch verhindert die Behörde, dass das dem Kind zustehende Partizipationsrecht ausgeübt werden kann. Auch der

153 Zum Beispiel G. Kilde, § 6 Familienrechtliche Verfahren, in: Hotz (Fn. 97.), N 6.76 m. w. H.
154 Netzwerk Kinderrechte Schweiz (Fn. 105), 32.

155 Art. 314a ZGB.

156 Analog zur Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern vom 19.10.1977 SR 211.222.338, dessen Art. 1a eine Aufklärungspflicht über Verfahrensrechte entsprechend dem Alter der Kinder vorsieht, also das Alter keinen Ausschlussgrund für eine Mitwirkung zulässt.

157 Die bundesrichterliche Rechtspraxis verlangt, dass Kinder zu allen entscheidenden Elementen angehört werden. BGer. v. 10.09.2021, 5A_131/2021 E. 3.3.

158 BGer. v. 01.06.2005, BGE 131 III 553 E. 1.2, 555.

159 C. A. Herzig, Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, Zürich u. a. 2012, N 380; G. Kilde, Anhörung des Kindes in familienrechtlichen Verfahren, in: P. Eitel/A. Zeiter (Hrsg.), Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts, Zürich u. a. 2014, 210f. m. w. H.; etwa auch Kinderschutz Schweiz, Positionspapier Qualität im Kinderschutz, Bern 2021, abrufbar unter: <https://www.kinderschutz.ch/uber-uns/politische-arbeit/positionspapiere-stellungnahmen/positionspapier-qualitaet> (zuletzt abgerufen: 13.10.2025), 6, die eine Erhöhung der Kompetenzen der anhörenden Personen fordern, damit die Anhörung auf das 4. Altersjahr herabgesetzt werden kann.

160 Netzwerk Kinderrechte Schweiz (Fn. 105), 31.

Ausschlussstatbestand „wichtige Gründe“ sollte nur restriktiv angenommen werden und mit einer nächsten Gesetzesrevision ganz aufgehoben werden. Unabhängig von einem bestimmten Grenzalter ist zukünftig eine altersangemessene Beteiligung an allen Entscheidungen zu ermöglichen.¹⁶¹

4. Zwischenfazit

Die Elternautonomie wird durch den Grundsatz der Hilfe zur Selbsthilfe gestärkt. Kulturelle Unterschiede wie auch Sprachschwierigkeiten können Barrieren errichten, so dass die Hilfsangebote von Familien mit Migrationshintergrund nicht wahrgenommen werden. Damit die Unterstützung der Fachpersonen in der Mediation, in der angeordneten Beratung oder etwa während der sozialpädagogischen Familienbegleitung auch für Familien mit Migrationshintergrund greifen können, ist ihre Sensibilisierung für kulturelle und sprachliche Besonderheiten wichtig.

Sind Kinderschutzverfahren bereits durch ihren Gegenstand, den Eingriff ins Familienleben, herausfordernd, muss dies umso mehr gelten, wenn das Hilfesystem unbekannt respektive das Sprachverständnis nur ungenügend ist. Mehrere Maßnahmen wie etwa schriftliche Informationen, gegebenenfalls in einer Übersetzung, sowie die Verwendung einer leichten Sprache in einer Broschüre sind erste Schritte, dass gegebene Informationen verstanden werden können. Erst wenn die unterste Stufe von Partizipation, die Informationsvermittlung, ermöglicht wird, können Migrationsfamilien aktiv im Verfahren mitwirken. Diese Erwägungen gelten genauso für die Kinder. Sie sind als direkt Betroffene, als Verfahrensbeteiligte, altersgemäß in das Verfahren einzubeziehen, damit sie Teil der Lösung werden können.

VII. Fazit

Der grosse Anteil von Familien mit Migrationshintergrund erfordert in der Schweiz eine Sensibilisierung für die besonderen Herausforderungen, mit denen sich diese Familien im Schweizer Kinderschutz konfrontiert sehen.

Der föderalistisch aufgebaute Kinderschutz ergibt in den Kantonen unterschiedliche Angebote im freiwilligen Kinderschutz. Es ist schweizweit nicht die gleiche Angebotsdichte vorhanden. Gerade für Familien mit Migrationshintergrund sind niederschwellige Angebote wichtig, um sich im existierenden Hilfesystem zurechtzufinden. Die Kantone und der Bund sind hier in

161 Siehe dazu bereits *Kilde* (Fn. 153), N 6.90.

der Pflicht, Zugangsunterschiede für Familien auszugleichen, damit alle Familien über Chancengleichheit verfügen.

Der zivilrechtliche Kindesschutz ist zwar bundesrechtlich geordnet, überlässt den Kantonen aber viel Gestaltungsfreiraum. Dies kann zum einen aus der historischen Entwicklung, zum anderen aus der föderalistischen Organisation der Eidgenossenschaft und deren Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen erklärt werden. Der föderalistisch organisierte Kindesschutz zeigt sich namentlich in den kantonal verschieden organisierten Schutzbehörden und in den unterschiedlichen Ausprägungen angeordneter Schutzmassnahmen. Gerade die Unabhängigkeit der Kindesschutzbehörden ist in die Kritik geraten und beispielsweise vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte der Kindesschutzbehörde Bern abgesprochen worden. Zugleich könnte auch die finanzielle Unabhängigkeit in Frage gestellt sein, wenn die Gemeinde gleichzeitig Träger der KESB und Kostenträger der Schutzmassnahmen ist. Hier könnten etwa eine klare Reglementierung oder ein interkommunales Finanzierungssystem Klarheit verschaffen. Die unterschiedliche kantonale Ausgestaltung, führt besonders im Kindesschutz zu Ungleichbehandlung von Familien. Wünschbar ist daher ein einheitliches bundesweit geltendes Verfahrensrecht, das inspiriert durch die Leitlinien des Europarats für eine kinderfreundliche Justiz besonders familienfreundlich ausgestaltet ist.

Die Anforderungen des Bundesrechts, im Kindesschutz eine interdisziplinäre Fachbehörde zu realisieren, ist in den Kantonen unterschiedlich umgesetzt worden. So sind beispielsweise Kantone befugt, gewisse Entscheidungen der Präsidialkompetenz zuzuweisen. Das Bundesgericht hat zu Recht entschieden, dass für einen als vorsorgliche Massnahme ausgesprochenen Entzug des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts ein Kollegialentscheid notwendig ist. Der Eingriff ins Familienleben ist auch bei einer vorsorglichen Massnahme einschneidend. Gerade beim Entzug eines so wichtigen Teilgehalts der elterlichen Sorge wie dem Aufenthaltsbestimmungsrecht soll die Familie von der interdisziplinären Zusammensetzung der Fachbehörde profitieren können.

Im Abschnitt zu den Entwicklungsetappen im Schweizer Kindesschutz wurde bereits skizziert, wie die Rechtswissenschaften und die Sozialarbeit anfangs des 20. Jahrhunderts im Fürsorgebereich Fuß fassten und sich innert weniger Jahrzehnte zu prägenden Disziplinen entwickelten. Hinzu traten Psychologie und Pädagogik als unverzichtbare Elemente der interdisziplinären Zusammenarbeit im Kindesschutz. Je nach kantonaler Ausgestaltung der Kindesschutzbehörde werden diese Fachkenntnisse jedoch unterschiedlich validiert.

Die begrüßenswerte Entwicklung Eltern Hilfe zur Selbsthilfe anzubieten, sollte nicht an kantonalen Strukturen oder disziplinär unterschiedlichen Herangehensweisen scheitern. Gerade bei bekannten Sprachschwierigkeiten, typischerweise in Familien mit Migrationshintergrund vorhanden, können schriftliche Informationen oder Unterstützung durch kulturelle Übersetzung hilfreich sein. Dies betrifft sowohl die Eltern als auch die Kinder, die in ihren Partizipationsmöglichkeiten zu stärken sind. Zudem sind bei einvernehmlichen Einigungen zwischen Eltern und KESB darauf zu achten, dass die Mitwirkungsrechte des betroffenen Kindes gewahrt bleiben.

Die geltende gesetzliche Grundlage betreffend Einsetzung von Verfahrensvertretungen im Kinderschutzverfahren wird zurecht kritisiert, da das Gesetz in der Frage der Einsetzung der Verfahrensvertretung den Kinderschutzbehörden ein (zu) großes Ermessen überlässt. Es ist zu wünschen, dass die Behörden in jedem Verfahren und bereits ganz zu Beginn eines Verfahrens ein erstes Mal prüfen und dokumentieren, ob eine solche Kindsvertretung nötig ist. Auch die Mitwirkung des Kindes im Kinderschutzverfahren sollte ohne Ausschlussgründe grundsätzlich garantiert sein. In jedem Verfahren ist zu prüfen, welches der verschiedenen Mitwirkungsformen das angemessene für das jeweilige Kind darstellt.

Staatliche Maßnahmen zum Schutz des Familienlebens in der türkischen Rechtspraxis

Zafer Zeytin / Karen Klein

I.	Rechtliche Rahmenbedingungen	531
II.	Öffentlicher Kinderschutz	532
	1. Geschichte und Organisation des Kinderschutzes in der Türkei	532
	2. Prävention als neue Zielsetzung.	533
	3. Arbeitsweise der Kinderschutzbehörden	535
	4. Staatliche Maßnahmen und Rechtsbehelfe der Betroffenen	538
III.	Grenzüberschreitende Familienhilfe	545
	1. Grenzüberschreitende Adoption	546
	2. Internationale Kindesentführung.	547
	3. Besonderer Schutz von Familien mit Migrationshintergrund.	548
IV.	Höchststrichterliche Entscheidungen	549
	1. Fortsetzung der persönlichen Beziehungen zum Kind	549
	2. Rückführung des Kindes	550
	3. Schutzimpfung des Kindes	552
V.	Fazit	552

I. Rechtliche Rahmenbedingungen

Neben der UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK)¹ bilden die türkische Verfassung (TV),² das türkische Zivilgesetzbuch (TZGB)³ sowie das türkische Kinderschutzgesetz (KSG)⁴ die rechtlichen Grundlagen des staatlichen Handels bezüglich Kinder und ihrer Familien in der Türkei. Eine besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang Art. 41 TV zu. Danach stellt die Familie die Grundlage der türkischen Gesellschaft dar und

1 Die Türkei hat die Kinderrechtskonvention (Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, ÇHS) am 14.09.1990 unterzeichnet, durch das Gesetz Nr. 4058 v. 09.12.1994 ratifiziert und am 27.01.1995 im Amtsblatt (Resmi Gazete, RG) Nr. 22184, 27.01.1995 veröffentlicht, wodurch die Kinderrechtskonvention in Kraft trat. Die Türkei hat allerdings Vorbehalte gegen Art. 17, 29 und 30 UN-KRK erklärt.

2 Anayasa [Verfassung] Gesetz Nr. 2709 v. 18.10.1982, RG: Nr. 17863, 09.11.1982 (*mükerrer*, wiederholend).

3 Türk Medeni Kanunu [Zivilgesetzbuch] Gesetz Nr. 4721 v. 22.11.2001, RG: Nr. 24607, 08.12.2001.

4 Çocuk Koruma Kanunu [Kinderschutzgesetz] Gesetz Nr. 5395 v. 03.07.2005, RG: Nr. 25876, 15.07.2005.

beruht auf der Gleichberechtigung von Mann und Frau. Der Staat hat die notwendigen Maßnahmen zu treffen und die notwendigen Einrichtungen zu gründen, um das Wohl der Familie und insbesondere den Schutz von Müttern und Kindern zu gewährleisten. Jedes Kind hat das Recht auf Schutz und Fürsorge sowie das Recht auf eine persönliche Beziehung zu seinen Eltern. Ferner hat der Staat die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz von Kindern gegen Missbrauch und Gewalt zu ergreifen.

II. Öffentlicher Kinderschutz

Doch bereits vor Inkrafttreten des Art. 41 TV spielte der Schutz von Kindern in der Türkei eine bedeutsame Rolle. Zu Beginn noch privatrechtlich organisiert, wurde der Kinderschutz im Laufe der Zeit verstaatlicht. Heute wird er von den Kinderschutzbehörden wahrgenommen.

1. Geschichte und Organisation des Kinderschutzes in der Türkei

Der erste türkische Kinderschutzbund wurde unter dem Namen „Gesellschaft zum Schutz der Kinder“ (*İstanbul Himaye-i Etfal Cemiyeti*) im Jahr 1917 in Form eines Vereins in Istanbul gegründet. Sein Ziel war die Sorge für Kinder zu übernehmen, die während des Ersten Weltkriegs ihre Familien verloren hatten. Im Jahr 1921 wurde in Ankara eine Zweigstelle gegründet. Die Zahl der Zweigstellen stieg bis ins Jahr 1935 auf 612 an. Ab 1934 erhielt der Verein den Namen „Türkischer Kinderschutzbund“ (*Türkiye Çocuk Esirgeme Kurumu*).⁵ Im Jahr 1981 wurde der Kinderschutzbund⁶ aufgelöst und seine Aufgaben auf das Ministerium für Gesundheit und Sozialhilfe übertragen. Dadurch wurde der Kinderschutz verstaatlicht.

Im Jahr 1983 wurde das Amt für Sozialdienste und Kinderschutz (*Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu, SHÇEK*) als Anstalt des öffentlichen Rechts gegründet,⁷ um die bisher verstreuten Kinderschutzdienste zu bündeln und dadurch effektiver zu gestalten. Von 2005 bis 2011 übernahm die Bildungsabteilung des Justizministeriums auf zentraler Ebene die Koordinierungsarbeiten dieses Amtes.

5 M. Sarıkaya, Türkiye Himaye-i Etfal Cemiyeti İstanbul Şubesi'nin Faaliyetleri (1917–1935) [Aktivitäten der Istanbuler Abteilung der Türkischen Gesellschaft zum Schutz der Kinder (1917–1935)], *Atatürk Dergisi* [Atatürk Zeitschrift] 11 (2022), 51.

6 Milli Güvenlik Kurulu [Nationaler Sicherheitsrat] Beschluss Nr. 51 v. 04.05.1981, RG: Nr. 17331, 05.05.1981.

7 Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu [Gesetz über das Amt für Sozialdienste und Kinderschutz] Gesetz Nr. 2828 v. 24.05.1983, RG: Nr. 18059, 27.05.1983.

In den letzten Jahrzehnten nahm die Kritik an dieser Einrichtung zu. Es wurde vorgebracht, dass es immer schwieriger werde, die Arbeit der Kinderschutzdienste in Übereinstimmung mit den internationalen Standards durchzuführen. Die Kritiker führten an, dass die Strukturen schwerfällig seien und es an finanziellen und personellen Ressourcen mangle. Die Umsetzung der Rechtsvorschriften zum Schutz von Kindern erfordere den Aufbau eines zeitgemäßen Kinderschutzsystems, welches die maßgeblichen Bestimmungen wirksam in die Praxis umsetze. Darüber hinaus müsse eine Koordinierung zwischen öffentlichen und privaten Hilfsorganisationen gewährleistet werden, um die vorhandenen Ressourcen besser ausschöpfen und zum Wohle der Kinder einsetzen zu können.⁸

Unter Berücksichtigung dieser Kritikpunkte wurde das Amt für Sozialdienste und Kinderschutz geschlossen und dessen Aufgaben der Generaldirektion für Kinderdienste (*Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü, ÇHGM*) des Ministeriums für Familie und Sozialpolitik übertragen.⁹ Das Ministerium für Familie und Sozialpolitik und das Ministerium für Arbeit und soziale Sicherheit wurden im Jahr 2018 zum Ministerium für Familie, Arbeit und Sozialdienste zusammengeführt. Die Generaldirektion für Kinderdienste setzte ihre Arbeit als oberste Kinderschutzbehörde bis zum Jahr 2021 unter diesem Ministerium fort. Seit der Gründung des Ministeriums für Familie und Sozialdienste wird die Generaldirektion für Kinderdienste dort weitergeführt.

2. Prävention als neue Zielsetzung

Der Kinderschutz in der Türkei konzentrierte sich in der Vergangenheit auf besonders schutzbedürftige und straffällig gewordene Kinder. Nach der oben erwähnten Kritik wollte man das Kinderschutzsystem mit einer ganzheitlichen Perspektive reorganisieren und den Fokus auf den präventiven Bereich

8 E. Akyüz, *Çocuk Hukuku: Çocuk Hakları ve Korunması* [Kinderrecht: Kinderrechte und deren Schutz], Ankara 2012, 436.

9 Vgl. 633 sayılı Sosyal Hizmetler Alanında Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname [Gesetzesverordnung Nr. 633 über die Organisation und Aufgaben des Ministeriums für Familie und Sozialpolitik] v. 03.06.2011, RG: Nr. 27958 mükerrer, 08.06.2011; das Gesetz Nr. 2828, mit dem das Amt für Sozialdienste und Kinderschutz einst gegründet wurde, wurde in das Gesetz über Sozialdienste (*Sosyal Hizmetler Kanunu, SHK*) umgewandelt. Viele Artikel des Vorgängergesetzes wurden aufgehoben. Gemäß Art. 35 gelten Verweise auf das SHÇEK nun als an das Ministerium für Familie und Sozialpolitik gerichtet. Um die Koordination zwischen den für die Erbringung der Kinderschutzdienste zuständigen Ministerien und den kooperierenden Einrichtungen zu gewährleisten, sollten die weiteren Vorgaben auf Zentral-, Provinz- und Städteebene durch Verordnungen und Weisungen geregelt werden, vgl. Akyüz (Fn. 8), 437.

legen.¹⁰ Die Koordination dieser Reorganisation übernahm das Justizministerium mit fachlicher Unterstützung durch das Kinderhilfswerk der Vereinten Nationen.

Hierfür wurde ein Strategiedokument¹¹ entwickelt, das darauf abzielte, in den Jahren 2014 bis 2019 ein ganzheitliches Kinderschutzsystem nach internationalen Standards und den Grundprinzipien der Kinderrechtskonvention zu etablieren. Danach sollte die Entwicklung des Kindes zu einer eigenständigen und verantwortungsbewussten Persönlichkeit gefördert und der Schwerpunkt des Kinderschutzes auf präventive Maßnahmen – also den Frühwarnbereich¹² – gelegt werden,¹³ indem widrige Bedingungen für das Wohl der Kinder gesucht und entsprechende Screening-Ergebnisse ausgewertet wurden.¹⁴

Das Strategiedokument wurde durch einen Umsetzungsplan ergänzt. Darin wurde festgelegt, dass es in der jeweiligen Verantwortung der einzelnen Institutionen liegen sollte, die vorgeschlagenen Umsetzungsschritte zu verwirklichen. Die zentrale Koordinationsstelle und die lokale Koordinationsstelle sollten dabei überwachen, ob der Umsetzungsplan befolgt wurde.¹⁵

10 Y. Baykara Acar/H. Acar/S. Berghan, *Türkiye’de Çocuk Koruma Sistemi: Sorunlar ve Savunu Alanları* [Das Kinderschutzsystem in der Türkei: Probleme und Bereiche der Fürsprache], Uluslararası Çocuk Merkezi [Internationales Kinderzentrum], Ankara 2018, 55.

11 Çocuk Koruma Hizmetlerinde Koordinasyon Strateji Belgesi 2014–2019 [Strategiedokument zur Koordinierung der Kinderschutzdienste 2014–2019], abrufbar unter: https://www.unicef.org/turkey/media/4086/file/%C3%87OCUK%20KORUMA%20H%C4%B0ZMETLER%C4%B0NDE%20KOORD%C4%B0NASYON%20STRATEJ%C4%B0%20BELGES%C4%B0_%202014.pdf (zuletzt abgerufen: 04.08.2023). Dem Strategiedokument liegt das Dokument Ulusal Çocuk Hakları Strateji Belgesi Ve Eylem Planı (2013–2017) [Nationales Kinderrechtsstrategiedokument und Aktionsplan (2013–2017)] zugrunde, das mit Beschluss des Hohen Planungsrates v. 10.12.2013 mit der Nr. 2013/33 (*Yüksek Planlama Kurulu’nun 10/12/2013 tarih ve 2013/33 sayılı kararı*, RG: Nr. 28851, 14.12.2013) angenommen und veröffentlicht wurde.

12 Vgl. die im ersten Teil des Strategiedokuments (Fn. 11) mit dem Titel „Çocuk Koruma Hizmetleri Koordinasyonunda Türkiye Modeli“ [Türkei-Modell in der Kinderschutzkoordination] erläuterten Bereiche „Erken Uyarı Alanı“ [Frühwarnung] und „Müdahale Alanı“ [Intervention].

13 Akyüz (Fn. 8), 442; in diesem Zusammenhang können insbesondere die *Çocuk Hakları İl Komitesi* [Provinzkomitees für Kinderrechte], der *Çocuk Danışma Kurulu* [Kinderbeirat], das *Çocuk Forumu* [Nationales Kinderforum] sowie der *Türkiye Büyük Millet Meclisi Çocuk Hakları Alt Komisyonu* [Parlamentarischer Ausschuss für Kinderrechte] als gute Beispiele zur Umsetzung der Kinderrechte dienen, siehe: <https://www.aile.gov.tr/media/75943/cocuk-politikalari-serisi-23-nisan-ozel-yayini.pdf> (zuletzt abgerufen: 04.08.2023).

14 Ausgangspunkt ist, dass Umstände, die eine gesunde Entwicklung im Kindesalter beeinträchtigen, irreversible Auswirkungen auf die Entwicklung eines Kindes haben können, vgl. Strategiedokument (Fn. 11), 12 ff.

15 Akyüz (Fn. 8), 440; der Umsetzungsplan gibt Antworten auf die im Strategiedokument aufgeworfenen Fragen „Was soll getan werden?“, „Wie soll es getan werden?“ und „In welchem

3. Arbeitsweise der Kinderschutzbehörden

Zuständig für den öffentlichen Kinderschutz sind in der Türkei die Kinderschutzbehörden.

a) Feststellung der Schutzbedürftigkeit

Wird die Schutzbedürftigkeit eines Kindes festgestellt, fängt die zuständige Kinderschutzbehörde an zu ermitteln. Die türkischen Gesetze definieren die Schutzbedürftigkeit eines Kindes jedoch unterschiedlich. So erklärt beispielsweise das Sozialdienstegesetz (SDG)¹⁶ ein Kind dann für schutzbedürftig, wenn dessen körperliche, geistige und moralische Entwicklung oder persönliche Sicherheit gefährdet ist. Dasselbe gilt für den Fall, dass das Kind keine Mutter und/oder keinen Vater hat, die Mutter und/oder der Vater unbekannt sind, das Kind von seiner Mutter und/oder seinem Vater verlassen worden ist, es von seinen Eltern vernachlässigt wurde und es Gefahren und schlechten Gewohnheiten wie z. B. Betteln, Alkohol- oder Drogenkonsum ausgesetzt ist.¹⁷ Nach dem Kinderschutzgesetz gilt ein Kind dann als schutzbedürftig, wenn dessen körperliche, geistige, moralische, soziale und emotionale Entwicklung oder persönliche Sicherheit gefährdet ist oder wenn es vernachlässigt, missbraucht oder Opfer einer Straftat wurde.¹⁸ Das Zivilgesetzbuch wiederum stellt für die Schutzbedürftigkeit darauf ab, ob das Wohl des Kindes und dessen Entwicklung gefährdet sind.¹⁹

b) Einleitung von Ermittlungen durch die Kinderschutzbehörde

Ist ein Kind in diesem Sinne schutzbedürftig, besteht eine staatliche Pflicht zum Eingreifen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob eine öffentliche Stelle zum Kinderschutz beauftragt ist oder ob sie in ihrer öffentlichen Funktion von der Schutzbedürftigkeit eines Kindes erfährt. Vielmehr ist jede öffentliche Stelle ipso iure verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz

Zeitraum soll es getan werden?“ und präzisiert die Roadmap für die an der Umsetzung beteiligten Ministerien. Kritisiert wird allerdings, dass Nichtregierungsorganisationen bzw. private Institutionen trotz der in den entsprechenden Strategiedokumenten festgesetzten Ziele nicht ausreichend an der öffentlichen Organisation des Kinderschutzes teilnehmen, vgl. *Baykara Acar/Acar/Berghan* (Fn. 10), 56.

16 Sosyal Hizmetler Kanunu [Sozialdienstegesetz] Gesetz Nr. 2828 v. 25.05.1983, RG: Nr. 18059, 27.05.1983.

17 Art. 3 lit. b. SDG.

18 Art. 3 lit. a. Nr. 1 KSG.

19 Ist dies der Fall, sind Kinder nach den Art. 346, 347 und 348 TZGB zu schützen, vgl. *Akyüz* (Fn. 8), 442. Zum Kindeswohl in der türkischen Rechtspraxis siehe *Zeytin/Klein*, NZFam 2025, 69 ff.

des Kindes zu ergreifen.²⁰ So sind z. B. lokale oberste Verwalter,²¹ Gesundheitseinrichtungen, Gemeindevorsteher, städtische Ordnungskräfte, Bildungseinrichtungen und Polizeibeamte beauftragt, schutzbedürftige Kinder zu identifizieren und der Kinderschutzbehörde zu melden.²² Darüber hinaus können sich auch die Eltern, der Vormund, die Pflegefamilie oder die Angehörigen des Kindes an die Kinderschutzbehörde wenden. Auch dem Kind selbst steht diese Möglichkeit zu.

Nach Meldung der Schutzbedürftigkeit leitet die zuständige Kinderschutzbehörde die erforderlichen Ermittlungen ein. Dabei legt das zuständige Gericht fest, ob die Kinderschutzbehörde ihm einen vollständigen Sozialuntersuchungsbericht vorzulegen hat. Für straffällig gewordene Kinder, die zum Zeitpunkt der Tat zwischen 12 und 15 Jahre alt waren, ist ein Sozialuntersuchungsbericht jedoch zwingend vorgeschrieben.²³

c) Anfertigen eines Sozialuntersuchungsberichts

Der zuständige Sozialarbeiter (*Sosyal Hizmet Uzmanı*) sammelt die für den Sozialuntersuchungsbericht notwendigen Informationen über das Kind sowie dessen Familie und erstellt anschließend einen Bericht. Darin enthalten sind beispielsweise Informationen über die Eltern des Kindes, den sozioökonomischen Status der Familie, die Umgebung, in der das Kind lebt, sowie dessen Beziehungen zu Verwandtschaft und Nachbarschaft. Der Bericht und ggf. weitere beizuziehende Dokumente werden bei der Provinzdirektion oder dem Bezirkssozialarbeiter eingereicht. Diese senden die Unterlagen verbunden mit einem entsprechenden Antrag an das zuständige Gericht.²⁴

20 Zudem besteht bei Straftaten gegen Kinder eine Anzeigepflicht, Art. 6 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1 KSG, Art. 278 Türk Ceza Kanunu [Strafgesetzbuch] (TStGB) Gesetz Nr. 5237 v. 26.09.2004, RG: Nr. 25611, 12.10.2004.

21 In der Türkei ist ein *Vali* der Gouverneur einer *İl* [Provinz] und zugleich oberster Verwalter und Repräsentant dieser Provinz. *İl* ist im Vergleich zu *İlçe* [Bezirk] eine größere Verwaltungseinheit in der Türkei, vgl. K. Kreiser, Kleines Türkei-Lexikon, München 1992, 152. *Kaymakam* ist ein oberster Verwalter und Repräsentant einer *İlçe*.

22 Art. 21 SDG, Art. 7 Korunmaya Muhtaç çocukların Tespiti, İnceleme korunma Kararlarının Alınması Ve Kaldırılmasına ilişkin Yönetmelik [Verordnung über die Erkennung der schutzbedürftigen Kinder sowie über den Erlass und das Aufheben von Förder- und Schutzbeschlüssen] v. 28.11.1983, RG: Nr. 18235, 28.11.1983 (VüSchKinder); ebenso sind in den Medien veröffentlichte Nachrichten von den Provinz- und Bezirkskinderschutzbehörden als Anzeige aufzufassen (Art. 8–10 VüSchKinder).

23 Art. 35 KSG; ggf. müssen die Gründe für den Verzicht auf den Sozialuntersuchungsbericht angegeben werden, Yargıtay [Kassationshof] 9. CD (*Ceza Dairesi* [Strafsenat]) v. 03.07.2012, E. 2011/11836 K. 2012/8472 (Aktenzeichen: E. = Jahr/Registernummer, K. = Jahr/Urteils- oder Beschlussnummer).

24 Art. 11, 12, 13 VüSchKinder.

Teilweise wird den Gerichten statt eines vollständigen Sozialuntersuchungsberichts²⁵ nur ein vorläufiger Anhörungsbericht vorgelegt. Hauptgründe dafür sind das Fehlen der notwendigen Instrumente und Ausrüstung zur Untersuchung des sozialen Umfelds des Kindes sowie die mangelnde Sicherheit des Sozialarbeiters.²⁶ Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass der Kinderschutz nicht so, wie es das Wohl des Kindes verlangen würde, gewährleistet werden kann.²⁷

Der Sozialuntersuchungsbericht wirkt sich insoweit auf den gerichtlichen Entscheidungsprozess aus, als er Bewertungen und Empfehlungen beinhaltet. Die Ermittlungen bzw. Berichte der Kinderschutzbehörde sowie die Aussagen des gerichtlich bestellten Gutachters sind zwar für ein Gericht nicht bindend,²⁸ ihnen wird aber in der Praxis meist Folge geleistet. So gaben etwa in einer Studie 75% (33 Personen) der befragten Sozialarbeiter an, dass ihre Sozialuntersuchungsberichte vom Gericht berücksichtigt worden seien, während nur 25% (11 Personen) angaben, dass dies nicht der Fall gewesen sei. 52,3% der Befragten erklärten aber auch, dass mindestens eine gerichtliche Entscheidung gegen ihre Empfehlung getroffen worden sei.²⁹

d) Überschreitung von Befugnissen durch die Kinderschutzbehörden

Soweit ersichtlich findet in der Türkei keine über den Einzelfall³⁰ hinausreichende Diskussion über etwaige Kompetenzüberschreitungen der Kinderschutzbehörden statt. Weder in der juristischen Literatur noch in den einschlägigen Gerichtsentscheidungen lassen sich hierzu grundlegende Ausführungen finden; ebenso wenig erfolgt ein Aufgreifen dieses Themas im Grundsätzlichen auf politischer, verwaltungsrechtlicher oder medialer Seite.

25 Die Anforderungen für einen Sozialuntersuchungsbericht richten sich nach Art. 35 KSG.

26 *Ö. Bilgin/M. Kılıç*, Türkiye Sosyal Hizmet Araştırmaları Dergisi [Zeitschrift für Sozialdienstforschung in der Türkei] 2018, 167 ff.

27 *N. Tarmeri*, Ceza Hukuku Dergisi [Zeitschrift für Strafrecht] 2012, H. 20, 148 ff.

28 Art. 138 TV und Art. 282 Hukuk Muhakemeleri Kanunu [Zivilprozessgesetz] (TZPG) Gesetz Nr. 6100 v. 12.01.2011, RG: Nr. 27836, 04.02.2011.

29 *Bilgin/Kılıç* (Fn. 26), 166; in dieser Studie werden zudem die Probleme aufgeführt, mit denen Sozialarbeiter in der Praxis konfrontiert werden. Dazu gehören Probleme bei der Ermittlung der Adresse sowie bei der Kontaktaufnahme mit den Betroffenen (65%), Probleme bei der Anfahrt mit öffentlichen oder sonstigen Verkehrsmitteln (45%), Manipulationsversuche und Lügen (36%), Ablenkung und Unterdrückung (14%) sowie eine ablehnende Haltung der Betroffenen gegenüber den Sozialarbeitern (4%).

30 Als Beispiel kann etwa der Missbrauch von Kindern in einem von der türkischen Katastrophenschutzbehörde gegründeten Flüchtlingslager genannt werden, vgl. einen Artikel in der Zeitung Hürriyet v. 09.03.2017, siehe: <https://www.hurriyet.com.tr/yerel-haberler/istanbul/40-children-abused-in-two-years-at-refugee-camp-40389712> (zuletzt abgerufen: 21.09.2025).

Allerdings gibt es in der Türkei durchaus kritische Berichte über mangelnde staatliche Aufsicht, unterlassenes Einschreiten der Behörden bzw. unzureichende Schutzmechanismen für Kinder.³¹

Im Rahmen der Recherche konnten jedoch keine wiederholt auftretenden Fälle identifiziert werden, in denen die Kinderschutzbehörden gerade nicht-türkische Eltern willkürlich anders behandelt hätten.³² Insoweit kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass entsprechende Eingriffe in das Familienleben im Einzelfall mit dem Hinweis auf türkische Erziehungsnormen eingeleitet werden könnten. Solange derartige Maßnahmen dem Kindeswohl entgegenstehen, würden sie aber keine Grundlage in den türkischen Gesetzen bzw. der Rechtsprechung finden.

So haben beispielsweise die Versuche einzelner Instanzgerichte, Entscheidungen zugunsten türkischer und zulasten ausländischer Elternteile zu treffen, keine höchstrichterliche Anerkennung gefunden. Insbesondere wurde die Begründung eines Instanzgerichts, dass es die gesetzliche und verfassungsrechtliche Aufgabe des Staates sei, türkische Bräuche, Traditionen, Überzeugungen sowie die nationale Moral und nationale Werte im Rahmen der Entscheidung zu berücksichtigen,³³ vom türkischen Kassationshof verworfen und stattdessen auf das Kindeswohl abgestellt.³⁴

31 Als Beispiel hierfür seien genannt: die als ungenügend empfundene Aufsicht über religiöse Bildungseinrichtungen für Kinder und damit in Zusammenhang stehende Missbrauchsfälle, vgl. einen Artikel der Nachrichtenseite T24 v. 25.04.2025, siehe: <https://t24.com.tr/haber/bahcelievler-deki-kur-an-kursunda-cinsel-istismar-iddiasi-17-cocuk-pedagog-esliginde-ifade-verdi-belletmen-tutuklandi,1234931>, oder einen Bericht der DW v. 11.12.2019, siehe: <https://www.dw.com/tr/kuran-kurslar%C4%B1nda-istismar-cezas%C4%B1zl%C4%B1k-politikas%C4%B1-var/a-51613627>; zur schwierigen Integration syrischer Flüchtlingskinder in das türkische Schulsystem vgl. UNICEF, Report on Analysis for Out-of-School Syrian Children, Türkiye Country Report, 2021, siehe: <https://www.unicef.org/turkiye/en/media/18041/file/REPORT%20ON%20ANALYSIS%20FOR%20OUT-OF-SCHOOL%20SYRIAN%20CHILDREN.pdf>; zum Problem der Kinderarbeit unter syrischen Flüchtlingen vgl. M. Dayıoğlu/M. G. Kırdar/İ. Koç, The Making of a „Lost Generation“: Child Labor among Syrian Refugees in Turkey, International Migration Review, 58(3) (2024), 1075-1113, siehe: <https://doi.org/10.1177/01979183231171551> (alle zuletzt abgerufen: 21.09.2025).

32 Vgl. Ö. U. Gençcan, Terazi Hukuk Dergisi [Juristische Zeitschrift Terazi] 2014, 486 ff.

33 In Art. 4 SDG wird in lit. k. bestimmt, dass schutzbedürftige Kinder mit türkischen Bräuchen, Traditionen, Überzeugungen und nationaler Moral, selbstbewusst, voller menschlicher Liebe und Respekt, in Übereinstimmung mit Atatürks Gedanken und Atatürks Prinzipien und Reformen erzogen werden sollen. Vgl. auch Art. 41 und 42 TV.

34 Yargıtay HGK (Hukuk Genel Kurulu [Großer Zivilsenat]) v. 17.03.1993, E. 1992/2 K. 1993/763; es ging dabei um einen Sorgerechtsstreit zwischen einer Mutter aus der Schweiz und einem Vater aus der Türkei betreffend ihr vierjähriges Kind. Das Gericht erster Instanz hatte dem Vater das Sorgegecht unter Berufung auf die türkischen Werte, die der Staat gesetzlich und verfassungsrechtlich zu beachten hat, übertragen; C. Rumpf, Einführung in das türkische Recht, München 2016, 131.

4. Staatliche Maßnahmen und Rechtsbehelfe der Betroffenen

Nachfolgend ist zwischen staatlichen Förder- und Schutzmaßnahmen einerseits sowie staatlichen Eingriffsbefugnissen andererseits zu unterscheiden.

a) Staatliche Förder- und Schutzmaßnahmen

Das KSG regelt das Verfahren und die Grundsätze zum Schutz besonders schutzbedürftiger oder in Straftaten verwickelter Kinder sowie die Gründung, Zuständigkeit und Befugnisse der Kindergerichte.³⁵ Es beinhaltet darüber hinaus die verschiedenen Schutz- und Fördermaßnahmen des Staates.³⁶ Sie beziehen sich in erster Linie auf die eigene Familie des Kindes und betreffen Beratung, Bildung, Pflege, Gesundheitsfürsorge und Unterbringung.

Beratungsmaßnahmen zielen darauf ab, die zuständigen Personen hinsichtlich Kinderpflege und -erziehung anzuleiten sowie Kinder bei der Lösung ihrer Probleme im Zusammenhang mit ihrer Bildung und Entwicklung zu unterstützen. Als Bildungsmaßnahmen sind der Besuch einer Bildungseinrichtung, eine berufliche oder künstlerische Ausbildung zum Erwerb eines Berufs sowie die Anstellung des Kindes bei einem Meister oder einer öffentlichen bzw. privaten Arbeitsstätte vorgesehen. Als Pflegemaßnahmen können öffentliche oder private häusliche Pflegeeinrichtungen in Anspruch genommen werden. Darüber hinaus kann das Kind in einer Pflegefamilie untergebracht werden. Zu den gesundheitlichen Maßnahmen zählen alle Maßnahmen, die zum Schutz und zur Behandlung der körperlichen und geistigen Gesundheit des Kindes notwendig sind. Diese umfassen die vorübergehende oder dauerhafte medizinische Versorgung, Rehabilitation und bei süchtigen Kindern eine Suchttherapie. Unterbringungsmaßnahmen richten sich an Menschen mit Kindern, die keine Unterkunft haben sowie an schwangere Frauen, deren Leben in Gefahr ist.

Zuständig für den Erlass dieser Förder- und Schutzmaßnahmen ist das Kindergericht. An Orten, an denen kein Kindergericht vorhanden ist, wer-

35 In Fällen, in denen das KSG keine Bestimmung enthält, gelten die Bestimmungen des Strafprozessgesetzes, des Zivilgesetzbuchs, des Zivilprozessgesetzes und des Gesetzes über das Amt für Sozialdienste und Kinderschutz (Art. 42 KSG).

36 Geregelt in Art. 5 KSG; Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme (1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi) [Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern (Haager Übereinkommen von 1996)] gilt in der Türkei seit 01.02.2017 (RG: Nr. 29719, 22.05.2016 und RG: Nr. 29937, 03.01.2017).

den die Entscheidungen vom Familiengericht getroffen. An Orten, an denen es kein Familiengericht gibt, werden diese von der Zivilkammer (*Asliye Hukuk Mahkemesi*) getroffen.³⁷

Die Umsetzung der in den Beschlüssen festgehaltenen Maßnahmen durch die Kinderschutzbehörden bzw. durch die in den Beschlüssen bestimmten Institutionen und Personen wird in dreimonatigen Abständen gerichtlich überprüft.³⁸

Die Förder- und Schutzmaßnahmen dauern in der Regel bis zur Volljährigkeit des Kindes an und enden dann ipso iure ohne Antrag oder Anweisung. Entfallen die Voraussetzungen der Förder- und Schutzmaßnahmen bevor das Kind volljährig wird, so können sie vom Gericht auf Vorschlag der Provinzdirektion aufgehoben werden.

In einigen Fällen können die Förder- und Schutzbeschlüsse auch nach Erreichen der Volljährigkeit des Kindes fortgesetzt werden, wenn dies nach den Umständen erforderlich ist. Liegt ein solcher Fall vor, können sie bis zum Alter von 20 Jahren aufrechterhalten werden. Für Personen, die sich in einer Hochschulausbildung befinden, kann dies sogar bis zum Alter von 25 Jahren der Fall sein. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass die schutzbedürftigen Kinder durch den Erwerb eines Berufes in die Lage versetzt werden, sich selbst zu versorgen.³⁹

Gegen die Beschlüsse des Kindergerichts über Förder- und Schutzmaßnahmen kann Berufung beim Regionalgericht eingelegt werden. Eine Revision gegen die Entscheidung des Regionalgerichts beim türkischen Kassationshof ist nicht möglich.⁴⁰

b) Staatliche Eingriffsbefugnisse

Staatliche Eingriffsbefugnisse sind sowohl im Zivilgesetzbuch als auch im Kinderschutzgesetz geregelt. Infrage kommen dabei insbesondere die Inobhutnahme, die sofortige Inobhutnahme ohne vorherige gerichtliche Entscheidung sowie die Entziehung des Sorge- und des Umgangsrechts.

37 Yargıtay 2. HD (*Hukuk Dairesi* [Zivilsenat]) v. 07.02.2008, E. 2007/861 K. 2018/1119 und v. 13.02.2012, E. 2011/8132 K. 2012/2340.

38 Art. 8 Abs. 2 KSG.

39 Art. 24 SDG; vgl. *Akyüz* (Fn. 8), 445. Auch Förder- und Schutzbeschlüsse für Kinder, die aufgrund einer körperlichen, geistigen und seelischen Behinderung ständig pflegebedürftig und arbeitsunfähig sind, können verlängert werden.

40 Die Entscheidung des Regionalgerichts ist nach Art. 382 Abs. 2 Nr. 18 des Zivilprozessgesetzes rechtskräftig, Yargıtay 2. HD v. 18.10.2017, E. 2017/4993 K. 2017/11242.

aa) Inobhutnahme

Das Kind darf ohne rechtliche Grundlage den Eltern nicht entzogen und in fremde Obhut gegeben werden.⁴¹ Grundsätzlich darf die Trennung des Kindes von seinen Eltern und eine anderweitige Unterbringung nur als letztes Mittel in Betracht gezogen werden.⁴² Sind das Wohl und die Entwicklung des Kindes aber gefährdet und sorgen die Eltern von sich aus nicht für Abhilfe, hat das Gericht die geeigneten Maßnahmen zum Schutz des Kindes zu ergreifen.⁴³ In diesem Fall kann das Kindergericht die Unterbringung des Kindes durch eine Schutzanordnung veranlassen.⁴⁴

Muss ein Kind in Obhut gegeben werden, dann geschieht dies bevorzugt bei Verwandten des Kindes, soweit es dem Kindeswohl nicht entgegensteht. Ist dies nicht möglich, werden die Kinder bei Pflegefamilien (*koruyucu aile*) untergebracht. Während in europäischen Ländern fast 75% der schutzbedürftigen Kinder in Pflegefamilien leben, lag dieser Anteil in der Türkei im Jahr 2002 nur bei rund 4%. Die Hauptgründe für diese niedrige Quote waren kulturelle Aspekte und das fehlende Verständnis für Pflegefamilienzsysteme. Darüber hinaus konnten die Verwechslung von Adoptions- und Pflegefamilien sowie die unzureichende Förderung dieser Dienste als weitere Faktoren identifiziert werden.⁴⁵ Im Laufe der Zeit konnte eine Steigerung der Quote beobachtet werden; im Jahr 2020 lag sie bei 35%.⁴⁶

41 Art. 339 Abs. 4 TZGB.

42 Art. 4 KSG; außerdem dürfen das Kind und seine Familie nicht diskriminiert werden und ihnen muss ein faires, wirksames und zügiges Verfahren auf Grundlage der Menschenrechte zugestanden werden.

43 Art. 346 TZGB; im August 2021 waren 13.341 Kinder in staatlichen Einrichtungen und 8.214 Kinder in Pflegefamilien untergebracht. 138.816 Kinder und deren Familien wurden durch die Behörden unterstützt, ohne dass es einer gerichtlichen Entscheidung bedurfte. Dabei richtete sich die Unterstützung auf Beratungs-, Pflege-, Sach- und Geldleistungen, vgl. <https://www.aile.gov.tr/media/88672/e-bulten-2021-agustos-sayi-14.pdf> (zuletzt abgerufen: 04.08.2023).

44 Art. 347 Abs. 1 TZGB; auf Verlangen der Eltern oder des Kindes kann der Richter die gleichen Maßnahmen treffen, wenn der Frieden der Familie durch das Verbleiben des Kindes in der häuslichen Gemeinschaft in nicht zumutbarer Weise gestört wird und nach den Umständen keine andere Abhilfe möglich ist (Art. 347 Abs. 2 TZGB). Darüber hinaus ist das Gericht befugt, über das Sorgerecht, die Vormundschaft, die Betreuung, den Unterhalt und die Aufnahme persönlicher Beziehungen gemäß den Bestimmungen des türkischen Zivilgesetzbuchs zu entscheiden (Art. 7 Abs. 7 KSG).

45 *Akyüz* (Fn. 8), 448.

46 Çocuk Politikaları Seri 3, Aile Odaklı Hizmet Modeli Olarak Koruyucu Aile Modeli [Kinderpolitik Serie 3, Pflegefamilienmodell als familienorientiertes Dienstleistungsmodell], T. C. Aile Ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü [Republik Türkei Ministerium für Familie und Sozialdienste, Generaldirektion für Kinderdienste], Ankara 2021, abrufbar unter: <https://www.aile.gov.tr/media/78342/cocuk-politikalari-serisi-3.pdf>

Daneben gibt es andere Pflegemodelle, die allerdings nur dann zum Tragen kommen, wenn die Unterbringung in einer Pflegefamilie nicht in Betracht kommt.⁴⁷ Das älteste Modell war das Heimbetreuungsmodell, bei dem die Kinder in großen Schlafsälen untergebracht wurden. Dieses Modell wurde im Jahr 2017 eingestellt und stattdessen das Modell der häuslichen Pflege eingeführt.⁴⁸ Seither wird die häusliche Pflege in zwei unterschiedlichen Formen praktiziert: Beim „Kinderhaus“ (*çocuk evleri*) als erster Möglichkeit werden schutzbedürftige Kinder in kleineren Einheiten in einem freistehenden Haus oder einer Wohnung betreut, die sich vorzugsweise in Stadtzentren und in der Nähe von Schulen und Krankenhäusern befinden, sodass die Infrastruktur für die Betreuung und Unterbringung geeignet ist. Beim „Kinderhauskomplex“ (*çocuk evleri sitesi*) als zweiter Möglichkeit werden mehrere Kinderhäuser mit gemeinsamen Verwaltungs- und Gemeinschaftseinrichtungen als Anlage betrieben.

Schließlich existieren besondere Kinderunterstützungszentren. Diese sind für straffällig gewordene Kinder vorgesehen. Ähnliche Zentren gibt es für Kinder, die zum Opfer einer Straftat geworden sind oder auf der Straße leben und dadurch sozialen Gefahren ausgesetzt sind und einer psychosozialen Unterstützung bedürfen. In diesen Fällen werden die Kinder vorübergehend in einem speziellen Internat untergebracht. Während dieser Zeit werden Maßnahmen ergriffen, um die Beziehungen zur Familie, zum näheren Umfeld und zur Gesellschaft zu verbessern.⁴⁹

Gegen die Anordnung der Unterbringung durch das Kindergericht können die Eltern den Klageweg beschreiten.⁵⁰

(zuletzt abgerufen: 04.08.2023); aktuell laufen in öffentlichen und privaten Sendern Werbungen für das Pflegefamiliensystem, um dieses der Gesellschaft näherzubringen.

47 T. C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı [Republik Türkei Ministerium für Familie und Sozialpolitik], ÇHGM 2017 Bülteni [ÇHGM 2017 Bulletin], abrufbar unter: <https://www.aile.gov.tr/media/2500/cocuk-hizmetleri-genel-mudurlugu-2017-bulteni.pdf> (zuletzt abgerufen: 04.08.2023), 4; T. C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Türkiye’de Çocuklara Yönelik Koruyucu Ve Önleyici Politikaları Değerlendirme Çalıştayı Raporu [Workshopbericht über die Bewertung von Schutz- und Präventionsmaßnahmen für Kinder in der Türkei], abrufbar unter: <https://www.aile.gov.tr/media/2498/turkiye-de-cocuklara-yonelik-koruyucu-ve-onleyici-politikalar-degerlendirme-calistayi-raporu.pdf> (zuletzt abgerufen: 04.08.2023), 17.

48 T. C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, ÇHGM 2017 Bülteni (Fn. 47). Mit der Einführung dieses Modells hat das Ministerium natürlichen oder juristischen Personen die Erlaubnis erteilt, Kinderhäuser und Kinderhauskomplexe zu eröffnen. Das Ministerium versuchte, dieses Modell stärker zu unterstützen, indem es Vereinbarungen mit verschiedenen Nichtregierungsorganisationen unterzeichnete, siehe: <https://www.aile.gov.tr/ss/cocuk-hizmetleri-genel-mudurlugu/cocuk-destek-merkezleri-evleri-haklari/> (zuletzt abgerufen: 04.08.2023).

49 Art. 3 lit. f. Nr. 6 SDG.

50 Widerspruch (*itiraz*), Berufung (*istinaf*), Revision (*temyiz*).

bb) Sofortige Inobhutnahme

Darüber hinaus gibt es zwei Fälle, in denen das Kind aufgrund von Eilbedürftigkeit auch ohne vorherige gerichtliche Entscheidung in Obhut gegeben werden kann.

Zum einen kann dies die Kinderschutzbehörde mit Notgenehmigung des Gouverneurs anordnen.⁵¹ Zum anderen kann das Kinderbüro⁵² der zuständigen Staatsanwaltschaft (*Cumhuriyet Başsavcılığı*) die sofortige Inobhutnahme anordnen.⁵³ In der Regel wartet das Kinderbüro der Staatsanwaltschaft zwar ab, ob die Kinderschutzbehörde die entsprechenden Maßnahmen ergreift. Liegen aber Anhaltspunkte dafür vor, dass das Zuwarten auf die Feststellungen der Kinderschutzbehörde dem Kindeswohl entgegensteht bzw. das Leben des Kindes oder dessen Entwicklung, Schutz- und Teilhaberechte gefährdet, so hat das Kinderbüro der Staatsanwaltschaft die für die Sicherung des Kindes erforderlichen Maßnahmen selbst zu treffen und das Kind unverzüglich in die Obhut der Kinderschutzbehörde zu geben. Wenn das Kinderbüro das Verfahren für schutzbedürftige Kinder einleitet, wird dies dem gesetzlichen Vertreter bzw. den Eltern des Kindes sowie der Kinderschutzbehörde unverzüglich mitgeteilt. Gegen diese Schutzmaßnahme können sich die betroffenen Eltern an die Staatsanwaltschaft wenden.⁵⁴

Nach einer sofortigen Inobhutnahme durch die Kinderschutzbehörde bzw. das Kinderbüro der Staatsanwaltschaft wird die Maßnahme nachträglich vom Kindergericht überprüft. Dafür muss beim Kindergericht eine Notschutzanordnung innerhalb von fünf Tagen nach der Inobhutnahme beantragt werden.⁵⁵ Das Kindergericht hat innerhalb von drei Tagen darüber zu entscheiden. Die Notschutzanordnung kann für höchstens 30 Tage erlassen

51 Wenn der Kinderschutzbehörde eine Angelegenheit bekannt wird, nach der es dringend sofortiger Schutzmaßnahmen nach Art. 9 KSG bedarf, hat sie das schutzbedürftige Kind umgehend in Pflege und Obhut gemäß der Verfahrensverordnung über Schutzmaßnahmen nach dem KSG aufzunehmen.

52 Nach Art. 29 KSG wurde innerhalb der Organisation der Staatsanwaltschaft ein Kinderbüro eingerichtet. Es ist unter anderem befugt und verpflichtet, Schutz- und Fördermaßnahmen für das Kind zu ergreifen und beim Kindergericht zu beantragen, wenn dies während der Ermittlungen für erforderlich gehalten wird (Art. 15 Abs. 3 KSG).

53 Nach Çocuk Koruma Kanunun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik [Verordnung über die Verfahren und Grundsätze für die Umsetzung des Kinderschutzgesetzes] (VerKSG), RG: Nr. 26386, 24.12.2006, ist das Kinderbüro der zuständigen Staatsanwaltschaft für entsprechende Schutzmaßnahmen und ihre Durchführung zuständig (Art. 14, 15, 16 VerKSG).

54 Jedoch gibt es keine ausdrückliche Regelung hierzu in der Verordnung zum KSG.

55 Art. 9 KSG und Art. 7 Abs. 2 und 4 VerKSG.

werden. Nach Ablauf dieser Frist fällt die Notschutzanordnung ipso iure weg. Innerhalb dieses Zeitraums muss die Kinderschutzbehörde eine Sozialuntersuchung über die Lebensumstände des Kindes durchführen. Kommt die Kinderschutzbehörde nach der Sozialuntersuchung zu dem Schluss, dass es des Erlasses einer Schutzanordnung nicht mehr bedarf und andere Maßnahmen ausreichend sind, teilt sie dies dem Kindergericht mit und stellt einen entsprechenden Antrag.⁵⁶ Das Kindergericht entscheidet sodann über weitere geeignete Maßnahmen, insbesondere darüber, ob das Kind wieder den Eltern übergeben werden kann.

Gegen die Notschutzanordnung des Kindergerichts kann von den Eltern, den gesetzlichen Vertretern, dem Kind sowie der Staatsanwaltschaft Widerspruch bei dem örtlich zuständigen Kindergericht eingelegt werden.⁵⁷ Gegen die Entscheidungen des Kindergerichts können die Betroffenen Berufung beim zuständigen Regionalgericht (*Bölge Adliye Mahkemeleri*)⁵⁸ innerhalb einer Zweiwochenfrist nach der schriftlichen Zustellung der Entscheidung einlegen.⁵⁹ Das Regionalgericht überprüft die Entscheidung des Kindergerichts nicht nur rein rechtlich, sondern es kontrolliert auch die zugrundeliegenden Tatsachen. Es kann die vorinstanzliche Entscheidung bestätigen oder abändern und selbst eine andere Entscheidung treffen.⁶⁰ Gegen die Entscheidung des Regionalgerichts kann Revision beim türkischen Kassationshof innerhalb einer Zweiwochenfrist eingelegt werden. Der türkische Kassationshof überprüft die Entscheidung der Vorinstanzen auf materielle und prozessuale Richtigkeit, es erfolgt jedoch keine Überprüfung der zugrundeliegenden Tatsachen mehr.

cc) Entziehung des Sorge- und des Umgangsrechts

Regelungen zum Sorge- und zum Umgangsrecht finden sich im türkischen Zivilgesetzbuch. Demnach stehen minderjährige Kinder von verheirateten Eltern unter der gemeinsamen Sorge von Vater und Mutter.⁶¹ Bei unver-

⁵⁶ Art. 7 Abs. 5 VerKSG.

⁵⁷ Art. 14 KSG verweist auf das Verfahren des Widerspruchs im Strafprozessgesetz (Ceza Muhakemesi Kanunu) mit der Nr. 5271 v. 04.12.2004, RG: Nr. 25673, 17.12.2004.

⁵⁸ Das Rechtsmittel der Berufung wurde durch das Gesetz Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun [Gesetz über die Einrichtung, Aufgaben und Befugnisse der Gerichte erster Instanz und der regionalen Berufungsgerichte] Gesetz Nr. 5235 v. 26.09.2004, RG: Nr. 25606, 07.10.2004, in das türkische Recht aufgenommen und nach der Einrichtung der Regionalgerichte erst ab dem 20.07.2016 praktiziert.

⁵⁹ Art. 341, 345 TZPG.

⁶⁰ Art. 356 Abs. 2 TZPG.

⁶¹ Art. 336 TZGB.

heirateten Eltern gilt grundsätzlich, dass der Mutter das Sorgerecht allein zusteht.⁶² Ausnahmen bestehen, wenn die Mutter minderjährig, entmündigt oder verstorben ist oder ihr die elterliche Sorge entzogen wurde. Liegt einer dieser Fälle vor, überträgt der Richter entweder dem Vater oder einem Vormund das Sorgerecht.⁶³

Das Sorgerecht kann nur entzogen werden, wenn die Eltern außerstande sind, dieses pflichtgemäß auszuüben, sich nicht ernsthaft um das Kind kümmern oder ihre Pflichten gegenüber dem Kind grob verletzt haben.⁶⁴ Falls beiden Eltern die elterliche Sorge entzogen wird, ist für das Kind ein Vormund zu bestellen.⁶⁵ Verändert sich die Sachlage, so sind die Maßnahmen anzupassen. Sind die Gründe für die Entziehung der elterlichen Sorge nicht mehr vorhanden, kann der Richter den Eltern von Amts wegen oder auf deren Verlangen hin die elterliche Sorge wieder übertragen.⁶⁶

Jeder Elternteil, dem kein Sorgerecht zusteht oder bei dem das Kind nicht untergebracht ist, hat das Recht auf einen angemessenen Umgang mit dem Kind.⁶⁷ Das Umgangsrecht kann nur entzogen werden, wenn das Wohl des Kindes aufgrund von Streitigkeiten zwischen den Elternteilen gefährdet ist, die Eltern ihren Verpflichtungen nicht nachkommen, kein ernsthaftes Interesse am persönlichen Umgang mit dem Kind besteht oder andere wichtige Gründe vorliegen.⁶⁸

Gegen die gerichtliche Entziehung des Sorge- und des Umgangsrechts steht den Betroffenen der Klageweg (Berufung und Revision) offen.

62 Art. 337 Abs. 1 TZGB.

63 Art. 337 Abs. 2 TZGB.

64 Art. 348 TZGB; die Entziehung des Sorgerechts ist auch für künftige Kinder wirksam, wenn in der Entscheidung nicht das Gegenteil zum Ausdruck gebracht wird (Art. 348 Abs. 3 TZGB). Die erneute Heirat eines Elternteils, dem die elterliche Sorge zusteht, ist kein Entziehungsgrund (Art. 349 TZGB). Die Entziehung der elterlichen Sorge wirkt sich weder auf die Unterhaltspflicht der Eltern (*ıstirak nafakası*) noch auf die Übernahme der Pflege- und Erziehungskosten aus (Art. 350 Abs. 1 TZGB). Sind weder die Eltern noch das Kind imstande, die Unterhaltskosten aufzubringen, werden diese vom Staat getragen (Art. 350 Abs. 2 TZGB). Die Regelungen der Unterhaltspflicht der Verwandten (*yardım nafakası*) bleiben davon unberührt (Art. 350 Abs. 3 TZGB).

65 Art. 348 Abs. 2 TZGB; dies richtet sich grundsätzlich nach den Regeln der Amtsvormundschaft (*Kamu Vesayeti*), Art. 396 f. TZGB. Auch in Betracht kommen kann eine Familienvormundschaft (*Özel Vesayet*) nach Art. 398 ff. TZGB. Der Unterschied zur Amtsvormundschaft besteht darin, dass bei der Familienvormundschaft die Pflichten, Aufgaben und Verantwortlichkeiten des Vormundschaftsgerichts auf den Familienrat (*Aile Meclisi*) übertragen werden.

66 Art. 351 TZGB.

67 Art. 323 TZGB.

68 Art. 324 Abs. 2 TZGB.

III. Grenzüberschreitende Familienhilfe

Zur grenzüberschreitenden Familienhilfe gibt es keine umfassenden Regelungen im türkischen Recht. Eine Ausnahme bilden die speziellen Regelungen zur grenzüberschreitenden Adoption im türkischen Zivilgesetzbuch sowie das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung. Außerdem besteht ein besonderer Schutz für Familien mit Migrationshintergrund. Auf weitere internationale Regelungen, wie etwa das Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern (1996),⁶⁹ wird hier nicht näher eingegangen.⁷⁰

1. Grenzüberschreitende Adoption

Eine grenzüberschreitende Adoption kann erfolgen, wenn die allgemeinen Voraussetzungen für eine Adoption vorliegen.⁷¹ Bis zum Inkrafttreten des neuen Zivilgesetzbuchs, d. h. bis zum 1. Januar 2002, warfen die in der Türkei vollzogenen Adoptionen durch deutsche oder türkische Adoptiveltern mit Aufenthaltsrecht in Deutschland keine aufenthaltsrechtlichen Probleme auf. Das nunmehrige Erfordernis der Absolvierung eines einjährigen Pflegejahres hat dies aber geändert.⁷² Danach muss sich das Kind ein Jahr lang bei den potentiellen Adoptiveltern in Pflege befinden, bevor die Adoption vollzogen werden kann. Daher müssen entweder die möglichen Adoptiveltern in den Heimatstaat des Kindes ziehen oder der Zuzug des Kindes während des Pflegejahres in den Aufnahmestaat der potentiellen Adoptiveltern ermöglicht werden. Es kann allerdings davon ausgegangen werden, dass die Umsetzung dieser Voraussetzungen dann keine Probleme bereitet, wenn die Adoption sowohl in Deutschland als auch in der Türkei umfassend vorbereitet wird,

69 E. U. Karataş, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni [Bulletin für Internationales Recht und Internationales Privatrecht] 2017, B. 37, H. 2, 911 ff.

70 Zu einer kritischen Berichterstattung über die Handhabung des Haager Übereinkommens über den Schutz von Kindern (1996) bezüglich der türkischen Migranten durch die Kinderschutzbörden von Deutschland, der Niederlande und Belgien vgl. TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, Almanya, Hollanda ve Belçika Gençlik Dairelerinin Türkiye Kökenli Çocuklara Yönelik Uygulamalarına İlişkin İnceleme Raporu [Untersuchungsbericht der Untersuchungskommission für Menschenrechte der Großen Nationalversammlung der Türkei über die Praktiken der Jugendämter Deutschlands, der Niederlande und Belgiens gegenüber Kindern türkischer Herkunft], Ankara 2013; M. Uyanık, Yalova Sosyal Bilimler Dergisi [Yalova Zeitschrift für Sozialwissenschaften] 2018, B. 8, H. 16, 123 ff.

71 Art. 305 ff. TZGB; vgl. hierzu Z. Zeytin, Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch) 1/2006, 52 ff.

72 Art. 305 TZGB.

also die Kinderschutzbehörden bzw. Adoptionsvermittlungsstellen beider Länder eingeschaltet werden.⁷³

2. Internationale Kindesentführung

Das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ)⁷⁴ gilt auch in der Türkei. Wer behauptet, dass ein Kind ungerechtfertigt aus dem Land seines gewöhnlichen Aufenthalts unter Verletzung des Sorgerechts entführt worden sei oder in einem anderen Land zurückgehalten werde, kann einen Antrag auf Rückführung des Kindes stellen. Dieser Antrag ist entweder bei der zuständigen Behörde am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes einzureichen oder bei der zentralen Behörde des Vertragsstaats, in den das Kind entführt wurde bzw. in dem es zurückgehalten wird. In der Türkei ist dafür die Generalstaatsanwaltschaft zuständig.⁷⁵

Dem Antrag auf Rückführung müssen folgende Informationen beigefügt werden: die Identität des Antragstellers, des Kindes und der Person, die das Kind angeblich entführt hat oder zurückhält, das Geburtsdatum des Kindes, die Gründe, die der Antragsteller für seinen Anspruch auf Rückgabe des Kindes geltend macht, sowie alle verfügbaren Informationen über den Aufenthaltsort des Kindes und die Identität der Person, bei der sich das Kind vermutlich befindet. Gemäß Artikel 21 des Übereinkommens kann der Antrag auf Durchführung des Umgangsrechts mit dem entführten oder

73 C. Rumpf, Adoption im deutsch-türkischen Verhältnis, siehe: <http://www.tuerkei-recht.de/downloads/adoption.pdf> (zuletzt abgerufen: 04.08.2023); Deutschland und die Türkei sind außerdem Vertragsstaaten des Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme [Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption] v. 29.05.1993; das Haager Adoptionsübereinkommen ist am 01.09.2004 in der Türkei in Kraft getreten. Zuständig hierfür ist die Generaldirektion für Kinderdienste.

74 Das HKÜ (25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşme) aus dem Jahr 1980 trat am 01.08.2000 in Kraft; das Gesetz Nr. 5717 zur Umsetzung des Übereinkommens über die rechtlichen Aspekte und den Geltungsbereich internationaler Kindesentführung (Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön Kapsamına Dair Kanun) trat am 01.12.2007 in Kraft, RG: Nr. 26720, 04.12.2007.

75 Gemäß Artikel 6 des Übereinkommens und Artikel 4 des Gesetzes Nr. 5717 wurde die Generaldirektion des Justizministeriums für Völkerrecht und auswärtige Beziehungen (*Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü*) als Zentralbehörde zur Erfüllung der im Übereinkommen festgelegten Pflichten bestimmt. Diese erfüllt ihre Verpflichtung durch die örtlichen Generalstaatsanwaltschaften, die für den Antragsteller, der eine Rückführung des Kindes erreichen will, die zuständigen Anlaufstellen in der Türkei sind.

zurückbehaltenen Kind auf die gleiche Weise gestellt werden wie der Antrag auf die Rückführung des Kindes.⁷⁶

Wenn es nicht möglich ist, das Kind mit der Zustimmung des Entführers zurückzuholen oder keine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden kann, hat die örtliche Generalstaatsanwaltschaft beim zuständigen Gericht einen Antrag auf Entscheidung über die Rückführung des Kindes oder die Herstellung des persönlichen Kontakts einzureichen.

3. Besonderer Schutz von Familien mit Migrationshintergrund

Die Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 sieht vor, dass die vertragsschließenden Staaten den Flüchtlingen, die sich rechtmäßig in ihrem Staatsgebiet aufhalten, auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge und sonstigen Hilfeleistungen die gleiche Behandlung wie ihren eigenen Staatsangehörigen gewähren müssen.⁷⁷ Die Türkei hat zwar die Genfer Flüchtlingskonvention ratifiziert, aber nur unter geografischem Vorbehalt. Dies bedeutet, dass die Türkei im Rahmen der Konvention nur Flüchtlinge aus Europa anerkennt.⁷⁸

Unabhängig davon ist gemäß der türkischen Verfassung jedermann ohne Rücksicht auf Unterschiede in Sprache, Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, politischer Ansicht, Weltanschauung, Religion, Bekenntnis und Ähnlichem vor dem Gesetz gleich.⁷⁹ Demgemäß sind auch ausländische Kinder vor dem Gesetz gleich, egal, ob sie mit oder ohne ihre Familie in die Türkei geflohen sind. Sie genießen den gleichen Schutz. Um sie zu integrieren, werden spezielle Hilfen wie Sprachkurse sowie Unterstützung bei Ausbildung und Gesundheitsfürsorge angeboten.⁸⁰

76 Für weitere Informationen siehe 65/2 Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Kapsamı ve Uygulaması Hakkında Genelge [Rundschreiben der Generaldirektion des Justizministeriums für Völkerrecht und auswärtige Beziehungen Nr. 65/2] v. 16.11.2011.

77 Art. 23 Genfer Flüchtlingskonvention (Cenevre Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme, RG: Nr. 10898, 05.09.1961); in Bezug auf die öffentliche Erziehung regelt Art. 22 der Genfer Flüchtlingskonvention, dass die vertragsschließenden Staaten den Flüchtlingen dieselbe Behandlung wie ihren Staatsangehörigen hinsichtlich des Unterrichts in Volksschulen gewähren müssen.

78 Siehe Türkiye'nin Çekincesi [Deklaration der Türkei] zu Art. 1 lit. b., RG: Nr. 10898, 05.09.1961.

79 Art. 10 Abs. 1 TV; die Grundrechte und -freiheiten können allerdings für Ausländer im Einklang mit dem Völkerrecht durch Gesetz beschränkt werden (Art. 16 TV).

80 E. Yılmaz Eren, *Middle East Journal of Refugee Studies* (MEJRS) 2016, B. 1, H. 2, 109, 124 ff.

Zudem wurde durch das Gesetz über Ausländer und internationalen Schutz (*Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, YUKK*)⁸¹ das Flüchtlingsrecht in der Türkei erstmals gesetzlich geregelt. Dieses Gesetz sieht vier verschiedene Arten des Schutzstatus vor und gilt auch für nichteuropäische Flüchtlinge.⁸² Unter anderem ist darin der Zugang zu Hilfen und Diensten, wie z. B. Grund- und Sekundarschuldienste oder Sozialhilfe, geregelt.⁸³ Darüber hinaus können Personen, die keine Krankenversicherung haben und nicht zahlungsfähig sind, für einen Zeitraum von einem Jahr ab der Antragstellung in den Schutzbereich des Sozial- und Krankenversicherungsgesetzes aufgenommen werden.⁸⁴

IV. Höchststrichterliche Entscheidungen

Sowohl das Verfassungsgericht (VerfG, *Anayasa Mahkemesi*) als auch der Kassationshof (*Yargıtay*) hatten sich in der Vergangenheit mit staatlichen Eingriffen in das Familienleben zu befassen. Sie betrafen vor allem das Recht auf Achtung des Familienlebens. Um einen Eindruck von der türkischen Rechtsprechungspraxis zu vermitteln, werden nachfolgend ausgewählte Entscheidungen dargestellt.

1. Fortsetzung der persönlichen Beziehungen zum Kind

In einer Verfassungsbeschwerde machte eine Mutter geltend, dass ihr Recht auf Achtung des Familienlebens durch eine gerichtliche Entscheidung wäh-

81 Das YUKK wurde am 04.04.2013 verabschiedet und ist am 11.04.2014 in Kraft getreten; Besonderheiten bestehen in der Türkei für syrische Flüchtlinge. Ihnen wurde ein vorläufiger Schutzstatus für ein Jahr nach den Bestimmungen der Richtlinie v. 30.03.2012 (Türkiye'ye Toplu Sığınma Amacıyla Gelen Suriye Arap Cumhuriyeti Vatandaşlarının ve Suriye Arap Cumhuriyetinde İkamet Eden Vatanlı Kişilerin Kabulüne ve Barındırılmasına İlişkin Yönerge [Richtlinie über die Aufnahme und Unterbringung von Staatsangehörigen der Arabischen Republik Syrien und Staatenlosen mit Wohnsitz in der Arabischen Republik Syrien, die zum Zwecke des Sammelaufenthalts in die Türkei kommen]) und dem Rundschreiben (*Genelge*) Nr. 95/1 des Innenministeriums gewährt, vgl. E. Yılmaz Eren, MEJRS 2016, B. 1, H. 2, 109, 120.

82 Die verschiedenen Arten des Schutzstatus sind in Art. 61, 62, 63 und 94 YUKK geregelt, wobei die Antragsteller bis zum Vorliegen einer Entscheidung geschützt sind. Insbesondere dürfen sie sechs Monate nach der Antragstellung einen Antrag auf Arbeitserlaubnis stellen, siehe: <https://www.csgb.gov.tr/uigm/yabancılar/uluslararası-koruma-saglanan-yabancılar/> (zuletzt abgerufen: 04.08.2023).

83 Art. 89 YUKK; vgl. für mehr Informationen zum Flüchtlingsrecht E. Yılmaz Eren, Mülteci Hukukunda Geçici Koruma [Vorübergehender Schutz im Flüchtlingsrecht], Ankara 2021.

84 Die Beiträge für die Krankenversicherung werden von Göç İdaresi Başkanlığı [Generaldirektion für Migration] übernommen.

rend des Scheidungsverfahrens verletzt worden sei. Das Familiengericht hatte angeordnet, dass die persönlichen Beziehungen zwischen ihrem bisherigen Ehemann – der als gesetzlicher Vater des Kindes galt, da das Kind während der Ehe geboren worden war – und dem Kind fortzusetzen seien, obwohl durch einen DNA-Test festgestellt wurde, dass er nicht der leibliche Vater des Kindes war. Den Kontakt des Kindes zu ihrem bisherigen Ehegatten wollte die Mutter jedoch unterbinden.⁸⁵

Das VerfG bestätigte zunächst, dass die Verpflichtung zur Fortsetzung einer persönlichen Beziehung zwischen dem Kind und dem als Vater geltenden Mann ein staatlicher Eingriff in das Familienleben sei. Es sah darin aber keine Verletzung des Rechts auf Achtung des Familienlebens der Mutter. Die zu beanstandende Anordnung des Familiengerichts habe eine vorübergehende Maßnahme im Scheidungsverfahren dargestellt. Nach dem Scheidungsurteil könne die Anordnung zur persönlichen Beziehung zwischen dem Kind und dem bisher als Vater geltenden Mann als vorübergehende Maßnahme beendet werden.

Das VerfG berief sich in seiner Begründung insbesondere auf Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte,⁸⁶ nach denen das Kindeswohl die Interessen der Kindeseltern im Einzelfall überwiegen könne. Ähnlich verhalte sich die Problematik laut VerfG im vorliegenden Fall. Zum einen stehe zwar fest, dass es sich bei dem bisherigen Ehemann nicht um den biologischen Vater des Kindes handle, zum anderen solle er jedoch nicht aus dem Leben des Kindes entfernt werden, da er dieses wie sein eigenes erzogen habe.⁸⁷ Es wäre gerade ein Verstoß gegen das Recht auf Achtung des Familienlebens des Kindes, wenn trotz des nicht entgegenstehenden Kindeswohls keine vorübergehende Regelung über die Fortsetzung der persönlichen Beziehung zu seinem bisherigen Vater getroffen werde. Dies stehe im Einklang mit Art. 20 TV, der verlange, dass die erforderlichen Maßnahmen zur Begründung einer persönlichen Beziehung durch Würdigung der besonderen Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Kindeswohls getroffen werden.⁸⁸

85 VerfG v. 26.12.2017, App. Nr.: 2014/5974, RG: Nr. 30341, 23.02.2018, Rn. 90.

86 EGMR v. 07.08.2003 – 30943/96 (Şahin/Deutschland) Rn. 66; EGMR v. 25.01.2011 – 18830/07 (Plaza/Polen) Rn. 71; EGMR v. 16.07.2015 – 39438/13 (Nazarenko/Russland) Rn. 67.

87 VerfG (Fn. 85), Rn. 94.

88 VerfG (Fn. 85), Rn. 93.

2. Rückführung des Kindes

In einer weiteren Verfassungsbeschwerde ging es um einen Sorgerechtsstreit zwischen geschiedenen Eltern über den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes.⁸⁹ Der Beschwerdeführer war deutscher Staatsbürger und hatte im Jahr 2010 eine in Deutschland geborene türkische Staatsbürgerin geheiratet. Das Paar lebte in Deutschland, wo im Jahr 2011 der gemeinsame Sohn zur Welt kam. Als das Kind etwa sechs Wochen alt war, trennten sich die Eltern. Im Jahr 2012 reichten sie die Scheidung ein. Während das Kind bei der Mutter blieb, hatte der Vater an den Wochenenden Umgang mit seinem Sohn.

Als die Mutter mit dem Kind in die Türkei reisen wollte, erließ das Amtsgericht Kiel am 27. November 2012 eine einstweilige Verfügung und verbot ihr die Mitnahme des Kindes ins Ausland. Am 27. August 2014 wurde die Ehe geschieden. Das Gericht übertrug das Sorgerecht für das Kind auf den Vater. Die Mutter war jedoch bereits am 19. August 2014 – also wenige Tage vor der gerichtlichen Entscheidung – in die Türkei gezogen und hatte den gemeinsamen Sohn mitgenommen. Seither lebte sie dort zusammen mit dem Kind und ihrer Mutter.

Der Vater wendete sich an die Generalstaatsanwaltschaft Istanbul.⁹⁰ Er machte geltend, dass die Rückkehr des Kindes an seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort in Deutschland durch das Zurückhalten des Kindes in der Türkei verhindert werde und beantragte die Einleitung einer Rückführung gemäß des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung.

Diesem Antrag entsprechend wurde am 10. Juni 2015 ein Antrag der Istanbul Generalstaatsanwaltschaft beim Familiengericht eingereicht, der auf Rückführung des Kindes nach Deutschland gerichtet war. Der Antrag wurde vom Familiengericht, vom Berufungsgericht und am 4. Oktober 2018 vom 2. Zivilsenat des Kassationshofs rechtskräftig abgelehnt. Das Gerichtsverfahren dauerte insgesamt fast drei Jahre. Vater und Kind hatten während dieser Zeit anderthalb Jahre lang keinen Kontakt. Das Fehlen einer gerichtlichen Entscheidung über die Fortführung einer persönlichen Beziehung hatte damit negative Auswirkungen auf ihre familiäre Beziehung.

Der Vater legte schließlich Verfassungsbeschwerde vor dem VerfG ein. Das VerfG entschied, dass das Recht des Vaters auf Achtung seines Familienlebens durch die überlange Verfahrensdauer verletzt worden sei. In Anbetracht

⁸⁹ VerfG v. 12.01.2021, App. Nr.: 2018/34860.

⁹⁰ Nach Art. 234 TStGB ist die Entführung und Zurückhaltung eines Kindes von dem Elternteil, dem kein Sorgerecht zusteht, unter Strafe gestellt.

dessen, dass das Ersuchen nach dem Haager Übereinkommen⁹¹ als dringende Angelegenheit gelte und zur sofortigen Erledigung auffordere, sei der Abschluss des Verfahrens über den langen Zeitraum von drei Jahren nicht nur ein Verstoß gegen den Zweck des Haager Übereinkommens, sondern habe auch nicht wiedergutmachende Nachteile für den Vater verursacht, indem die Beziehung zwischen ihm und seinem Kind nachhaltig gestört worden sei. Das VerfG zog daraus den Schluss, dass die Gerichte ihre Verpflichtung zum zügigen Abschluss des Verfahrens nicht erfüllt hätten und dadurch das in Art. 20 TV garantierte Recht des Beschwerdeführers auf Achtung seines Familienlebens verletzt worden sei.⁹²

3. Schutzimpfung des Kindes

In einem anderen Fall ging es um die Schutzimpfung eines Kindes, für welche die Eltern die Einwilligung verweigert hatten. Hier entschied der Kassationshof, dass keine Einwilligung einzuholen sei, wenn die Nichteinwilligung der Eltern dem Wohl des Kindes eindeutig zuwiderlaufe.⁹³ Obwohl es außer Streit stehe, dass die sorgeberechtigten Eltern grundsätzlich allein über ärztliche Eingriffe bei ihren Kindern zu entscheiden hätten, könne es vorkommen, dass die Nichteinwilligung gegen das Wohl des Kindes verstoße. Im konkreten Fall sei der dem Kind zu verabreichende Impfstoff ein obligatorischer gewesen und habe nicht nur dem Schutz des Kindes vor zukünftigen Krankheiten als Individuum, sondern auch der öffentlichen Gesundheit gedient. Wenn in einem solchen Fall die gesetzlichen Vertreter des Kindes über den zu verabreichenden Impfstoff aufgeklärt worden seien, aber dennoch ohne Angabe von Gründen der Impfung nicht zugestimmt hätten,

91 Das Abkommen zielt darauf ab, Kinder vor den Folgeschäden einer Entführung oder eines Zurückhaltens über internationale Grenzen hinweg zu schützen. Hierfür wird ein Verfahren zur unverzüglichen Rückführung angewendet. Das Abkommen sieht vor, dass die Vertragsstaaten innerhalb von sechs Wochen eine Rückführung anordnen müssen. Der Antrag auf Rückführung muss innerhalb eines Jahres nach Verbringen des Kindes ins Ausland gestellt werden. Andernfalls kann die Rückführung mit der Begründung abgelehnt werden, dass das Kind sich in die neue Umgebung eingelebt habe. Entscheidend für den HKÜ-Antrag ist, wie die Sorgerechtsverhältnisse vor der Entführung bzw. Zurückhaltung waren und ob das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in dem Land hatte, von wo aus es entführt wurde.

92 VerfG (Fn. 89), Rn. 48; siehe auch VerfG *Angela Jane Kilkenney* v. 17.07.2018, App. Nr. 2015/10826, Rn. 83.

93 Yargıtay 19. CD v. 05.11.2015, E. 2015/16 K. 2015/6675; siehe auch Yargıtay 7. CD v. 01.12.2014, E. 2014/19974 K. 2014/20148; nach Art. 2 KSG und Art. 4 Çocuk Koruma Kanunu Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik [Verordnung über die Durchführung von Schutz- und Fördermaßnahmen] sei ein Kind, dessen körperliche und geistige Entwicklung durch die Ablehnung der Blutentnahme und Impfung entgegen den Richtlinien des Gesundheitsministeriums als gefährdet erscheint, als schutzbedürftiges Kind zu betrachten.

könne dieser dem Kindeswohl zuwiderlaufenden Haltung nicht Folge geleistet werden.⁹⁴

V. Fazit

Der Kinderschutz hat in der Türkei eine mehr als hundertjährige Tradition. Zu Beginn noch privatrechtlich organisiert, wurde er im Laufe der Zeit verstaatlicht und wird heute von den Kinderschutzbehörden wahrgenommen.

Den rechtlichen Rahmen für das Handeln der Kinderschutzbehörden bilden die UN-KRK, die TV, das Zivilgesetzbuch und das Kinderschutzgesetz. Demgegenüber gibt es zur grenzüberschreitenden Familienhilfe keine umfassenden Normierungen. Eine Ausnahme bilden insoweit die speziellen Regelungen zur grenzüberschreitenden Adoption und zur internationalen Kindesentführung. Außerdem besteht ein besonderer Schutz für Familien mit Migrationshintergrund.

Anlass für das Tätigwerden der Kinderschutzbehörden ist die Schutzbedürftigkeit eines Kindes, insbesondere die Gefährdung des Kindeswohls. Liegen entsprechende Anhaltspunkte vor, beginnt die Kinderschutzbehörde mit ihren Ermittlungen. Sie hält ihre Ergebnisse in der Regel in einem Sozialuntersuchungsbericht fest, der als Grundlage für weitere Maßnahmen dient. Soweit ersichtlich findet in diesem Zusammenhang eine über den Einzelfall hinausreichende Diskussion über etwaige Kompetenzüberschreitungen durch die Kinderschutzbehörden nicht statt. Außerdem konnten in der Rechtsprechung keine wiederholt auftretenden Fälle identifiziert werden, in denen die Kinderschutzbehörden nicht-türkische Eltern willkürlich anders behandelt hätten als türkische Eltern.

Der Fokus der Kinderschutzbehörden hat sich allerdings gerade in den letzten zehn Jahren gewandelt. Während er ursprünglich auf besonders schutzbedürftige sowie straffällig gewordene Kinder ausgerichtet war, wird er heute auf den präventiven Bereich gelegt. Entsprechende Förder- und Schutzmaßnahmen beziehen sich auf Beratung, Bildung, Pflege, Gesundheitsfürsorge und Unterbringung von Kindern und ihren Familien. Diesbezügliche, im Einklang mit der UN-KRK eingeführte Regelungen blieben anfangs jedoch in ihren Wirkungen beschränkt, weil zunächst die Infrastruktur ausgebaut und im Laufe der Zeit verbessert werden musste.

Neben Förder- und Schutzmaßnahmen stehen den staatlichen Stellen verschiedene Eingriffsbefugnisse zu. Hierzu zählt insbesondere die durch das

94 Yargıtay 19. CD (Fn. 93).

Kindergericht angeordnete Inobhutnahme eines Kindes. Ohne vorherige gerichtliche Entscheidung kann sie nur ausnahmsweise in Fällen angeordnet werden, die durch besondere Eilbedürftigkeit gekennzeichnet sind. Zuständig für die Sofortmaßnahme ist entweder die Kinderschutzbehörde mit Notgenehmigung des Gouverneurs oder das Kinderbüro der zuständigen Staatsanwaltschaft. Die sofortige Inobhutnahme muss aber im Nachhinein durch das Kindergericht überprüft werden. Schließlich kann den Eltern das Sorge- und das Umgangsrecht entzogen werden.

Gegen staatliche Eingriffe in das Familienleben können die Betroffenen eine gerichtliche Überprüfung herbeiführen, meist durch Einlegung von Berufung und Revision. Als positiv hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang die Regelung des Kinderschutzgesetzes zur sofortigen Inobhutnahme. Danach muss die Überprüfung dieser Maßnahme durch das Kindergericht innerhalb von drei Tagen nach Antrag auf Erlass einer Notschutzanordnung erfolgen. Diese Überprüfung geschieht von Gesetzes wegen. Sie ist damit insbesondere von einem Antrag der betroffenen Eltern unabhängig, die mithin nicht selbst gegen die Entscheidung vorgehen müssen. Die Überprüfung der sofortigen Inobhutnahme geht folglich mit einer nur geringen finanziellen Belastung der Betroffenen einher und gewährleistet den Schutz des Kindeswohls dadurch in besonders effektiver Weise.

Das Kindeswohl und das Familienleben können indes nicht in jedem Einzelfall hinreichend geschützt werden, da den Gerichten, den Staatsanwaltschaften und den Kinderschutzbehörden nicht immer die notwendige Infrastruktur, ausreichende Mittel und entsprechend geschultes Fachpersonal zur Verfügung stehen. Dies gilt gerade für die Umsetzung von Förder- und Schutzmaßnahmen, die der Unterstützung von Familien im Vorfeld dienen. Dieser Umstand ist bedauerlich, da gerade Präventivmaßnahmen in besonderer Weise geeignet wären, Kinder im Vorfeld zu schützen und weiterreichende Eingriffe erst gar nicht notwendig werden zu lassen. Insofern wäre eine Stärkung dieses Bereichs durch weitere Investitionen und den Ausbau der bereits vorhandenen Strukturen im Sinne des Kindeswohls wünschenswert.

Part 3

Africa

In the Child's best Interest: Scope and Limits of State's Power to Intervene in Family Life in Kenya

*Jerobon Nelly Tuitoek / Tomasz Milej**

I.	Introduction	557
II.	Child and youth public services in Kenya	560
	1. Historical development	560
	2. Legal framework and organisation	562
III.	Authorities responsible for child protection and their perception in the public	564
	1. Government authorities.	564
	2. Key non-state actors and programs	570
IV.	Powers of state organisations, procedures and remedies available to families	572
	1. Policy objectives.	572
	2. Overview of state powers with regard to children in need of care and protection	573
	3. Court's powers and remedies available to families	576
	4. Bringing a child into a place of safety pending a court order	578
	5. Case law.	579
	6. Penalty for cruelty to and neglect of children.	582
V.	Protection of children with particular vulnerabilities	583
VI.	Conclusion	587

I. Introduction

To comprehend the current state of the Kenyan children in conflict and unstable environments, it is necessary to consider how it has evolved over time. The agencies that protect children have evolved from charity-based institutions that approached children's issues from a welfare standpoint to institutions that use a variety of approaches ranging from needs-based to rights-based programs. The child rights-based approach, which has recently been adopted in some programs, recognizes children as right holders who

* The authors wish to express their profound gratitude to Hon. Judge Theresia Matheka, Hon. Principal Magistrate Lina Sarapai, John Onsongo, Joan Waihura Wangui, Clara Eliza-beth Githaiga for sharing with us many valuable insights. The paper has been prepared strictly in the authors' personal capacities. The views expressed should not be attributed to any organizations with which the authors are affiliated. All mistakes are ours.

are entitled to their legal rights, which should be guaranteed by the government, as well as their parents and guardians as duty bearers. More and more, programs now recognize the child's right to participate in any decisions, including the right to health, education, family life, play and recreation, an adequate standard of living and to be protected from abuse and harm.¹

During the pre-colonial period in Africa, children's welfare, care, and support were considered the responsibility of the community in which they lived. Proverbs that originated from this time period, and are still used today, include 'a child does not belong to one family, but to the extended family system' and 'it takes a village to raise a child'. Even today, as stressed by the Government of Kenya Guidelines for the Alternative Family Care of Children in Kenya, Kenyan society places enormous value on the role and responsibility of the extended family in caring for orphaned, vulnerable and abandoned children.² This idea has implications for the alternative care arrangements for such children. Accordingly, 'of those orphans who do not reside with any parent, some 40% live with grandparents and 34% with other relatives.'³ However, as a result of rapid urbanization and population growth in the twentieth century, the phenomenon of child neglect emerged, and children living on the streets became a common problem in most urban centres.

Some attempts in Kenya to address social needs, with services primarily focusing on juvenile delinquency and correctional services, were made as early as the 1900s. Kabete Approved School was the first correctional and rehabilitation facility in Kenya when it opened in 1910–1912. In order to institutionalize social service delivery, the colonial government established the Ministry of Community Development in 1954, which incorporated various social activities aimed at addressing specific social issues such as education, probation, and community development in specific localities.⁴

While there is much discussion about child neglect and providing alternative care for vulnerable and marginalised children, a compulsory removal of children from their family by state organizations has not led to much discussion.

1 UNICEF and the Government of the Republic of Kenya, 'Guidelines for the Alternative Family Care of Children in Kenya' (2014) <<https://bettercarenetwork.org/library/social-welfare-systems/standards-of-care/guidelines-for-the-alternative-family-care-of-children-in-kenya>> accessed 5 August 2023..

2 UNICEF, 'Guidelines...', 3.

3 UNICEF, 'Guidelines...', 4.

4 EF Arubia, 'Social Development Approaches in Rehabilitating Child Law Breakers in Kenya: A Case of Kirigiti Girls' Rehabilitation School in Kiambu County', *Journal of Culture, Society and Development* 33 (2017) 16 <<https://iiste.org/Journals/index.php/JCSD/article/download/38285/39570>> accessed 31 August 2023.

Despite the fact that the law provides for such an option – unequivocally as an option of last resort – a review of reported cases and the interviews conducted reveal that such cases are very rare. Put simply, although the State has the power to remove a child from his or her family, it hardly ever uses it. We have not come across any case in which an abuse of such power became an issue. Accordingly, there are no spectacular cases of families fighting with the state authorities for the right to maintain the child in their custody, or such cases are effectively resolved at the level of lower courts so that they were not taken to the High Court and thus remained unreported. There is therefore no judicial interpretation of the terms in the related children's acts to establish the conditions and procedure for a compulsory removal by the government.

There might be different reasons for this state of affairs. The most obvious one is the concept of an extended family and the strong local community ties. Consequently, the number of persons who feel responsible for the welfare of the child extends beyond the nuclear family. On the other hand, the State's financial and organisational capacities are not sufficient to adequately take care of the children in need of protection and the state is overburdened by the pressing need to care for children who have nowhere to go. When the strong extended family and local community ties are contrasted with the relatively weak state, the idea of the state compulsorily replacing the family as a caregiver against the family's will appears rather extravagant, if not outrightly flawed. As a result, there is little willingness to report cases of child abuse or neglect by the parents or family members to state authorities, as such cases are addressed within the extended family or informally by the community elders, or recently in cooperation with the NGOs.

Even if a child protection officer (Children's Officer) gets involved, he or she would first look for a member of the extended family (uncles, aunts, grandparents, cousins) to take care of the child. As a matter of practice, compulsory placement of the child in a charitable institution run by NGOs or a government run rescue centre occur when the abuse takes place within the family, the need to isolate the child from the abuser is urgent, and the Children's Officer is unable to locate any member of the extended family willing to take care of the child. Those are, however, only temporary or emergency arrangements since the Children's Officer has to bring the child before the court without undue delay. It is for the court to make a final determination and if there is any family member willing to take care of the child, the court would give priority to this person. If the abuser is a parent, the child can be returned to the other parent if an arrest warrant has been executed against the abuser who would then be placed into custody.

Generally, the focus of the government coordinated child protection system in Kenya is on children who have been abandoned, disowned or orphaned, and those who left the family because of abuse and/or neglect. Accordingly, the present chapter will mostly deal with the legislation and policy guidelines, their social context, and institutional capacity issues. There are a few reported court cases in which bold action was taken by the state authorities with regard to children in need of care and protection within a family.

II. Child and youth public services in Kenya

1. Historical development

Family separation was common in 1952–1960 due to the detention of freedom movement supporters known as the Mau Mau and their collaborators during the struggle for independence from the British Colonial government. Colonial oppressors resorted to detention without trial and applied the villagisation policy which resulted in hardship for families, including children. The villagisation policy was a massive rural relocation program launched by the British colonial authorities in the midst of their bitterly fought wars against anti-colonial guerrilla movements in Kenya. The policy was executed through extremely violent military practice and forced relocation of huge parts of the rural populations into strategic villages. Up to 1.2 million Kenyans were affected by strategic resettlement, resulting in a humanitarian crisis and untold suffering. Mass relocations of civilians and its effects were cynically justified with reference to the overall plans for socio-economic development and modernization.⁵

Additionally, in June 1966, the post-independence Kenyan government adopted a policy of forced villagization in the former Northern Frontier District, a region that covered approximately 102,000 square miles, about half of Kenya's total landmass. In 1962, the region had an estimated population of 200,000, which was made up almost entirely of the pastoral Somali, and ethnically related Boran, Rendille, and Gabra groups. The Kenyan government argued that this would facilitate security force operations against *shifita* (bandit or rebel) insurgents, who were engaged in a campaign of militant secessionism, while winning over the hearts and minds of northern Kenyans through village development projects. In this sense, villagization served two purposes. It was a counter-insurgency mea-

5 M Feichtinger, 'A Great Reformatory', *Journal of Contemporary History* 45(1) (2017) 46.

sure, used as a means to gain state control over the Northern Frontier District region during a period of armed insurrection, and a mechanism for implementing social reform.⁶

The emergence of children without families as a result of the death and displacement of parents and other caregivers during the Mau Mau era, influenced the formation of organizations such as the Child Welfare Society of Kenya in 1955, which was formed to address the needs of such children. On 19 December 1955, the Minister for Local Government, Health, and Housing issued and signed Government Notice No 1768. The Society's mandate was to provide services to prevent child cruelty and neglect in accordance with Ordinance No 12 of 1955. The Child Welfare Society of Kenya now operates as an NGO, but it continues to receive government funding for its work as a result of its historical ties.⁷

The Non-Governmental Organizations Coordination Act Cap 134 (The NGO Coordination Act) established the NGO Registration Bureau and the NGO Council, a body made up of registered NGOs. The Registration Bureau's goal was to ensure that NGOs self-regulated. District Children Advisory Committees were established by presidential decree in the early 1990s to improve coordination of child welfare activities within districts. These were replaced by the current Area Advisory Councils, which are legally mandated by the Children Act of 2001, now the Children Act Cap 141.⁸

International organizations such as Save the Children, CARE, Plan, and Christian Children Fund (now known as Child Fund) were among the first to establish programs or provide assistance to local organizations. Various children's homes, non-formal schools, and Faith-Based Organizations (FBOs) were also established, primarily at the local level, and registered as Community Based Organizations with the Ministry of Culture and Social Services. Charitable Children Institutions (CCIs – formerly known as children's homes) are currently required to register under the CCI Regulations developed by the Kenya National Council for Social Services (KNCCS). However, most of the alternative care arrangements for vulnerable children are not formalised. It is estimated that in the 1970s and 1980s as many as 35–40% of Kenyan households provided informal alternative care for children; this proportion has reduced due to economic constraints households

6 H Whittaker, 'Forced villagization during the "shifita" conflict in Kenya', *International Journal of African Historical Studies* 45(3) (2012) 343.

7 Child Welfare Society of Kenya, Historical Background <<https://www.cwsk.go.ke/about-us/who-we-are/historical-background/>> accessed 10 September 2023.

8 The Children Act Cap 141, Kenya Gazette Supplement No 119 (Acts No 29), Published with the Authority of the Attorney General (National Council for Law Reporting 2022).

are facing, progress in urbanisation and more women obtaining formal employment.⁹

2. Legal framework and organisation

Kenya's government has put in place a solid legal and policy framework to safeguard children. All children have the right to be safeguarded from abuse, neglect, detrimental cultural practices, all types of violence, harsh treatment and punishment, and hazardous or exploitative labour.¹⁰ The Children Act Cap 141 is the key statute that ensures the safety of children in Kenya and the cornerstone of the legal framework.¹¹ Very recently, the 2001 version of the act was replaced by a new piece of legislation, the Children Act (No 29 2022) which became enforceable on 26 July 2022.¹² Pursuant to Legal Notice No 22) or 2023 (Revision of the Laws Order), the Act has since been incorporated into the Laws of Kenya as Cap 141.

Further, there are specialised Children Courts (the Court) governed by the Children Act (Protection of Fundamental Rights and Freedoms of the Child) and Children Court Practice Directions (2016), created by the Chief Justice of Kenya based on the powers conferred.¹³ The Children Courts derive their authority in the Magistrates Court Act, and designate their authority to the group of subordinate courts.¹⁴ The magistrates issue various rulings or orders upon determination of an application or a case. Their rulings may include: a conviction, a direction, a sentence, a decree and any other decision or determination of a court. Further, the magistrates may issue protection orders, supervision orders and care orders. The objective is to facilitate access to justice in the Constitution for all persons participating in and undertaking proceedings under the Children Act Cap 141. Additionally, the interest of the public and rights and interests of victims and witnesses involved in such proceedings are protected under the Victim Protection Act.¹⁵

9 National Council for Children's Services, National Plan of Action for Children in Kenya 2015–2022 (2015) 31 <<https://bettercarenetwork.org/sites/default/files/2020-10/National-Plan-of-Action-for-Children-in-Kenya-2015-2022.pdf>> accessed 5 August 2023.

10 Art 53 of The Constitution of Kenya, 27 August 2010 (National Council for Law Reporting 2010).

11 Children Act Cap 141, Revised Edition 2010 (2007), published with the Authority of the Attorney General (National Council for Reporting 2010).

12 Children Act Cap 141.

13 Children Act Cap 141, ss 3, 4, pts VI, IX and X.

14 Magistrates Court Act Cap 10.

15 Victim Protection Act Cap 79A.

The Children Act is based on the principle of the best interest of the child.¹⁶ As provided by the Children Act, in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, the best interest of the child shall be the primary consideration.¹⁷ The judicial and administrative institutions shall treat the best interest of the child even as 'the first and paramount' consideration while exercising powers conferred by the Children Act.¹⁸ These provisions echo the stipulation of the Constitution according to which 'the child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child'.¹⁹

Keeping to the principle, the Kenyan children scored a big win following the signing of the Children Bill 2021 into law by President Uhuru Kenyatta that now replaces the Children Act 2001. The Children Bill 2021 that is now enacted, is a huge reprieve for Kenyan children who are found on the wrong side of the law. To begin with, the new law has raised the age of criminal responsibility from the current 8 years to 12 years. The new law also states that children accused of committing minor offenses will not be taken through the court's system, rather, they will be diverted to less formal community-based systems.

The Constitution of Kenya is generally very concerned about the protection of vulnerable and marginalized citizens. All state organisations and public officers are mandated to address the needs of vulnerable groups in society, such as women, the elderly, people with disabilities, children (including street children), youth, members of minority or marginalized communities, and members of specific ethnic, religious, or cultural communities.²⁰ Basic rights for children include: the right to a name and nationality from birth; free and compulsory basic education; basic nutrition, shelter, and health care; and protection from abuse, neglect, harmful cultural practices, all forms of violence, inhuman treatment, and punishment, and hazardous or exploitative labor; parental care and protection, which includes the equal responsibility of the mother and father to provide for the child, whether they are married or not.²¹ Further, the Constitution provides that any treaty or convention ratified by Kenya shall be part of the Kenyan law, even though, as clarified by the Supreme Court of Kenya, they do not take precedence over

16 Judiciary of Kenya, *Social Transformation Through Access to Justice Strategy of Kenya 2023–2030: The Child Justice Strategy (2023)* <<https://www.judiciary.go.ke/wp-content/uploads/2023/07/Child-justice-Strategy.pdf>> accessed 1 September 2023.

17 Children Act Cap 141, s 8.

18 Children Act Cap 141, s 8.

19 Art 53(2) Constitution of Kenya.

20 Art 21 Constitution of Kenya.

21 UNICEF, 'Guidelines...'.

the Constitution, statutes and final judicial pronouncements.²² This is of particular importance for the CRC and the African Charter on the Rights and Welfare of the Child (ACRWC) to which Kenya is a party and for the observations by the Committee on the Rights of the Child and the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child respectively.

The CRC was adopted in 1989 with the goal of ensuring that children's rights are better protected around the world. The right to survival, the right to development, the right to protection, and the right to participation are the four basic foundations of the CRC. The ACRWC, which was adopted in 1990, also recognizes these rights. The ACRWC was created to supplement the CRC while also addressing the special needs and circumstances of African children. One of the roles of the Children Act Cap 141 is to domesticate these two treaties. The CRC, ACRWC, and Children Act provide guidance on the adoption and monitoring processes and provide information on the state of children's rights in Kenya. Kenya's ratification of the CRC kicked off a series of events that have helped form the children's sector into what it is today.

Children are also one of the actors in the system, and as such, they have a role to play in their own protection. Life skills and spiritual development can build children's capacity to make good decisions, influence their environment positively and build resilience in difficult situations. Their skills of self-protection, combined with their growing capacities to manage themselves and influence their environment, mean that they are able to protect not only themselves but other children as well. However, it also means that they are equally able to inflict harm on other children.²³

III. Authorities responsible for child protection and their perception in the public

1. Government authorities

Through the enactment of the new Constitution in 2010, Kenya was transformed from a centralised national system of government to a decentralized government with forty-seven county governments. The distribution of functions between the two levels is provided for in the Fourth Schedule to the Constitution. While the Children's Services remained within the domain of

22 *Mitu-Bell Welfare Society v The Kenya Airports Authority and others* (2021) eKLR, Petition No 3 of 2018, Supreme Court of Kenya.

23 B Forbes, D Lau, E Oswald, T Tutnjevic, *A systems approach to child protection: A World Vision discussion paper* (Monrovia 2011) 11.

the national government, the county governments have been entrusted with setting up childcare facilities.²⁴

The State Department of Children's Services (DCS), currently under the Ministry of Public Service, Gender, Senior Citizens Affairs and Special Programmes, is the key agency of the national government in charge of providing services to children who require care and protection. The officers appointed by the Director of Children's Services, the Children's Officers, are stationed throughout the country at the level of counties and sub-counties. The department coordinates and supervises services aimed at promoting and protecting children's and families' well-being. DCS's primary focus is on the care and protection of all children, as well as the rehabilitation and reintegration of child offenders. To implement its activities, DCS works closely with development partners including FBOs and NGOs who complement government efforts in supporting children programs. So far, the cooperation has involved the local community members organizing themselves in groups (either in form of church/mosque groups or the 'nyumba kumi initiative'²⁵), where there are certain leaders in the group who report to the Chief²⁶ or NGOs. The NGOs then work with the DCS who then work with the judiciary to find a solution for a child that is in need of care and protection. The Court Users' Committees²⁷ offer an adequate forum for it. In some court stations, for example in Kisumu, separate Children Court Users' Committees have been formed to enable closer collaboration among stakeholders concerned with children's welfare.

24 Fourth Schedule, part 2, item 9 Constitution of Kenya.

25 The Nyumba Kumi Initiative is a strategy by the government to complement community policing initiatives. Citizens are part of this integrated security framework through actively participating in looking out for their neighbours. In the spirit of partnership, county and national governments are working together with the citizens, in groups of 10 houses. Since it was officially launched in October 2013, there have been cases of success in community policing. You are required to know your neighbours and look out for each other. In cases where security problems arise, the 10 neighbours should come together and solve them before the issues get out of hand.

26 The Chiefs are local organisations of the national government appointed by the Public Service Commission. Their main duty is to maintain public order in the area of their jurisdiction. See Chiefs' Act Cap 128 of 1998 (National Council for Law Reporting 1998).

27 The Court Users' Committees are established according to the National Council on Administration of Justice Guidelines as mandated by s 35 of the Judicial Service Act Cap 8 (National Council for Law Reporting 2011). Their main objective is to ensure an accountable, coordinated, efficient, effective and consultative approach in the delivery of justice, but also to promote information sharing and learning. The Committees are established at all court levels, including the Children's Courts. The Children Officers are represented. See The National Council on Administration of Justice, 'Court Users' Committees Guidelines' (2019) <<https://ncaj.go.ke/wp-content/uploads/2019/10/CUC-GUIDELINES-2019-PRINT-VERSION.pdf>> accessed 5 September 2023.

When the court determines that it is unsafe for the child to stay with their immediate family, the NGOs place the child in a rescue home. Currently, the system is trusted because it has greatly improved due to the public's increasing awareness of the importance of children's rights and the government's pledge to ensure that all children enjoy their rights under national and international law. However, African traditional culture is slow to implement change in some areas as girls are exposed to early child marriage and female genital mutilation. The system could be improved with more reporting from family members once one of their own either defiles or puts a child in danger. Most family members still protect wrong doers in an effort to protect the family name.

An interview we carried out in an area of Kenya called Narok revealed that there are various situations where children are put in danger. A church community member was notified of a girl around 12 years of age being married off to a 19-year-old man. The girl had been brought to a hotel near the bus terminal, where the parent was to receive a certain amount as dowry for giving the young girl's involuntary hand in marriage. A church member reported the matter to a Children's Officer (our contact in this matter). The culprit was apprehended and a case file opened in court. The perpetrator was arrested and booked at the Narok police station while the girl was taken to the DCS local office at which point a file with her case facts was opened before she was taken to Tasaru Rescue Centre. Subsequently, a court issued a summons and a warrant of arrest against the girl's father since the father was planning to escape the court's jurisdiction. Additionally, arrangements were made for the girl to continue with school even as the trial proceeded. The children's department and the judiciary engaged the Narok County government to revise the policies on children to ensure when they are rescued, not denied.

The parastatal KNCSS collaborates with the DCS. It was established in 2003 under the then Children Act²⁸ to exercise general supervision and control over the planning, financing, and coordination of child rights advocacy activities, as well as to advise the government on all aspects relating to children. The Council's membership is composed of people from church ministries, with the Director of Children Services serving as the leader. The Children Act requires the KNCSS to establish Area Advisory Councils at the local levels to perform the same functions as the KNCSS at the national level.²⁹ The Children Act also provides for Statutory Children Rehabilitation

28 S 31(1) Children Act 2001.

29 Ministry of Labour and Social Protection, Republic of Kenya, Violence against Children Survey Report 2019 (June 2020) <<https://www.socialprotection.go.ke/wp-content/uploads/2020/07/VAC-SURVEY-REPORT-2019.pdf>> accessed 5 September 2023.

Schools (originally known as Approved Schools) to rehabilitate children who have committed crimes and come into conflict with the law.

As much as the legal framework for the protection of vulnerable children may be considered elaborate, the institutional capability remains an issue as it has a limited capacity.³⁰ First, there are not enough Children's Officers to meet the demand for care. There are approximately 1,500 Children's Officers in Kenya who are stationed in the 47 counties. Many are currently living in the cities and towns to advocate for children's rights and against harm faced mostly in slum areas. To be appointed as a Children's Officer for the government or an NGO, the officer must have a bachelor's degree in sociology, guidance and counselling, psychology, or criminology from a university recognized in Kenya. Their responsibilities include rescuing children from hostile environments; preparing and generating children welfare reports; creating awareness and advocating for proper services from Children Services; visiting homes to conduct interviews and compile reports for presentation to courts of law; collecting data on children welfare matters; identifying and committing children to safe places; and receiving and recording complaints and any other reports regarding violation of children rights. The list is not exhaustive. Many officers work with the government in conjunction with the NGOs and the legal system. A Children's Officer stationed in Eldoret – the second largest city in Kenya – observed³¹ that he has created networks which he considers crucial for ensuring children's well-being. Those networks encompass among others the village elders, the teachers, for whom special sensitisation programs are offered, the child protection volunteers and the police. The police have a special role to play because of their capacity to offer protection to the children. Since the police stations operate on the 24/7 basis, they are always accessible. The police even have a special child protection unit. Unfortunately, there are also cases of brutalizing homeless children by the law enforcement organisations, in particular by the municipal police (the so-called county askaris).

It is above all the low number of Children's Officers that makes the networking indispensable. The city of Eldoret is located within the borders of two sub-counties for which until recently, only three Children's Officers were charged. This number has now been increased to six. However, according to the interviewed Children's Officer, networking would still be a key aspect of his work, even if the number of the Children's Officers were higher.

30 National Council for Children's Services, National Plan..., 23.

31 The interview was conducted in October 2022 during a field research trip under the framework of a legal clinical project conducted by the Kenyatta University School of Law in partnership with the Konrad Adenauer Foundation and the Undungu Society of Kenya aiming at remedying the root causes of child homelessness.

Second, the number of state-run child rescue centres and other childcare facilities is low, although the Counties have been making some progress in establishing new facilities. The county-run facilities tend, however, to focus on ensuring only very basic needs (food and shelter) and are considered public security institutions surrounded by a high fence. An example of such a securitized approach to homelessness is a recent order by the County Government of Nairobi to remove the so called 'street families' from the city's footbridges in order to curb the alleged surge in crime.³²

Third, even if envisaged in the Children Act, there is no institutionalised system of foster care with a list of vetted and approved foster parents.³³ As a result, the Children's Officer, when confronted with a case of a child in need of protection, would first have to consider where the child should be placed and the range of placement options would be limited. The child would normally be placed with his or her relatives (grandparents, an aunt or an uncle) whom the Child Officer located or in one of the privately run CCIs. The CCIs are most frequently used for emergency placements of children in need of protection.³⁴ Due to their limited capacity, the state authorities are reluctant to remove a child from a family and place it under alternative care arrangements, especially in a CCI.

Generally, the child protection system focuses on children who were abandoned or who abandoned their families because of abuse and/or neglect. Even the 2014 Guidelines for the Alternative Family Care of Children in Kenya do not really contemplate a forcible removal of a child from its family, but rather aim at keeping the child within it. Accordingly, 'CCI social workers counsel parents or legal guardians wishing to relinquish a child permanently or for a temporary period. The care providers establish linkages with interdisciplinary social services to address the reasons for the child being abandoned.'³⁵ The counties run social programs that assist parents in need and make sure that they do not abandon a child just because they are unable to make ends meet. However, the state's capacity and funding may not always be sufficient. Even if funds are disbursed to needy families, the follow-up on whether the funds are used to the benefit of the child remains a challenge. Assistance would then be sought from the local community, village elders and extended family. But still, as an interview with a magistrate stationed in Naivasha revealed, cases in

32 S Wangari, 'Sakaja bans hawking on Nairobi's footbridges', *The Saturday Standard* (November 2022) <<https://www.standardmedia.co.ke/nairobi/article/2001460574/sakaja-bans-hawking-on-nairobis-footbridges>> accessed 5 September 2023.

33 UNICEF, 'Guidelines...', 55.

34 UNICEF, 'Guidelines...', 69.

35 UNICEF, 'Guidelines...', 108.

which parents abandon children due to economic hardships do occur. These are tragedies causing the parents to think that the charitable institution, often run by a foreign NGO, would offer the child a better future.

The Children Act Cap 141 is meant to increase and improve the state's capacity and funding. Accordingly, the national government is obliged to establish a Child Welfare Fund which would support child welfare programmes and expenses for alternative care,³⁶ while the counties are authorised to run their own child welfare programs.³⁷

The perception of the improvement of government authorities and agencies dealing with children matters in Kenya is rather positive. However, there have been reports of children getting mistreated or molested in some of the rescue centres. In a case, two girls, ages 12 and 14, had recently escaped sexual abuse from the orphanage's director, a US missionary named Gregory Dow. Margaret Ruto, a Kenyan nurse living in America was able to help the police apprehend Mr. Dow who had fled to the US after the locals had confronted him and alerted the authorities in the Rift Valley, Kenya. After agreeing to a plea deal, Gregory Dow, now 61, was sentenced in a United States federal court to 188 months in prison on four counts of 'engaging in illicit sexual conduct in foreign places'. Dow will be nearly 80 years old if he makes it to the end of his sentence.³⁸

Dow's case was the latest abuse scandal linked to white missionaries in Kenya. In 2016, a 21-year-old Oklahoma man named Matthew Durham was sentenced in a United States federal court to 40 years in prison for molesting eight children at a Nairobi orphanage. Years earlier, a prominent Italian Catholic priest was accused of molesting boys in his care, and while Kenyan authorities dropped charges for a lack of evidence, suspicion still lingers.³⁹

What remains to be improved is the awareness of the abuse reporting system. Many people are not aware that they can advocate for the child and report a case of child neglect or abuse to a Children's Officer. There is, however, much more awareness of the need to report cases of child defilement, punishable under the Sexual Offences Act.⁴⁰ The first point to report such cases

36 Children Act Cap 141, s 12.

37 Children Act Cap 141, s 62.

38 M Bearak, R Ombuor, 'A child sex abuser evaded justice in Kenya. Then an "ordinary woman" took matters into her own hands', *The Washington Post* (Washington DC, 4 February 2021) <<https://www.washingtonpost.com/world/2021/02/04/kenya-orphanage-child-abuse/>> accessed 5 September 2023.

39 Bearak, Ombuor, 'A child sex abuser...'

40 Sexual Offences Act Cap 63A <<http://www.kenyalaw.org/lex//actview.xml?actid=No.%203%20of%202006>> accessed 5 June 2023.

would normally be a local police station or a village elder. Unfortunately, the police officers sometimes do not conduct proper investigations and their attitude can be dismissive. For example, in the case decided by the High Court in Meru a private NGO successfully sought a remedy against police officers (because of neglect of their duty) in a case concerning defilements of eleven children. It was argued that although 'the petitioners visited various police stations after defilements and gave names of the perpetrators being people they knew [...] the respondents [the police] did not bother to take appropriate action. Instead, the respondents showed disbelief, blamed the victims, humiliated them, yelled at and ignored them as they put them under vigorous cross-examination and failed to take action'.⁴¹

Another public perception problem is that the institutions use the children's private information, photos and posts to attract interested parties from the developed countries. It is a strategy used to delegitimize the organizations and their child 'rescue' activities, within the contemporary climate of deinstitutionalization. This strategy results in a violation of children's rights, has ethical implications, and is not without consequences for the concerned children's well-being.⁴²

2. Key non-state actors and programs

NGOs, Community Based Organisations, and FBOs are all part of Kenya's civil society working for children Safety and Protection. Their efforts are supplemented by those of international organizations that provide funding for programs in the country. There are currently an estimated 8,000 registered NGOs and over 300,000 registered Community Based Organizations, according to the government-run NGO Registration Bureau. Because of the diversity of Civil Society Organisations, it is impossible to accurately quantify the impact of their interventions in the children's sector, despite the fact that the positive results are visible and significant.⁴³

The majority of CCIs are established and managed by non-state actors. They are governed by the CCIs Regulations of 2005, with district-level supervision provided by Area Advisory Councils. KNCSS is in charge of registering CCIs on a national scale. However, many actors in the children's sector who consider themselves NGOs are actually registered as trusts (under the Ministry of Lands), because the conditions for NGO registration are stricter. It

41 *CK (A child) (through Ripples International as her guardian and next friend) and 11 others v The Commissioner of Police/Inspector General of the National Police Service and others* (2013) High Court at Meru Petition 8 of 2012.

42 Bearak, Ombuor, 'A child sex abuser...'

43 Ministry of Labour and Social Protection, 'Violence against Children Survey Report 2019'.

is still unclear how the new Public Benefits Organization Act Cap 134 will affect Kenyan civil society.

Organizations have formed networks and coalitions to carry out joint activities for children, coordinate, exchange, and share information, support government initiatives, and advocate for legal and policy reform. The NGO, Child Rights Committee is the key network for child rights.⁴⁴ It was founded to lobby the government to ratify the CRC and ensure its implementation. It is now tasked with monitoring Kenya's adherence to international treaties pertaining to children and participating in their periodic reviews. Legal and Policy, Child Participation, Rapid Response, and Child Poverty are the four subcommittees of the NGO Child Rights Committee. County Child Rights Networks are regionally similar organizations that are still in operation as provincial networks. Civil society organizations working with children are welcome to join on a voluntary basis.⁴⁵

There are several NGOs that deal with children living in situations of social marginality, especially the so-called 'street children.' Action for Children in Conflict is an NGO that has built a strong reputation enabling children and their families to access the opportunities available to both survive and succeed, in safety and prosperity. A child protection agency working in Thika District, working with over 400 street children in Thika town, reduced the number of street children to approximately 90 by early 2010. Action for Children in Conflict led a 2009 street census which revealed that there are around 100 children living on the streets of Thika and surrounding areas, but the homelessness is temporary. For example, 59% reported living with parents or family members on occasion. At least 85% reported going to the street almost every day, but only 45% reported sleeping there. Due to difficult economic conditions, there is a population of part-time street children developing in and around Thika, and Action for Children in Conflict has worked to create dynamic and innovative solutions for these complicated cases, as well as for the remaining full-time street children. The NGO is dedicated to helping these children return to home and school full-time, and to preventing the root-causes that send children to the streets in the first place.

The Undungu Society of Kenya has been operating rehabilitation programs for street children since 1973. The number of children living and/or working on the streets in Kenya is not known but estimates are high, varying from 50,000 to 250,000. Urban areas with high numbers of children in street sit-

44 National Council for Children's Services, National Plan..., 6.

45 National Council for Children's Services, National Plan..., 10.

uations and homeless families include Nairobi, Mombasa, Kisumu, Eldoret, Lodwar and Nanyuki. In recent years, there has been a growth in children from informal settlements being drawn to the streets of Nairobi during the day. In contrast, in Lodwar (a town municipality in the North of Kenya) the number of children living on the streets has reportedly increased because of the impact of drought in 2017.⁴⁶

Further, child protection is an important component of Save the Children's work in Kenya, where they work to ensure that every child has the right to survival, protection, development, and participation. They work to protect children from violence and to aid in their recovery when such violations occur. Their programs target Kenya's most marginalized and vulnerable children, while also aiming for the safety and well-being of all children. They strive to create long-term change by improving policies and services that protect children in collaboration with the Kenyan government, local partners, and communities.

IV. Powers of state organisations, procedures and remedies available to families

1. Policy objectives

The challenges to be addressed by the state policies towards the children in need of protection are weighty. According to the data cited by the 2015 National Plan of Action, physical violence is rampant and has been experienced by 73% of boys and 60% of girls.⁴⁷ This is exacerbated by the entrenched practice of caning children at school which, although outlawed,⁴⁸ is still widespread⁴⁹ and openly condoned or even encouraged by senior government officials.⁵⁰ Sexual violence has been experienced by 18% of boys and

46 Children of Kenya, Realizing Children's Rights in Kenya <<https://www.humanium.org/en/kenya/>> accessed 7 August 2023.

47 National Council for Children's Services, National Plan..., 25.

48 The corporal punishment was outlawed by a Gazette Notice in 2001 and the ban has been subsequently embraced by various legislation, for an overview see S Okone, 'Analysis of Government Policy on Banning of Corporal Punishment with Reference to Mill's Theory of Utilitarianism: A Survey of Secondary Schools in Kisii Central Sub-County, Kenya' (Research Thesis for the Award of Master of Education Degree, Egerton University 2016) <<https://bit.ly/3UW26Bo>> accessed 5 September 2023.

49 Okone, 'Analysis...', 46, as well as various students' interviews conducted by the authors.

50 G Lutta, 'Magoha, Matiang'i Push for Reintroduction of Caning in Schools' <<https://www.kenyans.co.ke/news/71386-magoha-matiangi-push-reintroduction-caning-schools>> accessed 5 September 2023.

32% of girls.⁵¹ A high number of children live and work on the streets. Poverty is considered to be the main driver for the need to resort to alternative care arrangements.⁵²

Although the number of children in formal alternative care arrangements is quite high (48,000)⁵³ and most of those children are placed in the CCIs, placing the children in care institutions is not a policy objective. The policy is strongly in favour of the deinstitutionalisation of alternative care.⁵⁴ Drawing on the Kenyan tradition of community support, the policy documents stress the importance of 'family-centred services therefore limiting the necessity of use of alternative care placements'.⁵⁵ A placement of the child in institutional care is considered to be a measure of last resort.⁵⁶ Under the 2014 Policy Guidelines, the Children's Officers should first offer counselling services to the family then look for other family members to place the child with and only if those alternatives prove futile, place the child in a CCI for the shortest possible period of time.⁵⁷ There should be an individualised placement plan for each child and this plan should indicate an exit strategy.⁵⁸ A residency in a CCI should not exceed three years. The exit strategy should include family tracing and reintegration, foster care, kinship care, supported independent living, guardianship, adoption, and *kafaalah* (a care arrangement under Islamic law). However, due to capacity issues and lack of a foster care system, children may stay in the CCIs for much longer than three years. An adoption proves to be a frequent way out of the CCI.

2. Overview of state powers with regard to children in need of care and protection

There is hardly any documented litigation in which the parents or a family member would oppose a court order placing a child in an alternative care arrangement. There seems to be an unwritten presumption that a family opposing a state intervention is in a position to adequately provide for the

⁵¹ National Council for Children's Services (2015) 25.

⁵² UNICEF, 'Guidelines...', 30.

⁵³ National Council for Children's Services (2015) 31.

⁵⁴ UNICEF, 'Guidelines...', 103.

⁵⁵ Children Act 2001, s 29.

⁵⁶ UNICEF, 'Guidelines...', 108.

⁵⁷ UNICEF, 'Guidelines...', 108; see also National Council for Children's Services, 'The National Children Policy Kenya 2010' <<https://bettercarenetwork.org/library/social-welfare-systems/child-care-and-protection-policies/the-national-children-policy-kenya-2010>> accessed 5 June 2023.

⁵⁸ UNICEF, 'Guidelines...', 108.

child, even if it is by placing a child under care of a member of the extended family (cousins, aunts, uncles, etc.). On the other hand, the capacity of the state is already overstretched by the necessity to provide alternative care to children who are orphaned or abandoned.

The exercise of the State's power with regard to the children in need of protection is determined by the Constitution.⁵⁹ Apart from the commitment to the child's best interest, the provision spells out a set of rights of the child. The child has a right to be kept safe from abuse, neglect, harmful cultural practices, all forms of violence, inhuman treatment and punishment, and hazards. The Constitution also allows a right 'to parental care and protection.' In addition, the Constitution describes the family as the natural and fundamental unit of society and the necessary basis for social order and places the family under 'protection of the State.' When faced with cases of child neglect by a parent, the state authorities have to balance the objective of protection of the child from harm and neglect and the parent's right to care for their child. According to the established case-law, the best interests of the child prevails over the interest 'of the adults feuding over [his or] her custody and must be upheld in any event'.⁶⁰

Regarding the allocation of powers with regard to children in need of protection, all major decisions must be made through a court order. It is for the Children's Court ('Court') to determine whether the child actually is in need of care or protection. The Children Act provides a detailed definition. If the Court is satisfied that the child is in need of care or protection, the Children Act provides for a variety of different orders that the Court can make which include protection orders, supervision orders, and care orders. There are also the so-called 'section 114' orders which the Court can make in any proceedings, even without declaring the child to be in need of care and protection.

The care order is the most far-reaching instrument, the essence of which is 'entrusting the care, control and possession of the child to a person not being the parent, guardian or custodian of the child or to an appointed local authority or an institution appointed by the court'.⁶¹ As a less intrusive option the Court may order the family member who is allegedly abusing the child to stay away from her or him in an exclusion order. The exclusion order is a type of section 114 order. Other options under this section include a residence order requiring the child to reside with a specific person, or a family

59 Art 53 Constitution of Kenya.

60 See recently *LK and KMI v Republic and others* (2020) eKLR, Civil Appeal No 53 of 2018, High Court of Kenya.

61 Children Act Cap 141, s 135.

assistance order designating a specific person to provide 'advice, counselling and guidance to a child, his parents or custodian or guardians'.⁶² Unlike care orders, the use of those less intrusive options is more common.

Since child neglect and child defilement are crimes according to the Children Act, as well as the Sexual Offences Act, arrest warrants can be issued against the abusers. The execution on an arrest warrant may take some time though. In this case, a care and protection file would be opened in addition to the criminal file and it would be for the Children's Officer to find a safe living arrangement for the child, so that he or she does not stay with the abuser. However, the powers of the Children's Officers do not go beyond the temporary arrangements. A permanent solution must be determined by the Court. In practice, the abuser, if apprehended, will normally face the law (an arrest warrant, and possibly a criminal conviction), even if he or she is the sole household income provider. In this case, if there is nobody in the extended family to take care of the child, he or she may be placed under the alternative care system, which practically means in a charitable institution.

The Children Act Cap 141, the 2022 version, does not make substantial changes to this regulation. In particular, the care order has been retained and its exceptional and *ultima ratio* character restated.⁶³ In the 2022 Act, the provision of care and protection is the role of the family and poverty, disability and provision of education shall not be 'the driving factor' for removing a child from his or her family.⁶⁴ The wide range of less intrusive orders has also been retained.

Even if the final and discretionary powers are vested with the Courts, it is the mandate of the Children's Officer to take action, once she or he has reasonable grounds to believe that child is in need of care and protection. The reports are usually filed with the police or village elders, and it will be from them that the Children's Officer acquires knowledge about the situation of a child that requires action. The Children's Officer is authorised to apprehend such children and take them to a safe location. Although it is for the counties to set up adequate facilities, in practice it is the (private) CCIs which serve as temporary shelters.⁶⁵ It is for the Children's Officer to figure out

62 Children Act Cap 141, s 114.

63 For the care order to be issued, 'all possible alternatives for assisting the child must have been exhausted,' the child is likely to suffer 'substantial harm' and there is a danger to which the child is exposed that is 'so severe' it requires 'immediate removal' from the place of residence. See Children Act 2001, s 132, and Children Act Cap 141, s 153.

64 Children Act Cap 141, s 12.

65 UNICEF, 'Guidelines...', 69.

where the child can be placed. An alternative to the CCI could be placement with the child's extended family.

The powers of the Children's Officer are temporary arrangements. It is for the Court to make final orders. The Children's Officer should bring the child before the Children's Court without delay.⁶⁶ The Court would assess the home and decide if it is safe for the child to go back or if it is necessary to place the child under an alternative care arrangement. While making any orders, the parents or guardians of the child must be heard in the court proceeding.

Even if the final authority is vested with the Court, the Court would normally rely on the Children's Officer's expertise. As pointed out by the High Court, the provisions of the Children Act with regard to Children in need of care and protection 'place a high premium on reports by authorized officers and the need for candour, balance and professionalism cannot be over emphasized, as these are important aids to assisting the courts in arriving at just determinations'.⁶⁷ However, the Courts face capacity problems and will rarely be in a position to make further inquiries in addition to the submissions by the Children's Officer. Accordingly, as much as the orders must be made by the Court, in practice, it is the Children's Officer who is considered an expert; the Court's role is an oversight role.

3. Court's powers and remedies available to families

A person who has been accused of putting a child in danger shall be subjected to the court procedures. However, if the parent or guardian believes that they have been aggrieved by such procedures, they shall have different remedies including challenging the other parties' actions, including those taken by social services. The Children's Court shall have jurisdiction to make an order or give a judgment where a child is believed to be in need of care and protection.

In Kenya, judicial authority is derived from the people and is exercised by the courts and tribunals.⁶⁸ In the exercise of judicial authority, the Judiciary is subject only to the Constitution and the law and not to the control or direction of any person or authority. The courts under the Constitution operate at two levels: superior courts and subordinate courts. The superior courts are the Supreme Court, the Court of Appeal and the High Court. Magistrate

66 Children Act Cap 141, s 71 (3).

67 *LK and KMI v Republic and others* (2020) eKLR, Civil Appeal 53 of 2018, High Court of Kenya.

68 Art 159 Constitution of Kenya.

Courts, from which the Children Courts derive their authority, belong to the subordinate courts.⁶⁹

Any person who has reasonable cause to believe that a child is in need of care and protection may report the matter to the nearest Children's Officer. A neighbor or a teacher can report that a child is being neglected or abused. The awareness that abuse or neglect may be reported to the authorities is not high. People are also reluctant to interfere with other families' relationships. Most of the care and protection cases are actually initiated by the parents of the child.

A child in need of care and protection may take refuge in a place of safety. A Children's Officer may place any child who is about to be brought before a court as being in need of care and protection to a place of safety. If the child has taken refuge in a place of safety, the child may be accommodated there until he or she can be brought before a court.

According to the Children's Act, a child is in need of care and protection where the child has no parent or guardian, or has been abandoned by their parent or guardian, or is destitute; is found begging or receiving alms; has no parent or the parent has been imprisoned; parents or guardian find difficulty in parenting; parent or guardian does not, or is unable or unfit to exercise proper care and guardianship, etc.

In a situation where a parent or guardian is accused of putting a child in danger, a Children's Officer, having reasonable grounds to believe that a child is in need of care and protection, may apprehend the parent without warrant, and in such a case shall without delay bring the parent before a Children's Court; a Children's Officer shall bring before the Court any child who appears to such officer to be in need of care and protection unless proceedings are about to be taken by any other person. Where an application is made to a court for a protection order and the child is not in a place of safety, the Magistrate may issue a summons requiring him or her to be brought before the Court and shall apply for an interim order for the temporary accommodation of the child in a place of safety or for his or her temporary committal to the care of a fit person. Where a court makes an order under this section, it may make such other orders as it deems necessary for the establishment of contact between the child and his or her parent, or between the child and any person who has parental responsibility of him or her and for the enforcement of the order.

69 Magistrates Court Act Cap 10.

4. Bringing a child into a place of safety pending a court order

Pending a court order, and as a child is taken to a place of safety by a Children's Officer without reference to the court, the parent or guardian or any person who has parental responsibility of the child may apply to the Director of Children Services for the release of the child from the place of safety into his care.⁷⁰ If the Director refuses an application, he or she notifies the applicant in writing of the decision and the reasons thereof. Any applicant who is aggrieved by the decision of the Director normally applies to the Court for the discharge of the child from the place of safety. Where a child is taken to or ordered to be taken to a place of safety, the person bringing the child before the court shall send a notice to the Court specifying the grounds on which the child is to be brought before the court and shall send a notice to his or her parent or guardian, or such other person who has parental responsibility over the child, requiring such person to attend a hearing at the court before which the child will appear.

Where any application is to be made to a court for a protection order, the person intending to make the application notifies the Director, or his representative, provides the name and address of the child and the day and hour when a hearing on the protection order will occur, and the nature of the grounds on which he or she is brought before the Court. The Director conducts investigations and provides the court with information such as the ongoing situation at the home, age, health, character and general antecedents of the child or other information that may be necessary to assist the court. When it appears to an appointed local authority or a charitable children's institution that a child is in need of care and protection and that its intervention is necessary, the local authority or charitable children's institution receives the child into its care and brings him or her before a court immediately, provided that the local authority or charitable children's institution notifies the Director within seven days of receiving the child into its care. The child is brought before a court within three months and a monthly report is rendered to the Director of all children received and held. All cases are investigated by the local authority, or charitable children's institution but shall not retain the child in its care if his parent or guardian seeks to assume the care of the child. The local authority, or charitable children's institution shall, when it appears to be in the interests of the child, attempt to secure the care of the child by a parent, guardian, relative, or friend who should, if possible, be of the same religion, race, tribe or clan as the child.

70 Children Act Cap 141, s 145.

5. Case law

In *LK and KMI v Republic*, the High Court of Kenya vacated an order of the Children Court (the Magistrate Court) 'divesting the biological father custody of his child thereof without his consent, nor input in the matter contrary to the Children's Act.'⁷¹ The case concerned custody for a female child born into a traditional pastoralist community.⁷² The mother died at childbirth as the father was taking care of the herds in an area far from home, which was typical for that community. The child was taken care of by a couple of Christian missionaries. The father was in agreement with this arrangement and kept visiting the child. However, four years later, the couple moved with the child to a remote town close to Kenya's capital and a conflict over the custody ensued between the missionaries and the child's father and an aunt (a sister to the deceased mother). The girl was handed over to the father, but the Children's Officer returned the child to the missionaries. Subsequently, the Magistrate Court declared the child to be in need of care and protection and ordered the child to stay with the missionaries. The Magistrate Court based its findings on a social enquiry report.⁷³ The report stated that in the community in question, when a mother dies at birth the death is considered to be a 'bad omen' and consequently, the child's life would be at risk because members of the community may not welcome the child and see them as a bad omen as well.

While quashing the Magistrate Court's order, the High Court relied on a report by the Children's Officer which did not confirm the fears raised in the social enquiry report regarding the community's practices of killing of children whose mother died at birth. Also, the girl did not experience any mistreatment during the brief period when she was under the custody of her biological father. The High Court was of the opinion that the case is more about adults fighting over custody than about the child being in need of care and protection within the meaning of the Children Act. Additionally, even

71 *LK and KMI v Republic and others*.

72 According to Jacob Barasa Wanyama from LIFE – Africa Region in Accounting of Pastoralists in Kenya, there are at least eight ethnic groups that are recognized as traditional pastoralists, and include the Borana, Gabra, Maasai, Pokot, Rendille, Samburu, Somali and Turkana, along with various smaller groups. These tribes inhabit 13 arid and semi-arid counties that cover a large part of Kenya. While the Borana, Maasai, Pokot and Samburu represent cattle cultures, the Gabra, Rendille, Somali and Turkana traditionally herd camels as their main animal. In adaptation to climate change, some members of traditional cattle cultures have also adopted camels. All groups keep sheep and goats, and some keep donkeys for forms of transport.

73 A Social Enquiry Report is an essential tool to aid the court in making a decision affecting the type of sentence applied to a young person.

if the ultimate flaw of the Magistrate Court was the failure to adequately involve the father, the father's wishes were an important consideration in determining what is best for the child and less of an avenue to validate the father's rights.

Clearly, the courts do not exclude the possibility of denying the only living biological parent the child's custody, if there are weighty reasons to do so and those reasons are rooted in the child's best interest. However, in this case, even if the court decided to follow this line of reasoning, the child would be staying in a family environment in which she grew up. The court did not deny that the missionary family took good care of the girl and was reluctant to order that the child not stay with the father. What would the court do in a situation where the child has no safe place to go and the Children's Officer has trouble finding a safe place?

There are different outcomes when a court investigates a matter and makes an informed decision on whether a particular verdict is in the best interest of the child. Under the Children Act, a court before which any child in need of care and protection is brought may require a Children's Officer or any other professional to give a report or advise on any aspect of the proceedings. If a court is satisfied that a child brought before it is in need of care and protection, it may order that such child be returned to his parent or guardian or the person who has parental responsibility for him or her. In the case *In re M M N (the matter of application for the adoption of Baby M by MKG the applicant)*,⁷⁴ the High Court of Kenya decided that the child had been in need of care and protection through a case that had been brought against the biological parents in *Protection and Care Case No 31 of 2017*.⁷⁵ The child who had been abandoned by their biological parents was subsequently placed under the care of the applicant guardians. This was through a report filed by the Children's Officer for the Director of Children Services, Kitui County. The Report stated that Gladys Wanganga of Kieru Village reported to the Kariene Police on 7 February 2012 that a lady called FK (initials used to protect the identity of the individual in accordance with the practice of anonymization in children's court proceedings) had sought employment from her. Ms. Wanganga said the lady escaped on 6 February 2012 after giving birth and left the child. The child was taken to level five hospital at Meru and admitted as MM (initials used to protect the identity of the individual). The child stayed in the hospital until 14 March 2013. On 19 March 2013, the child was admitted at Mother Maria Zanelli Children's Home with the help of the Children's Office Imenti North. Police from Kariene Police Station

74 *In re M M N (Baby)* (2019) eKLR, Adoption Cause 7 of 2018, High Court of Kenya.

75 *Protection and Care Case No 31 of 2017*, High Court of Kenya.

wrote a final letter confirming that the child's mother could not be traced. MM was declared free for adoption by KKPI (Kenyans to Kenyans Peace initials) Adoption Society and placed in foster care with the adoptive parents, on 10 October 2014. The court declared that the adoptive parents had the ability to take up parental responsibility to the benefit of the child.

Further, the court can order a child's parent or guardian, or person who has parental responsibility for the child, to execute a bail or bond with or without sureties to exercise proper care and guardianship. In the case *Eunice Wanja Maina v Republic*,⁷⁶ where the mother of Eunice had been charged with the offence of child neglect, she was convicted on her own plea of guilty but in her mitigation, she told the magistrate that it was not her intention to abandon her child without proper care. The mother said she had been employed at the survey offices in Murang'a town (a county near Nairobi City)⁷⁷ and had left her child under the care of an elderly woman whom she had been paying for her services. Before the sentencing, the magistrate sought a report on the social state of both the child and mother. Following the court's order, the Probation Officer, and the Children's Officer, both of Murang'a East District, conducted independent social enquiries on the mother and the child and presented their separate reports to the magistrate. The reports had unfavorable information on the character and conduct of the mother whom the Probation Officer described as a careless and reckless mother with a habit of abandoning her children. Her first-born child was allegedly abandoned with a stranger until the maternal grandmother came to the child's rescue. In the case, the court required the mother to pay a 50,000ksh (\$500) fine and if she defaulted on the payments, she had to serve five years in prison which is the maximum term provided under the law.

The court can also issue an order where the child is subjected to child marriage (the Children Act defines child marriage as a marriage or cohabitation with a person not attained the age of eighteen years or any arrangement made for such marriage or cohabitation) and order such marriage null and void *ab initio* and require the child to be placed under the care of a fit person and to return to school.⁷⁸ *Council of Imams and Preachers of Kenya, Malindi & 4 others v Attorney General & 5 others*⁷⁹ is a case where the petitioners were charged with the offence of subjecting a child to harm-

76 *Eunice Wanja Maina v Republic* (2013) eKLR, Criminal Appeal 7 of 2013, High Court of Kenya.

77 Muranga County <<https://muranga.go.ke/>> accessed 5 June 2023.

78 Children Act Cap 141, s 2.

79 *Council of Imams and Preachers of Kenya, Malindi & 4 others v Attorney General & 5 others* (2015) eKLR, High Court of Kenya.

ful cultural rites by jointly and unlawfully subjecting MB, a 16 year old girl, to a harmful cultural rite by arranging for the early marriage, a practice that was likely to negatively affect her psychological development. The Respondents (Attorney General and the Minister for Gender, Children and Social Development and others) filed a report indicating that the Children's Officer got a report from the head teacher that his student, a child, was in need of rescue from a ploy to marry her off early. With the assistance of the local administration police, they were able to rescue the child who was then placed at the children's remand home (the Children Act defines children's remand home as a place of safety where children in conflict with the law may be committed under an order of the court until their matters are finalized). Further, the supposed husband also committed an offence of defilement under the Sexual Offences Act ⁸⁰ since a child under 18 years cannot give her consent to have sex.⁸¹ Nevertheless, because there was no proof of consummation, he was charged with subjecting a child to harmful cultural rites contrary to section 14 as read with section 20 of the Children's Act number 8 of 2001 (judgement extract).

The court stated that Kenyan Law does not permit marriages of people below the age of 18 years and that the respondent was considered a child under the Constitution. The right to marry under the Constitution is only available to adults. Further, the court stated that although the Constitution grants the freedom to exercise one's religion, the freedom has to be carried out in line with the other Constitutional provisions. The court ordered the parents to be charged at the trial court, and thereafter the child be placed back at the children's remand home. Due to passage of time, by the end of the trial, the girl had reached the age of majority and was free to marry.

6. Penalty for cruelty to and neglect of children

The International Society for the Prevention of Child Abuse and Neglect recently compared definitions of abuse from 58 countries and found some commonality in what was considered abusive.⁸² In 1999, the WHO Consultation on Child Abuse Prevention drafted the following definition: Child abuse or maltreatment constitutes all forms of physical and/or emotional ill-treatment, sexual abuse, neglect or negligent treatment or commercial or other exploitation, resulting in actual or potential harm to the child's health, survival, development or dignity in the context of a relationship of responsi-

⁸⁰ Children Act Cap 141, s 2.

⁸¹ Sexual Offences Act Cap 63A.

⁸² National Research Council, *Understanding child abuse and neglect* (Washington DC, 1993).

bility, trust or power.⁸³ Child abuse is considered to take place when there is harm or the threat of harm to the child.

According to the Children Act, any person having parental responsibility and charge of a child who wilfully assaults, ill-treats or abandons the child in a manner that causes injury to health, or by any act or omission knowingly causes that child to become in need of protection and care, is guilty of an offence and is liable to a fine not exceeding five hundred thousand shillings (\$5,000) or imprisonment up to ten years or both.⁸⁴ The case *Eunice Wanjia Maina v Republic* illustrates the application of this provision.

The common factor in the crimes committed against children was that the majority of the perpetrators were people that the children knew. They were probably the children's relatives, for example an uncle, brother, aunt or even parent of the child. The saddest part is that the children are subjected to threats by their relatives and consequently not able to report such occurrences. However, at times, the children are assisted by Good Samaritans and the cases of cruelty and neglect are reported to the authorities.⁸⁵

V. Protection of children with particular vulnerabilities

The Kenyan Constitution 2010 lists children as being among vulnerable members of the society.⁸⁶ The Constitution mandates all state organisations and public officers address the needs of such members. There are many situations in which children are considered particularly vulnerable. This includes children of divorced parents, children in marginalized communities, children who have experienced violence in their family and outside world, orphans, street children, children who have been married early, children who have committed war crimes and general crimes, children associated with armed forces and armed groups and many others. Child Protection Information Management System (CPIMS) data indicate that in the year 2017–2018 the most rampant forms of child abuse concerned: Neglect (56,688), Custody (18,958), Abandoned Children (4,921), Orphaned Children (3,076) and Child Truancy (2,372).⁸⁷

83 WHO, Report of the Consultation on Child Abuse Prevention (Geneva, 29–31 March 1999).

84 Children Act Cap 141, s 152.

85 Bearak, Ombuor, 'A child sex abuser...'

86 Art 21(3) Constitution of Kenya.

87 Republic of Kenya, 'Guidelines for Child Protection Case Management and Referral in Kenya' (2018) <<https://bettercarenetwork.org/sites/default/files/2020-10/GUIDELINES%20CP%20CM%20AND%20REFERRAL%202018.pdf>> accessed 7 August 2023.

Being a country of several tribes with the potential of tribal clashes, children are brought up with the notion of being very conscious of their next-door neighbour.⁸⁸ Children are exposed to such animosity from a very young age. Children from specific marginalized tribes are treated differently. In this situation, marginalized community refers to a relatively small population which consists of traditional, indigenous, pastoral persons and communities.⁸⁹ The people in the northern part of Kenya are mostly nomads who fit in the category of marginalized. Most of these tribes are strong willed and practice their tradition intensely. At times, male children may be forced to stay at home to take care of the animals or female children take care of the family at a young age because of the expectations of their traditions. Later on, the kids may end up going to school and because of the harsh lives they have lived, they do not fit in well with other children. As a result, they sometimes face ridicule or bullying.

Further, there are children whose parents have immigrated from the neighbouring countries including Ethiopia, Somalia and Southern Sudan due to war or because they are looking for better economic opportunities. These children mostly fail to attend school and later on when they do, are made fun of and even mistreated by both their peers and teachers. Many of them are viewed as vulnerable and gullible and thus are easily manipulated sexually.⁹⁰

88 Kenya is a land of great diversity in its people and cultures. There are about forty four (44) (2 groups have recently been recognized by government policy, being the Makonde originally from mazambique an the asian communiy, (persons of south Asia dessent, many who have been in Kenja for generations – tribes in Kenya with different languages and cultures that all merge to become the unique mix of Kenyan culture. The six biggest tribes comprise about half the Kenyan population and hence there is a higher influence to Kenyan culture from the people of these big tribes. The diverse cultures in Kenya give rise to a very interesting mix of traditional dresses and clothing. Most people have their own traditional way of dressing which makes it very special. Different people have various cultural beliefs and practices. Traditional marriage ceremonies are big events for all Kenya tribes although they are all done with their own unique flavor. All Kenya people speak the national language of Swahili and most people speak English. Therefore, all Kenyan people can communicate with each other with ease. Most people speak their own traditional languages as well. People and Culture – Ministry of East African Community and Regional Development <<https://meac.go.ke/people-and-culture/>> accessed 5 June 2023.

89 National Gender and Equality Commission, 'Unmasking Ethnic Minorities and Marginalized Communities in Kenya: Who and Where?' (2018) <<https://www.ngeckkenya.org/Downloads/Unmasking%20Ethnic%20Minorities%20and%20Marginalized%20Communities%20in%20Kenya.pdf>> accessed 5 June 2023.

90 H Lowe et al, "If she gets married when she is young, she will give birth to many kids": a qualitative study of child marriage practices amongst nomadic pastoralist communities in Kenya', *Culture, Health & Sexuality* 24(7) (2022) 886–901 <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13691058.2021.1893821>> accessed 5 September 2023.

Separately, these children sometimes undergo mistreatment in their homes in the name of culture. Culture is based on society's common beliefs and behaviours, and its concepts of how people should conduct themselves.⁹¹ Included in these concepts are ideas about what acts of omission or commission might constitute abuse and neglect. In other words, culture helps define the generally accepted principles of child-rearing and care of children. Different cultures have different rules about acceptable parenting practices. However, some of the culturally acceptable rules are not in line with the written law. This clash has always been subject to much controversy.

A population study showed that early marriages are most common within nomadic tribes, as in the case of *Council of Imams and Preachers of Kenya, Malindi & 4 others v Attorney General & 5 others*. Both female genital mutilation and child marriage have been illegal in Kenya since 2001 when the Children's Act became law. Other laws such as the Sexual Offences Act Cap 63A, the Prohibition of Female Genital Mutilation Act and the Marriage Act set the age of marriage at 18 years and protect girls from these practices.⁹² Through these laws, the government acknowledges that both practices have a harmful effect on the rights of women and girls. However, the prevalence of child marriage is at 23% and female genital mutilation is at 21% within the total number of children in Kenya. Considering that the full implementation of these laws remains weak, perpetrators of female genital mutilation and child marriage often get away with these violations.

The Sexual Offences Act provides the penalty of various sexual offences, including those against children. Any offence against a child is considered a grievous offence and the penalties are considered severe. Some of the crimes that are provided for in this act include: rape, attempted rape, sexual assault, compelled or induced indecent acts, acts which cause penetration or indecent acts committed within the view of a family member, child or person with mental disabilities, defilement, attempted defilement, gang rape, indecent act with child or adult, indecent act with adult, promotion of sexual offences with a child, child sex tourism, child prostitution, child pornography, and exploitation of prostitution.

During the 1990s, Kenya experienced several severe ethnic clashes. As a result of these conflicts, which to a large extent were related to the multi-party elections in 1992 and 1997, more than 195,700 children were internally dis-

91 EG Krug, LL Dahlberg, JA Mercy, AB Zwi, R Lozano (eds), *World report on violence and health* (WHO, Geneva 2002) <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42495/9241545615_eng.pdf> accessed 5 August 2023.

92 Prohibition of Female Genital Mutilation Act Cap 62B (National Council for Law Reporting 2011) and Marriage Act Cap 150 (National Council for Law Reporting 2014), respectively.

placed and thousands of children were orphaned, raped and maimed. There are also children who are refugees from neighboring countries. According to the first CRC report of 2000, 174,000 refugees, including about 92,000 children out of the total number, were seeking shelter in the country.⁹³ In collaboration with UNHCR, Kenya established two refugee camps: Kakuma in Rift Valley province and Daadab in North Eastern Province, which cater to displaced children from Somalia, Sudan, Ethiopia, Rwanda and Burundi. Some are unaccompanied minors; some are children of single parents; whereas others are with both of their parents. In Kenya's arid and semi-arid areas, where conflict has been persistent, only 25% of children complete their education within the stipulated period. The majority of the children in tribal conflict-stricken areas have difficulties accessing education due to poverty, child labour, outdated cultural practices such as early marriages, and female genital mutilation among others.⁹⁴ For years, Kenya has been following the so-called encampment policy with regard to refugees who were obligated to reside in the refugee camps. The camps are erected in arid areas in the north of the country and the interaction of refugees (including refugee children) with the Kenyan society is thus difficult. The new Refugee Act Cap 173 was hailed as doing away with the encampment policy, but the camps are still operating and the Refugee Act itself provides for the power of the government to order any refugee to move to and reside in a 'designated area'.⁹⁵

Refugees fleeing war or persecution are often in a very vulnerable situation. They have been deprived of the protection from their own state. Therefore, refugee children must be considered as a particularly vulnerable group. UNHCR coordinates the planning and implementation of protection and targeted assistance programmes for refugees and asylum seekers in Kenya in partnership with the Government of Kenya and other partners. The Department of Refugee Services together with the Commissioner for Refugee Affairs⁹⁶ have been entrusted with the responsibility of refugee management in Kenya⁹⁷.

93 Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined third to fifth periodic reports of Kenya (2016), United Nations' Convention on the Rights of the Child, CRC/C/KEN/CO/3–5, 17.

94 The Republic of Kenya, National Prevention and Response Plan on Violence Against Children in Kenya 2019–2023 (2020) <<https://bettercarenetwork.org/sites/default/files/2020-08/National-Prevention-Response-Plan-on-VAC-WEB-v5-July-3-2020%20%20%281%29.pdf>> accessed 7 September 2023.

95 Refugees Act Cap 173, s 31.

96 Refugees Act Cap 173.

97 The protection delivery unit (PDU) and the protection services to persons of concern (PoCs) <<https://www.unhcr.org/ke/protection>> accessed 5 September 2023.

As UNHCR's lead implementing partner for child protection, Lutheran World Federation works with refugee children, families, and communities to protect children's rights by providing children with information and decision-making opportunities, facilitating access to services that children require, and assisting adults in understanding the laws in place to protect children and why they exist.⁹⁸

VI. Conclusion

Although it is firmly established that a child's best interest should be of paramount importance, children in Kenya continue to face various challenges. This applies in particular to children from marginalized communities due to their geographic, cultural and religious origin. It is therefore important to have institutions and procedures in place that ensure that all children are able to live a healthy and protected life and their families are adequately assisted. The Kenyan legal framework offers a sound basis to balance different interests at stake with the ultimate goal of securing a child's best interest. The same is true for the design of the institutions and the allocation of responsibilities. What needs to be urgently improved are their capacities by employing a greater number of Children's Officers to work in the communities to ensure proper engagement with the families and other stakeholders (NGO's, village elders, police officers and schools) for the benefit of the children. The counties should take vigorous action to establish fully operational child rescue centers and temporary shelters, whereby the children rescued from the street should be provided with care, rather than being regarded as a security threat. A register of pre-approved and vetted foster parents should be established. Most importantly, it is crucial to continue to intensify the efforts to address the root causes of children's misery which is poverty and violence. While the fight against poverty, which is the primary goal of the United Nations Sustainable Development Goals program,⁹⁹ is highly complex and requires a profound revisiting of international economic relations, a campaign targeting violence against children would be easier to implement. A strict enforcement of the prohibition of corporal punishment in schools and even a change of tone by the government officials could be a useful step in setting a good example.

98 Save the Children, *Working to End Violence against Children: Save the Children 2016–2018 Thematic Plan* <<https://rb.gy/lmp2eq>> accessed 5 September 2023.

99 United Nations Sustainable Development Goals <<https://www.undp.org/sustainable-development-goals>> accessed 5 September 2023.

It is certainly true that the Kenyan community spirit and the safety net of the extended family continue to create a conducive environment for ensuring the children's well-being which is why the procedures for compulsorily removal of children from their families remain largely unused. However, even those members of the extended families who assume the responsibility to raise a child at risk of becoming in need of care and protection must not be left alone without adequate assistance from the state. Otherwise, such an extended family member can soon become overwhelmed herself or himself, especially when it is an aging grandparent. This is also why strengthening of institutional capacities and the institutions' abilities to pursue a multi-stakeholder approach is a key intervention.

State Protection of Children's Rights: A Close Link between Private and Public Child Services in South Africa

Zaida Essop / Christa Rautenbach

*'When children's rights are respected, protected and fulfilled,
dividends are returned in the form of global security, sustainabil-
ity, and human progress.'*¹

I.	Legal and organisational background	590
1.	Legal pluralism and child law.	590
2.	The children of South Africa and their vulnerabilities	592
3.	Development of child law: from charity-bearers to rights-bearers	594
4.	The well-being of children requires inter-sectoral cooperation	596
5.	Child law and ubuntu: can they co-exist?.	598
6.	The link between private and public child protection services	600
7.	What are the duties and legal powers of the authorities responsible for child protection?.	603
8.	The legal status of social workers and potential abuse of powers when intervening in family life	612
9.	What assistance is available to families, and how is it applied in practice?	616
10.	How does South Africa deal with issues of cross-border family welfare?	618
II.	Sociocultural background	622
1.	Case law dealing with children's rights and their protection	622
2.	The relationship between child protection agencies and families: challenges and issues	625
3.	Children and the challenges of post-border migration	626
III.	Conclusion	632

¹ United Nations Human Rights Council, *Protection of the Rights of the Child in the Implementation of the 2030 Agenda for Sustainable Development*, UN A/HRC/34/27 (Geneva 15 December 2016).

I. Legal and organisational background

1. Legal pluralism and child law

Historically, the South African legal order developed into a mixed, pluralistic one.² State law consists of two recognised legal systems. The one is of a general application made up of transplanted western laws that developed to fulfil local needs. In general, this mix is often referred to as the common law of South Africa.³ The second one is adapted indigenous laws that apply only to people living under a system of customary law.⁴ In addition, though it is not state law, aspects of religious family law, such as those of Muslim, Hindu and Jewish communities, have been recognised and protected by the judiciary and in minor instances by the legislature.⁵

These unique features of South African law are relevant when the well-being of children is discussed. Children's day-to-day lives are significantly influenced by the legal system applicable to them in a given situation. An African child living with his family in a rural area would be subject to the customary laws of the community where he lives. His family's status determines his status in the community.⁶ He would also be subject to the cultural practices of that community. One example is circumcision, a prerequisite to becoming a man in certain African cultures, even though it seems to defy international

2 For a brief historical explanation of how the law of South Africa developed into a mixed, pluralistic one, see C Rautenbach, 'Key Judgments on the Accommodation of Muslim Family Law in South Africa' in B de Villiers, J Marko, F Palermo, S Constantin (eds), *Litigating the Rights of Minorities and Indigenous Peoples in Domestic and International Courts* (Leiden 2021) 82–83.

3 Theoretically, the term common law refers only to the mix of laws adopted from former colonial powers, including Roman-Dutch law (17th century, from the former province of Holland) and English law. These normative rules remain relevant where they have not been adapted by legislation or case law. For example, the common law *nasciturus* fiction is still relevant. It protects the interest of the unborn in matters of status and succession, and comes into operation when its application will be to the advantage of the unborn by accruing the benefits after conception if he or she was legally born.

4 Customary law refers to the constitutionally recognised indigenous laws of South Africa. The norms are included in statutes and living custom. One example is the rules applicable to customary law adoptions. Despite not being regulated in the Children's Act No 38 of 2005, they have been recognised as valid in several cases. For a more detailed discussion, see C Rautenbach (ed), *The Introduction to Legal Pluralism in South Africa* (Durban 2021) 114–118.

5 For a discussion of some of the case examples, see Rautenbach, 'Key Judgments...', 82–116.

6 RLK Ozah, ZM Hansungule, 'Upholding the Best Interest of the Child in South African Customary Law' in T Boezaart (ed), *Child Law in South Africa* (Claremont 2017) 283–284.

and constitutional guarantees of children's rights.⁷ However, the same child would typically attend a government school where he would be subject to a different legal system based on western legal norms. Although cultural practices such as circumcision have tainted the image of customary law, it has also been praised for its communal values such as *ubuntu*.⁸ Based on this concept, 'each child is everyone's child', a child is cared for by the extended family and the community.⁹

One should thus always keep South Africa's mixed, pluralistic features in mind when studying the law applicable to children. In addition, children's rights are protected by a mosaic of laws comprising of the Constitution,¹⁰ legislation,¹¹ common law,¹² customary law,¹³ case law,¹⁴ interna-

7 S 12(1) the Children's Act No 38 of 2005 gives a right to children 'not to be subjected to social, cultural and religious practices which are detrimental' to their well-being. However, s 12(8) allows male circumcision with the permission of the child from the age of 17 years. Since 1 September 2021, the Customary Initiation Act No 2 of 2021 regulates circumcision of males between the ages of 16 and 18 during initiation practices. The provisions are like those in the Children's Act.

8 Discussion at s 5 below.

9 Ozah, Hansungule, 'Upholding the Best Interest...', 284.

10 Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (the Constitution). The Constitution commenced on 4 February 1997. It is supreme law (s 2), it applies to all law, everyone (the state and others) is bound by it (s 8), and its values must be considered when legislation and the common or customary law is developed (s 39). S 28 of the Constitution confers several rights on children resulting in a rights-based approach to children in general. See discussion at ss 3 and 4 below.

11 Legislation refers to all the statutes made by the legislature. Two primary statutes deal with children specifically, namely the Children's Act No 38 of 2005 and the Child Justice Act (CJA) No 75 of 2008 but several other statutes regulate different aspects of children. One example is the Wills Act No 7 of 1953, that refers to the status of adopted children, children born outside wedlock or children conceived before the death of a testator (s 2D). Another example is the Mediation in Certain Divorce Matters Act No 24 of 1987, that established an office of the Family Advocate to assist the court with the interests of children in divorce cases. A comprehensive list of the responsible state departments and legislation is provided in P Martin, *Government-Funded Programmes and Services for Vulnerable Children in South Africa* (Cape Town 2010).

12 A mix of the rules of the old Roman-Dutch law and English law.

13 Customary law includes the laws of the various traditional communities in South Africa. Because it is living law, the rules differ from community to community and it is not always easy to determine their content. In general, see C Rautenbach, 'Oral Law in Litigation in South Africa: An Evidential Nightmare?', *Potchefstroom Electronic Law Journal* (PER) 20 (2017) 1–26 <<https://doi.org/10.17159/1727-3781/2017/v20i0a3268>> accessed 29 July 2023.

14 Based on the English doctrine of precedent (*stare decisis*), a South African court is bound to its own decisions or the decisions of a higher court. See *Camps Bay Ratepayers and Residents Association v Harrison* 2011 (4) SA 42 (CC) para 27, where the Constitutional Court explains the continued importance of this doctrine in South African law. The doctrine has been instrumental in judicial law-making in South Africa. In general, see C Rautenbach, 'The Influence of Foreign Judgments on the Development of Post-Apartheid Constitutional Law in South Africa: Judicial Law-Making in Action?', *Journal of International and Comparative Law* (JICL) 7 (2020) 100–108.

tional, continental and regional law,¹⁵ domestic policies,¹⁶ and non-state religious laws.¹⁷ Consequently, an abundance of normative rules from various legal systems involving children makes it a highly specialised field where norms often overlap or clash.¹⁸

2. The children of South Africa and their vulnerabilities

Analogous to the CRC, a 'child' in South Africa is someone younger than 18 years.¹⁹ On estimation, one-third of the population falls into this group, making South Africa one of the world's youngest democracies.²⁰

-
- 15 South Africa adopted several international, continental and regional trendsetting documents relevant to child law. Based on the dualist approach to the incorporation of international law, which in essence requires the formal transformation of international law into domestic law, South Africa has embarked on a quest to incorporate international standards in child law. In addition, in line with the constitutional imperatives that underscore the interpretative role of international law (ss 39(1) and 233 the Constitution), the door has been opened for the courts to interpret domestic child laws in accordance with international law. For a detailed discussion of the role of international law, see LI Schäfer, *Child Law in South Africa: Domestic and International Perspectives* (Durban 2011) 71–111.
 - 16 There is no shortage of government-issued policies and guidelines when it comes to the well-being of children. South Africa has a national policy for the care and protection of children. See 'National Child Care and Protection Policy: Working Together to Advance the Rights of All Children to Care and Protection', 2019, GN 472 in Government Gazette 44636 of 28 May 2021 (the National Policy). Several other government policies have been issued over time, such as the 'Strategy and Guidelines for Children Living and Working in the Streets' (Pretoria, DSD 2010); and the 'National Action Plan for Orphans and Other Children Made Vulnerable by HIV and AIDS in South Africa:2009–2012' (Pretoria, DSD 2009). Also see the other policy frameworks listed in Martin, *Government-Funded Programmes...*, 5.
 - 17 Non-state norms derived from religious laws, such as Muslim and Hindu marriages, are often considered by South African courts to provide relief to women and children even though these types of marriages are not legally recognised. The definition of marriage in the Children's Act No 38 of 2005 allows for such an approach. S 1 of the Act defines a 'marriage' to include a marriage 'concluded in accordance with a system of religious law'.
 - 18 A detailed discussion of the law applicable to child protection systems in the confines of a chapter such as this would be impossible. Still, we will give a bird's-eye view of the relevant child protection systems in South Africa, especially where relevant for this study.
 - 19 Art 1 CRC, UNTS 1577 3 (1989). A similar provision is contained in the South African Constitution, s 28(3). South Africa ratified the CRC on 16 July 1995.
 - 20 South Africa's population is estimated at 60.14 million, and children make up more than 20 million of this number. Statistics South Africa, *Mid-year Population Estimates 2021* (Statistical Release P0302) (Pretoria 2021) 17; R Maluleke, *Marginalised Groups Indicator Report 2019* (Report No 03–19-05) (Pretoria 2019) 5–6. The vulnerability of children as a group has been recognised by the South African courts on numerous occasions. For example, see *Monyai v S* [2019] JOL 43543 (GP), para 21; *Freedom of Religion South Africa v Minister of Justice and Constitutional Development* 2019 (11) BCLR 1321 (CC), para 16; *Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* 2013 (12) BCLR 1429 (CC), para 51.

Due to their inherent characteristics,²¹ children are one of society's most vulnerable groups,²² and in South Africa, some children are more vulnerable than others due to their socio-economic circumstances. The *Policy Framework on Orphans and other Children Made Vulnerable by HIV and AIDS in South Africa*²³ defines vulnerable children as 'children whose survival, care, protection or development may be compromised due to a particular condition, situation or circumstance that prevents fulfilment of [...] rights'. Many children in South Africa fall into this category. Countless are orphaned, significantly affecting their living conditions.²⁴ For example, more than 40% of children live with their mothers only, 4% with their fathers, and about one-fifth (21%) without any parents.²⁵ A child-headed household where a child cares for and assumes responsibility for younger siblings and other ailing family members is common in South Africa.²⁶ Two-thirds of children live in

21 Such as their physical, emotional and developmental needs, dependence on adult care and guidance, and lack of legal capacity.

22 The vulnerability of children is well-known, but it is not easily definable. For example, see the theoretical discussion of J Grobbelaar, C Jones, 'Introduction' in J Grobbelaar, C Jones (eds), *Childhood Vulnerabilities in South Africa: Some Ethical Perspectives* (Stellenbosch 2020) 4–20. However, suppose one follows a functional approach to the meaning of child vulnerability. In that case, it is '... the outcome of the interaction of a range of individual and environmental factors that compound dynamically over time. Types and degrees of child vulnerability vary as these factors change and evolve' – OECD, *Changing the Odds for Vulnerable Children: Building Opportunities and Resilience* (Paris, OECD Publishing 2019) <<https://doi.org/10.1787/a2e8796c-en>> accessed 29 July 2023. In addition to the common risk factors (eg physical and mental immaturity, special needs and care), children in South Africa faced additional vulnerabilities, such as the legacy of the divisive social and economic policies of segregation that separated families and exacerbated poverty. Despite extensive legislative and other measures to improve the position of children, some of the vulnerabilities persist, and it will take much longer for them to be completely eradicated.

23 *Policy Framework on Orphans and Other Children Made Vulnerable by HIV and AIDS South Africa: Building a Caring Society Together* (Pretoria, Department of Social Services 2005) 5.

24 It is estimated that 3% of children are maternal orphans, almost 9% are paternal orphans and 2.3% have lost both their parents. See Maluleke, *Marginalised Groups...*, 7; Statistics South Africa, *General Household Survey 2020* (Statistical Release PO318) (Pretoria 2020) 10.

25 Maluleke, *Marginalised Groups...*, 8.

26 A child-headed household is a household where a child over the age of 16 years has assumed the role of caregiver in respect of the children of the household because there is no adult to assume this role and it will be in the best interest of the children. See s 1 read with s 137 the Children's Act No 38 of 2005. On estimation, there were 36,000 child-headed households in 2019, see Maluleke, *Marginalised Groups...*, 10. For a general discussion, see A Le Roux-Kemp, 'Child-headed Households in South Africa: The Legal and Ethical Implications when Children are Primary Caregivers in a Therapeutic Relationship' in P Bray, DK Mack (eds), *People Being Patients: International, Interdisciplinary Perspectives* (Oxford 2013) 119–131; U Ngconjana, AS Kwizera, I Umejesi, 'Livelihoods in Child Headed Households and State Intervention: A Case Study of the Orphans and Vulnerable Children (OVC) in East London, South Africa', *Gender and Behaviour* 15 (2017) 8160–8180; M Couzens, FN Zaal, 'Legal Recognition for Child-head-

households below the poverty line, and many do not have access to quality education, health and social services.²⁷ The combined effect of poverty and HIV/AIDS on low-income families and their children is well-documented.²⁸ The situation has worsened during the Covid-19 pandemic, requiring adapted responses from all stakeholders.²⁹ It will take a while before we know the full extent of the pandemic on children's livelihoods.

It is no secret that children in South Africa are significantly more likely to be affected by poverty. For example, almost 65% live in low-income households.³⁰ However, the focus is no longer on providing charity to eradicate poverty but, as described in the National Policy, to express children's rights by eliminating the 'intergenerational cycle of poverty' resulting from South Africa's earlier segregation laws.³¹

3. Development of child law: from charity-bearers to rights-bearers

Traditionally children were perceived through the lens of parental authority, and the state became involved only in welfare cases.³² The inclusion in the South African Constitution of a special section on the rights of a child³³ and international guidelines were two crucial stimuli for the evolution of children from charity-bearers to rights-bearers.³⁴ Modern child law sees them as autonomous holders of rights.³⁵ Therefore, the primary concern of child

ded Households: An Evaluation of the Emerging South African Framework', *International Journal of Children's Rights* 17 (2009) 299–320.

27 Martin, *Government-Funded Programmes*, 1.

28 For example, see J Gow, C Desmond, 'The Impact of the AIDS Epidemic on South Africa's Children' in GA Cornea (ed), *AIDS, Public Policy and Child Well-being* (Florence, UNICEF Innocenti Research Centre 2007) 91–116.

29 Early indications are that Covid-19 has a profound effect on the nature of child care arrangements and poverty. See StatsSA, *General Household Survey 2020*, 1–2. Also see D Hartford, T Fricker, 'How COVID is Changing the Face of Childhood in South Africa' (UNICEF Report, November 2020) <<https://www.unicef.org/southafrica/reports/how-covid-19-changing-childhood-south-africa>> accessed 29 July 2023.

30 UNICEF South Africa, South African Human Rights Commission, 'South Africa's Children: A Review of Equity and Child Rights' (SAHRC/UNICEF Report, June 2011) <<https://www.unicef.org/southafrica/reports/south-africas-children>> accessed 29 July 2023.

31 National Policy, para 1.1.

32 BD Mezmur, 'The United Nations Convention on the Rights of the Child' in T Boezaart (ed), *Child Law in South Africa* (Claremont 2017) 403–425.

33 S 28.

34 T Boezaart, 'Child Law, the Child and South African Private Law' in T Boezaart (ed), *Child Law in South Africa* (Claremont 2017) 3–38.

35 Mezmur, 'The United Nations Convention...', 403; Schäfer, *Child Law...*, 6.

law is identifying and defining the legal responsibilities of private and public actors towards children.³⁶ In *V v V*³⁷ the High Court confirmed:

'There is no doubt that over the last number of years the emphasis in thinking in regard to questions of relationships between parents and their children has shifted from a concept of parental power of the parents to one of parental responsibility and children's rights. Children's rights are no longer confined to the common law, but also find expression in s 28 of the Constitution of the Republic of South Africa Act 108 of 1996, not to mention a wide range of international conventions.'

From 1997 to 2002 the South African Law Reform Commission³⁸ embarked on several projects dealing with children.³⁹ As a result, the government adopted the Children's Act in 2005⁴⁰ which introduced significant statutory reform and averred that it intended to 'give effect' to children's constitutional rights and several international trendsetting documents.⁴¹ The Act is a lengthy document of 22 chs, 315 ss, and four schedules. Several regulations and the National Policy complement it, but it does not encompass every aspect of a child's needs.⁴² Other South African Law Reform Commission projects have also dealt with children's issues. For example, in 2000 it published a Report on Juvenile Justice⁴³ and in 2002 one on Sexual Offences,⁴⁴ followed by a Report on Trafficking in Persons in 2008.⁴⁵ The government

36 Schäfer, *Child Law*..., 3.

37 1998 (4) SA 169 (C), 176C-D. The numbering of the Constitution – '108' – has since been removed by the Citation of Constitutional Laws Act No 5 of 2005, because the Constitution was not passed by parliament but adopted by the Constitutional Assembly on 16 December 1996.

38 Previously the South African Law Commission. The name of the Commission changed to the South African Law Reform Commission in 2003.

39 The investigation titled 'Project 110: Review of the Child Care Act' led to several publications, namely: South African Law Commission, 'Project 110: Issue Paper 13 on the Review of the Child Care Act' (Pretoria 1998); South African Law Commission, 'Project 110: Discussion Paper 103 on the Review of the Child Care Act' (Pretoria 2002); South African Law Commission, 'Project 110: Report on the Review of the Child Care Act' (Pretoria 2002).

40 No 38 of 2005. It commenced partly on 1 April 2005 with the other provisions commencing on 1 July 2007 and the final ones on 1 April 2010.

41 The short title and preamble to the Act.

42 As already explained, several other statutes, policies, including common and customary laws deal with different aspects of children, especially family law.

43 South African Law Commission, 'Project 106: Report on Juvenile Justice' (Pretoria 2000).

44 South African Law Commission, 'Project 107: Report on Sexual Offences' (Pretoria 2002).

45 South African Law Reform Commission, 'Project 131: Report on Trafficking in Persons' (Pretoria 2008).

responded by enacting the Child Justice Act (CJA)⁴⁶ and the Criminal Law Amendment Act.⁴⁷ The Domestic Violence Act⁴⁸ and the Maintenance Act⁴⁹ are two more pieces of legislation that safeguard children in South Africa.

In 2019 the National Policy connected children's rights with the United Nations's 2030 Agenda for Sustainable Development to eradicate poverty. Although the National Policy acknowledges the need to reduce poverty, it also confirms the government's commitment to following a 'rights-based developmental approach' to child care and protection.⁵⁰ In addition, the National Policy verifies that this approach requires a response from 'all responsible duty-bearers and role-players',⁵¹ which entails 'inter-sectoral' cooperation between various state departments, private institutions and the community.⁵² As a result, the collaboration between several public and private stakeholders has become one of the prominent features of child protection in South Africa.

4. The well-being of children requires inter-sectoral cooperation

Children's position in common law used to be described in relation to their parents' authority or power over them. However, in customary law they are described with regard to the community. It is striking that neither the Constitution nor the Children's Act refers to 'parental authority' or 'parental power'. Instead, the Children's Act refers to 'parental responsibilities and rights' although the Act does not say what those rights entail.⁵³ In contrast, the Constitution does not provide parental rights but only children's rights. South Africa's child-centred framework allows acknowledgement of the child as a rights-bearer and takes cognisance that their rights can be invoked against the state, their parents, and other caregivers.⁵⁴

It is trite that a sophisticated legal framework does not necessarily translate into the adequate protection of children's rights. It takes the commitment of various stakeholders to ensure the well-being of children. Although their welfare requires collaboration between multiple role-players, the importance of assisting families to remain together and avoiding institutional

46 No 75 of 2008.

47 No 32 of 2007.

48 No 116 of 1998.

49 No 99 of 1998.

50 National Policy, paras 1.1, 1.12A.

51 National Policy, paras 1.4, 1.11.

52 Schäfer, *Child Law...*, 94.

53 The responsibilities and rights are spelled out in ss 18–22 Children's Act.

54 Schäfer, *Child Law...*, 5.

care are two central themes in contemporary South African child law.⁵⁵ For example, although parents and the state alike have a constitutional duty to care for children, the parents are primarily responsible for providing the care. If they cannot, the state must intervene.⁵⁶ In *Government of the Republic of South Africa v Grootboom* (*Grootboom*),⁵⁷ the Constitutional Court explained that a child's right to care involves two steps as captured in the Constitution:⁵⁸

'Every child has the right –
 (b) to family care or parental care, or to appropriate alternative care when removed from the family environment;
 (c) to basic nutrition, shelter, basic health care services and social services.'

Firstly, the obligation to care for children rests on their parents. Such care could be achieved by using 'legislation and common law obligation upon parents to care for their children' and to enforce the 'observance of these obligations by the use of civil and criminal law as well as social welfare programmes'.⁵⁹

However, the responsibility of parents and families to care for children is interwoven with other constitutional rights such as access to land,⁶⁰ access to adequate housing,⁶¹ access to health care, food, water and social security.⁶² Therefore, the state is responsible for providing this access to parents and families subject to available resources because it will enable society to fulfil its obligations towards children.⁶³ The Court's reference to available 'resources' cannot go unnoticed. In South Africa the limitation of resources is a harsh reality that restrains low-income families and the government's efforts to ensure access to property, housing and other basics or adequate child care and protection.⁶⁴ The problem is also relevant when the second step – government intervention – is necessary, because children do not re-

⁵⁵ Schäfer, *Child Law...*, 4.

⁵⁶ Ss 28(1)(b) and 28(1)(c) Constitution.

⁵⁷ 2001 (1) SA 46 (CC), para 75.

⁵⁸ S 28(1)(b) and (c).

⁵⁹ *Grootboom*, para 75.

⁶⁰ S 25 Constitution.

⁶¹ S 26 Constitution.

⁶² S 27 Constitution.

⁶³ *Grootboom*, para 78.

⁶⁴ S Strydom, U Schiller, J Orme, 'The Current Landscape of Child Protection Services in South Africa: A Systematic Review', *Social Work* 56 (2020) 384.

ceive proper parental or family care⁶⁵ This step involves state-induced child-care services and requires inter-sectoral cooperation on various levels and spheres, both public and private.⁶⁶

Another widely-known principle interwoven with the rights discourse is the child's best interest. The principle has been part of South African common law since 1948⁶⁷ but has now been firmly entrenched in the Bill of Rights.⁶⁸ In addition, the Constitutional Court confirmed that the child's best interest creates a right that extends beyond those children's rights explicitly mentioned in the Constitution.⁶⁹ In other words, the child's best interest is paramount in each case involving children and confirm their rights.

The child's best interest is personal, vesting in a child's own right. As such, it seems to be contrary to the customary law value of *ubuntu* which is a communitarian value that focuses on the question 'What is best for the community?' instead of 'What is best for the child?' On the face of it, *ubuntu* seems to focus on the community's best interests instead of the individual child's well-being.

5. Child law and ubuntu: can they co-exist?

The Constitutional Court introduced 'African law and legal thinking' in its incorporation of *ubuntu* into South African jurisprudence as part of the Constitution's wellspring of democratic ideals at the dawn of South Africa's new age of constitutionalism.⁷⁰ The second judgment the Court handed down, *S v Makwanyane*,⁷¹ began incorporating *ubuntu* into South African law. It explained that *ubuntu*,

'[...] envelops the key values of group solidarity, compassion, respect, human dignity, conformity to basic norms, and collective unity, and in its fundamental sense it denotes humanity and morality.'

65 *Grootboom*, paras 75–78.

66 Also see the discussion at s 6 below.

67 It was developed in *Fletcher v Fletcher* 1948 (1) SA 130 (A).

68 S 28(2) the Constitution.

69 *Minister of Welfare and Population Development v Fitzpatrick* 2000 (3) SA 422 (CC), para 17.

70 I Kevy, 'Ubuntu Versus the Core Values of the South African Constitution', *Journal for Juridical Science* 34 (2009) 19–58. Also see Rautenbach (ed), *The Introduction to Legal Pluralism*, 28–30.

71 1995 (6) BCLR 665 (CC) para 308.

Therefore, *ubuntu* promotes the self-worth and dignity of people.⁷² This principle is specifically present when one looks at how children are being cared for by members of the communities in South Africa. The transformation of the child and youth care system in South Africa started with the idea that 'it takes a whole village to raise a child'.⁷³ This idea forms the basis of *ubuntu*, a spirit of humanity that comprises individuals caring for one another's well-being while maintaining a sense of mutual support.

It has been said that African children were always nurtured in the spirit of *ubuntu* in pre-colonial and traditional African communities and few, if any, were destitute or abandoned.⁷⁴ *Ubuntu* is a call to action that encourages people to help others; it provides tangible assistance to humanity.⁷⁵ One becomes connected, attached, and bound to others by constructive behaviour.⁷⁶ The most acceptable approach to demonstrating one's contribution to society is to take practical social action to alleviate human suffering.⁷⁷ *Ubuntu* is a crucial principle in the form of additional support, in which those who are stronger assist others who are weaker.⁷⁸ It appears that the African family can be seen as a model for a more extensive kinship system because of the notion of *ubuntu*.⁷⁹

The concept of *ubuntu* also plays a significant role in how child protection matters are dealt with in a regulatory context in South Africa. Although *ubuntu* is not explicitly mentioned in the Children's Act, some of the values it represents, such as the importance of community, are included.⁸⁰ On the

72 A van der Merwe, 'A New Role for Crime Victims? An Evaluation of Restorative Justice Procedure in the CJA 2008', *De Jure Law Journal* 46 (2013) 1022–1038.

73 South African Law Commission, 'Project 110: Issue Paper 13...', 18.

74 South African Law Commission, 'Project 110: Issue Paper 13...', 18.

75 TI Nzimakwe, 'Practising *Ubuntu* and Leadership for Good Governance: The South African and Continental Dialogue', *African Journal of Public Affairs* (AJPA) 7 (2014) 30–41.

76 Nzimakwe, 'Practising *Ubuntu*...', 30–41.

77 Nzimakwe, 'Practising *Ubuntu*...', 32.

78 Nzimakwe, 'Practising *Ubuntu*...', 32. Some scholars have argued that the CJA's broad direction makes it a serious attempt to fulfil South Africa's constitutional and international law commitments, see J Sloth-Nielsen, J Gallinetti, "'Just Say Sorry?' *uBuntu*, Africanisation and the Child Justice System in the CJA 75 of 2008', *Potchefstroom Electronic Law Journal* 14 (2011) 65–90 <<https://doi.org/10.17159/1727-3781/2011/v14i4a2584>> accessed 29 July 2022.

79 Nzimakwe, 'Practising *Ubuntu*...', 33.

80 For example, the preamble states: '[The] protection of children's rights leads to a corresponding improvement in the lives of other sections of the community because it is neither desirable nor possible to protect children's rights in isolation from their families and communities [...] AND WHEREAS it is necessary to effect changes to existing laws relating to children in order to afford them the necessary protection and assistance so that they can fully assume their responsibilities within the community as well as that the child, for the full and harmonious development of his or her personality, should grow up in a family environment and in an atmosphere of happiness, love and understanding.'

other hand, the CJA⁸¹ implicitly incorporates it as one of the Children Act's objectives.⁸²

Some authors have argued that the promotion of *ubuntu* is merely a project conceived by the new black elite to restore the dignity of the African people. It has become commercialised, no longer representing authentic African values.⁸³ However, other authors have remarked that the inability to pin down *ubuntu* does not hinder its development as a legal concept because understanding its nature reflects and adapts to the demands of a diverse legal landscape. The value of *ubuntu* lies in the fact that it is an open-ended concept available for further development as the circumstances demand.⁸⁴ The essence of *ubuntu* is captured in the belief that the individual and community's welfare is inextricably linked – the one cannot exist without the other.⁸⁵ Given the importance of *ubuntu* in South African law, the link between public and private child protection services is unsurprising; the well-being of children is the concern of the state and society.

6. The link between private and public child protection services

The child protection system has changed significantly post-apartheid. Child protection legislation and policy focus on a welfare strategy that addresses poverty and attempts to correct the injustices perpetrated by the punitive welfare system that existed during the apartheid years, impacting most of the country's children.⁸⁶

The burden of providing care for children falls primarily on the parent until it is displaced by state intervention. Ultimately, as the 'upper guardian' of

81 No 75 of 2008.

82 The *dedication to ubuntu* is stated in s 2(b): 'To promote the spirit of *ubuntu* in the child justice system through – i) Fostering a child's sense of dignity and worth; ii) Reinforcing children's respect for human rights and the fundamental freedoms of others by holding children accountable for their actions and safeguarding the interest of victims and the community; iii) Supporting reconciliation by means of a restorative justice response; and iv) Involving parents, families, victims and, where appropriate, other members of the community affected by the crime in procedures in terms of this Act in order to encourage the reintegration of children.'

83 B Matolino, W Kwindigwi, 'The End of *uBuntu*', *South African Journal of Philosophy* 32 (2013) 198–204.

84 In general, see C Rautenbach, 'Legal Reform of Traditional Courts in South Africa: Exploring the Links between *uBuntu*, Restorative Justice and Therapeutic Jurisprudence', *Journal of International and Comparative Law* 2 (2015) 201–294, specifically at 291.

85 GJ van Niekerk, 'Succession, Living Indigenous Law and *uBuntu* in the Constitutional Court', *Obiter* 26 (2005) 474.

86 Strydom, Schiller, Orme, 'The Current Landscape...', 384.

children, the High Court may terminate, extend, suspend, or restrict parental responsibilities in a child's best interest.⁸⁷

The Children's Act lays the foundation for enhancing child protection services in South Africa.⁸⁸ At a national level the Minister of Social Development is responsible for developing a comprehensive inter-sectoral strategy to ensure an adequately resourced, coordinated and managed national child protection system after consultation with stakeholders.⁸⁹ Child protection services encompass Children's Court proceedings and court orders and prevention, early intervention, and reunification programmes.⁹⁰

In addition to regulating the care of children, the Children's Act provides the establishment of child- and youth-care centres responsible for the reception, development, and safe care of children.⁹¹ Organs of state can establish these centres, and provision is also made for privately operated ones. The nine provincial offices of the Department of Social Development (DSD) are in charge of implementation and service delivery, in collaboration with NPOs or NGOs that are registered and subsidised to provide child protection services.⁹² These NPOs or NGOs work jointly with the government to ensure and deliver statutory service across the country.⁹³ One example of a private initiative is the Abraham Kriel Children's Home in the authors' hometown, Potchefstroom. It is a registered NPO where children are placed through a court order for several reasons such as child abuse, alcohol abuse, drug abuse, lack of parental skills, family violence and other factors that might endanger the lives of children.⁹⁴ The monthly subsidy paid by the state covers only about 50% of the Home's expenditures, and it relies on external funding for the rest.

However, it seems that the paradigm shift from a charitable approach to a developmental approach has not been realised. There is little evidence that the conceptual thinking of an inter-sectoral strategy on paper has successfully been translated into practice.⁹⁵ Theoretically, meaningful inter-

87 S 28 Children's Act.

88 Ch 7 Children's Act.

89 S 104 Children's Act.

90 S 105 Children's Act.

91 Ch 13 Children's Act.

92 J van Niekerk, C Matthias, 'Government and Non-profit Organisations: Dysfunctional Structures and Relationships Affecting Child Protection Services', *Social Work* 55 (2019) 239.

93 Strydom, Schiller, Orme, 'The Current Landscape...', 384.

94 The official website of the Children's Home is <<https://www.akknyl.co.za/>> accessed 29 July 2023.

95 J Schmid, *Trends in South African Child Welfare from 2001–2010: Research Report* (University of Johannesburg Centre for Social Development 2012) 20.

sectoral collaboration should translate into effective prevention. However, the relationships between various levels of government and NGOs did not always guarantee the well-being of children because it often meant the substitution of services instead of collaboration to deliver services, which deprived children of a collaborative effort to help them. As pointed out in a study⁹⁶

‘[...] certain agencies developed services to respond to service gaps by particular institutions. Such initiatives ought to be deepened towards mutual reciprocity and joint service delivery, rather than replicating systems by compensating for their inadequacies. It is imperative that child welfare agencies strengthen other organisations. They should use their expertise to complement other partners’ efforts rather than substituting for these [...]’

The practice of other welfare agencies ‘standing in’ for state institutions is also due to limited state resources. This limitation remains a significant constraint on the effective delivery of child protection services.⁹⁷ However, studies have shown that NGOs are also under-resourced and overwhelmed with the high incidence of child abuse and neglect.⁹⁸ Several contradictions and tensions exist. Practitioners are struggling to find a balance between community and casework. They can often not distinguish between therapeutic and administrative casework tasks, complicating the process. In addition, some agencies have been abusing the notion of ‘community involvement’ by recruiting community members to monitor abuse instead of letting them participate in programmes aimed at child protection. Practitioners sometimes neglect the general aim of strengthening families because some favour early intervention and prevention, focussing mainly on the individual child.⁹⁹ According to Schmid, ‘inter-sectoral collaboration’ does not mean replacing state services. Therefore, agencies should focus on ‘joint service delivery’ instead of ‘replacing systems by compensating’ for the state’s inability to protect children adequately.¹⁰⁰

96 Schmid, *Trends...*, 21.

97 Schmid, *Trends...*, 20–21.

98 Strydom, Schiller, Orme, ‘The Current Landscape...’, 384–385.

99 Schmid, *Trends...*, 20–21.

100 Schmid, *Trends...*, 21.

7. What are the duties and legal powers of the authorities responsible for child protection?

The duties and legal powers of authorities responsible for child protection in South Africa are mirrored in the guidelines provided in the UNCRC.¹⁰¹ Accordingly, the Children's Act – the principal statutory authority regulating child law in South Africa – supports family preservation. It gives effect to children's constitutional rights, such as the right to family care, parental care, or adequate alternative care when children are removed from their families. In addition, the Children's Act aims to establish guidelines for the care and protection of children in South Africa.¹⁰² It is designed to regulate the security and well-being of children comprehensively.¹⁰³

Parents are primarily responsible for the well-being and protection of their children.¹⁰⁴ In cases where a parent cannot fulfil this responsibility, the children will be declared in need of care and safety, setting the statutory wheels of child services into motion.¹⁰⁵ Unfortunately, childhood violence and neglect are significant concerns usually disregarded since the harsh realities for vulnerable children have become too typical in South Africa.¹⁰⁶

South African child protection legislation and policy focus on a welfare strategy that addresses poverty and attempts to correct the inequalities produced by the apartheid regime that impacted the majority of South Africans.¹⁰⁷ The state's provision of aid to families is vital to long-term progress.¹⁰⁸ On paper, South Africa is committed to realising children's rights, protecting them from harm, and aiding them to develop to their full potential.¹⁰⁹ The government is also committed to achieving the Sustainable Development Goals (SDGs). However, it recognises that development can be accomplished and sustained if focused on children themselves and based on their rights.¹¹⁰

101 J Sloth-Nielsen, 'Ratification of the United Nations Convention on the Rights of the child: Some Implications for South African Law', *South African Journal on Human Rights* 11 (1995) 401–420.

102 P Mahery, 'Special Child Protective Measures in the Children's Act and Beyond' in T Boezaart (ed), *Child Law in South Africa* (Claremont 2017) 226–227.

103 Mahery, 'Special Child Protective Measures...', 226.

104 Schäfer, *Child Law...*, 213.

105 The Children's Act, ch 7 provides for the strategies and relevant state and private organisations responsible to deliver child services to children in need of protection.

106 Strydom, Schiller, Orme, 'The Current Landscape...', 383.

107 Strydom, Schiller, Orme, 'The Current Landscape...', 384.

108 P Martin, K Hall, L Lake, 'Supporting Families in South Africa: A Policy Map' in K Hall, L Richter, Z Mokomane, L Lake (eds), *South African Child Gauge 2018* (University of Cape Town Children's Institute 2018) 113–128.

109 National Policy, 1–131.

110 National Policy, 9.

In this light, a National Development Plan (NDP) was adopted by the DSD, the lead department for the child protection system in South Africa. The NDP recognises that numerous role-players share responsibility for realising the vision. As a result, it provides a cohesive framework for the country's child care and protection obligations to be translated effectively and systematically to realise the goal.

The NDP recognises that parents, families, and carers are the primary responsibility bearers for their children's care, development, and safety. The majority of parents, caregivers, and families have the willingness and capacity to do so.¹¹¹ The NDP aims to eradicate poverty and eliminate historical injustices by 2030.¹¹² The primary objective of the national child care and protection system is to provide a combination of material, child-rearing, and supportive services and assistance to support all children's development.¹¹³ When the preventative safety net of services fails, the system must ensure that early, responsive, protective services are provided to minimise harm, safeguard children from additional damage, and re-establish the supportive caregiving environment.¹¹⁴

Early intervention services include aiding impacted families with parenting skills development programs, providing psychological, therapeutic, and rehabilitation programs for both the child and the parents, and assisting families in obtaining basic necessities¹¹⁵ As a last resort, protective measures such as removal of a child and placing the child in alternative care or a place of safety are offered.¹¹⁶ At the same time, a lack of resources and a delay in service delivery limit the state's ability to assist families with these preventative interventions. DSD's child care and protection programs are underfunded. The finance and delivery paradigm for prevention and protective programs makes delivery difficult.¹¹⁷ NPOs and NGOs offer 60% of child protection services, yet they get less than half (49%) of the provincial social welfare program budget.¹¹⁸ In addition, the provision of additional support to selected groups of vulnerable children and their families is required under the need to provide a continuum of services.¹¹⁹ The outlook of the NDP is quite progressive. It provides for diverse situations such as single-headed families,

111 National Policy, 9.

112 National Policy, 19.

113 National Policy, 27.

114 National Policy, 27.

115 S 144 Children's Act.

116 National Policy, 30.

117 National Policy, 49.

118 National Policy, 49.

119 National Policy, 28.

various cohabitation arrangements, multigenerational families, and families with heterosexual or same-sex parents.¹²⁰ Health care, early childhood development, water, sanitation, housing services, and education and employment support are among the NDP's specific family support programmes.¹²¹

South Africa's developmental and democratic approach to social welfare is outlined in the White Paper on Social Welfare 1997.¹²² The White Paper lays out a robust system of services to ensure that every person in South Africa has access to social and economic protection and provides development-oriented welfare programmes.¹²³ It places a strong emphasis on the family, which it views as a fundamental social unit.¹²⁴ The family is also seen as an essential development priority in South Africa's White Paper on Families 2013.¹²⁵

The DSD is in charge of the care and protection of children. It is responsible for identifying, assessing, screening, and referring vulnerable children to appropriate social service practitioners or investigating vulnerable children by social workers.¹²⁶ Despite having social workers in its employ, the DSD also provides funding to NGOs and NPOs to assist with the rendering of social services. Although the NGO sector is supposed only to help, it has developed into an industry that delivers most social services. However, the collaboration between the government and civil society remains crucial.¹²⁷ Again, this is proof of the close link between the private sector and government to ensure that child protection services are rendered effectively in South Africa.

The laws and rules on children establish a cooperative implementation paradigm, requiring multiple agencies to collaborate and cross-refer cases to protect children.¹²⁸ The Children's Act states that anyone who believes a child requires care and protection or is being abused may make a report to the police under the Children's Act.¹²⁹ An individual, NGO, NPO, or crisis line, such as Childline South Africa, can also make a report. The police must investigate the complaint and safeguard the child's safety or remove the child from the dangerous conditions. The police must report the matter within

120 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 114.

121 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 114.

122 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 125.

123 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 125.

124 DSD, 'Comprehensive Report on the Review of the White Paper for Social Welfare, 1997' (Pretoria 2016), 29.

125 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 114.

126 National Policy, 64.

127 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 125.

128 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 125.

129 S 110 (2) Children's Act.

24 hours to the provincial DSD or a designated child protection organisation.¹³⁰ The child's safety must be ensured, and the police report must be evaluated by the provincial department or designated child protection organisation to whom the incident was reported. An inquiry into the allegation and its truthfulness must be conducted, and if the investigation validates the report, proceedings must be instituted in the Children's Court.¹³¹

The provincial department where a matter was reported must monitor the progress¹³² and take measures to assist the child and or the family in cases where it is found that it would not be in the child's best interest to be removed from the family environment.¹³³ Should it be found, based on the report compiled by the social worker, that intervention services are required, the Children's Court can refer the matter to the correct and suitable person or organisation.¹³⁴ Reconstruction and rehabilitation of the family, behaviour modification, problem-solving, and referral to another appropriate individual for assistance with the concerns observed are all examples of intervention and support services available.¹³⁵ In cases where it is proven that the child's parents are responsible for the abuse and need to be prosecuted, the case must be sent back to the police based on the social worker's investigation. Before ordering that a child be removed or placed in temporary safe care, the Court may also order that early intervention services be provided to the family in question,¹³⁶ ultimately protecting and preserving the family ties.¹³⁷

While the Children's Act specifies how referrals should be handled, it is common in practice for problems to be directed to the wrong department, resulting in children being placed back in the hands of the person or people who are believed to be acting against the child's best interests. In practice, referrals are often not completed within the specified time frames, a lack of service delivery can hinder the process, and a lack of funding in some departments makes service delivery difficult, failing the cross-referral network in some cases. Children are being removed due to the state's failure to provide preventative services.

Social workers ensure that early intervention and prevention services are rendered to children and their families in South Africa.¹³⁸ Ch 8 of the Chil-

130 S 110 (4) Children's Act.

131 S 110 (5) Children's Act.

132 S 110 (6) (b) Children's Act.

133 S 110 (7) (a) Children's Act.

134 S 150 (3) Children's Act.

135 S 110 (7) (a) Children's Act.

136 S 148 (1) (a) Children's Act.

137 S 148 (1) (b) Children's Act.

138 S 106 (b) Children's Act.

dren's Act deals with the prevention and early intervention.¹³⁹ The Act gives the state the task of ensuring that there are programs in place to deal with early intervention and preventative services to maintain family relations and retain the child in their family environment.¹⁴⁰ Prevention and early intervention must prioritise the preservation of the child's family system. While a social worker must take steps to ensure the child's safety, the first step must be to ensure that the child's ties with the family are preserved, and the family must be offered support services to assist them. Thus, removing the child from a family must be the last resort.¹⁴¹

One may deduce that the goal is to maintain family bonds and relationships while ensuring that the child remains in the family's care. Professionals who work with children, such as teachers, child- and youth-care workers and health professionals, are required to identify and refer children who have been sexually or physically abused or deliberately neglected to social services and or the police for investigation.¹⁴² Failure to report known abuse could result in criminal charges against the professionals.¹⁴³ Everyone can submit a report if they suspect a child or family is in danger of abuse, exploitation, or harm.¹⁴⁴ A social worker or police officer must examine and investigate the situation based on the information provided in the report.¹⁴⁵ A social worker can ask a court to refer a case to a competent specialist to better understand the issue at hand, particularly in cases involving children who are believed to have been exploited and or molested. For example, suppose there are claims of sexual abuse. In that case, the social worker can ask a court to appoint a forensic social worker to assess the child and initiate court proceedings based on the expert's recommendations.¹⁴⁶ It is the responsibility of the police and social services to share reports.¹⁴⁷

The DSD must develop programmes to combat crime and provide support and treatment to people involved in crime, especially children.¹⁴⁸ It must also provide social assistance to children from low-income families and those with severe impairments to receive child support, foster care, and care depen-

139 S 143 Children's Act defines early intervention and prevention services.

140 S 145 Children's Act.

141 S 144 (a-i) Children's Act. This includes assisting the parents with parenting skills and providing professional assistance to prevent problems that may reoccur.

142 S 110 Children's Act.

143 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 125.

144 S 110(2) Children's Act.

145 S 110(3) Children's Act.

146 S 110(4) Children's Act.

147 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 125.

148 Probation Services Act No 116 of 1991, s 3.

dency grants.¹⁴⁹ When the president declared the National State of Disaster due to the Covid-19 pandemic, he introduced a special Social Relief of Stress Grant of R350.00 per month for a limited period to provide temporary relief to individuals who were not receiving any income. The news of the increase in social grants has been welcomed in many poor households. However, caregivers remain concerned about the continued impact of the pandemic on their ability to provide food for their children.¹⁵⁰ Another statutory duty on the DSD is to increase the quality of services rendered by social workers by requiring the registration of all social workers with the South African Social Services Council, which regulates their conduct.¹⁵¹

Other departments responsible for child protection in South Africa working in concert with the DSD include the Department of Home Affairs (DHA); the Department of Education (DOE); the Department of Health (DOH); the Department of Water and Sanitation; the Minister of Police; the Department of Justice and Constitutional Development (DOJCD); and the Department of Local Government and Human Settlements. The DHA is responsible for providing and issuing identification documents to parents and caregivers of children.¹⁵² It must also provide death certificates, marriage certificates and residency documents for migrant families.¹⁵³ The DOH is responsible for providing health promotion, preventative and therapy services to children and their caregivers.¹⁵⁴ The services must be provided with due consideration of a child's constitutional rights to adequate nourishment and health care services.¹⁵⁵ Under certain circumstances, the DOH must also ensure that women, children, the elderly and people with disabilities have access to free health care services.¹⁵⁶

The DOE is responsible for fulfilling a child's constitutional right to education.¹⁵⁷ Therefore, the DOE must provide basic education for every child in South Africa. The South African Schools Act¹⁵⁸ gives effect to all chil-

149 Social Assistance Act No 13 of 2004, s 2 and ch 2.

150 W Zembe-Mkabile, V Ramokolo, T Doherty, 'Covid-19 and Social Grants: Relief Measures Welcome, but not Enough', *Daily Maverick* (26 May 2020) <<https://www.dailymaverick.co.za/article/2020-05-26-covid-19-and-social-grants-relief-measures-welcome-but-not-enough/>> accessed 29 July 2022.

151 Social Services Profession Act No 110 of 1978.

152 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 116.

153 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 116.

154 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 116.

155 National Health Act No 61 of 2003, preamble and s 2. The constitutional rights are those referred to in s 28(1)(c) Constitution.

156 National Policy, 118.

157 S 29(1) Constitution.

158 South African Schools Act No 84 of 1996.

dren's right to a basic education, which is critical for their development and the country's development as a whole. The Act includes special provisions for vulnerable children such as the poor and protecting children from violence, abuse, and exploitation inside the educational system.¹⁵⁹ All children between the ages of seven and fifteen must attend primary and at least lower secondary school.¹⁶⁰ The Act requires all parents to ensure that their children are enrolled in and attend school. The DOE must provide enough school spaces to accommodate all children.¹⁶¹ Additional guidelines to effectively execute children's right to education are set out in policy documents such as the Education White Paper 6. It makes all children's constitutionally protected right to education operative, including those with disabilities, previously denied this right due to the school system's incapacity to meet their learning needs.¹⁶² The White Paper 6 serves as a roadmap for transforming the educational system into an inclusive, legally compliant system that acknowledges, respects, and promotes all children's right to education.¹⁶³

The DOJCD is the department responsible for justice in South Africa. It plays a critical role in ensuring that children's rights to protection from abuse, neglect, and exploitation are respected.¹⁶⁴ Several statutes dealing with the well-being of children fall under the mandate of the DOJCD. The CJA¹⁶⁵ protects all children who commit crimes. It has two principal aims; to keep children out of the criminal justice system and to prevent their incarceration as far as possible.¹⁶⁶ The Act specifies children's criminal capacity categories based on their ages and a framework for dealing with children who lack criminal capacity. It also deals with the diversion of minors from the criminal justice system.¹⁶⁷ Minors involved in crimes must be assessed through a preliminary inquiry to determine whether their cases should be diverted from the formal criminal justice system and dealt with in another way.¹⁶⁸ Children are protected from domestic abuse by obtaining protection orders

159 National Policy, 117.

160 S 3(1) Schools Act.

161 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 120.

162 Department of Education, 'Education White Paper 6: Special Needs Education - Building an Inclusive Education and Training System' (Pretoria 2001) (White Paper 6).

163 White Paper 6, 20.

164 National Policy, 64.

165 CJA No 75 of 2008.

166 WFM Luyt, 'The Role of Social Workers and Probation Officers in Protecting Vulnerable Children' in R Songca et al (eds), *Vulnerable Children in South Africa: Legal, Social Development and Criminological Aspects* (Claremont 2016) 200.

167 A child under the age of 10 years does not have criminal capacity, a child between 10 and 14 lacks criminal capacity unless the state can prove otherwise, and a child between 14 and 18 years of age has criminal capacity. See ss 4–6 CJA.

168 CJA, s 5.

from a court of law.¹⁶⁹ Under the Maintenance Act,¹⁷⁰ children are assured that their parents will meet their needs.¹⁷¹ The Act develops a method for enforcing the obligation by requesting a court order requiring defaulting parents to pay maintenance. In 1990, the Office of the Family Advocate was established to ensure that children's best interests are protected during divorce and related family law proceedings.¹⁷²

The Department of Human Settlements is in charge of developing national and provincial policies and laws implemented to ensure that children, including those in child-headed households, have access to adequate housing and sanitation.¹⁷³ This department must also ensure that all children have access to education, play and recreational facilities.¹⁷⁴ However, the implementation of child-friendly spaces remains a challenge in South Africa, especially in rural and underdeveloped areas.¹⁷⁵ The Department of Water and Sanitation is the custodian of South Africa's water resources and is responsible for developing policies regulating water in South Africa.¹⁷⁶ The department must ensure that national water policies and regulations protect children's rights to clean, piped water.¹⁷⁷ However, the execution of the mandate is not easy. Many children do not have access to adequate or safe water or other basic services. In addition, a significant disparity exists in the provision of children's rights in terms of their social circumstances.¹⁷⁸

Local governments are responsible for implementing policies on the well-being of children through planning, geographic development, housing development, and child-care facility responsibilities.¹⁷⁹ However, they are failing miserably in this task. For example, they do not provide alternative housing to families with children when they are evicted.¹⁸⁰ Often, families who can-

169 Domestic Violence Act No 116 of 1998.

170 Maintenance Act No 99 of 1998.

171 National Policy, 119.

172 Mediation in Certain Divorce Matters Act No 24 of 1987.

173 National Policy, 63.

174 National Policy, 63.

175 M Kriel, 'Planning Child-friendly Spaces for Rural Areas in South Africa', *American Agriculture, Forestry and Fisheries* 4 (2015) 21–32.

176 National Policy, 66.

177 National Policy, 66.

178 K Hall, 'Children's Access to Basic Services' in L Berry, L Biersteker, H Dawes, L Lake, C Smith (eds), *South African Child Gauge 2013* (University of Cape Town Children's Institute 2013) 111–112.

179 National Policy, 66.

180 P Mhodi, 'How Magistrates and Local Government are Failing to Uphold the Rights of the Children in Eviction Matters' (South African Human Rights Commission) <<https://www.sahrc.org.za/index.php/sahrc-media/news/item/54-how-magistrates-and-local-government-are-failing-to-uphold-the-rights-of-the-children-in-eviction-matters>> accessed 29 July 2023.

not afford formal housing face the persistent risk of eviction from informal inner-city housing.¹⁸¹ In addition, the media constantly reminds us that municipalities are failing in various aspects of service delivery.¹⁸² Their failures also forebode nothing good for the well-being of children living in their jurisdictions. For example, water quality may be lacking, public health and sanitation could be problematic, and public spaces (parks and recreation areas) could be dangerous to the health and welfare of children, to name but a few problems.¹⁸³

While parents are responsible for the rearing and development of their children, the government has a duty and a legal obligation to assist and assure the availability of resources. When role players and service providers fail to provide these resources, children and their caregivers can seek assistance from welfare organisations or the courts to enforce their rights. People who are usually involved in the well-being of children (social workers, educators, health practitioners, traditional leaders, etc.) and who have a reasonable suspicion that a child is being abused or neglected must report this to the relevant institutions.¹⁸⁴ The Children's Act allows for reporting to the police, DSD, or a child protective organisation.¹⁸⁵ After reporting, the police or social worker can either remove the child or children with a court order¹⁸⁶ or without a court order,¹⁸⁷ depending on the situation's urgency.¹⁸⁸ Once a child has been referred to a social worker, whether employed by the DSD,

181 Socio-Economic Rights Institute of South Africa, *Informal Settlements and Human Rights in South Africa: Submission to the United Nations Special Rapporteur on Adequate Housing as a Component of the Right to an Adequate Standard of Housing* (Johannesburg 2018) 16.

182 For a general discussion of some of the issues, see G van der Walddt, O Fuo, 'Municipal Service Delivery and the Environment' in AA du Plessis (ed), *Environmental Law and Local Government in South Africa* (Claremont 2021) 10.24–10.37.

183 Poor children are twice as likely to have no access to safe play areas. See Statistics South Africa, Men, Women and Children: Findings of the Living Conditions Survey 2014/15 (Report No 03–10-02) (Pretoria 2018) 46–47.

184 S 110 Children's Act.

185 S 110 Children's Act.

186 Under s 151 Children's Act

187 Under s 152 Children's Act.

188 Ss 150–160 Children's Act set out the procedure to follow when a child is removed based on a report that a child may be in need of care and protection. In both instances when a child is removed the designated social workers must compile a report, the parents of the child must be informed of the findings of the report, the parents have a chance to challenge the report and only then will a court enter an order. The courts must consider the social workers' report but the report is tested by way of cross examination during the court proceedings and further reports can be requested should the court find it necessary, since the court order must be in the best interest of the child.

NGO or NPO, the social worker must act in the child's best interest. Following the referral, the social worker must evaluate the family's condition and take appropriate action to ensure that the child and family receive the assistance they require.¹⁸⁹ This action includes requesting a court order stipulating that the DSD or any child protection organisation must assist the child or the family with any program or service they might need to preserve the family life.¹⁹⁰ The order is generally for six months, and during this time, the social worker will monitor the family's progress and report back to the Children's Court.¹⁹¹ The monitoring allows the family to correct any weaknesses in their parenting abilities. If the problem is related to poverty, efforts can be taken to aid the family in obtaining basic necessities and applying for government support such as the child grant.

Often the child and the family need services provided by one of the government departments mentioned above, and the social worker must then include this in the findings and report the matter to a court. The social worker or police have to ensure the child's safety.¹⁹² They have the authority to remove anyone from the household who poses a risk to the child, but they rarely exercise this power.¹⁹³ Once the child is safe, the social worker must conduct a thorough investigation to identify what happened to the child, the child's needs, and the family's ability to satisfy those needs. The social worker must compile a report to be filed with the Children's Court in the area where the child resides to determine if the child requires care and protection.¹⁹⁴

8. The legal status of social workers and potential abuse of powers when intervening in family life

Social workers are responsible for conducting investigations into children's situations and facilitating *early intervention and support services* to strengthen family ties. The Constitution,¹⁹⁵ the Social Service Professions Act,¹⁹⁶ and the Children's Act bind social workers in South Africa to a code of professional ethics and conduct, and particular legislative duties.¹⁹⁷ The Social Service Professions Act provides the enactment of an Ethical Code for social

189 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 125.

190 S 148 (1) Children's Act.

191 Ss 148 (1) and (2) Children's Act.

192 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 125.

193 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 125.

194 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 125.

195 S 28(1)(c) the Constitution.

196 No 110 of 1979.

197 R Reyneke, 'The Legal And Ethical Obligations Of School Social Workers', *Social Work* 56 (2020) 156.

workers.¹⁹⁸ The Social Service Professions Act and its regulations require that every social worker, auxiliary social worker, child and youth care workers (professional category of registration), and child and youth care workers (supplemental type of registration) be registered with the South African Council for Social Service Professions (SACSSP). Therefore, social workers are governed by the Council's expectations and ethical norms.¹⁹⁹ The SACSSP and the Professional Board for Social Work have a legal obligation to set and maintain professional conduct standards and exert effective control over the professional conduct of social workers.²⁰⁰ A social worker, auxiliary social worker, child and youth care workers (professional category of registration), and child and youth care workers (supplementary type of registration) who are not registered with the SACSSP are not permitted to practice.²⁰¹ If they do, they are guilty of an offence and subject to a fine or imprisonment for a period not exceeding six months if convicted.²⁰² In line with their code of conduct, social workers must pay an annual registration fee. The SACSSP serves as a coordinating and regulatory body for the social service professions. Social workers thus have to act under the rules set out by the SACSSP.

The SACSSP, in collaboration with the Professional Board for Social Work, is charged with promoting the professional practice of social service professionals who fall under its jurisdiction by establishing and enforcing professional conduct standards for social workers, social auxiliary workers, and student social workers, and student social auxiliary workers.²⁰³ Under the Social Service Professions Act, the SACSSP has the mandate and legal obligation to protect and promote the interests of the social service professions and maintain and enhance their prestige, status, integrity, and dignity while also protecting the public. As a result, the SACSSP is responsible for ensuring that fit and proper persons are permitted to do social work and auxiliary social work. Social workers must act with honesty, strive for high levels of skill, and show concern and care for the people they work with. In addition, social workers must behave in good faith, and their negligent performance might be considered unethical under the Ethical Code.

Although the right to family care is constitutionally guaranteed, children can suffer obstacles and difficulties in their family lives, such as abuse, neglect,

198 S 27(1)(a).

199 Reyneke, 'The Legal And Ethical Obligations...', 156.

200 S 3 Social Service Professions Act.

201 S 15 Social Service Professions Act.

202 S 16 Social Service Professions Act.

203 South African Council for Social Service Professions, 'Policy Guidelines for Course of Conduct, Code of Ethics and Rules for Social Workers' (2012) r 4.

exploitation, poverty, and other traumas, needing care and protection.²⁰⁴ A social worker may identify these situations as grounds for removing children from their families. The Children's Act sets out the procedure to be followed when a social worker intervenes in a child's family life.²⁰⁵ Once a social worker receives a complaint that a child may require care and protection, they must obtain a statement under oath regarding the complaint and approach the Children's Court to request that the child be removed and placed in a temporary safe place while the matter is investigated.²⁰⁶

When a child is removed because of a court order, the parents or guardian must be informed of the order within 24 hours.²⁰⁷ The matter must simultaneously be reported to the provincial office of DSD.²⁰⁸ The parents must be notified that they may approach the Children's Court where the order was made, and the presiding offices must inform the parents what the process is that will be followed and of their right to legal representation.²⁰⁹ A designated social worker must be assigned to the case to conduct an investigation and construct a report.²¹⁰ A designated social worker is a DSD or child protection services employee who provides services in the region where the parents live and where the child is temporarily placed. A social worker for the child and one for the parents is assigned. Both social workers must investigate and report to the Court within 90 days for it to determine whether the child should be placed in foster care or returned to the parents.²¹¹ If the child is found not to need care and protection after 90 days, the social worker must state this in the report and make recommendations on assistance and support services to the family.²¹²

During court hearings, the presiding officer can examine anyone involved in the investigation, the child's parents, or anybody else who can assist the Court in making an order in the best interest of the child.²¹³ In extreme circumstances and when it is believed that a child is in danger, a social worker and or police officer can remove a child without first approaching a court for an order and place the child in temporary safe care.²¹⁴ If this is the case,

204 S 150 (1) Children's Act.

205 Ss 151, 152 and 155 Children's Act.

206 S 151 Children's Act.

207 S 151 (7)(a) Children's Act.

208 S 151 (7)(c) Children's Act.

209 S 54 Children's Act.

210 S 151 (7)(b) Children's Act.

211 S 155 (2) Children's Act.

212 S 155 (4) Children's Act.

213 S 60 Children's Act.

214 S 152 Children's Act.

the social worker or police officer must notify the child's parents of the removal within 24 hours and submit the matter to a court no later than the next day.²¹⁵ The relevant court will request that reports be compiled while the child is in temporary safe care for 90 days. During the proceedings, the presiding officer can ask anyone involved in the investigation, the child's parents, or anybody else who can assist the court, to testify.²¹⁶ If the child is found not to need care and protection after 90 days, the social worker must state so in the report and make recommendations on assistance and support services to the family.²¹⁷ Should the child be found to be in need of care and protection, the court may enter any order that it deems in the child's best interest, including placing the child with family or placing the child in foster care.²¹⁸ For the time that the child is in temporary care, the court generally orders that the child and the parents should have contact to protect the family bond. When a child is removed from a family home and placed in alternative care or foster care, the court would examine the child's best interests and the impact the removal may have on the child because the aim of a court order should be the stability of the child.²¹⁹ If the court believes a reunification is possible between the child and parents, it may order the social worker to provide reunification services to the family.²²⁰

Unfortunately, social workers often abuse their position by removing a child without a court order and placing the child in temporary care without the option of having parental contact based on allegations made by the person who reported the problem. Often, social workers do not provide services to support these families or take steps for early intervention to rehabilitate the families and facilitate reunification with the child and parents. Such behaviour is unlawful and unethical and can be reported to the SACSSP by the parents or a court if it comes to the latter's attention. Any act or omission that is not in line with the standards of practice expected of a social service worker is referred to as unprofessional or improper conduct. The SACSSP must receive and consider any alleged unprofessional or inappropriate behaviour complaints and take appropriate action after a disciplinary hearing if a person registered with the Council is found guilty of professional misconduct. The SACSSP, in collaboration with the Professional Board for Social Work, investigates allegations of alleged unprofessional or improper conduct. In addition, the SACSSP must investigate allegations of unprofessional or

215 S 152 Children's Act.

216 S 60 Children's Act.

217 S 155 (4) Children's Act.

218 S 156 Children's Act.

219 S 157 Children's Act.

220 S 187 Children's Act.

inappropriate behaviour on the part of a social worker or auxiliary social worker.

A court must conduct an investigation and hold an inquiry in a children's court before removing a child from his parental home to place in alternative care. The information obtained during the investigation must be accessible to the child's parents, and they must be given the option to participate in the process. A court relies on social worker reports in cases where a child is removed or complaints have been filed. Therefore, it must give the parents a fair hearing to challenge the evidence.²²¹ In practice, a court often makes a decision that differs from the recommendations in the social worker's report after hearing oral evidence.²²² A court's aim is always to make an order in the child's best interest.²²³ If a court is not satisfied with the findings or suggestions provided by a social worker, it may refer the case for additional investigation.²²⁴

In remote areas or in circumstances where families are poor and lack access to legal assistance from Law Clinics or Legal Aid Centres, they are often unable to prevent the removal of children from their homes. Thus, it is evident that a lack of state financing and resources may influence family life.

9. What assistance is available to families, and how is it applied in practice?

South Africa has built a comprehensive legal framework that defines child abuse, neglect and maltreatment and legislates an impressive, extensive child protection system.²²⁵ In addition, a variety of policies, legislation, and programmes have been created and implemented to provide universal services that will allow families to offer the care that their children require.²²⁶ However, parents are primarily responsible for their children's care. Still, in an attempt to strengthen the child protection system in South Africa, the government provides families with social assistance in the form of grants. Parents, guardians, and caregivers can claim these grants to support their families financially. In this way, the government provides parents who live in poverty with financial assistance to ensure their children have basic food. In addition, children's caregivers are eligible for three non-contributory financial

221 S 34 Constitution.

222 S 48 Children's Act.

223 S 48 Children's Act.

224 S 50 Children's Act.

225 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 125.

226 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 116.

incentives from the government, depending on specific categories.²²⁷ The DSD is responsible for providing these social grants to qualifying families upon application by such families. The first grant is the Care Dependency Grant, a monthly payment to a child's primary caregiver when the child needs permanent care or support services due to their physical or mental disability.²²⁸ The second grant is the Child Support Grant. This unconditional cash transfer is paid monthly to the primary caregivers of children living in poverty to enable the caregivers to provide for the children's basic needs.²²⁹ The third grant is the Foster Child Grant. This grant is a monetary payment made to a foster parent responsible for children who require care and protection because they were abandoned, abused or neglected.²³⁰

Clean running water and adequate sanitation are essential for children's health, nutrition, and development. The government has several policies and programmes to ensure that all children and their families have the right to basic water and sanitation.²³¹ For example, according to the Strategic Framework for Water Services of 2003, all people in South Africa must be supplied with basic water and sanitation services.²³² In addition, the Department of Human Settlements provides a variety of housing subsidies to qualified vulnerable groups. The National Housing Subsidy Scheme strives to correct some of the past inequities by gradually guaranteeing that everyone has access to suitable housing and basic amenities, security of tenure, and access to facilities and work opportunities.²³³

The cost of education continues to be a significant barrier to education for children raised by low-income families in South Africa. Free basic education is provided to children who live in poverty by the Department of Basic Education. The department looks at the poverty levels of the surrounding communities or uses a means test to determine whether families qualify for free basic education.²³⁴ In addition, the National School Nutrition Programme run by the Department of Basic Education provides nutrition education, deworming, vitamin supplementation, and daily food to learners in public schools that have a no fee-paying policy.²³⁵

227 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 121.

228 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 121.

229 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 121.

230 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 121.

231 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 117.

232 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 117.

233 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 121.

234 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 121.

235 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 123.

Victims of domestic violence, including children, may apply for protection orders at any magistrate's court to compel the abuser to stop.²³⁶ Furthermore, parents have to maintain their children, and when one parent is in default, the other parent can apply for a court order to force the default parent to pay maintenance. The DOJCD has created procedures to enforce maintenance payments and track down maintenance defaulters.²³⁷

In South Africa, the High Court is seen as the 'upper guardian' of the child.²³⁸ Anyone may also approach a Children's Court at any time when a child's best interest is at risk. The court has broad powers and may order the caregiver or child to attend a prevention programme. It may also place the family under the supervision of a social worker or, as a last resort, order the removal and placement of a child in alternative care such as temporary safe care, foster care, or a Child and Youth Care Centre.²³⁹ To claim any of the services, the parents and or guardians of children can approach the High Court, the Children's Court, the Domestic Violence Court, the Maintenance Court or any other forum available.

10. How does South Africa deal with issues of cross-border family welfare?

South African courts have praised the Constitution's inclusion of the best interests of a child principle, even though its interpretation and application remain ambiguous.²⁴⁰ Courts must consider what is in the best interests of a child when making judgments involving children. The use of the word 'paramount' in the Constitution²⁴¹ implies that in given circumstances, the best interests of a child might take precedence over other constitutional rights. The child's best interests principle serves three functions: a constitutional interpretation tool, a tool to determine the scope and potential limitations of other constitutional rights, and a right in itself.²⁴²

The child's best interest is also paramount in cross-border family welfare. For example, courts must consider the child's best interests against the parents' rights in relocation cases.²⁴³ Relocation will be allowed even if it is

236 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 125.

237 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 120.

238 Schäfer, *Child Law...*, 5.

239 Martin, Hall, Lake, 'Supporting Families...', 125.

240 South African Law Reform Commission, *Project 100D: Discussion Paper 155 on the Relocation of Families with Reference to Minor Children* (Pretoria 2021) 1–127.

241 S 28(2).

242 M Couzens, 'The Best Interests of the Child and the Constitutional Court', *Constitutional Court Review* 9 (2019) 370.

243 South African Law Reform Commission, *Project 100D: Discussion Paper 155...*, 9.

against the parent's will, provided that it is in the child's best interest. A recent example is a judgment of the Supreme Court of Appeal in *LD v Central Authority (RSA)*.²⁴⁴ The mother (a French citizen) abducted her child from her father (a Belgian citizen) in contravention of two orders by the courts of Luxembourg. They were not married but lived together as husband and wife. The child was born while they resided in Belgium. They later moved to Luxembourg, where they eventually separated, and she married a South African three years later. The married couple wanted to move to South Africa and take the child with them, but the biological father refused. The mother tried to obtain permission from the courts in Luxembourg, but every time she received the same answer – the child must remain in Luxembourg. Still, she moved to South Africa with her husband and daughter under false pretences and settled there. Consequently, the biological father lodged an application in Luxembourg (the Juvenile Court) for the child's return and another in the High Court of South Africa under the Hague Convention²⁴⁵ with the assistance of the Central Authority.²⁴⁶ Subsequently, the Juvenile Court ordered the child's return, but the mother ignored the order. In the High Court the mother argued that she had a defence under the Hague Convention;²⁴⁷ the child's return would expose her to psychological harm, which would be 'an intolerable situation'.²⁴⁸ However, she did not succeed with her defence, and the Court ordered the child's return to Luxembourg. The mother then appealed to a full bench of the High Court and this time she was successful.

The father did not give up and appealed to the Supreme Court which dismissed his appeal. Before the Supreme Court the only question was whether her defence under the Hague Convention was valid. The evidence of a psy-

²⁴⁴ Case Nos 803/2020 and 812/2020 [2022] ZASCA 6 (18 January 2022).

²⁴⁵ The Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction 1343 UNTS 89 (1980) (the Hague Convention) is an international treaty aimed at preventing a parent or caregiver from removing a child from the jurisdiction in which he or she normally resides without the consent of the other parent or caregiver, as well as making it easier to return a child who has been wrongfully removed. South Africa ratified the Convention in 1996, and it went into effect on 1 October 1997. The Hague Convention is in force in South Africa, and its provisions are law, subject to the Children's Act (s 275).

²⁴⁶ The Chief Family Advocate of South Africa is the Central Authority for South Africa. For more information, see Department of Justice and Constitutional Development, 'The Central Authority of South Africa' <<https://www.justice.gov.za/hague/main.htm>> accessed 29 July 2022.

²⁴⁷ The Hague Convention, art 13(b).

²⁴⁸ *LD v Central Authority (RSA)*, Case Nos 803/2020 and 812/2020 [2022] ZASCA 6 (18 January 2022), para 22.

chologist, a social worker and a curator *ad litem*²⁴⁹ revealed that the child was 'a happy young girl' who considered her mother, grandmother, stepfather and half-brother as her 'support structure'.²⁵⁰ She had adapted to school and had a close friend. If she had had to be uprooted and returned to Luxembourg, this would have caused psychological harm and precipitated 'an intolerable situation'.²⁵¹ Despite finding the mother's conduct 'deplorable', the Court could not ignore the child's best interests, although this meant 'rewarding' the mother for her actions by allowing her to keep her daughter in her care. As said by the Court,²⁵² 'If giving effect to the paramountcy of [the child's] best interests has the effect of "rewarding" the mother for her bad behaviour, that is an unfortunate but unavoidable result'.

Finally, the impact a return order would have had on the child far outweighed the disgraceful actions of the mother or the father's right to access. After several years of uncertainty and undoubtedly high litigation costs, and emotional stress for everyone involved, the child was allowed to remain with her mother in South Africa. The father was most certainly not satisfied with the outcome, but the rights of parents are no longer paramount. The best interests of children are.

Another example of dealing with the relocation of children was *Van Rooyen v Van Rooyen*.²⁵³ In that case, the mother wanted to return to Australia after divorcing the father. However, the father refused to grant permission. The Court stated that two preliminary concerns arise when it comes to relocation.²⁵⁴ The first is that there is not any onus in the 'conventional sense'.²⁵⁵ Instead, the court will assess, weigh, and balance all relevant considerations and competing factors in determining whether the proposed change in the children's circumstances is in their best interests. The assessment will be made based on the facts pertaining to these specific children. In other words, it will apply individual justice in the sense that all relevant factors, including the mother's fundamental right to freedom of movement, will be weighed

249 A curator *ad litem* is appointed by a court to represent a minor where the interests of the minor might be in conflict with those of the parents. For a general discussion, see T Boezaart, 'The Role of a Curator *ad Litem* and Children's Access to the Courts', *De Jure Law Journal* 46 (2013) 707.

250 *LD v Central Authority (RSA)*, para 16.

251 *LD v Central Authority (RSA)*, para 17.

252 *LD v Central Authority (RSA)*, para 30.

253 *Van Rooyen v Van Rooyen* 1999 (4) SA 435 (C).

254 *Van Rooyen v Van Rooyen*, 437.

255 Normally, in a civil case, the plaintiff has the onus (burden of proof) to convince a court he or she is entitled to succeed with the claim, see *Pillay v Krishna* 1946 AD 946 at 952–53. However, matters involving children are dealt with as judicial enquiries in which the court seeks to determine what would be in the child's best interests.

against the best interests of these children. The mother's motivation is the second preliminary consideration.²⁵⁶ The question was whether she was sincere in her belief that moving to Australia would best serve her children's interests or whether she was motivated by vindictiveness and spite toward the father. The Court believed if the mother were not genuine, it would be a reason to think that she would do everything she could to obstruct the father's access to his and the children's detriment.

After considering all circumstances, the Court held that the mother's relocation would provide a more stable and secure environment than they currently had. The decision of the Court was based on several factors: the mother's intention to relocate was *bona fide* and genuine; the children's best interest; the strong bond between the mother and the children; the fact that the mother was the primary caregiver; and the assumption that the move to Australia would be favourable for the children's well-being.²⁵⁷

In another case, *AK v LKG*,²⁵⁸ the parents divorced, and the mother found better employment opportunities in New Zealand. She wanted to relocate with her minor child. The mother was the primary caregiver after the divorce, and the father had only sporadic contact with the child. However, the father refused permission for the relocation, so the mother approached the courts for help.²⁵⁹ The Court found that the mother as the primary caregiver had placed all relevant aspects and reasons for her relocation before the Court.²⁶⁰ She had explained her reasons for relocating in the context of the child's best interests, including the possibility of better schooling, university education, and future employment opportunities for the child, the child's general safety, the quality of life, free education and healthcare offered in New Zealand, and the high unemployment rate in South Africa.²⁶¹ In this case, the Court considered the child's best interest and held:²⁶²

'In deciding whether or not relocation will be in the child's best interests, the Court must carefully evaluate, weigh and balance a myriad of competing factors, including the child's wishes in appropriate cases. It is an unfortunate reality of marital breakdown that the former spouses must go their separate ways and reconstitute their lives in a manner that each chooses alone.

256 *Van Rooyen v Van Rooyen*, 439–440.

257 *Van Rooyen v Van Rooyen*, 440.

258 *AK v LKG* (43557/2021) [2021] ZAGPJHC 90 (15 November 2021).

259 *AK v LKG*, paras 2–13.

260 *AK v LKG*, para 18.

261 *AK v LKG*, para 25.

262 *F v F* [2006] 1 All SA 571 (SCA), para 10.

Maintaining cordial relations, remaining in the same geographical area and raising their children together whilst rebuilding their lives will, in many cases, not be possible. Our courts have always recognised and will not lightly interfere with the right of a parent who has properly been awarded custody to choose in a reasonable manner how to order his or her life.’

After evaluating all relevant circumstances, the Court concluded that allowing the relocation to New Zealand would be in the child’s best interests, and she was permitted to relocate.²⁶³

These cases demonstrate that South African courts first consider the child’s best interests and then weigh them against the reasons for the move when dealing with cross-border families and relocation matters. As a result, the courts also ensure that the child’s best interests are prioritised while preserving and protecting the parent-child bond as far as is reasonably possible.

II. Sociocultural background

1. Case law dealing with children’s rights and their protection

Children’s access to basic services such as housing, education, electricity, water, sanitation, waste removal and health are also associated with their constitutional rights to ‘basic nutrition, shelter, basic health care services and social services.’²⁶⁴ In addition, they enjoy the same rights as any other adult person.²⁶⁵ ‘The state must respect, protect, promote and fulfil’ these rights.²⁶⁶

The courts have recognised, interpreted, and protected children’s rights on numerous occasions under the Constitution. Like anyone else, children have a constitutional right to access to the courts ‘to have any dispute resolved by the application of law’ before a court or other appropriate forum.²⁶⁷ Combined with the Bill of Rights and international law, the child’s best interest has become essential in protecting children’s rights.

In *Grootboom*, the Constitutional Court dealt with the breadth and ambit of children’s right to shelter and the state’s obligations (if any) to provide it.²⁶⁸

²⁶³ *AK v LKG*, para 44.

²⁶⁴ S 28(1)(c) Constitution.

²⁶⁵ Subject to a few limitations such as the right to vote, which is available to adults only. A Skelton, ‘Children’ in I Currie, J de Waal (eds), *The Bill of Rights Handbook* (Claremont 2013) 599.

²⁶⁶ S 7 Constitution.

²⁶⁷ S 34 Constitution.

²⁶⁸ Under s 28(1)(c) Constitution.

Several informal dwellers, some with children, had been evicted from the area where they had been illegally squatting.²⁶⁹ As a result, they were effectively 'homeless' when they approached the Court, sleeping on a sports field near a community centre without basic amenities.²⁷⁰ They contended that the state had failed to meet its constitutional obligations to give emergency housing relief to people in severe need, which the Court upheld.²⁷¹

Two constitutional provisions were key in the Court's reasoning, the 'the right to have access to adequate housing',²⁷² and the right of children to shelter.²⁷³ These two rights form part of the cluster of socio-economic rights: access to land, adequate housing, health care, food, water and social security, children's rights and education.²⁷⁴ Because these rights are included in the Constitution, they are justiciable rights. The only question was 'how to enforce them in a given case'.²⁷⁵

The applicants sought an order directing the local municipality or one or more of the other respondents to provide adequate basic temporary shelter or housing for them and their children.²⁷⁶ The Constitutional Court had to assess the relationship between the right to housing for everyone and shelter for children.²⁷⁷ It held that the right to housing is a socio-economic right for everyone. It overlaps with a child's right to shelter.²⁷⁸ The state had a duty and responsibility to ensure that children's rights were protected. The scope of the state responsibility had to be considered in light of South Africa's international obligations.²⁷⁹ South Africa must have mechanisms to ensure that children's rights are protected. One of these mechanisms is the constitutional protection of children's rights.²⁸⁰ The government had a duty to ensure that the housing programme was reasonably and appropriately implemented and that all children, even those living with their parents, had

269 *Grootboom*, para 3.

270 *Grootboom*, para 11.

271 *Grootboom*, paras 66–69. Sloth-Nielsen argues that the judgment is also an authority for the enforceability of the rights to social services, social security and social assistance. See J Sloth-Nielsen, 'The Child's Right to Social Services, the Right to Social Security, and Primary Prevention of Child Abuse: Some Conclusions in the Aftermath of *Grootboom*', *South African Journal on Human Rights* 17 (2001) 210–231.

272 S 26 Constitution.

273 S 28(1)(c) Constitution.

274 *Grootboom*, para 19.

275 *Grootboom*, para 20.

276 *Grootboom*, paras 17–18.

277 Sloth-Nielsen, 'The Child's Right to Social Services...', 224.

278 *Grootboom*, para 74.

279 *Grootboom*, para 75.

280 The Court was referring to s 28 Constitution. See *Grootboom*, para 75.

access to housing.²⁸¹ The judge was not oblivious to the despair of hundreds of thousands of individuals in the country who live in horrible conditions. He stated that the Constitution requires the state to take positive steps to improve these conditions. Those who cannot support themselves and their dependents must be provided with housing, health care, adequate food and water, and social security. The state must also create conditions that allow citizens equitable access to land. Those in need have the right to demand that this be done.²⁸²

Grootboom recognised that a child's constitutional right to protection against abuse, neglect, maltreatment, and degradation²⁸³ is a right directly enforceable against the state.²⁸⁴ However, a child's right 'to basic nutrition, shelter, basic health care' or social services²⁸⁵ did not create a direct and enforceable claim upon the state or their parents when children are in the care of their parents.²⁸⁶ Children's constitutional rights had to be viewed in the context of parents' rights. As a result, the rights to 'basic nutrition, shelter, basic health care' and social services must be read in conjunction with the child's right to 'family or parental care, or adequate substitute care when the child is removed from the family environment.'²⁸⁷ As a result, the Court suggested that the obligation imposed concerning the right to shelter belonged first and foremost to parents and families, and only secondarily, in the event of failure, to the state.²⁸⁸

While parents are the primary caretakers for their children, the state has a responsibility to provide access to adequate housing to enable them to care for and protect their children as required by the Constitution. It seems thus that the obligation for the fulfilment of children's rights first and foremost rests on the parents. Still, the scope of the state's responsibility where the parents are not available or capable to provide for their children is unsure.²⁸⁹ '[A]s to the scope of the state's obligation where the parents are deceased or otherwise unable to render parental care', such as child-headed households, the measures taken by the government can be insufficient. *Grootboom* confirms the state's responsibility to care for children by providing substitute

281 S 26 read together with s 28 Constitution. See *Grootboom*, paras 75–92.

282 *Grootboom*, para 93.

283 As outlined in s 28(1)(d) Constitution.

284 Sloth-Nielsen, 'The Child's Right to Social Services...', 230.

285 S 28(1)(c) Constitution.

286 *Grootboom*, para 74.

287 *Grootboom*, para 76.

288 *Grootboom*, paras 74–76.

289 J Sloth-Nielsen, 'Too Little? Too Late? The Implications of the *Grootboom* Case for State Responses to Child-Headed Households', *Law, Democracy & Development* 7 (2003) 118.

parental care or alternative care such as institutional care.²⁹⁰ However, the execution of such a responsibility is easier said than done. South Africa lacks state-controlled residential care institutions and does not have the financial means to build more. Thus, the government's policy to involve the private sector to assist with foster placements and other models of care makes sense in this context.

2. The relationship between child protection agencies and families: challenges and issues

While South Africa has come a long way in child law and child protection, some concerns still need to be addressed. One of the concerns is that the state's responsibility to offer assistance and protection is limited to orphaned, abandoned or neglected children in some cases. If poverty is one of the primary determinants of child abuse and neglect, but the social services available favour children who have been removed from their families, there is, at least in theory, an incentive for child protection authorities to remove children to provide them with services.²⁹¹ This particular issue may cause parents to lose faith in social workers, putting children at risk. Parents may be concerned that reaching out for help may result in their children being removed from their homes for the state to offer services. There also seem to be gaps in service coordination and integration that contribute to disparities in delivering care to children, families, and communities.²⁹²

The South African child protection system lacks a defined overarching framework for execution and integration amongst DSD directorates, government levels, and sectors involved in rendering child protection services.²⁹³ Child protection programmes in South Africa are underfunded, particularly among NPOs and NGOs. Insufficient funding leads to an inability to overcome structural constraints, a lack of fundamental organisational resources, and excessively high caseloads.²⁹⁴ Lack of funding impacts the level of service delivery. Currently, service delivery is more reactive than proactive.²⁹⁵ A lack of committed financing hinders the delivery of preventative programmes. There will always be a vital need for statutory services if no community-based prevention services are directed at family preservation.²⁹⁶

290 Sloth-Nielsen, 'Too Little? Too Late? ...', 118.

291 Sloth-Nielsen, 'The Child's Right to Social Services...', 230.

292 Strydom, Schiller, Orme, 'The Current Landscape...', 385.

293 Strydom, Schiller, Orme, 'The Current Landscape...', 385.

294 Strydom, Schiller, Orme, 'The Current Landscape...', 385.

295 Strydom, Schiller, Orme, 'The Current Landscape...', 396.

296 Strydom, Schiller, Orme, 'The Current Landscape...', 396.

Another aspect – the proverbial elephant in the room – is the challenges associated with cross-cultural work with children. In South Africa one cannot escape the fact that legal plurality is interconnected with cultural diversity. Child care work in apartheid South Africa meant that child care professionals worked mainly with families and children of a similar background. As a result, they never developed multicultural competencies. The situation in post-apartheid South Africa is different. Child care organisations and individuals have to provide child care services to all in South Africa regardless of the cultural traits of their clients.

Consequently, they are confronted with family dynamics and customs unfamiliar to them and may encounter animosity from families faced with difficulties.²⁹⁷ Furthermore, racial prejudices and cultural insensitivity also affect relationships in the foster care paradigm in myriad ways; between the children and the foster parent, between foster parents and social workers, and between foster families and third parties.²⁹⁸ Similar problems are experienced in cross-cultural adoptions, and many have questioned their appropriateness.²⁹⁹ Both authors have been involved in real-life cases where they represented a child or a parent or were included as objective observers in child cases and can attest to the types of hurdles one experiences in cases involving children from different cultural backgrounds.³⁰⁰

South Africa is a country where the future is held captive by its volatile and racist past, and the strides forward are slow and painful. Lately, a new and ugly phenomenon called xenophobia has raised its head, creating yet another challenge to children's rights on many levels.

3. Children and the challenges of post-border migration

On estimation, there were more than 640 thousand migrant and refugee children in South Africa two years ago.³⁰¹ This number has likely in-

297 For example, see the study done by CR Matthias, 'Shadows of Apartheid Lingering? Cross-cultural Work with Children in Need of Care' in S Burman (ed), *The Fate of the Child: Legal Decisions on Children in the New South Africa* (Lansdown 2003) 32–58.

298 For example, see the study by ES Osarhiemen, 'Cross-cultural and Interracial Fostering in South Africa: Challenges Faced by Non-relative Foster Parents', *Journal of Social Development in Africa* 35 (2020) 49–78.

299 For example, see the study by C Snyder, 'Cross-cultural Adoption in South Africa: New Directions for Research', *The Social Work Practitioner-Researcher* 24 (2012) 384–398.

300 The first author is an attorney who previously provided legal services at the Potchefstroom Law Clinic. The second author is an advocate of the High Court of South Africa, and previously a prosecutor in the employ of the Department of Justice.

301 'South African Government, Minister Lindiwe Zulu launches R19 Million Programme to protect unaccompanied and undocumented children' (South African Government 15 De-

creased. The '[p]ost-apartheid South Africa symbolises freedom and prosperity, a safe haven from war, a sanctuary from poverty and a country with economic opportunity and promise' resulting in an influx of displaced people from all over Africa.³⁰² Children commonly migrate within family units, but studies have revealed that many migrate independently from their families.³⁰³

Some South Africans perceive the immigrants as a threat to their job security and access to scarce resources, and they resent the idea that their children are sharing the same space as immigrant children in the schools.³⁰⁴ Migrants have also been blamed for the rise in crime.³⁰⁵ In 2008 a series of riots started in the township of Alexandra when locals attacked migrants from other African countries. As a result, several people were killed or injured, and the incident made headlines worldwide. Since then, incidents of xenophobia have flared up now and then, reminding us that the hate or fear of foreigners sadly continues in South Africa.³⁰⁶

A detailed study conducted under the auspices of UNICEF and the United Nations Children Fund gives an overview of the situation of children affected by migration into South Africa.³⁰⁷ It points out that specific references to migrant children included in earlier drafts of the Children's Act were excluded from the final version because the DSD argued that they should be treated the same as children born in South Africa.³⁰⁸ However, the study believes that the failure to mention migrant children specifically might confuse service providers, who might think that they are not responsible for the

cember 2020) <<https://www.gov.za/speeches/unaccompanied-and-undocumented%C2%A0children%C2%A0-14-dec-2020-0000>> accessed 29 July 2023.

302 D Krüger, R Osman, 'The Phenomenon of Xenophobia as Experienced by Immigrant Learners in Johannesburg Inner City Schools', *Perspectives in Education* 28 (2010) 53.

303 N Willie, P Mfubu, 'No Future for Children: Challenges Faced by Foreign Minors Living in South Africa', *The African Human Mobility Review* 2 (2016) 424 <<https://sihma.org.za/journal/ahmr-volume-2-no-1-january-april-2016>> accessed 29 July 2023.

304 B Dodson, 'Locating Xenophobia: Debate, Discourse, and Everyday Experience in Cape Town, South Africa', *Africa Today* 56(3) (2010) 5, 12.

305 I Palmary, *For Better Implementation of Migrant Children's Rights in South Africa* (Johannesburg, UNICEF Forced Migration Studies Programme 2009) 32.

306 For an explanation of the reasons why this has happened, see H Solomon, H Kosaka, 'Xenophobia in South Africa: Reflections, Narratives and Recommendations', *Southern African Peace and Security Studies* 2 (2013) 5–30; M Choane, LS Shulika, M Mthombeni, 'An Analysis of the Causes, Effects and Ramifications of Xenophobia in South Africa', *Insight on Africa* 3 (2011) 129–142.

307 Palmary, *For Better Implementation...*; A detailed discussion of the report falls outside the scope of this discussion.

308 Palmary, *For Better Implementation...*, 11.

well-being of foreigners.³⁰⁹ Confusion among service providers is also one of the challenges mentioned in a UNICEF Report:³¹⁰

‘[...] there has been confusion among service providers about the different categories of migrants and their rights. For example, there is inconsistent practice among hospitals about providing treatment. Although it is clear from the Refugees Act that refugees are entitled to treatment, this represents a group of only 30 000 people. There is less clarity about the rights of asylum seekers, those on work permits and undocumented migrants.’

Besides the confusion of service providers, evidence suggests that discrimination against immigrant learners exists in some schools. They are bullied and poorly treated by co-learners, and some educators allow the conduct without intervening.³¹¹ The study proposes ‘anti-xenophobia education’, which could be instrumental in addressing xenophobia in schools and the more severe ‘damage done to South Africans in the past’ by rebuilding trust between South Africans and immigrants.³¹²

Another problem immigrant children often experience is their lack of documentation, which complicates or prevents their access to state institutions. For example, state clinics may deny them access to health services, state schools may refuse to provide education, and the DOHA may refuse to issue identification documents.³¹³ The vulnerability of migrant children often opens the doors for their exploitation as informal labourers with a meagre income.³¹⁴ There have also been incidents where their rights have been violated by police officers who ignore their immigration status documents or subject them to degrading treatment.³¹⁵

South Africa’s legal response to child migrants is comprehensive but, as some authors believe,³¹⁶

‘the implementation of these laws reveal (*sic*) a lack of coordination between the various relevant departments in dealing with migrant children. This re-

309 Palmary, *For Better Implementation...*, 12.

310 Palmary, *For Better Implementation...*, 16.

311 Palmary, *For Better Implementation...*, 55.

312 Palmary, *For Better Implementation...*, 59.

313 Palmary, *For Better Implementation...*, 16.

314 Palmary, *For Better Implementation...*, 22–24.

315 Palmary, *For Better Implementation...*, 28.

316 Willie, Mfubu, ‘No Future for Children...’, 424.

sults in a failure to fulfil their respective mandates and duties as required by the Convention of the Rights of a Child (1989) as well as the South African Children's Act (2005).⁹

The Children's Act also applies to migrant children. Once it is determined that a child is unaccompanied or is separated from his or her parents or is orphaned, such a child needs the care and protection provided by the law. In theory, the process should mirror those of non-immigrant children in South Africa by considering the child's best interests. However, studies point out that there are contradictory responses to dealing with migrants. The focus is mainly on the control of migration, which has had a considerable impact on the rights of migrant children.³¹⁷ Also, hardly any services deal explicitly with the well-being of child migrants. However, a few NGOs provide migration-centred services such as shelter, food, health, financial assistance, legal services and other essential services to unaccompanied migrant children. On the other hand, government service delivery to migrants has been inconsistent. Social workers have admitted that they are subject to severe staff shortages that prevent them from providing essential services to migrant children. As a result, they frequently refer migrants to NGOs.³¹⁸

However, as pointed out by the UNICEF Report, the chief problem in protecting migrant children is not the legal framework but its implementation.³¹⁹ Another challenge is the poor relationship between the government and the NGOs.³²⁰ This challenge ties in with the earlier comment that this relationship is based on substitution instead of collaboration.

The most common gaps identified in the UNICEF Report include the following:³²¹ the absence of advocacy on a national level to create awareness of the plights of migrants in general and children specifically; the 'lack of capacity for monitoring human rights abuses; the lack of control and information gathering at border posts; the absence of organisations specifically dealing with migrants' labour rights; the absence of dispute resolution mechanisms; the weak responses to gender violence and xenophobic attacks; the poor service delivery to unaccompanied migrant minors; inadequate health provision to migrant children; inadequate migration-specific training of ser-

317 Palmary, *For Better Implementation...*, 16.

318 Palmary, *For Better Implementation...*, 41.

319 Palmary, *For Better Implementation...*, 43.

320 Palmary, *For Better Implementation...*, 44.

321 Palmary, *For Better Implementation...*, 42–43.

vice providers; migrants' ignorance of their rights; and the lack of sustained funding to organisations to continue with their service delivery.

A study done in three provinces (Gauteng, Limpopo and Western Cape) reveals that migrant children in care centres face several challenges:³²² they enter the country as unaccompanied minors (43%); poor socio-economic circumstances severely impact them; they do not have legal documents such as birth certificates; they run the risk of 'statelessness'; and tracing their family members is tricky, hampering reunification.

A case discussed in the three provinces study serves as an example of some of the difficulties these children experience.³²³ Two boys whose parents were killed in the conflict between the Democratic Republic of Congo and Rwanda entered South Africa as unaccompanied minors. Both were placed in a Child and Youth Care Centre. They were assisted by a legal clinic and advised to apply for asylum because of their refugee status. However, due to logistical and financial issues, they have been unable to update their status to date.

On the other hand, entering with parents does not necessarily improve the situation of migrant children. The same study gives an example where a child entered South Africa from Kenya with her sister and mother. Due to their poor economic circumstances, they were living in a car. The children were removed and placed in a place of care, after which the mother disappeared. Because they did not have legal documents, the Kenyan authorities did not recognise them, and they have been living in the centre under a state of statelessness.³²⁴

As explained in the study, South Africa's immigration laws do not allow migrated children to document themselves or obtain visas. As a result, most of them cannot return to their countries of birth. In addition, social workers face severe difficulties, such as a lack of resources and capacity.³²⁵

In another case of dire circumstances, two teenage girls from Rwanda fled to South Africa.³²⁶ Instead of giving them accommodation and documentation

322 Scalabrini Centre of Cape Town, *Foreign Children in Care: South Africa – A Comparative Report of Foreign Children Placed in Child and Youth Care Centres in Gauteng, Limpopo and Western Cape Provinces of South Africa* (Cape Town July 2019) 4–8.

323 Scalabrini Centre of Cape Town, *Foreign Children in Care...*, 11.

324 Scalabrini Centre of Cape Town, *Foreign Children in Care...*, 16.

325 Scalabrini Centre of Cape Town, *Foreign Children in Care...*, 27. South Africa has a shortage of social workers. The country with a population of almost 60 million people has only 17 500 social workers but needs at least 70 000 to provide proper services. See G Opperman, 'South Africa Faces Shocking Shortage of Thousands of Social Workers', *Politicsweb* (31 March 2022) <[https://www.politicsweb.co.za/politics/sa-faces-shocking-shortage-of-thousands-of-social->](https://www.politicsweb.co.za/politics/sa-faces-shocking-shortage-of-thousands-of-social-) accessed 29 July 2023.

326 A van der Burg, 'Legal Protection of Undocumented Foreign Migrant Children in South Africa: Reality or Myth?', *Law, Democracy & Development* 10 (2006) 83.

in South Africa as promised, a truck driver demanded sexual favours and threatened to abandon them if they did not comply. Various attempts to obtain assistance from South African authorities (the police, a court official and the DOHA) failed, and the girls were imprisoned before being sent to a place of safety. However, they disappeared before they could be helped and were never found. It has been argued that this

'case illustrates the lack of procedural guidelines, interdepartmental strategies, implementation mechanisms, application of Constitutional imperatives and provision of appropriate legal representation for undocumented foreign migrant children in South Africa. These procedural gaps occur despite the existence of the relevant international and South African legal framework which should ensure protection of undocumented foreign migrant children in South Africa.'³²⁷

Some immigration officers refuse to provide asylum seekers with transit permits at the ports of entry, putting them at risk of arrest or deportation.³²⁸ These types of obstacles intensify the vulnerability of migrants and their children. It also appears that unaccompanied children have been arrested and detained at police stations despite South Africa's international obligations and national laws.³²⁹ Moreover, given the unusual ways many children enter South Africa, they generally escape the reach of social services and get lost in the vastness of South Africa without access to education, health, social grants, and other services.³³⁰ Also, very little public information is available concerning the arrest and detention of foreign nationals in South Africa,³³¹ making it difficult to get a clear picture of the extent of the problem.

There are several programmes in South Africa, primarily private initiatives, to better the lives of migrant children and their families. For example, the Scalabrini Centre of Cape Town (SCCT) is an NPO offering specialised services to migrants and refugees such as legal advice, access to welfare, and youth care centres.³³² Another example is the collaboration efforts between UNICEF and the South African Red Cross to collect data that could assist the government

327 van der Burg, 'Legal Protection...', 83.

328 A Hiropoulos, *Migration and Detention in South Africa: A Review of the Applicability and Impact of the Legislative Framework on Foreign Nationals* (African Centre for Migration & Society, Policy Paper No 18, 18 November 2017) 4.

329 Hiropoulos, *Migration and Detention...*, 8.

330 Hiropoulos, *Migration and Detention...*, 8–9.

331 Hiropoulos, *Migration and Detention...*, 15.

332 <<https://www.scalabrini.org.za/>> accessed 29 July 2023.

with their efforts to better the position of migrant children.³³³ However, given the rapid increase of immigrants to South Africa from 1960 and 2022, it is clear that something drastic needs to be done by the government to cope with the demands of migrants, especially unaccompanied children.³³⁴

Covid-19 has added new challenges to the well-being of migrant children.³³⁵ For example, the screening and testing procedures require valid identity documents, which most do not have. In addition, the Social Relief of Distress Grant has been made available only to citizens, residents and refugees, excluding all migrant children who do not fall within these three categories. Numerous other challenges exist, such as the implications of the pandemic for the formal and informal economy, the unavailability of mechanisms to monitor new arrivals from other African countries, and the collapse of the tourism sector. Although these challenges have been documented only in the context of adults, similar challenges most likely exist for migrant children as well.³³⁶

III. Conclusion

As an outcome of apartheid, unemployment giving rise to poverty and welfare dependency, the breakdown of family life, the provision of poor or quasi schooling, and the strains inflicted on a society in transformation, a large percentage of South African children are in a highly precarious situation.³³⁷ South Africa has a young population, with children accounting for more than a third of the national population. More than a third of those children live below the Food Poverty Line. They make up more than 50% of the total population.³³⁸ Children have higher poverty rates than the adult population,

333 <<https://www.unicef.org/southafrica/press-releases/unicef-and-south-african-red-cross-partner-assist-migrant-children>> accessed 29 July 2023.

334 <<https://www.macrotrends.net/countries/ZAF/south-africa/immigration-statistics>> accessed 29 July 2022.

335 African Centre for Migration & Society, 'Migration and Covid-19: A Review of South Africa's Policy Response to the Pandemic: Key Findings' (Migration and Health Project Southern Africa July 2020) <<https://www.mahpsa.org/wp-content/uploads/2020/07/MiCoSA-brief-2-Migration-and-Covid19-policy.pdf>> accessed 29 July 2023.

336 For example, see FC Mukumbang, AN Ambe, BO Adebisi, 'Unspoken Inequality: How COVID-19 has Exacerbated Existing Vulnerabilities of Asylum-seekers, Refugees, and Undocumented Migrants in South Africa', *International Journal for Equity in Health* 19(141) (2020) <<https://doi.org/10.1186/s12939-020-01259-4>> accessed 29 July 2023.

337 South African Law Commission, *Issue Paper* 13 (1998) 1–132.

338 Statistics South Africa, Report No 03–10-02, 28–30. However, other reports indicate a higher number of approximately 62% if one considers UNICEF's Multiple Overlapping Analysis. See Statistics South Africa, *Child Poverty In South Africa: A Multiple Overlapping Deprivation Analysis* (Report No 03-10-22) (Pretoria 2020) xv, 14.

and there are significant differences across population groups.³³⁹ Although social grants provide a safety net for many families, Covid 19 has exacerbated children's poverty and frustrated the programmes aimed at their well-being. As a result, they are one of the groups most affected since the outbreak of the pandemic.³⁴⁰ The situation is even worse in the case of child migrants who do not have the safety net provided by the government through social grants. The 1996 Constitution, in conjunction with a modern Children's Act, constitutionalised and transformed parental responsibility for child welfare into a public focus on children's rights. However, the South African government has failed its children due to a lack of funding, a shortage of social workers and possibly a lack of political will.

One may argue that there can be only one way to ensure that children's rights are protected: relying on the law to protect them. They can effectively be protected when treated as individual subjects instead of linking their status with their parents. Recognising them as bearers of individual rights is constitutionally endorsed (s 28) and does not negate the concept of family. Furthermore, the mere fact that children 'cannot claim their rights for themselves' because of their immaturity 'is no reason for denying them rights'. Instead, institutions should be set up to monitor children's rights abuses and assist with enforcing their rights.³⁴¹

However, despite the strong focus on children's rights, they still fall through the cracks despite a sophisticated legal framework and intersectoral collaboration between state departments and private institutions. Moreover, the implementation of laws is hampered by a weakening government infrastructure, poverty, socio-economic issues and cultural diversity, to name but a few. We can ask whether the child-centred approach of the Constitution and the Children's Act is compatible with the communalism approach of customary law where the family and community contradict the idea of children in their own rights. It is a well-known phenomenon in traditional African communities that children's social grants are used for the general good of the family instead of the needs of an individual child. Other authors have argued, and we agree, that it might be more appropriate in the South African context to make a shift from an individualistic approach to child care to a more collec-

339 Black and coloured children are significantly poorer than children from other population groups; 57% and 47% respectively were poorer. Statistics South Africa, Report No 03–10-02, 32.

340 Statistics South Africa, Statistical Release PO318, 1, 13, 18, 48.

341 O O'Neill, 'Children's Rights and Children's Lives', *Ethics* 98 (1988) 445.

tive one.³⁴² Such a viewpoint would not be contrary to the ideals of family and community contained in *ubuntu* and expressed in the Children's Act, where it is stated in the preamble that

'the protection of children's rights leads to a corresponding improvement in the lives of other sections of the community because it is neither desirable nor possible to protect children's rights in isolation from their families and communities. [...] [and] it is necessary to effect changes to existing laws relating to children in order to afford them the necessary protection and assistance so that they can fully assume their responsibilities within the community as well as that the child, for the full and harmonious development of his or her personality, should grow up in a family environment and in an atmosphere of happiness, love and understanding.'

However, the noble aspirations of *ubuntu* and the Children's Act might not be enough to ensure that 'children's rights are respected, protected and fulfilled' to achieve the 'global security, sustainability, and human progress' called for in the *2030 Agenda for Sustainable Development*. Such a negative outlook is because of the sheer magnitude of poverty, health challenges and migration patterns that severely affect the well-being of people in South Africa. Overcoming these hurdles will take substantial financial and other support from the government, which in the aftermath of the coronavirus pandemic is even less probable. For now, the close relationship between the state and private institutions seems to be the most workable solution to protect our children, even though it is subject to a myriad of challenges and shortcomings.

342 J Schmid, 'Responding to the South African Child Welfare Crisis', *Canadian Social Work Review* 23 (2006) 120.

Part 4

Asia

Significance and Limitation of State Intervention into Family Relationships in Japan

Yuko Nishitani / Mika Aotake

I.	Introduction	637
II.	Measures in child abuse cases	638
	1. General remarks	638
	2. Measures by CGCs	640
	3. Family Court decree for removal or suspension of parental authority	645
	4. Role of private organizations	648
	5. Results	649
III.	Protection of children in family separation	649
	1. General remarks	649
	2. Supporting children after divorce.	653
	3. Access after family separation.	658
IV.	Challenges surrounding immigrant children.	662
	1. Social background	662
	2. School education	663
	3. Foreign workers and social welfare system	665
	4. Child abuse and CGCs	667
V.	Conclusion	668

I. Introduction

In Japan, the state traditionally abstains from intervening into family relationships and respects autonomy of the family, leaving room for self-determination of individuals. This characterizes the three-party relationship between the state, family, and individuals in various aspects of family life in Japan.¹

As a corollary, children, who deserve protection as a vulnerable party, do not sufficiently receive social services and are readily put in precarious situations. In child abuse cases, support by public institutions for children to enjoy a safe and healthy environment is insufficient. Nor is state intervention guaranteed for child care after divorce, particularly for payment of child support and exercise of access. As a result, single mothers often suffer from serious poverty and cannot properly raise their children. It is valuable to

1 M Shimoebisu, *Kazokuseisaku Kenkyu* [Research on Family Policy] (Tokyo 2021) 261–279; N Mizuno, ‘Dantai toshite no Kazoku’ [Family as an Entity], *Jurist* 112 (1998) 72–77.

create a support system by public institutions and let private organizations assist the government.

Furthermore, the government has not taken any specific measures to protect immigrant children. This is presumably due to lack of awareness about their needs, given that registered foreigners only make up 3.0% of the entire population² and reside in limited geographical areas in Japan. Yet, the number of foreign children in need of help is increasing, while public services are not satisfactory and support by NPOs or NGOs does not suffice. The Japanese government seeks to invite more foreign workers into the aging society with declining birth rates but has not yet properly conceived a long-term immigration policy, lacking in effective protection of foreign children.

The underlying paper explores the significance and limitation of state intervention into family relationships in Japan, focusing on possible interaction and cooperation between public institutions and private organizations. Characteristics of the Japanese family law are also highlighted in comparison to the Western legal system.

This study first considers protective measures in child abuse cases. After examining the role of the Child Guidance Center (CGC) (*jido sodansho*) that basically fulfills the same functions as the German *Jugendamt*, we analyze the removal and suspension of parental authority by the Family Courts. Second, to discuss child care after family separation, we delineate characteristics of the Japanese divorce law, before examining the interaction between the public and private sectors in areas of child support and access to the child. Third, we discuss problems relating to the protection of foreign children. To conclude, we provide an overview of the remaining issues to be settled in Japan.

II. Measures in child abuse cases

1. General remarks

In Japan, child abuse is becoming a major social problem.³ Child abuse cases, where children are injured or killed by parents or other caregivers, are attracting attention.

2 As of 2024, the entire population in Japan was 123,552,000, out of which only 3,768,977 were registered foreigners. Ministry of Internal Affairs and Communication (MIAC), Statistics Bureau, Population Census, available at <<https://www.stat.go.jp/english/data/kokusei/index.html>>; Ministry of Justice (MOJ) Immigration Services Agency <https://www.moj.go.jp/isa/policies/statistics/toukei_ichiran_touroku.html> accessed 30 October 2025.

3 Art 822 CC, which allowed parents to ‘discipline’ the child, was abolished in 2022. A new provision has been adopted in Art. 821 CC, which requires parents to respect the personality of

The definition of child abuse includes physical abuse (e.g., hitting, kicking, or beating), sexual abuse (e.g., sexual assault or showing sexual acts), neglect (e.g., locking up in the house, refusal of medical treatment), and psychological abuse (e.g., verbal threats, domestic violence in front of the child). In Japan, the CGC is tasked to consult parents, receive a notification of child abuse, undertake temporary custody, and place the child in a facility or foster care.

The CGC is established in each prefecture and designates a special city to operate under the supervision of the Ministry of Health, Labor and Welfare (MHLW). The total number of CGCs was 240, as of April 2025. The CGCs are expected to share tasks and cooperate with the local government.⁴ The CGC staff include local government officers, as well as qualified social workers and child psychologists. Due to budgetary restrictions, it is always a challenge to empower and qualify CGC staff members. To respond to the parents' and children's needs, the CGCs receive telephone calls by a toll-free number for 24 hours, 365 days a year, and give consultations about rearing, education, abuse, and any other issues about children. The CGCs have extensive tasks and may be contacted when, for example, children can no longer be taken care of at home due to the parents' death, illness, divorce, or abuse, have difficulties at school or developmental disorders, physical or psychological handicaps, and commit juvenile delinquency or misconduct. Parents concerned about child rearing or those aspiring to be foster parents can also contact the CGCs.

In child abuse cases, anyone who has noticed an incidence of abuse is obligated to inform the CGCs. In the past the CGCs as administrative bodies operated independently from the courts, but the legislature has been undertaking several statutory amendments to increase judicial involvement in child abuse cases. The CGCs are generally perceived as reliable and respectable in society even though their insufficient intervention, or possibly excessive intervention as in the case of single mothers, comes to light in certain cases.

Notably, the number of reported cases of child abuse has been rapidly increasing: 1,101 (1990), 2,722 (1995), 17,725 (2000), 34,472 (2005), 56,384 (2010), 103,286 (2015), 205,044 (2020) and 225,509 (2023). The informants

the child, consider the child's age and degree of maturity, and not to use physical punishment or take verbal or physical acts that have harmful effects on the child. For further details, see T Tobisawa, *Ichimon Itto Minpo to Kaisei: Oyakohosei no Minaoshi* [Q&A: Amendment to the CC: Reform on the Parent-Child Relationship] (Tokyo 2024) 127–129.

4 MHLW, Outline of the CGCs <<https://www.mhlw.go.jp/bunya/kodomo/dv11/01-01.html>> accessed 30 October 2025.

of child abuse are police (51.7%), neighbors or acquaintances (9.8%), family members or relatives (8.5%), and school (7.4%) (2023/24).⁵ This is presumably attributable not only to the actual increase of child abuse, but also its rising societal awareness for parents. The perpetrators of child abuse are mothers (48.7%), fathers (42.3%), male partners of the mother (5.0%), female partners of the father (0.4%) and others (3.6%) (2023/24).⁶ In 2023/24, the most common modality of child abuse was psychological abuse (59.8%), followed by physical abuse (22.9%), neglect (16.2%) and sexual abuse (1.1%).⁷ Every year since 2006 until 2025, about 50 children have died from tragic cases of abuse⁸ where children were beaten, lashed, tortured, scolded, verbally abused, and ultimately killed by the parents' abusive acts. These cases have continuously been reported in the media.⁹

2. Measures by CGCs

a) Statutory reform on the competence of CGCs

Since child abuse is becoming a serious social problem, the legislature undertook a series of statutory reforms. On 24 May 2000, the Child Abuse Prevention Act (CAPA)¹⁰ was promulgated, creating a legal framework to combat child abuse along with the Child Welfare Act (CWA).¹¹

Subsequently, the CAPA was amended in 2004 to define child abuse and extend the notification obligation to 'suspected' abuse.¹² Further in 2007, the CAPA was amended to allow the CGCs to summon parents and visit and inspect their residence with permission of the Family Court.¹³ It also allowed temporary custody or placement of the child in a facility or foster care in cases of 'risk' of abuse despite the parents' objection.¹⁴

5 Child and Families Agency (CFA), Notifications of Child Abuse at the CGCs in 2023/24 <https://www.cfa.go.jp/assets/contents/node/basic_page/field_ref_resources/a176de99-390e-4065-a7fb-fe569ab2450c/5fbbaa2e/20250327_policies_jidougyakutai_32.pdf> accessed 30 October 2025.

6 MHLW, Overview of Reported Cases of Welfare Administration in 2023/24 <<https://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/gyousei/232/dl/gaikyo.pdf>> accessed 30 October 2025.

7 CFA, Notifications (see n 5).

8 CFA, Examination of Fatal Child Abuse Cases <https://www.cfa.go.jp/councils/shingikai/gyakutai_boushi/hogojirei/21-houkoku/> accessed 29 October 2025.

9 The Yua case in March 2018 <<https://www.asahi.com/rensai/list.html?id=1026&msockid=0d8772d7647960e523ee618365ce6153>> and the Mia case in January 2019 <<https://digital.asahi.com/articles/ASSIS4QQQS1BUDCB00P.html>> accessed 30 October 2025; see also n 24.

10 Act No 82, 2000.

11 Act No 164, 1947.

12 Act No 30, 2004, arts 2, 4 and 6 CAPA; see also reform of CWA (2004 Act No 153).

13 Act No 73, 2007, arts 8–2 through arts 10–6, arts 11 and 12 CAPA.

14 Arts 12–2 through 12–4 CAPA.

The 2011 reform of the CWA extended the competence of the CGCs in child abuse cases, clarifying that the CGCs can take emergency measures and exercise parental authority against the parents' objection once the child is taken under temporary custody. The CGC director has further been entitled to file a petition in the Family Court for removal or suspension of parental authority.¹⁵

After a minor reform in 2016,¹⁶ the CWA and CAPA were reformed in 2017 to allow the Family Court to issue guidance for caregivers when the CGCs take protective measures.¹⁷ In 2019, the CWA and CAPA were again amended to explicitly prohibit parents from using physical punishment on their children for educational purposes. The CWA also provided the CGCs with professional staff members, including a certified lawyer.¹⁸ The CAPA further introduced a coordination system between the CGC and other administrative organizations dealing with domestic violence, and between the competent CGCs once the child moves from one jurisdiction to another.¹⁹

In 2022, a comprehensive reform of the CWA was carried out.²⁰ According to the new rules, the Family Court must be asked to order temporary custody to the CGCs for the sake of transparency and to overcome the parents' objection. The CGCs will also listen to the child's opinion in taking protective measures. The threshold age of children whose opinion will be heard is not fixed, but the appropriateness of hearing the child's view is determined on a case-by-case basis. In 2025, the CWA and CAPA were further amended.²¹ The CWA now requires the establishment of a municipal support agency for childcare workers and obliges nursery schools, daycares, kindergartens and relevant institutions, other than CGCs, to report child abuse cases. The CAPA further authorizes CGCs to prohibit parents from visiting or contacting their children placed under temporary custody in case of 'suspected' abuse.

Considering past incidences, where children seriously suffered and were even killed by their parents' abusive acts because the CGCs did not intervene early enough to take the children under temporary custody or prematurely returned the children home right after taking them under temporary custody, it remains to be seen whether and to what extent these reforms will improve the practice of public entities to tackle these problems and enhance child protection.

15 Act No 61, 2011, arts 33–2 and 33–7 CWA.

16 Act No 63, 2016.

17 Act No 69, 2017, art 28 CWA.

18 Act No 46, 2019, arts 47(3) and 12 CWA.

19 Arts 4(1) and 4(6) CAPA.

20 Act No 127, 2022, art 18–20-2 f, 33(3) and 33–3-3 CWA.

21 Act No 29, 2025, art 18–24 ff and 33–3-3 CAW, art 12(3) CAPA.

b) Problems of insufficient and excessive intervention by the CGCs

While the legislature has been struggling to strengthen protective measures, it is left to practice how effectively the black-letter rules can be implemented. Once the CGC receives a notification of committed or suspected child abuse, it can take the child under temporary custody if the allegation of child abuse is plausible and an intervention appears necessary. According to a survey, the number of temporary custody cases amounted to 47,453 in 2018, out of which 54.2% concerned child abuse cases. The total number was about 1.8 times as many as 26,532 cases in 2008.²²

In reality, the CGC often refrains from taking the child under temporary custody or releases the child soon after exercising temporary custody. The intervention by the CGC is generally not quick or effective enough.²³ The CGCs tend to opine that sufficient evidence of abuse has not yet been found. The CGCs are also afraid of deteriorating relationships with parents and believe the parents would not place the child in danger again after expressing regret for their maltreatment of the child. Yet, such a positive assessment has often turned out to be wrong and sometimes even led to the tragic death of the child.²⁴ Further difficulties lie in the insufficient manpower of the CGCs or lack of authority to take the initiative in supporting parents engaged in difficult childcare. The CGCs rarely have a chance to intervene before serious abuse occurs.²⁵

On the other hand, the CGCs are sometimes reported to have intervened excessively for being disproportionately suspicious of child abuse by single mothers. According to Tsuji, in one case, the CGC vigorously refused to release the child from temporary custody, while it turned out the single mother

22 MIAC, Administrative Evaluation Bureau, Report on the Actual Situation of Social Care for Children in Need of Protection (2020) 5 <https://www.soumu.go.jp/main_content/000723069.pdf> accessed 4 November 2025.

23 R Yamano, 'Jidosodansho wa Ima' [Current Situation of the CGCs] in H Asai (ed), *Kodomo no tamenô Jidosodansho* [The CGCs for Children] (Tokyo 2021) 16–51.

24 A three-year-old boy was killed by his mother's partner, who doused the boy with boiling water. The competent CGC had underestimated the risk and did not intervene properly. *Nikkei* newspaper (11 October 2021) <<https://www.nikkei.com/article/DGXZQOHC271220X20C21A9000000/>> accessed 4 November 2025. A five-year-old girl died from maltreatment by her mother and her partner, after being quickly released from temporary custody. *Asahi* newspaper (13 February 2022) <<https://www.asahi.com/articles/ASQ2D7X52Q2DPTIL00G.html>> accessed 4 November 2025.

25 T Kawaura, 'Jidosodansho to Gyakutai' [The CGCs and Child Abuse] in T Fujibayashi (ed), *Jidosodansho Kaikaku to Kyodo no Michinori* [Reform of the CGCs and Common Paths towards Cooperation] (Tokyo 2019) 37–71.

never abused the child. Similar biased views towards single mothers are common among police, as well as ‘civil servants’ (*minsei-iin*) appointed by the prefecture from a pool of local residents to provide services, support needy families, and assist children and elderly people in daily life.

Notably, Tsuji interviewed six single mothers who were falsely accused of abusing their children. They had the following in common: (i) All six single mothers were annoyed when CGC staff, police or civil servants paid visits to them to investigate child abuse. Three of the mothers lost clients and saw a decrease in income because their friends and neighbors pointed the finger at them. (ii) All six single mothers felt uncomfortable when child welfare workers and public health nurses said, ‘you must have a hard life as a single mother’, presupposing that single-mother families have potential problems. (iii) All six single mothers felt criticized for their parenting style and were suspected as perpetrators of maltreatment.²⁶

Such concerns about single mothers are not entirely ill-founded, as child abuse frequently occurs in single-mother households due to poverty, financial dependence on their male partner, or unstable mental state. Prejudice and excessive intervention by the CGCs can, however, readily exacerbate societal exclusion of single mothers and leave them without help.

Kadoma also reports a case²⁷ where a single mother found difficulty in bringing up her child, who was diagnosed with developmental disabilities. After she contacted a counseling organization to seek advice for raising her child, the CGC was informed of alleged abuse and put the child under temporary custody. The mother was informed of the temporary custody decision by a voicemail from CGC. The mother regretted the lack of communication and wished to have had a conversation with the CGC staff before the custody decision. Kadoma points out that the CGCs should carefully consider the feelings and circumstances of the parent when placing the child into temporary custody.

While the CGCs generally have the shortfalls of insufficient intervention, they tend to excessively interfere into single-mother families. The CGCs should seek cooperation with parents to support their child-rearing and take protective measures smoothly. Parents, whose children are unfairly taken

26 K Tsuji, ‘Jidogyakutai Risk toshitenno Boshikatei – Shakaiteki Haijo to Gender no Shiten kara’ [Single-Mother Family as a Risk of Child Abuse – From a Viewpoint of Social Exclusion and Gender], *Studies in Regional Science* 45(1) (2015) 61–71.

27 A Kadoma, ‘Kodomo ga Ichijihogo to natta Hahaoya no Keiken – Kosodate wo Tasukeru Taiwa e no Shisa –’ [Mothers’ Experiences of their Children taken under Temporary Custody – Hint for Dialogue to Support Childrearing], *Journal of Japan Society of Community Nursing* 23(3) (2020) 4–12.

away and placed under temporary custody by the CGCs, could theoretically institute court proceedings in administrative matters to challenge the validity of the measures taken by the CGCs. Unfortunately, this avenue is not efficient and often results in confirming the decisions taken by the administrative body. These drawbacks could be remedied by a proposed statutory amendment, aiming to ensure judicial involvement for the CGCs to undertake temporary custody. Moreover, monitoring activities by a third-party committee, as instituted by Akashi City, would further help control the appropriateness of the CGCs' intervention.

Temporary custody also has the flaw of depriving the child of their rights and freedom. Children under temporary custody are usually taken away from their personal belongings, including mobile phones, which means loss of communication with their friends, and they are not allowed to go to school.²⁸ All these settings are highly problematic from the viewpoint of children's rights. Without taking a child-centered position, the CGCs unduly disregard children's needs, wishes and opinions.

c) Third-party Committee of Akashi City

Akashi City is well-known for taking innovative measures to remedy the drawbacks of the CGC. The authors visited the Mayor of Akashi City then, Mr. Fusaho Izumi, and one of his staff – both licensed lawyers – and obtained invaluable information in 2021.

To respect children's rights, in April 2021, Akashi City established a third-party committee, which monitors the CGC activities of taking children under temporary custody due to alleged child abuse or for other reasons. The third-party committee becomes active upon the request of the child or parent. The committee members personally meet with children taken under temporary custody, listen to the children's views and arrange necessary measures for children's daily life. The committee consists of lawyers, former judges, and experienced CGC staff members, among others. Between April and August 2021, there were 23 interviews with children held in temporary custody. The committee has remarkable advantages both for children and their parents, as parents can seek confirmation that their acts do not constitute child abuse.

28 T Ishikura, 'Kodomo no Jinken to Ichijihogo' [Children's Rights and Temporary Custody] in Y Ono, M Ono (eds), *Jidogyakutai Taio to Kodomo no Iken Hyomeiken* [Measures against Child Abuse and Children's Right to Express their Opinion] (Tokyo 2019) 111–130.

The third-party committee of Akashi City was established after a tragic incident.²⁹ In August 2018, a two-month-old baby with a broken arm was put under temporary custody by the CGC for suspected child abuse by the mother. The mother explained that the baby hit his arm against the railing of the crib. It took 15 months before the Family Court ruled out child abuse and allowed the son to return home. Since then, the son has been living with his brother and his parents, but his speech is delayed and he is not yet accustomed to his father, while his parents ‘have been living desperately to take back the lost daily life’.

In September 2020, the mayor of Akashi City publicly apologized to the parents and established a third-party committee to prevent the recurrence of such incidents. The central government may consider the introduction of legal options under which the Family Court always examines the circumstances before issuing temporary custody orders for the CGC.

3. Family Court decree for removal or suspension of parental authority

Beside imposing administrative measures, the Family Courts play a role in restricting parental authority. As a matter of fact, the number of cases in which parental authority has been removed or suspended is limited even today.

a) Law prior to the 2011 reform

Prior to 2011, the Civil Code (CC) only allowed the removal of full parental authority.³⁰ The number of such petitions was limited to a few cases a year.³¹

29 Akashi City, ‘Announcement: Committee on the Protection of Children’s Rights’ <<https://www.city.akashi.lg.jp/documents/18030/12siryou2.pdf>>; see *Kobe* newspaper (23 March 2021) <<https://www.kobe-np.co.jp/news/sougou/202103/0014176020.shtml>> accessed 4 November 2025.

30 Ex-art 834 CC.

31 The number of newly received petitions for the removal of parental authority or patrimonial custody a year was 74 in 1985, 88 in 1999, and between 100 and 140 from 2000 to 2008. The number increased after the 2011 reform (see *infra* note 39) and reached 390 in 2020 and 422 in 2024, including petitions for the suspension of parental authority (See 2024 Judicial Statistics <<https://www.courts.go.jp/saikosai/vc-files/saikosai/toukei/toukei-pdf-12787.pdf>> accessed 30 October 2025) (see II-3-(2)). Notably, the ratio of Family Court decrees granting the petition is not high: 7 cases in 2003, 30 in 2004, 22 cases in 2005, 15 cases in 2006, 15 cases in 2007, 20 cases in 2008, and 160 cases in 2020, until it reached 382 in 2024. See also Supreme Court, Overview of Cases on Restriction of Parental Authority and Cases related to the CWA from 2018 until 2024 (annual surveys) <https://www.courts.go.jp/toukei_siryou/siryo/sinkens/eigen_jidouhukusihoujikengaikyoku/index.html> accessed 31 October 2025.

Historically, the CGCs tended to avoid confrontation with the parents. Also, the removal of parental authority could not be sought when there was no suitable guardian available. The determinations by the Family Court encountered hardships.³² The removal of parental authority is a heavy means to be employed, as it completely voids parental rights, is recorded in the family register, and damages the long-term relationship between the child and parents.³³ Even if an application for the removal of parental authority was made and granted, it risked excluding *de facto* the possibility of reuniting the child with the parents afterwards.³⁴ The statutory rules were double-edged, providing for too strict conditions with too far-reaching effects. The Family Court was, up to 2011, not explicitly entitled to take less intrusive measures, such as ordering medical treatment by substituting the parents' consent or determining a temporary or partial removal or suspension of parental authority.³⁵

Insofar as parents retained their parental authority, grandparents or other relatives could not exercise custody over the child without the parents' consent.³⁶ Nor could children, in the absence of the parents' approval, receive necessary medical treatment or sign an employment contract or apartment lease when seeking to be independent.³⁷ Further, it was not clear whether and to what extent the CGC director or foster parents could decide custody issues once the child was placed in a facility or foster care.³⁸ Whenever parents made unreasonable requests that ran counter to the child's interests, no effective countermeasures could be taken.

It was, therefore, recommended to change the rules on the removal of parental authority to clarify the relationship between the parents' rights and the competence of the CGC director or foster parents. Thus, the CC and other relevant statutes were amended in 2011 accordingly.

32 S Nakatani, 'Tokei de miru Kodomo Gyakutai no Jittai [Actual Situation of Child Abuse in light of the Statistics]' in S Takahashi (ed), *Kodomo Gyakutai: Kodomo eno Saidai no Jinken Shingai* [Child Abuse: The Most Serious Human Rights Violation towards Children] (Tokyo 2008) ('Child Abuse') 71–77.

33 H Kageyama, 'Horitsu wa Kodomo Gyakutai ni dou taisho suruka [How should Legal Measures be implemented to combat Child Abuse?]' in Takahashi (ed), *Child Abuse*, 198–199.

34 MOJ, Report of the Study Group on Parental Authority for Preventing Child Abuse (2010) 8–32 <<https://www.moj.go.jp/MINJI/minji191.html>> accessed 30 October 2025.

35 F Tokotani, 'Jidogyakutai no Horeki Taio' [Legal Measures against Child Abuse], *Hanrei Times* 1046 (2001) 88.

36 Art 766 CC entitles only parents to have legal custody over the child. The Supreme Court recently denied legal custody to the grandmother. Supreme Court, 29 March 2021, Minshu 75–3, 952.

37 MOJ, Report... (n 34), 5–7.

38 T Yoshida, 'Nihon niokeru Jidogyakutai no Hotekaitaio to Kadai [Legal Measures against Child Abuse and Challenges in Japan], *Kazoku – Shakai to Ho* 17 (2001) 31 and 36.

b) 2011 reform and current law

In the 2011 reform, the legislature introduced a new rule on the suspension of parental authority for up to two years and lowered the threshold for the Family Court's intervention.³⁹ It also made clear that the CGC director is entitled to file a petition for removal or suspension of parental authority and take necessary measures in the interests of the child placed under temporary custody or in foster care, to the exclusion of the parents' unreasonable requests.⁴⁰ Furthermore, the CGC director should intervene when nobody is exercising parental authority over the child put under temporary custody or entrusted to foster parents.⁴¹

Even after the 2011 amendment, however, the number of Family Court decrees ordering (or revoking) the removal or suspension of parental authority remains limited. According to the 2025 Judicial Statistics, in 2024, the total number of such Family Court decrees was only 298 per year, out of which 84 cases concerned the removal and 210 cases concerned the suspension of parental authority. Nor has the CGC director been active in filing such petitions in the Family Court.⁴² All the legislative reforms so far have not been effective, presumably due to the same difficulties encountered by the CGCs in intervening and by Family Courts in investigating and ascertaining child abuse.

c) Comparison to Germany

The limited number of removal or suspension of parental authority cases in Japan significantly contrasts with the situation in Germany. In 2024, juvenile authorities in Germany received a notification of possible child abuse in 197,759 cases. The juvenile authorities recognized extremely or potentially serious risk of child abuse in 39,774 and 34,902 cases, respectively (in total 74,676 cases), out of which 69,477 children were taken into custody. On the other hand, in 2023, while the juvenile authorities found serious risk of child abuse in 63,693 cases, they did not find risk for the child's best interests but granted the need of support in 68,980 cases and turned down any kind

³⁹ Act No 61, 2011, arts 834, 834–2 and 835 CC.

⁴⁰ Arts 33–2, 33–7 and 47 CWA; see also n 15.

⁴¹ For further details, see T Tobisawa, *Ichimon Itto Minpo to Kaisei: Jidogyakutaiboshi ni muketa Shinkenseido no Minaoshi* [Q&A: Amendment of the CC and others: Reform of the Legal Institutions of Parental Authority for the Prevention of Child Abuse] (Tokyo 2011) 21–27.

⁴² The number of petitions made by the CGC director was limited to 66 in 2024. Supreme Court, Overview ... (n 31).

of support in 79,022 cases.⁴³ The total number of reported cases of alleged abuse approximately corresponds to the number of notifications made to the CGCs in Japan.

In Germany, in about 20% of the above-mentioned 74,676 cases of serious risk of child abuse in 2024, a petition for entire or partial removal of parental responsibility was made to the Family Court. As a consequence, the Family Courts ordered the entire removal of parental responsibility in 7,359 cases, and a partial removal of parental responsibility in 7,773 cases in Germany,⁴⁴ whereas the number of corresponding cases was limited to 298 in Japan. This gap is striking, considering that the entire population of Germany is 83.5 million⁴⁵ but 123.8 million in Japan (2024).⁴⁶

In contrast to Japan, the German authority seems ready to intervene into family relationships, with a view to effectively protecting children, even though certain drawbacks in the German system have also been reported.⁴⁷

4. Role of private organizations

To complement insufficient administrative and judicial systems to combat child abuse, NPOs or NGOs may play a role. They can offer help tailored to the children's needs and support parents having difficulties in raising their children.

As the first private organizations, the Association for the Prevention of Child Abuse & Neglect⁴⁸ was established in Osaka in 1990, and the Center for Child Abuse Prevention⁴⁹ was established in Tokyo in 1991. Since then, many other NPOs have opened throughout Japan. These private organizations consist of professionals in the medical, health, welfare, legal, and educational fields. They are engaged in various activities, such as providing

43 Statistisches Bundesamt, 'Statistik der vorläufigen Schutzmaßnahmen – 2024' and 'Statistik über den Schutzauftrag bei Kindeswohlgefährdung – 2023' <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Kinderschutz/_inhalt.html#> accessed 31 October 2025.

44 Statistisches Bundesamt, 'Maßnahmen des Familiengerichts für Kinder und Jugendliche 2024' <<https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Adoptionen/Tabellen/entzug-elterlichen-sorge.html?nn=446512>> accessed 31 October 2025.

45 See Statistisches Bundesamt, 'Bevölkerungsstand 2024' <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/_inhalt.html#sprg233540> accessed 31 October 2025.

46 Statistics Bureau of Japan, 'Current Population Estimates as of October 1, 2024' <<https://www.stat.go.jp/english/data/jinsui/2024np/index.html>> accessed 31 October 2025.

47 Helms/Schneider, Germany, 221 ff.

48 <<http://www.apca.jp/>> accessed 1 November 2025.

49 <<https://www.ccap.or.jp/>> accessed 1 November 2025.

counseling over the phone for abused children or parents desperate with child-rearing, providing legal advice for abused children or abusive parents, and organizing workshops to combat child abuse.⁵⁰

In some prefectures, private organizations cooperated with the local government to prevent child abuse and discover child abuse at an early stage and take necessary steps to prevent further child abuse once it occurred. In 2004, 23 private organizations fighting child abuse established the Japan Child Abuse Prevention Citizen Network to exchange their know-how and facilitate cooperation.⁵¹ As of November 2025, 43 private organizations have joined this network in Japan.⁵²

5. Results

Japan faces remaining issues concerning child abuse prevention. First, since parents are the most likely abusers, public institutions should provide necessary support for childcare, especially for single mothers. Second, despite legislative reforms, the intervention of the CGCs is not effective enough. An appropriate, quick, and timely intervention of the CGCs should be guaranteed. Third, to complement the functions of public bodies, there should be more NGOs or NPOs subsidized by the government. Fourth, to facilitate the restriction of parental authority and empower the CGCs, the current practice of the CGCs and Family Courts needs to be changed, possibly with further statutory reforms, with a focus on guaranteeing state intervention where necessary.

III. Protection of children in family separation

1. General remarks

The lack of state intervention is also remarkable in the case of family separation and divorce. Rooted in Japanese tradition, the state refrains from intervening in family affairs, as the state respects the autonomy of the family and its individual members and leaves family affairs to their decisions. The family law system is principally built upon this conventional idea even today. In the absence of adequate intervention by the state, however, vulnerable parties, particularly women and children, are not properly protected.

50 Children and Families Agency, Basic Items on Measures against Child Abuse <<https://www.cfa.go.jp/policies/jidougyakutai/>> accessed 1 November 2025.

51 <<http://www.jcapnet.jp/>> accessed 1 November 2025.

52 <<http://www.jcapnet.jp/list>> accessed 1 November 2025.

Notably, in contrast to Western countries, family law in Japan is bound to the institution of marriage. Since marriage constitutes the foundation of the family law system, a married man and woman, together with their unmarried children, bear the same family name and are registered in the family register together.⁵³ The status of legitimate and illegitimate children is still distinguished, although the scope of their rights including the portion of inheritance has been equated.⁵⁴ Prior to the 2024 CC amendment, parental authority was shared between the parents, only insofar as they were married. After divorce, either the father or the mother obtained sole parental authority.⁵⁵ Marriage consists of a heterosexual relationship between a man and a woman, and there is no legal protection for same-sex couples.⁵⁶

At the same time, the wife and children as the weaker parties are not sufficiently protected in Japan because the state usually refrains from intervening and exercising control over family affairs. The crucial decisions are largely

53 Art 750 CC. At least 96% of wives choose the name of their husband as their common surname, so women lose their identity and suffer from disadvantages in their daily life and professional life. Influential academic opinions consider art 750 CC as unconstitutional for violating gender equality and the personality rights of individuals (I Takizawa, *Sentakuteki Fufubetsu-Ujisei* [A System of Optional Separate Conjugal Names] (Tokyo 2016) 102–105; M Tsujimura, *Kenpo to Kazoku* [Constitution and Family] (Tokyo 2016) 137–140). Majority of the Supreme Court Justices, however, held art 750 CC for constitutional in its recent Grand Chamber decisions of 16 December 2015 (Minshu 69–8, 2586) and 23 June 2021 (Saibanshojiho 1770, 3); see G Koziol, ‘Befristetes Wiederverheiratsverbot für Frauen und Verbot der Führung getrennter Nachnamen für Ehepartner. Zu zwei neuen verfassungsrechtlichen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Japan’, *ZJapanR/Japan.L.* 43 (2017) 63–72.

54 The entire family system has been bound to the institution of marriage under the old Civil Code of 1898 based on the patriarchal ‘house’ system, as well the post-war reform of the Civil Code grounded on gender equality and dignity of individuals pursuant to the 1947 Constitution. See Y Nishitani, ‘Kindschaftsrecht in Japan — Geschichte, Gegenwart und Zukunft —’, *ZJapanR/Japan.L.* 37 (2014) 77–108; Y Nishitani, ‘Familienrecht in Ostasien — Tradition und Moderne in Japan und der Republik Korea’ in N Witzleb et al (eds), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag* (Tübingen 2014) 1179–1200; Y Nishitani, ‘Reformüberlegungen zum japanischen Familienrecht’ in M Gebauer, S Huber (eds), *Gestaltungsfreiheit im Familienrecht* (Tübingen 2017) 103–133; Y Nishitani, ‘Family Law in East Asia: A Comparative Perspective’, *Libro Homenaje Al Profesor Eugenio Hernández-Bretón* 3 (2019) 2377–2408 (‘East Asia’); A Minamikata, *Family and Succession Law in Japan* (Alphen aan den Rijn 2020) 71–83 (‘Japan’); S Ninomiya, *Kazokuho* [Family Law] (Tokyo 2019) 32–74; F Tsuneoka, *Kazokuho* (Tokyo 2020) 41–77.

55 Act No 33, 2024, art 818(2) and 819(1)(5) (see n 66).

56 Notably, recent High Court decisions (*inter alia*, Tokyo High Court, 30 June 2024, available at <<https://www.courts.go.jp/assets/hanrei/hanrei-pdf-93565.pdf>> accessed 2 November 2025) held the CC as unconstitutional, as it restricts benefits of marriage to heterosexual couples. It is anxiously awaited how the Supreme Court decides. For further details, see Y Nishitani, ‘Protection of Same-Sex Couples in Cross-Border Legal Relationships’, in B Moron-Puech, T Saito (eds), *Droits humains des minorités sexuelles, sexuelles et genres – Regards franco-japonais* (Société de législation comparée 2025) 193–214.

left to the autonomy of the spouses, which can readily compromise the position of the weaker party. First, the statutory matrimonial property regime is the separation of assets.⁵⁷ A deviating prenuptial agreement is almost never concluded in Japan. The wife often takes responsibility for household chores and childcare without obtaining independent earnings. Even if a wife takes a job, a woman's average wage is much lower than that of a man, also in comparison to the other Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) countries.⁵⁸ Therefore, women generally have considerable economic disadvantages as compared to their husbands. This gap is not duly eliminated by the division of assets at divorce⁵⁹ and there is no post-marital spousal maintenance. Consequently, divorced single mothers frequently encounter difficulties in their life and suffer from poverty.

Second, Japanese law provides for four types of divorce: consensual divorce, divorce by Family Court conciliation, decree, or judgment. Consensual divorce is most frequently used and constitutes 87.5% of all divorce cases in Japan (2024).⁶⁰ Consensual divorce is carried out by the parties' agreement by simply filling out and submitting a divorce form to the family registry office of the municipality. The officers are not entitled to conduct investigations, so it remains unexamined whether spouses have agreed to divorce and whether their decision on parental authority, division of assets, child support and access is appropriate. The state does not intervene, prioritizing private autonomy both on divorce and its consequences. The absence of state control, however, readily results in unpaid child support and lack of access to the child after divorce.⁶¹

⁵⁷ Art 762 CC.

⁵⁸ As of 2023, the wage gap between men and women was 22.04% in Japan, while the OECD average was 11.00%. See <<https://data.oecd.org/earnwage/gender-wage-gap.htm>> accessed 2 November 2025. In Japan, as for the time spent on household work and childrearing, in 2021 wives spent 7 hours and 28 minutes per day and husbands spent 1 hour and 54 minutes. See Cabinet Office, 'Statistics Today No. 190' <<https://www.stat.go.jp/info/today/pdf/190.pdf>> accessed 2 November 2025.

⁵⁹ Art 768 CC. According to the MOJ survey of April 2021, 62.7% of spouses did not agree on the division of assets at divorce <<https://www.moj.go.jp/content/001346485.pdf>> accessed 4 November 2025.

⁶⁰ Art 763 CC. In 2024, of all the divorce cases (185,904), consensual divorce constituted 87.5%, divorce by Family Court conciliation 7.7%, divorce by Family Court decree 2.5%, divorce by judicial settlement 1.3%, and divorce by Family Court judgment 1.0%. See MHLW, Population Census – Divorce (2024) <<https://www.e-stat.go.jp/stat-search/files?page=1&toukei=00450011>> accessed 2 November 2025.

⁶¹ Nishitani, 'Family Law in East Asia...', 2391–2400; also Minamikata, *Family and Succession Law...*, 86–100; Ninomiya, *Kazokuho*, 76–82; Tsuneoka, *Kazokuho*, 91–98; N Mizuno, 'Die rechtliche Regelung der Ehescheidung in Japan', *ZJapanRJ.Japan.L.* 7 (1999) 120–138.

Third, while either the father or the mother obtains sole parental authority at the time of divorce to date, it is mostly the mother who is appointed.⁶² The idea of sole parental authority is based on the “clean-break” principle for dissolution of marriage. It was thought generally in the best interests of the child to uphold their relationship with and receive support from the non-custodial parent, as provided for in the CRC.⁶³

On 8 July 2020, the European Parliament adopted a notable resolution, urging Japan to implement legislative reform to ensure access to the child and allow joint custody after divorce.⁶⁴ Authors in Japan increasingly endorsed joint parental responsibility after divorce.⁶⁵ Ultimately, the CC was reformed in 2024 accordingly, allowing both parents to retain parental responsibility after divorce.⁶⁶ The new statutory rules do not provide for an automatic continuation or default rule of joint parental responsibility, but leave it primarily to the agreement of parents and, in case of their disputes, to the Family Courts to determine whether to grant parental responsibility to both parents or only one of them after divorce. During the reform discussion, there were vigorously opposing views against such a reform, considering that joint parental responsibility after divorce would complicate or even put the life of single mother and children at risk in high-conflict, domestic violence cases, as it would allow the father to continuously interfere into their daily life.⁶⁷ It remains to be seen whether a fair balance could be struck between children’s rights, welfare and safety, and parents’ rights and obligations.

There are two issues that are crucial for child protection after divorce: the recovery of child support and the exercise of access.

62 In 2024, out of 16,859 cases of divorce by Family Court conciliation or decree, mothers obtained sole parental authority in 15,780 cases, ie, 93.6% of all cases. See the 2024 Judicial Statistics (n 31).

63 Arts 9(3) and 10(2) CRC provides for the children’s right to maintain on a regular basis personal relations and direct contacts with both parents.

64 <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0182_EN.html> accessed 2 November 2025.

65 For academic opinions in support of joint parental authority after divorce, see eg T Inagaki, ‘Rikongo no Kyodoshinken no Gutaika nimukete’ [Towards the Realization of Joint Parental Authority after Divorce] in S Ninomiya (ed), *Gendai Kazokubo Koza* [The Current System of Family Law], 3 (Tokyo 2021) 237; R Yamaguchi, *Nichibei Shinkenbo no Hikakukenkkyu* [Comparative Study on Parental Authority between Japan and the US] (Tokyo 2021) 336.

66 Act No 33, 2024, art 819 CC (entry into force: 1 April 2026).

67 Eg S Kimura, ‘Rikongo Kyodoshinken to Kenpo’ [Joint Parental Authority after Divorce and the Constitution of Japan] in S Kajimura et al (eds), *Rikongo no Kyodoshinken towa nanika* [What is Joint Parental Authority after Divorce] (Tokyo 2019) 26; K Hasegawa, ‘Ebidensu wa Kyodo kara Anzen e Yoikuhosei no Mokuhyo no Tenkan wo Shiji shiteru’ [Evidence supports the Transposition of Legal Policy on Custody from Joint Parental Authority to Safety], *Koseki* 999 (2021) 15.

2. Supporting children after divorce

a) Payment of child support

In legal terms, the parent, who has lost parental authority at divorce, continues to be liable for child support. Yet, according to a Child and Families Agency (CFA) survey of 2021, only 46.7% of single mothers have agreed with the non-custodial parent on child support at divorce, and 28.1% of single mothers continue to receive child support.⁶⁸ The annual income of single mothers is 2.72 million JPY (17,680 USD) on average. It is considerably lower than that of single fathers, which amounts to 5.18 million JPY (about 33,679 USD) due to the discriminatory wage gap.⁶⁹

In case of non-payment, the custodial parent can petition the Family Court for a child support order. Once it is granted, compulsory execution is available. Since 2003, the Civil Execution Act (CEA) allows a one-time direct compulsory execution for recurring periodic payments (e.g., attachment of salary).⁷⁰ Moreover, since 2019, the CEA facilitates disclosure of property, so the obligee can obtain information on the obligor's assets like salary and bank accounts.⁷¹ From 2024, the amended Act on Alternative Dispute Resolution (ADR Act) will allow, upon parties' agreement, the execution of particular settlement agreements resulting from mediation conducted by authorized ADR institutions also for maintenance obligations.⁷² The above-mentioned 2024 reform of the CC further introduced statutory standards for child support to facilitate its recovery (Art 766-3 CC).

68 See CFA, Policy and Institutions for Single Parent Families 2024, <https://www.gender.go.jp/kaigi/senmon/keikaku_kanshi/siryu/pdf/ka34-4.pdf> accessed 2 November 2025. According to this report, the relative poverty rate of children aged 0 to 17 reached 11.5% in 2021.

69 See n 68. While most single parents have a job, Japan is the only example among 31 OECD countries where working single-parent households experience a higher poverty rate than non-working single-parent households. This is because single mothers earn much less than male workers due to notable gender gaps. See also M Shimoebisu, 'Rikon-go no Ko no Yoiku-hi (kango hiyo) – Kodomo no Seikatsuhosho no Kanten kara' [Child Support (Costs of Child Custody) after Divorce from a Viewpoint of Maintaining the Child's Living Standard] in S Ninomiya (ed), *Gendai Kazokuhō Koza* [The Current System of Family Law], vol 2 (Tokyo 2021) 281–283.

70 Act No 134, 2003, art 151–2 CEA. Since 2004, indirect compulsory execution by money order is also allowed (2004 Act No 152). For further details, see Y Nishitani, 'The HCCH's development in the Asia-Pacific region' in T John, R Gulati, B Köhler (eds), *Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law* (Cheltenham 2020) 71.

71 Act No 2, 2019, art 196–211. CEA. For further details, see M Uchino, J Kenmotsu (eds), *Reiwa Gannen Kaisei Minji Shikō Hōsei no Hōrei Kaisetsu/Un-yō Jitsumu* [Commentary on New Rules following the 2019 Amendment of the Civil Execution Act and their Practical Implementation] (Tokyo 2021) 7–40.

72 Act No 17, 2023, art 27–2 and 27–3 ADR Act.

Despite the refinement of procedural and substantive rules, the recovery of child support is seldom enforced, presumably on the following grounds: (i) high percentage of consensual divorce, whereby the spouses often do not arrange the payment of child support; (ii) insufficient substantive law rules to determine the extent of child support; (iii) fear of single mothers to be in touch with violent fathers; (iv) lack of societal consciousness about children's need for financial support; and (v) the prevailing societal perception that divorce terminates family relationships. In fact, poverty of children in single-mother families is a pressing social problem, particularly after the spread of COVID-19. It is crucial to secure the payment of child support, given that private maintenance has priority over public assistance ('subsidiarity of public assistance').⁷³

Notably, there is currently no uniform advance payment system by the administration to cover unpaid child support. It would be desirable to establish an advance support payment system for the child and exercise the right of recourse against the obligor to collect money.

b) Social security benefits

Among the social security benefits in the sense of financial support provided in Japan, 'public assistance' is available for single-parent families, who cannot earn an income and suffer from poverty. It aims to guarantee income for citizens in urgent need and enhance their independence. The competent authority is the Social Welfare Office of the municipality.⁷⁴ Public assistance can only be claimed for lack of private family maintenance.⁷⁵

Social security benefits also constitute 'child allowance' and 'child support allowance'. The child allowance is 15,000 JPY (about 97.5 USD) per month for each child under the age of 3, and 10,000 JPY (about 65.0 USD) for each child between the age of 3 and 18.⁷⁶ The child support allowance is up to 46,690 JPY (about 303.5 USD) per month for each child under the age of 18, whereby the amount varies subject to the parents' income.⁷⁷

73 Public Assistance Act (Act No 144, 1950). Once public assistance is provided, the administration may recover all or a part of the payment from the obligor (art 77(1)). In practice, however, the administration generally does not collect money from the obligor.

74 The MHLW website <https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/hukushi_kaigo/seikatsuhogo/seikatuuhogo/index.html> accessed 2 November 2025.

75 Art 4(1) Public Assistance Act.

76 The amount is raised to 30,000 JPY (about 195 USD) from the third child on.

77 The upper limit of the amount for each child is reduced to 11,030 JPY (about 71.7 USD) from the second child on.

Notably, the threshold of receiving public assistance is high, while child allowance and child support allowance are insufficient to cover children's costs of living.

Initially, many applications for public assistance are simply turned down. This is because the Social Welfare Office has broad discretion and conducts a strict selection,⁷⁸ aiming to limit the number of recipients and reduce their workload. Single mothers often had abhorrent experiences when applying for public assistance, as social welfare officers offended them with distasteful words. In one case, the officer looked at a young single mother from top to bottom and suggested that she work in the sex industry. Most caseworkers are elder men and regularly visit single mothers in the evening at home. To circumvent such unpleasant gestures, many single mothers refrain from filing an application. Furthermore, in rural areas, everybody knows each other, relatives and neighbors are acquainted, and rumors spread quickly. Recipients of public assistance are easily identified, condemned, and discriminated against. Due to societal pressure, many parents do not apply for public assistance.

Second, there are loopholes in the current social security system. Recipients of social services are not exempt from tax payment. Moreover, child allowance and child support allowance are provided only for children under 18. These social security payments are no longer available when children attend university at the age 18, whereas the tuition and admission fees are high⁷⁹ and expected to be paid before entering the university and receiving a scholarship. Under COVID-19, students from single-mother families faced a tough life because of a lack of part-time jobs. Scholarships are only provided as a loan. This system is grounded on the idea of self-responsibility, instead of the state building the next generation through proper education.⁸⁰ The government ought to develop a policy to ensure that single mothers enter the labor market and receive appropriate social services.⁸¹ Financial support for children is not only a measure for combating poverty, but also an obligation of the state as a party to the CRC.⁸²

78 MHLW, 'Statistics on Public Assistance 2023' <<https://www.mhlw.go.jp/wp/hakusyo/kousei/22-2/kousei-data/siryu/sh0800.html>> accessed 2 November 2025. These statistics indicate that the number of recipients of public assistance remained high since 2015.

79 At present, university tuition is 535,800 JPY [about 3,482.7 USD] a year for state universities and is much higher for private universities.

80 The information is based on an interview conducted at Shinmama (see III-2-(4)).

81 Nishitani, 'Family Law in East Asia...', 2400.

82 Art 27(4) CRC.

c) Akashi City's measures

To remedy the dysfunctional system, Akashi City has taken innovative measures. First, since the family registry office is administered by the municipality, Akashi City instructs the officers to encourage parties at consensual divorce to make an agreement on the division of assets, child support and access to the child. For this purpose, the administration prepares child support and access forms after the models overseas and attaches them to divorce forms or distributes them when receiving an application for child support allowance or providing legal advice. Presumably, thanks to these efforts, the percentage of parents making an agreement on child support in Akashi City is 10% higher than the average rate in Japan. Similar measures have been taken over by other local governments, such as Shizuoka City, Hamamatsu City, Takamatsu City and Kita-Kyushu City.

Second, while there is no uniform national advance payment system, Akashi City has instituted its own system to cover unpaid child support for one month and later extended the period and amount to three months up to 50,000 JPY (325 USD).⁸³ The Mayor of Akashi City then, Mr. Fusaho Izumi, mentioned in our interview in 2021 that he originally encountered strong opposition when he openly discussed this idea. However, it is now largely supported by the citizens. In his view, the costs are minimal and do not affect the budget of the city. So far, the city has been able to collect support payments from the non-custodial parent in 7 out of 15 cases. The involvement of the city indirectly enhances a voluntary payment by the obligor.

It was mentioned in our interview in 2021 that the great achievement of Akashi City was supported by an aggressive recruitment of qualified staff members, including 12 full-time licensed lawyers. This was unprecedented among local governments in Japan and could be used as a model for others.

d) The role of private organizations

To understand the current problems surrounding poverty of single-mother families, the authors interviewed the representative of an active NPO in Osaka in 2021, 'Osaka Single Mothers Support Group' (hereinafter 'Shinmama'),⁸⁴ Ms. Junko Terauchi.

Shinmama was established in May 2015 and supports about 400 single mothers and their children. It undertakes various activities, such as pro-

83 Akashi City, 'Child Support Advance Payment' <https://www.city.akashi.lg.jp/seisaku/soudan_shitsu/kodomo-kyoiku/youikushien/tatekaesien.html> accessed 4 November 2025.

84 <<https://shinmama-osaka.com>> accessed 4 November 2025.

viding food, entertainment (traveling and hiking), lectures for mothers, accommodation for eating and sleeping, collaborating with lawyers and other professionals, and sending newsletters to patrons. As of 2021, Shinmama was funded by donations from 430 patrons, as well as subsidies from the Welfare and Medical Service Agency,⁸⁵ the Nippon Foundation,⁸⁶ and other organizations, totaling 15 million JPY a year (97,500 USD).

During the COVID-19 crisis, the number of needy single mothers rapidly increased, therefore Shinmama's activities were concentrated on providing food. As of 2021, Shinmama dispatched 170 packages with foods (rice, bread, dried seaweed, milk, potatoes, etc.), as well as stationery, books, clothes, and daily necessities (toilet paper, sanitary napkins, etc.). While the organization used to provide four families a month with such a package in 2016, it supplied 60 families a month in February 2020, reaching its limit of 170 families in October 2021.

Shinmama was also engaged in counseling services for children with mental disorders and mothers contemplating divorce. The government does not provide pre-divorce counseling, so officers at municipal offices, when asked for advice, often do not listen, or try to circumvent responsibility and persuade the mothers not to divorce. Shinmama, therefore, takes over the task. Strikingly, Ms. Terauchi mentioned that mothers often do not recognize domestic violence. Although women are subject to verbal or physical violence or economic harassment, they often think the husband is doing it for their sake. Shinmama usually recommends that the woman first report the violence to police and then file for divorce, considering that divorce is always better than a marriage under domestic violence. Ms. Terauchi also supports single mothers in applying for public assistance, which is often successful due to her confidential relationship with the officers.

Other than Shinmama, there are many other comparable private organizations that support single mothers in Japan. One of them is 'Single Mothers Forum',⁸⁷ established in 1980, which has become an NPO since 2002. Its main activities consist of counseling for single mothers by e-mail or telephone, helping their job search or acquiring online certificates, offering one-time payment at children's school enrollment, and organizing parties.

85 <<https://www.wam.go.jp/hp/english-tabid-90/>> accessed 4 November 2025.

86 <<https://www.nippon-foundation.or.jp/en>> accessed 4 November 2025.

87 See <<https://www.single-mama.com/>> accessed 4 November 2025.

3. Access after family separation

a) General remarks

Access to the child is often not agreed upon at consensual divorce. According to a 2021 survey, 29.0% of parents did not arrange access at divorce, and among parents who agreed on access, 21.3% of them have not exercised access at all.⁸⁸ As a result, the child easily loses contact with the non-custodial parent after divorce.

It was not until the 2011 reform that the CC granted access as one of the custody measures. The legislature, however, refrained from defining access as a 'right' of the child or parents or both,⁸⁹ given that academic opinions were still divided on this point.⁹⁰ This makes judges cautious in granting access. Although access can theoretically be ordered by Family Court decree, the judge often refuses it in high-conflict cases to avoid friction between parents.⁹¹

Pursuant to case law, once an access order is rendered and details the modality of access, such as the date and place, the non-custodial parent can request from the Family Court a performance of recommendation or indirect execution in the form of a money order, when the custodial parent hinders access to the child.⁹² Yet, standard visitations in Japan take place only once a month for a couple of hours.⁹³ It is doubtful this suffices for the non-custodial parent to maintain a close relationship with the child. In contrast, access in Western countries usually consists of an overnight stay during the alternate weekend and spending half of long vacations with the noncustodial parent, seeking to split the time between the parents as equally as possible.⁹⁴

88 MOJ, Summary of the Results of the Survey on Actual Situation of Consensual Divorce, 38 f <<https://www.moj.go.jp/content/001346482.pdf>> accessed 4 November 2025.

89 See, Tobisawa, *Ichimon Itto Minpo...*, 12. Notably, in 2020 the Tokyo High Court declared that access is not a constitutionally guaranteed right (Tokyo High Court, 13 August 2020, Hanrei Jiho 2485, 27) and appeal to the Supreme Court was dismissed.

90 For a supportive opinion, see M Tanamura, *Menkaikoryu to Yoikubi no Jitsumu to Tenbo* [Practice and Perspective of Access and Child Support] (Tokyo 2017) 13–14. For an opposing view regarding access only as a procedural custody measure, see T Kajimura, *Saibanrei kara mita Menkaikoryu Chotei, Shinpan no Jitsumu* [Practice of Access by Conciliation and Decree of Family Court from the viewpoint of judicial precedent] (Tokyo 2020) 3–4.

91 Recently, direct contact was denied on the grounds that the custodial parent and children were afraid of the non-custodial parent. Osaka High Court, 20 November 2019, Katei no Ho to Saiban 34, 87; Nara Family Court, 18 September 2020, Hanrei Jiho 2495, 88.

92 Supreme Court, 28 March 2013, Minshu 67–3, 864.

93 Kajimura, *Saibanrei kara mita...*, 263–265.

94 For further details, see Y Nishitani, 'Access to the Child in Cross-Border Family Separation', *ZJapanRJ/Japan.L.* 52 (2021) 62–84.

b) Family Court measures

As judicial proceedings, the Family Courts in Japan conduct conciliation and pronounce decrees as non-contentious family matters and render judgment in personal status litigation as contentious matters. In Family Court proceedings in non-contentious matters, probation officers carry out necessary investigations by interviewing the parties and the child or visiting them at home, kindergarten or school. Part-time conciliation commissioners sit in in-court conciliation as a pair of one male and one female mediators.

Beside conducting judicial proceedings, the Family Courts recently started to provide services for 'parental guidance', to support parents with children during the process of divorce. To further research on this point, the authors interviewed two probation officers at the Osaka Family Court in 2021.

In the practice of the Osaka Family Court, parental guidance takes place on a separate day prior to the in-court conciliation, aiming to help parents understand the importance of cooperation after divorce and provide insights on how children facing family separation usually feel. The Osaka Family Court has offered parental guidance individually since 2006 and in a group since 2016. As of 2021, the court held four monthly 90-minute seminars for fathers, and four monthly seminars for mothers. During the seminar, parents watched a video showing how children feel and what support they need and listened to a lecture by a probation officer to learn how to interact with children depending on their age.

The percentage of parents who take parental guidance was 30.9% in 2018, 26.4% in 2019, 11.6% in 2020, 18.1% in 2021. The rate has decreased not for lack of interest, but solely to reduce the seminar room's capacity due to COVID-19. Other parents, who were hindered from attending the seminar, were often willing to watch videos on the Supreme Court website prior to court proceedings.

The parental guidance is greatly welcomed, as it enables parents to distinguish between their horizontal marital problems and the vertical parent-child relationship. The participating parents frequently become cooperative during in-court conciliation and willingly agree to visitations. It is the advantage of the Family Courts, beside rendering judicial decisions, to support parents and children to help them maintain contact after divorce.

Regrettably, the Family Courts cannot intervene into the exercise of access *suo moto* after judicial proceedings have been completed. In case of non-compliance of an access order by the custodial parent, the Family Court can, upon request, issue a performance recommendation, order indirect execution, change conditions of access, or switch custody to the friendly parent. Yet, the

available measures depend on the non-custodial parent's applications and are often ineffective. The Family Courts in Japan, unlike in Germany, do not retain jurisdiction to make a decision *ex officio*. Nor are the Family Courts in Japan, in contrast to the U.S. or Australia, provided with a system of long-term review by the judge until the child reaches the age of majority. In this respect, local governments, as well as NPOs and NGOs may be expected to play a complementary role in assisting with access to the child in Japan.⁹⁵

c) Measures by Akashi City

The authors were informed through an interview in 2021 that Akashi City has taken innovative measures in this respect. The municipality encourages parents to agree on access at consensual divorce and assists them in implementing access. In high-conflict cases, parents are usually not able to communicate with each other. Thus, Akashi City officers act as a third party and arrange the time and place and delivery of the child to the non-custodial parent, ensuring the parents do not see each other in the exchange for visitations. As venues of access, the City Hall and Municipal Planetarium are made available. Akashi City has so far arranged access in 250 cases, involving 42 children from 16 families, between 2016 and 2021. As of November 2021, there were 30 children from 18 families whose access was monitored and supported by the city.

Taking over the Akashi model, some other local governments started to assist parents in accessing the help of NGOs, particularly the Family Problems Information Center (FPIC). The FPIC currently sends advisors to local governments, such as Osaka Prefecture, Amagasaki City, Settsu City, Kadoma City, and Ikeda City in the region. This is a notable collaboration between local governments and private organizations. While Akashi City receives advisors from the FPIC, it is the only local government to date that uses its own officers to assist parents in exercising access.

d) Access assistance by private organizations

Given the limitations of the judicial and administrative authorities, NPOs and NGOs may play a complementary role in facilitating access. This is particularly the case with the FPIC.

The FPIC was founded in March 1993 by former family court probation officers and took its current form in June 2011. The FPIC is engaged in various activities, such as consultation in family and child care, assistance of access,

95 Nishitani, 'Access to the Child...', 74–81.

out-of-court mediation as alternative dispute resolution (ADR), attending compulsory execution by a bailiff to hand over the child, sending advisors to local governments, and research and publication of journals on family problems. The FPIC has its principal office in Tokyo and 10 branches in Japan.

The authors interviewed the president of the FPIC Osaka and obtained invaluable information in 2021. The FPIC Osaka has 100 members, who all do their work pro bono. The members are mainly retired family court probation officers, judges, and academics. The FPIC Osaka has, beside consultation rooms, two rooms monitored by cameras, where the non-custodial parent can meet with the child under the supervision of FPIC staff.

The number of consultation cases is usually between 300 and 400 a year at the FPIC Osaka. At least 95% of the persons seeking advice are wives. More than 90% of consultation cases concern marital relationships or divorce, child support and access.

As for the exercise of access, the FPIC Osaka generally supports between 160 and 180 non-custodial parents a year. Upon receiving an application, the FPIC interviews both parents. When the application is approved, one male and one female staff member discuss with the parents the most feasible way of assisting with access. To assuage the custodial parent during visitations, a staff member observes and explains how the visitation with the non-custodial parent is proceeding by watching the visit on a monitor in a waiting room. The FPIC assists the exercise of access for one year, which is renewable. While the FPIC provides excellent services, the cost could be a hindrance for certain families. Beside the fee for pre-access consultation (5,000 JPY [32.5 USD] per hour), each session for accompanied access costs between 15,000 and 25,000 JPY (between 97.5 and 162.5 USD), assistance in the exchange for visitations is between 10,000 and 15,000 JPY (between 65 and 97.5 USD), and assistance of access by arranging the date and venue 3,000 JPY (19.5 USD).⁹⁶

As for ADR, the FPIC Osaka receives about 10 applications per year. Unlike the Family Court conciliation, ADR at the FPIC does not apply a caucus style to hear each party separately, but instead invites both parties for conversation, seeking an agreement in the presence of mediators. The agreement entered into by the parties is examined by a certified lawyer. A potential drawback is that a settlement agreement by ADR is not enforceable, whereas the record of Family Court conciliation constitutes a title of execution which is legally enforceable. To render ADR more effective, it may be worth contemplating *de lege ferenda* to make settlement agreements by ADR enforce-

96 FPIC, Guide to Assistance of Access <http://fpic-fpic.jp/doc/menkai_kouryu.pdf> accessed 4 November 2025.

able in family matters,⁹⁷ reduce the amount of fees, and require the spouse to refer to ADR prior to declaring consensual divorce.

Beside the FPIC, there are other private organizations that are active in enhancing access after family separation, such as the 'International Social Service Japan',⁹⁸ 'Vi-Project',⁹⁹ and the 'Parents and Children's Network'.¹⁰⁰ These NGOs seek to enhance contact between non-custodial parents and their children either by directly assisting the exercise of access or advocating the importance of access after family separation.

IV. Challenges surrounding immigrant children

1. Social background

The number of registered foreigners is 3,768,977 in Japan, which is only 3% of the entire population of 123,552,000, as of 2024. However, there have been notable demographic shifts in the past two decades.

As of 2024, the number of registered Chinese and Taiwanese nationals has steadily increased to 943,433, constituting the largest group of foreigners since 2007. On the other hand, North and South Korean nationals used to be the largest group, reflecting the colonial history of Japan. They have, however, steadily decreased to 432,444 due to their naturalization or passing away without adding many newcomers. The number of Brazilians and Peruvians has remarkably increased since the early 1990s when the Japanese government invited the second and third generations of descendants of those Japanese nationals who had emigrated to Latin America at the turn of the 20th century. Brazilian descendants usually speak only Portuguese and not Japanese. Although their number was limited to 56,429 in 1990, it rapidly grew and reached their peak of 316,967 in 2007. As a consequence of the global financial crisis caused by the Great Recession in 2008, the number of Brazilian immigrants has decreased to 261,154, but they still constitute the fifth largest group of foreigners.¹⁰¹

97 The 2023 amendment of the ADR Act does not extend the execution of particular settlement agreements to custody and access, but only to maintenance obligations in family matters.

98 <<https://www.issj.org/en/>> accessed 4 November 2025.

99 <<http://www.vi-p.org/>> accessed 4 November 2025.

100 <<https://oyakonet.org/english/topOyako.html>> accessed 4 November 2025.

101 For the demography of foreign nationals, see MOJ, Immigration Services Agency, Statistics Tables for Statistics on Foreign Residents, <https://www.moj.go.jp/isa/policies/statistics/toukei_ichiran_touroku.html> accessed 4 November 2025. The number of registered Brazilians was 176,440 (1995), 254,394 (2000), and 302,080 (2005), 230,552 (2010), 173,437 (2015), 208,538 (2020), 209,430 (2022), and 211,907 (2024).

Since 2018, the government has had a policy of inviting, beside technical internship trainees, also specified skilled workers, care workers and others from Asia to complement the shortage of workforce. This has increased the number of Vietnamese residents to 489,312 in 2022 and to 634,361 in 2024, out of whom 345,619 are engaged in technical internship or specified skilled work. Vietnamese people are now the second largest group of foreigners after the Chinese and Taiwanese group. They are followed by South and North Koreans (432,444), Filipinos (341,518), Brazilians and Peruvians (261,154), Nepalese (233,043), Indonesians (199,824), Myanmarese (134,574), US nationals (66,111), Thais (65,398), and Indians (53,974). In recent years, the rapid increase of foreign residents from Southeast and South Asian countries has been remarkable.¹⁰²

Along these demographic developments, the number of foreign children living in Japan under 20 years¹⁰³ reached 448,018 in 2024.¹⁰⁴ This poses a challenge of implementing adequate measures to ensure protection, education, and a stable family life for foreign children in Japan. Notably, nationality of these children is mostly limited to Chinese or Taiwanese, North or South Korean, Brazilian, and Peruvian, whose parents are guaranteed a long-term stay and the opportunity to establish a family life in Japan.¹⁰⁵

2. School education

A problem of foreign children specific to Japan lies in the fact that foreign children are officially left out of the school system. This unduly deprives them of educational opportunities and social integration. This is because rights and obligations to education solely belong to Japanese nationals under the Constitution¹⁰⁶ and Basic Act on Education.¹⁰⁷ Depending on the municipality, foreign children are invited to attend public school, though not as an exercise of rights or an obligation. If parents do not declare their intent to send their children to public school, the local government does not take any action. In any case, foreign parents often cannot provide financial means or

102 MOJ, Immigration Services Agency of Japan, Statistics Tables for Statistics on Foreign Residents.

103 Age of majority was lowered from 20 to 18 as of 1 April 2022 (Act No 59, 2018).

104 MOJ, Immigration Services Agency of Japan, Statistics Tables for Statistics on Foreign Residents.

105 T Miyajima, 'Gaikokujin no Kodomo toha' [Who are Foreign Children?] in S Aramaki et al (eds), *Gaikoku-jin no Kodomo Hakusho: Kenri, Hinkon, Kyoiku, Bunka, Kokuseki to Kyosei no Shiten kara* [White Paper on Foreign Children: from a Viewpoint of Rights, Poverty, Education, Culture, Nationality and Symbiosis] (Tokyo 2017) (Children's White Paper) 16–17.

106 Art 26 Constitution of Japan (adopted on 3 November 1946).

107 Act No 120, 2006.

arrange school attendance due to their insufficient Japanese language skills, unstable immigration status, poor working conditions, and lack of access to the social welfare system.

Public education officially aims to train and prepare the young generation of Japanese nationals to support the state of Japan. Foreign children are not included in this concept.¹⁰⁸ Such an old-fashioned, nationalistic view of public education does not accord with usual fundamental rights that are granted also to foreign nationals, such as rights to life, freedom, equality, dignity, and pursuit of happiness. Moreover, the CRC guarantees rights of children to education, family life, respect for personality, and identity, thereby obliging contracting states to take necessary measures to ensure compulsory primary education, develop different forms of secondary education, and make higher education accessible.¹⁰⁹ Thus, Japan's educational policy obviously runs counter to the fundamental principles of the CRC.¹¹⁰

Even if foreign children have an opportunity to attend public school, Japanese language barriers may hinder them from studying or cause discrimination against them at school. The same difficulties also exist for Japanese children from a Japanese-foreign couple, who can hardly speak Japanese. In an extreme case, two Filipino children were wrongly diagnosed with a developmental disorder only because of their poor Japanese language skills.¹¹¹

In the case of Brazilian children attending public schools, 45.6% of children at elementary school (6 to 12 years) require Japanese language classes, whereas the percentage decreases to 32.3% at middle school (12 to 15 years) and 4.5% at high school levels (15 to 18 years). This demonstrates that only those Brazilian children fluent in Japanese and having sufficient financial means can afford advancing to more sophisticated, higher education, whereas others without proper Japanese language skills drop out. Against this back-

108 T Miyajima, 'Gakko Kyoiku System ni okeru Juyo to Haijo: Kyoiku Iinkai/Gakko no Taio wo tooshite' [Inclusion and Exclusion in the School Education System: By Measures of Board of Education or School] in T Miyajima, H Ota (eds), *Gaikoku-jin no Kodomo to Nihon no Kyoiku: Fushugaku Mondai to Tabunka Kyosei no Kadai* [Foreign Children and Japan's Education System: Problems of School Non-attendance and Challenges of Multicultural Symbiosis] (Tokyo 2005) 37–55.

109 Art 28 CRC.

110 K Sakuma, *Gaikokujin no Kodomo no Fushugaku* [Lack of School Attendance by Foreign Children] (Tokyo 2006) 218–222.

111 C Kim, 'Hattatsu Shogai' to sareru Gaikoku-jin no Kodomo-tachi: Philippines kara Rainichi shita Kyodai wo meguru 10nin no Otona tachi no Katari [Foreign Children diagnosed for 'Developmental Disorder': Dialogue with 10 Adults concerning the Siblings from the Philippines] (Tokyo 2020) 67–85.

ground, many private schools have been opened by NGOs or NPOs for Brazilian children. Until 2008, there were over 100 Brazilian schools, which are now reduced to about 44, located mostly in the Brazilian communities in Nagoya, Hamamatsu, and Gunma Prefectures. These schools, however, often suffer from the absence of financial support and subsidies, insufficient teaching programs, and inability to open paths for job hunting of their graduates who are not trained in the Japanese language.¹¹²

With an increasing number of cross-border families, lifestyle, living conditions, and family relationships are becoming diverse in Japanese society. Some foreign families aim to return to their home country soon, whereas others seek to settle in Japan. After a longer stay, even though parents scarcely speak Japanese, children may use Japanese every day and have difficulties communicating with their parents in their own language. To accommodate various needs of foreign children, it will be desirable to develop a comprehensive school system providing necessary programs with adequate choices for children and parents. It is ultimately the government's responsibility to ensure school education, develop programs for Japanese language, and offer professional training, so foreign children settled in Japan can be integrated into Japanese society.¹¹³

3. Foreign workers and social welfare system

While in general the high poverty rate of children is becoming a problem, foreign children are more vulnerable than their local counterparts. The parents of foreign children are often left without protection due to unstable working conditions, with low payment as subcontractors or dispatched workers, often in illegal work. Since foreign workers obtain their jobs through specialized Japanese intermediaries and start working upon arrival, they are isolated and scarcely in touch with Japanese society. Their distress remains unnoticed by the local community.

Generally speaking, foreign employees are unfortunately the first to be dismissed when companies are in an economic recession, like the 2008 recession and the recent COVID-19 crisis. In the case of Brazilians and Peruvians living in Japan, almost half of them lost their jobs and accommodations after the recession. They stayed in their relatives' or friends' home or in their car with children, or even outside under the bridge during cold winters, until they could go back to Brazil or Peru. Thus, the number of Brazilians and

112 LT Hatano, 'Brazil-jin no Kodomo-tachi' in Aramaki et al (eds), *Children's White Paper*, 31–32.

113 Miyajima, 'Gaikokujin no Kodomo toha', 19–20.

Peruvians living in Japan rapidly decreased during that time. All these disadvantageous settings that surfaced under the COVID-19 crisis seemed to persist, which further forced foreign children into poverty.¹¹⁴

Furthermore, the public assistance system is only available to Japanese nationals. Unless the local government decides to voluntarily offer the same services to foreign nationals having the status of permanent resident or spouse of a Japanese national, they are not protected. To circumvent this drawback, foreign single mothers – often Filipino, Vietnamese, or Brazilian – who have children of Japanese nationality due to their Japanese father based on *jus sanguinis*, often make their children recipients of public assistance. This exclusion of foreign nationals from public assistance is hardly justifiable, considering that foreigners incur, like Japanese nationals, income tax and residence tax without obtaining social services in return. Moreover, public health insurance is only provided for foreigners with a valid visa and permit to stay. Many foreign workers, who stay illegally or overstay their visa, are deprived of access to medical care. This exposes their children to life and health risks. The only helpful avenue is the ‘Pro Bono Low-cost Medical Project’, but the number of hospitals taking part in it is still limited.¹¹⁵

Due to lack of public subsidies and support from a substantive social welfare system, assistance to foreign workers and their children is *de facto* left to local NGOs or NPOs. To help residents from Brazil and Peru, there are a series of active NGOs and NPOs, such as ‘Homi Project’,¹¹⁶ ‘Tabunka Kyosei Network Esperanza’,¹¹⁷ ‘Seto Osekkai Project’,¹¹⁸ and ‘Ayudame a Ayudar’.¹¹⁹ While these organizations give exemplary support, the support is insufficient to cover the costs of living for foreign residents, help them obtain a job, or enable their children to grow up in a safe and stable environment. Ultimately, the Japanese government needs to develop a compre-

114 For statistics, see MOJ, Immigration Services Agency of Japan, Statistics of Registered Foreigners; for further details, see E Suzuki (ed), *Under Corona no Imin-tachi: Nihon Shakai no Seizakusei ga arawareta Basho* [Immigrants under COVID-19: Points where the Vulnerability of Japanese Society became Evident] (Tokyo 2021) 7–70 (COVID-19); R Yamano, ‘Gaikokujin no Kodomo no Hinkon’ [Poverty of Foreign Children] in Aramaki et al (eds), *Children’s White Paper*, 82–84.

115 A Okawa, ‘Hiseiki Taizai no Kodomo to Shakai Hoshō Seido’ [Children of Illegal Stay and Social Welfare System] in Aramaki et al (eds), *Children’s White Paper*, 86–87; S Takatani, ‘Seikatsu Hogo Setai to Kodomo’ [Families receiving Public Assistance and Children] in Aramaki et al (eds), *Children’s White Paper*, 88–89.

116 <<https://torcida.or.jp/>> accessed 4 November 2025.

117 <<http://www.5d.biglobe.ne.jp/~jikanwar/esperanca/>> accessed 4 November 2025.

118 <<https://www.facebook.com/groups/1423150374614837/>> accessed 4 November 2025.

119 <<https://www.facebook.com/Ayudarparaayudar>> accessed 4 November 2025.

hensive immigration policy to provide necessary support for foreign workers and children.¹²⁰

4. Child abuse and CGCs

Foreign children living in Japan may also be subject to child abuse. This largely results from the fact that their foreign parents are isolated from the local community and suffer from poverty, unemployment, lack of housing, or mental disorders without receiving public services and proper support. Foreign – often Filipino – mothers married to a Japanese father are frequently subject to domestic violence but endure it for fear of losing their permit to stay to take care of their children. The children also became victims of abuse by watching the violent acts.¹²¹ Foreign mothers subject to domestic violence are potentially more vulnerable than Japanese mothers, because, like Japanese mothers, they depend on their husbands financially, but due to their limited Japanese language or professional skills, they do not attempt to move out of the home with the child to become independent.¹²²

All these factors render the task of CGCs in the relevant communities considerably difficult. The CGCs encounter hardships in intervening in family affairs, communicating with foreign parents, and explaining to them their task and the Japanese system. Taking foreign children into temporary custody and placing them in a facility or with foster parents may take longer due to formalities. Such measures could have adverse effects on foreign children, who cannot properly speak Japanese or have followed a different culture, customs, lifestyle, and religion at home. The facilities need to pay attention to various aspects, such as foreign children's dietary restrictions, obligatory daily prayer, strict separation of girls from boys, and other customs or rules for collective living in the facility. Although the number of foreign children is still limited to about 2.5% of all children in Japan, their specific needs and multicultural background ought to be properly respected. The CGCs should be responsible for providing foreign children with adequate support,

120 M Yamanoue, ““2 kaime no Kiki”: Corona ka ni okeru Nanbei-kei Imin no Hitobito no Shigoto to Seikatsu” [The ‘Second Crisis’: Work and Life of Immigrants from Latin America under COVID-19] in Suzuki (ed), COVID-19, 36–50.

121 It was not until 2004 that this problem was alleviated when the Ministry of Justice (MOJ) started to provide foreign parents, who are primary caregivers of a Japanese child, with permanent residence status.

122 A Okazaki, ‘Oya ni yoru Gyakutai, Neglect’ [Abuse and Neglect by Parents] in Aramaki et al (eds), Children's White Paper, 94–96; S Takatani, ‘Gaikokuseki Hitorioya Setai to Kodomo’ [Foreign Single Parent Families and Children] in Aramaki et al (eds), Children's White Paper, 97–100.

restoring their relationship with their parents, and helping them integrate into Japanese society.¹²³

V. Conclusion

As examined in this paper, public bodies do not have the power, means or willingness to adequately intervene into family life to realize the best interests of the child in Japan. Overall, the lack of state intervention is the most serious drawback in realizing appropriate child protection. This reserved stance of the state arguably stems from various reasons. The number of judges is extremely small¹²⁴ and the judicial system is not often involved in family disputes, as in the case of consensual divorce. The state generally hesitates to interfere in regulating family affairs and prefers to leave each family to make its own decisions. As a remarkable development, however, Akashi City has cultivated new paths to control the work of the CGC, make advance payments for child support and assist parents in exercising access. Parental guidance at the Family Courts is also gradually increasing. It is hoped that public institutions will further provide voluntary services for citizens and help families in need.

Private organizations often fulfill an important function to remedy the drawbacks of public institutions. Many private organizations support children and parents in child abuse cases and, as in the case of Shinmama and the FPIC, help single mothers or assist parents in exercising access. However, private organizations also have their limits. Shinmama, for example, is very active and has recently opened a branch office in Fukuoka and Kumamoto. Nonetheless, since the number of applications for food supply from needy single mothers has rapidly increased because of COVID-19 and exceeded their capacity, Shinmama had to refuse new applications. While the FPIC also offers various quality services, it cannot exempt the parties from fees to cover its costs (rent, equipment, stationery, travel expenses, etc.) and has difficulties recruiting new members on a pro bono basis. To support children and family life, cooperation between the public and private sectors ought to be enhanced. Some positive cooperation and interaction between the local government, school, social workers, and citizens reportedly had started to

123 T Fujita, 'Jido Fukushi Shisetsu to Gaikoku-jin no Kodomo-tachi' [Facilities for Childcare and Foreign Children] in Aramaki et al (eds), *Children's White Paper*, 213–215.

124 The number of people per judge was 45,581 in Japan, compared to 19,687 in the UK, 10,056 in the U.S. and 3,992 in Germany a (2019). See *White Paper on Attorneys 2019*, 65 <https://www.nichibenren.or.jp/library/pdf/document/statistics/2019/1-3-6_2019.pdf> accessed 4 November 2025.

emerge in some municipalities, such as Hikone City and Takashima City,¹²⁵ which will hopefully be followed by others.

Subsequent to a series of legislative reforms, the CC was reformed in 2024 to introduce the possibility of maintaining joint parental responsibility after divorce, which is primarily based on parents' agreement and, in case of its failure, by a Family Court decree.¹²⁶ Furthermore, in 2023, the Children and Families Agency (CFA) was established in the central government,¹²⁷ to which the competence of the MHLW as to child abuse and single-parent families and the competence of the Cabinet Office as to the declining birth-rate and child allowance have been transferred. By focusing on eradicating abuse and poverty, the central administration will hopefully become more effective. Arguably, Japan is gradually becoming responsive to taking adequate measures to ensure the protection of children as vulnerable parties.

These positive developments should be extended to foreign children, considering that the lack of state intervention has been the major factor in failing to provide foreign children with crucial protective, educational, and economic means. Many problems have so far remained untouched, such as how to ensure a stable and safe environment for foreign children, provide them with social services including public assistance and health insurance, guarantee their school attendance, and take necessary, tailor-made measures when they are subject to child abuse. Here again, NGOs and NPOs are doing remarkable work, but their financial means and manpower are insufficient. Since the Japanese government is contemplating inviting many more foreign workers to complement the workforce in the long term, it is time to conceive a comprehensive immigration policy to provide necessary support, take adequate measures, and enable foreigners coming to Japan to be integrated into Japanese society. Further developments are anxiously awaited.

125 T Takei, 'Kan-Min Renkei ni yoru Hokatsuteki Shien' [Comprehensive Support by Public-Private Cooperation] in T Kashiwagi, T Takei (eds), *Hinkon/Gaikokujin Setai no Kodomo beno Hokatsuteki Shien* [Comprehensive Support for Children in Households in Poverty or of Foreigners] (Tokyo 2020) 145–164.

126 See n 66.

127 <<https://www.cfa.go.jp/top/>> accessed 4 November 2025.

State Intervention in Family Life for the Protection of Children in Korea

Cheolung Je

I.	Introduction	671
II.	State intervention for the protection of delinquent juveniles	672
	1. The beginning of state intervention in child care	672
	2. State's abuse of power in relation to the implementation of the Korean Juvenile Act.	673
	3. Current situation	674
III.	The state intervention in child abuse cases	676
	1. Different approach to child abuse cases.	676
	2. Failure of state intervention in child abuse and the response	679
	3. The relation of the Child Welfare Act to the Child Abuse Punishment Act.	682
	4. Main features of state intervention for the protection of children . . .	684
	5. Background of criminal law based child protection system.	685
IV.	Conclusion	687

I. Introduction

The CRC provides that the state shall render appropriate assistance to parents and legal guardians to raise their children, but children may be separated from parents and legal guardians in cases of child abuse and neglect if it serves the best interest of the child.¹ In 1991, the Republic of Korea (Korea) began to pay attention to the international obligations of CRC, as a member state, to ensure that children are properly cared for by their parents and legal guardians, or by local authorities in the inevitable cases of lack of proper parenting. The CRC has significantly impacted the human rights of children.

However, such an impact has been limited in Korea because of traditional Korean culture which has prevented the development of human rights policies for children. In other words, South Korea's past historical experiences still influence the way the state intervenes in the protection of children. Traditionally, child care and protection decisions have been made by family members, including extended family members. State intervention in child

1 Arts 18, 19, and 20 CRC.

protection was outside the state's responsibility until the Child Welfare Act of 2000² introduced a child protection system to deal with child abuse. Under the influence of a family-oriented culture, South Korea's state intervention in child abuse seems to have taken a different path than the United Kingdom, Germany, the United State of America, Japan, etc. This article analyses the main features of state intervention in child abuse situations and discusses future obstacles facing development of South Korea's child protection policy.

II. State intervention for the protection of delinquent juveniles

1. The beginning of state intervention in child care

For the first time in Korean history, during the Japanese colonial period, the state protected juveniles who either lacked parents and guardians caring for them or who had behaviors that the parents or guardians could not control. In 1923, one year after Japan enacted the Japanese Juvenile Act,³ the Governor-General of Chosun⁴ enacted the *Chosun-Gamhwa-Ryung*, a directive, which mirrored the Japanese Juvenile Act. The main feature of the directive was to admit children to a reformatory institution by an administrative disposition, on the petition of parents and legal guardians, or based on permission from the court, if the child displayed bad behavior or was likely to display bad behavior between the ages of 8 to 20.⁵ The directive provided that the principal of the reformatory school, where the

2 Act No 6151. The English versions of most statutes mentioned in this article can be referred to at the website <https://elaw.klri.re.kr/kor_service/main.do> accessed 29 July 2023.

3 *Meiji Minpo* [Japanese Civil Code of 1898] provided that parents may admit their children to a reformatory institution to discipline children for less than 6 months with the permission of the court (art 882). At that time, juveniles with bad behavior were sent to reformatory institutions in accordance with the Reformatory Institution Act of 1900 which had a supplementary function of art 882 of the Japanese Civil Code. The Juvenile Act of 1922 was supposed to replace the Reformatory Act to allow juvenile judges to sentence children with bad behavior and juvenile crimes to a reformatory institution. See T Konish, *Children with Bad Behavior under the Old Juvenile Act*, *ShakaiAnzenSeisakuKenkyujoKiyo* 1 (2007), Waseda Institute of the Policy of Social Security Research Center, 113–135 <https://www.waseda.jp/prj-wipss/ShakaiAnzenSeisakuKenkyujoKiyo_01_Konishi.pdf> accessed 28 July 2023.

4 Governor-General is the old name of the Korean leader during colonial period after Lee dynasty (Chosun), before Korea's independence from Japan.

5 Court permission in this directive originated in Japanese Civil Code, art 882, mentioned in footnote 3. Korean customs at that time, however, lacked such parental power which means that, contrary to Japanese delinquent juvenile procedures, Korean delinquent procedures allowed juveniles to be admitted to a reformatory institution without a judge's engagement.

juveniles were admitted, shall exert parental power over those children. This law resulted in many juveniles, who lacked parental care, being admitted to reformatory institutions on the ground that they were likely to behave badly. In 1942, Governor-General of Chosun enacted a directive, *Chosun-Sonyun-Ryung* (the Juvenile Act), whereby a juvenile court may sentence juvenile criminals and delinquent juveniles either to prison or a reformatory institution. After Korea's independence from Japan in 1945, the colonial juvenile laws were modified in the Juvenile Act of 1958, thereby merging and replacing *Chosun-Gamhwa-Ryung* and *Chosun-Sonyun-Ryung*.

2. State's abuse of power in relation to the implementation of the Korean Juvenile Act

The main feature of the Juvenile Act of 1958 is that juveniles with delinquent offences and juveniles with criminal offences, ages 12 to 20,⁶ may be subject to the jurisdiction of the juvenile court. Delinquent behaviors by juveniles below 20 years old⁷ which are not crimes, or are not punishable as crimes for juveniles below the age of 14,⁸ may be sanctioned by the Juvenile Act. A juvenile that is determined to be delinquent might be sentenced to a reformatory school or a liberty-deprived institution, similar to juvenile prison,⁹ for a non-pre-determined period of time.¹⁰ The discharge of an admitted juvenile was left to the discretion of a juvenile judge.¹¹ The sentences were characterized as protective. The court could order juveniles to attend lectures to correct their bad behaviors, community service, a short term or long-term probation, placement in foster care at a liberty-limited or liberty-deprived facility, placement in treatment facilities, or to a short-term or long-term sentence in a youth prison.

Such dispositions resembled the parental power to physically punish their children and to deprive children of liberty through permission of a family

6 The minimum age of the juvenile subject to protective dispositions was reduced to 10 in accordance with the revised Juvenile Act in 2007 (Act No 8722).

7 Minors were persons below the age of 20 until the revised Korean Civil Code (hereinafter KCC) of 2011 which lowered the age of minors to below the age of 19.

8 Minimum age of criminal responsibility in Korea is 14; art 9 Criminal Act of 1953.

9 A liberty-deprived institution is a juvenile institution but its function has been very similar to that of a juvenile prison. It means that the facilities were designed to deprive the liberty of admitted children, with physical punishment often taking place.

10 The provision that the period of admission to a juvenile institution could last for no more than 6 months was introduced in the reformed Juvenile Act of 1988, whereas the maximum 2 year-period of admission was introduced in the reformed Juvenile Act of 2007.

11 The maximum period of the protective measures was introduced by following enactments, the longest period of protective measures is 2 years.

court.¹² In other words, the protective dispositions could be justified by a rationale that the state substitutes into the role of the parents for the purpose of correcting a child's bad behavior. An autocratic social and political environment, which had long prevailed until political democratization commenced in 1987, could make dispositions against children with bad behavior serve an educational purpose.

Abuse cases of the Sun-Gam reformatory school, which was established in 1942 in accordance with *Chosun-Gamhwa-Ryung*, took place without any exposure until that school was closed in 1982. The school admitted approximately 5,000 children during its 40 years of operation. Children who looked dirty or poor were often illegally arrested by the police or by officers, who were responsible for the maintenance of homeless children without proper parents and legal guardians, and sent to reformatory institutions such as the Sun-Gam School. The police and officers followed the direction from the autocratic leaders to clear out homeless children from the streets. Numerous corpses of homeless children were buried without any engagement of coroners. This led to failure to preserve any evidence of physical, sexual and emotional abuses that happened daily. Many children ran away from the school located in an island near mainland Korea, but some of them drowned while trying to reach the mainland. During this period, the Juvenile Act justified the abduction and illegal arrest of children without any proper judicial scrutiny. The scandal of the Sun-Gam School is still under investigation and provides for compensation to surviving victims.¹³ Cruel abuses by the Sun-Gam School against children happened daily during the Japanese colonial period, but what is more surprising is that the same cruel treatments occurred after the Governor of Gyeong-gi Province took over the Sun-Gam reformatory school from 1946 until 1982 when the institution closed.

3. Current situation

Among crimes committed by juveniles between the ages of 10 and 19,¹⁴ severe crimes committed by juveniles aged 14 and over may be subject to criminal proceedings, whereas other crimes committed by juveniles aged 14 and over or juveniles aged 10 to 14, whose age is short of criminal responsibility (age 14), may be subject to a juvenile protective disposition. The number of juvenile crime investigations have decreased from 120,000

12 Art 915 KCC had justified the state power of admitting non-compliant juveniles to reformatory institutions until that provision was abolished in 2021.

13 The Truth and Reconciliation Committee and the National Human Rights Commission of Korea investigated and exposed the scandal to the Korean media.

14 Minors are persons below the age of 19 in Korean law.

(2012) to 54,000 (2021). Cases referred to criminal proceedings include about 5,300 cases in 2012 and 3,700 cases in 2021. Most cases were dealt with by protective dispositions: about 37,000 cases (2012), and 21,000 cases (2021). Other remaining cases are those of non-prosecution and summary judgment.¹⁵

The problem is that juvenile protective dispositions may apply to teenagers who are not obedient to the dominant social order. The juvenile court has jurisdiction over cases directly referred by the public prosecutor in the case of juvenile crimes, by the chief police in the case of delinquent juvenile behaviors, by petition from parents, school teachers, or the principals of social welfare institutions where juveniles are accommodated, and by probation officers. Among juvenile cases, delinquent juvenile behavior cases account for 30% to 40% of all cases dealt with by the juvenile court.¹⁶ Those cases commonly relate to non-criminal, but delinquent behaviors. Some of them are crimes committed by non-criminally responsible juveniles.

The Juvenile Act of 1958 was a symbol of the autocratic idea that punishment served to educate children with bad behavior.¹⁷ Despite several reformatations, the current Juvenile Act does not change its function and philosophy significantly. Firstly, the minimum age of the juvenile subject to protective dispositions was lowered to age 10 in 2007. Secondly, contrary to the title, the protective dispositions are mainly a deprivation of liberty, such as admission to reformatory institutions, secure institutions, and psychiatric institutions. In 2020, among all of the 25,579 adjudicated cases, liberty deprived measures account for more than 10%, 2,615 cases.¹⁸ Lastly, current members of the Korean parliament and the Ministry of Justice are considering lowering the minimum age of criminal responsibility to 13 and strengthening the protection dispositions of the Juvenile Act. It means that 'punishment serves educational purpose' is still the main char-

15 Supreme Prosecutors' Office, Prosecution Statistics 2022 <<https://www.spo.go.kr/site/highswon/crimeAnalysis.do>> accessed 28 July 2023.

16 The National Court Administration, The Judicial Statistics 2022 <<https://scourt.go.kr/portal/news/NewsViewAction.work?pageIndex=1&searchWord=&searchOption=&seqnum=8&gubun=719>> accessed 28 July 2023.

17 Art 915 KCC, which was enacted in 1958 and came into force on 1 January 1960 (Act No 471), provides that 'the person of parental authority may, in order to protect or educate his or her child, take necessary disciplinary action against the child, and may entrust such a child to a reformatory or correctional institution upon the approval of the court.' Based on this provision, even corporal punishment had widely been tolerated until it was abolished on 26 January 2021. The Juvenile Act of 1958 reflected the idea of the educational purpose and effect of the punishment of children with bad behavior.

18 The National Court Administration, The Judicial Statistics 2022.

acteristic of the Act.¹⁹ The Korean Juvenile Act is very similar to German Juvenile Act in the case of juvenile crimes, but the main difference is that it applies to juvenile delinquent matters, and the protective disposition procedure may be initiated on direct petition by the police, parents, foster carers and the chief of the child institutions in the case of delinquent juvenile behavior. The position of the latter three categories of petitioners is similar to that of parents, meaning that with the consent of parents and other persons with similar positions the juvenile may be subject to protective dispositions.

III. The state intervention in child abuse cases

1. Different approach to child abuse cases

Contrary to the oppressive approach to juveniles who commit criminal acts and children with bad behavior, the state's policies for intervention in situations where there is child abuse are underdeveloped. Physical and emotional punishment by parents and teachers has been tolerated with the justification that punishment serves to correct the bad behavior of a child or that child abuses are domestic affairs, namely the state should abstain from interference. Despite similarities in the democratic political system, market-based economy system, and state intervention in family life, there are still significant differences between Korea and western countries regarding approaches to, and the nature of, the state intervention for the protection of the child.

However, there are similarities between Korea and some western countries. For example, children for whom parents and guardians are unable to care for their child due to whatever reasons are usually looked after by the local authorities.²⁰ Each year, thousands of children have been under the protection of local authorities. In 2012, 6,926 children began to be newly protected by local authorities, but that number decreased to about 4,120 in 2020.²¹ The total number of looked after children at the end of the year in 2012 is 28,493 and 23,401 in 2020.²² The decrease might be ascribed to the low birth rate, one of the most serious social problems, and to reluctant and cautious state intervention in family matters.

19 Recently a reform bill of the Juvenile Act and the Criminal Act was sent by the Ministry of Justice to the National Assembly, whereby criminal juveniles aged 13 may be sentenced to prison <<https://www.moj.go.kr/bbs/moj/182/564419/artclView.do>> accessed 28 July 2023.

20 Art 15 Child Welfare Act, which was enacted by Act No 6151 in 2000, and later moved to this article by the revised Child Welfare Act (Act No 11002) in 2011.

21 National Center for the Rights of the Child, National Child Abuse Reports 2012–2020.

22 The Ministry of Health and Welfare, Current number of looked after children 2021.

The competent local authority where the would-be looked after child has legal residency decides where that child shall be placed.²³ Many children have been placed in foster families²⁴ and child institutions,²⁵ but children placed for the preparation of adoption were few: 772 (in 2012) and 104 (in 2019). The local authority has to supervise foster families and child institutions which actually care for the looked after children.

Korea has different procedures than the United States, United Kingdom and Germany regarding the procedure for local authorities to separate abused children from their origin families and the legal status of looked after children. The separation procedure is as follows. First, anyone who finds a child without a protector,²⁶ separated from a protector, or whose protector is unsuitable of, or incapable of, rearing them because of negligent and abusive behavior²⁷ may apply to local authorities for protective measures.²⁸ Then, competent officers from local authorities assess the needs of the relevant children and parents and advise them. In the case where any protective measure of out of home care is necessary for the best interest of the child, that child may be placed with a foster family or a child welfare facility with the consent of parents and guardians (if a minor guardian is appointed), unless that parent was convicted of child abuse.²⁹

23 Art 15 Child Welfare Act.

24 Whereas in the year of 2012, 11,030 children were placed in foster families. In 2019, 8,359 children were placed with foster families. Korean Statistical Information Service, Trend of Looked After Children 2020 <https://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=117&tblId=DT_11770_N005&conn_path=I2> accessed 28 July 2023 and <https://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=117&tblId=TX_117401121&conn_path=I2> accessed 28 July 2023.

25 Whereas in the year of 2012, 15,916 children were placed at child institutions and 775 children in group homes, 11,665 children were placed at child institutions and 625 children at group homes in 2019. Korean Statistical Information Service, Trend of Looked After Children 2020 <https://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=117&tblId=DT_11770_N005&conn_path=I2> accessed 28 July 2023 and <https://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=117&tblId=TX_117401121&conn_path=I2> accessed 28 July 2023.

26 Protector in terms of the Child Welfare Act means a person with parental responsibility, a guardian, a person who protects, rears and educates a child or who is liable to do so, or a person who actually protects and supervises a child due to the relations of business, employment, etc. (art 3, para 3 Child Welfare Act).

27 Art 3, para 4 Child Welfare Act.

28 Protective measures are counseling or guidance for the child by the child welfare officer, private specialist or child commissioner, placement of the child to either a relative or a foster care family, placement of the child to a child welfare facility, hospitalizing or committing the child in a specialized hospital or sanatorium, provision for special medical care, recuperation in case of drug or alcohol addiction, emotional, behavioral or developmental disorder, sexual violence or child abuse and placement of the child for adoption procedure (art 15, para 1 Child Welfare Act).

29 Art 15 Child Welfare Act. The placement of the child without parents' consent was introduced by the revised Child Welfare Act of 28 January 2014 which reflects the Act on Special Cases Concerning the Punishment of Child Abuse Crimes.

The separation of children from their family can be based on the parents' consent and is, consequently, related to the legal status of the children: Parents or guardians still have parental responsibility for the looked after children. Moreover, even though looked after children are orphans, who are without parents, local authorities do not have parental responsibility. Therefore, looked after children are taken care of by foster families and child institutions without parental responsibility, which may be conferred on them by a court appointment of a minor guardian. In other words, the local authorities do not have parental responsibility, but care for the children. The state's ability to take over parental responsibility for looked after children has never been implemented in Korea. The state provides for food, clothes, shelter, etc., for looked after children without the same legal authority as parents.

The difference between Korea and other Western countries, in terms of the protection of the looked after children, might be ascribed to the underdevelopment of the concept *parens patriae*, which can be traced back to *Prerogative Regis* in 1322.³⁰ The contemporary concept of *parens patriae* in terms of child protection is the concept that the state, usually local authorities, takes over parental responsibilities for looked after children in the cases where parents or guardians are absent or they are excluded by the competent authority from caring for their children.³¹ In Korea, it has been widely recognized that, even in the case of looked after children, parental responsibility lies with either parents or guardians until parental responsibility is revoked through private family law disputes. In the case where a parent, who has parental responsibility, abuses his or her power and authority to the extent that the child is suffering, or is likely to suffer harm, the family court may revoke, restrict, or suspend all or some part of parental responsibility of that parent on the application of the child, relatives of the child, a public prosecutor or the chief of a local authority.³² Since the intervention in the parental responsibility is a family law matter, not a public law matter, the application for the revocation of the parental responsibility by a public prosecutor or the chief of a local authority might be considered in the case where a proper applicant from within extended family members lacks. The function of a local authority or

30 This concept was developed for incapacitated adults in English law and applied in American law and other countries. See, K Dayton (ed), *Comparative Perspectives on Adult Guardianship* (Durham, NC 2014) 17–24.

31 DE Abrams, SV Mangold, SH Ramsey, *Children and the Law in a Nutshell* (West Academic Publishing, St Paul Minnesota 2021) 10–12. American law has developed this concept in relation to issues on education of children. See DN Duquette, AM Haralambie, VS Sankaran (eds), *Child Welfare Law and Practice: Representing children, parents and state agencies in abuse, neglect and dependency cases* (Denver, CO 2016) 197–230.

32 Arts 924, 924–2 and 925 KCC.

a public prosecutor is said to be subsidiary to the role of relatives in terms of a private law dispute over children.

If the parental responsibility of one parent is revoked and the other parent with parental responsibility is absent, the family court may appoint a minor guardian *ex officio* or on the application of the child, relatives or persons with legitimate interest for the appointment of a minor guardian, a public prosecutor, or a local authority.³³ A minor guardian shall be a natural person, whereas the local authority cannot be a minor guardian.³⁴ The local authority cannot be a minor's guardian because the appointment of a minor's guardian is a private dispute over who has the power to rear the child. In other words, a public prosecutor or a local authority can apply for revocation or restriction of parental responsibility or appointment of a guardian only in urgent cases where there are no relatives who can protect the minor's interest. State intervention for child protection can be traced to the development of the laws relating to the protection of abandoned children. Since the independence of Japan, orphans and abandoned children have long been cared for by private charities. The state had subsidized those private charities until the enactment of the Child Welfare Act in 1981. Since then, local authorities are responsible for the care of orphans and abandoned children,³⁵ but the role of local authorities is believed to support or supplement the role of charities caring for orphans and abandoned children.

2. Failure of state intervention in child abuse and the response

Consent based state intervention in child abuse was criticized as a failure of state intervention for the protection of abused children. The fact that many children died of child abuse³⁶ aroused public awareness that much stricter sanctions and early intervention should be taken in child abuse cases. The first step was the enactment of the Act on Special Cases Concerning the Punishment of Crimes of Domestic Violence (the Domestic Violence Pun-

33 Arts 928 and 932 KCC. Since the codification of the KCC in 1958, a public prosecutor as a representative of public interest, has had the power and authority to submit an application to the family court where there are no blood relatives eligible to submit an application for the family law dispute. Such power and authority have rarely been exercised so that there have been many cases which were not brought before the family court due to the absence of eligible applicants. Reflecting such a deficit, the local authority was added to the eligible applicant by the reformed Civil Code in 2013 and 2015.

34 Art 930 KCC.

35 Art 11 Child Welfare Act 1981.

36 According to the Korean Ministry of Health and Welfare, Child Abuse & Neglect Report (2020), approximately 40 children have died of abuses since 2016 when criminal sanctions were introduced by the Child Abuse Punishment Act of 2014.

ishment Act or Act), in 1997. The Domestic Violence Punishment Act is a special criminal act which provides the state with the various legal powers and authority whereby the state can actively protect abused family members. The Domestic Violence Punishment Act allows criminal domestic violence offences to be treated as a private family law case called a 'family protection case'.³⁷ In order to make a decision on whether domestic violence can be treated as a family protection case, the law provides that the opinion of the victims be considered. In family protection cases, a family court judge may issue protective orders for various dispositions against offenders including restriction of an offender's access to the victims either in person or through other communications, restriction on an offender's parental responsibility, an order for community services or lecture attendance, or entrustment of an offender to medical institutions for treatment, etc.³⁸ Another feature of this Act is to allow the police to take emergency dispositions and urgent ad hoc dispositions and for public prosecutors to apply for ad hoc dispositions for the protection of the victims against criminal domestic violence offences.³⁹

Even though the Domestic Violence Punishment Act originally applied to the protection of battered wives, it was believed that that Act might prevent child abuse and protect abused children. However, with child abuse increasing in the late 1990s, the Child Welfare Act was reformed in 2000 to establish child protective services (CPS) agencies which are private social welfare services institutions,⁴⁰ and applied the Domestic Violence Punishment Act to protect abused children. However, the application of the Domestic Violence Act to CPS work did not assist in protecting abused children.

To facilitate CPS' work to protect abused children, the Act on Special Cases Concerning the Punishment of Child Abuse Crimes (hereinafter Child Abuse Punishment Act) came into force, in September 2014. The basic nature of the Child Abuse Punishment Act is not different from that of the Domestic Violence Punishment Act. The Child Abuse Punishment Prevention Act applies to criminal child abuse offences, but allows such criminal offences to be treated as a child protection case whereby a family court judge may issue protective orders similar to those of the Domestic Violence Punishment Act.

37 According to art 9 of the Domestic Violence Punishment Act, nature, motives and results of offences shall be considered in order for a domestic violence to be defined as a family protection case.

38 Art 40 Domestic Violence Punishment Act.

39 Arts 5, 8, and 8-2 Domestic Violence Punishment Act.

40 Art 24 Child Welfare Act (statute No 6151).

Mandatory reporters, which are numerated in art 10 of the Child Abuse Punishment Act, shall report any suspected child abuse offence to either the police or CPS. Then CPS⁴¹ may investigate the reported child abuse, if it suspects that child abuse is or was taking place. In the process of investigation, the police and CPS may take emergency dispositions for the protection of a child victim. CPS can stop offenders from committing abusive acts against the child victim, separate offenders from the victim, deliver the victim to a facility for safety, or deliver the victim in need of emergency treatments to medical institutions.⁴² The emergency dispositions may last for 72 hours. If necessary for the protection of child victims, the public prosecutor may apply to a family court for an order for ad hoc dispositions upon the request of the investigating police within 72 hours after emergency dispositions are taken.⁴³ On the other hand, in the case where abusive acts are likely to recur despite emergency dispositions, and where CPS is not expected to get an order for ad hoc dispositions from a family court, the police may take urgent ad hoc dispositions for the protection of the child victim. Urgent ad hoc protective measures include: separating offenders from the victim or the victim's family members; prohibition of access within 100 meters from the place where the victim resides and lives daily life; and prohibition of access to the victim through telecommunications.⁴⁴ The purpose of those dispositions is to allow the police 48 hours to ask public prosecutors to apply for an order for ad hoc dispositions in family court.⁴⁵

Upon the application from the public prosecutor, a family court shall either issue an order for ad hoc dispositions or reject the application within 24 hours after the application.⁴⁶ Ad hoc dispositions are supposed to temporarily deter offenders from committing child abuse and neglect by prohibiting access to the victim, restricting parental responsibility, or sending abusers to medical institution for treatments. Ad hoc dispositions may last for no more than 2 months, which may be renewed either twice for prohibition of access or once for other dispositions.

In the case where a public prosecutor decides that an offence should be treated as a child protection case rather than a criminal offence, the public prosecutor shall seek a protective order. A family court judge may issue protective orders for various dispositions, such as: restriction of access by the

41 Since the reformed Child Welfare Act in 2021, child abuse investigation officers, who are public officers at local authorities, replaced CPS in the investigation of reported abuse cases.

42 Art 12, para 1, subparas 1–4 Child Abuse Punishment Act.

43 Art 15, paras 1 and 2 Child Abuse Punishment Act.

44 Art 13 Child Abuse Punishment Act.

45 Art 15, para 2 Child Abuse Punishment Act.

46 Art 19 Child Abuse Punishment Act.

offender to the victim either in person or through telecommunication; restriction on parental responsibility; order the offender to participate in community services or to attend lectures to correct abusive behavior; or entrust the offender to medical institutions for treatments.⁴⁷ The protective order for various dispositions may last for no more than 1 year, but can be renewed for another year.⁴⁸

A child may not be separated from his or her parents and guardian by the application of the Child Abuse Punishment Act, except through emergency dispositions for 72 hours. Despite prohibition or restriction of access by the offender to the victim or the restriction on parental responsibility through ad hoc dispositions and a protective order, the abused child may stay with other family members but not the abusive parent.

Such measures might be insufficient for the protection of abused children. Therefore, the Child Abuse Punishment Act affords the child victim a protection order as another legal provision.⁴⁹ A protection order can be ordered by a family court judge *ex officio* or upon request of a child victim (including a legal representative), attorney at law, or the head of local authorities. The differences between a victim protection order and an order for protective dispositions are that the victim protection order may be issued for the abused child to be cared for by local authorities, namely committing the child to a child institution, a foster family or a medical institution, and the victim protection order may last for no more than 1 year, but can be renewed for every six months without any limitation until the child turns 18 years old.⁵⁰

3. The relation of the Child Welfare Act to the Child Abuse Punishment Act

Since the enactment of the Child Abuse Punishment Act of 2014, the voice of children who are abused or neglected by parents and who should be looked after by local authorities has increased. As a result, the revised 2020 Child Welfare Act⁵¹ provides that, after deliberation on the merits by the Child Welfare Deliberation Committee (established in local authorities), children

47 Art 36 Child Abuse Punishment Act.

48 Art 37 Child Abuse Punishment Act.

49 Art 47 Child Abuse Punishment Act.

50 Art 51 Child Abuse Punishment Act.

51 Art 15, paras 5 and 6 Child Welfare Act. Local authorities looking after children had been based on parents' consent before the Child Abuse Punishment Act (enacted in 2014) and allowed a separation of abused children from their parents, if they were criminally convicted. The separation of children from parents against their will was rarely implemented in practice. After heavy criticism of late intervention which resulted in many deaths of children, the Child Welfare Act was revised in 2020.

in danger or need may be cared for outside of their origin family homes, without their parents' consent, for instance, in the cases where parents are convicted of child abuse and where separation of the child from origin family home is urgent.⁵² Whether or not and how often the administrative measure for the separation mentioned above can be taken remains to be seen because the separation without parents' consent has been permitted with a court order for a victim protection and the lack of specific terms of duration for the separation in the legislation might be an obstacle to implementing that provision. In cases where the separation is based on parents being convicted of child abuse, the period of separation lasts in accordance with the order for a victim protection,⁵³ whereas when the circumstances to remove are urgent, temporary separation is permitted until an order for victim protection is issued.⁵⁴ Considering that the duration of separation is specified in the Child Abuse Punishment Act, it is very difficult to implement any type of separation without a parent's implicit consent in accordance with the Child Welfare Act. The separation measures⁵⁵ might be susceptible to criticism as an abuse of the state's power.

Despite the introduction of criminal sanctions for child abuse, the focus of the competent agency (CPO) and the local authority officer involved with child abuse cases has been on consent-based intervention. In 2020, in the 30,905 abuse cases reported to the CPO and the competent officer, only 1,508 cases were subject to emergency dispositions and 1,635 cases were adjudicated as child protection cases, whereas only 2.5% of child abusers are convicted in criminal cases.⁵⁶ In 2020, 103 cases resulted in a court decision separating the abused children from perpetrating parents.⁵⁷ From the perspective of CPO and the competent officers, more cases of separation of children from their original family homes have been established with the parents' consent than without consent. In 2020, there were 4,120 new children that came under the jurisdiction of the local authorities for protection. Among them, 3,006 children who were looked after by local authorities due to abuse, poverty, and unemployment of parents, whereas about 1,000

52 Art 15, para 6 Child Welfare Act.

53 According to art 47 para 1 and art 51, para 1, the duration of separation may last for 1 year, and be extended for 6 months, if necessary for the protection of a victim.

54 According to art 52 Child Abuse Punishment Act, the separation may last until an order for a victim protection is issued.

55 Art 15, para 6 Child Welfare Act.

56 The National Court Administration, Judicial Statistics 2000–2021; National Center for the Rights of the Child, National Child Abuse Report 2014–2020 <<https://www.ncrc.or.kr/ncrc/na/ntt/selectNttList.do?mi=1469&bbsId=1127>> accessed 28 July 2023.

57 The National Court Administration, Judicial Statistics 2000–2021.

incoming children were classified as delinquent, abandoned and lost children.⁵⁸ Most cases of looked after children are based on parents' consent. In 2020, the majority of cases of looked after children were irrelevant to any imposed criminal sanctions against child abusers.

4. Main features of state intervention for the protection of children

Korean laws permit state intervention for the protection of children in accordance with social welfare law and criminal law, along with private law disputes over children who suffer or are likely to suffer harm from maltreatment of parents. The social welfare and criminal laws focus on measures of separating abused and neglected children from parents and placing them with foster families and child institutions, including medical treatment institutions. The separation is based on the consent of parents and deliberation of experts, who are members of a local authority special committee.⁵⁹ There are two exceptions to this principle. First, if parents are sentenced by the court as child abusers in accordance with the Child Abuse Punishment Act. Second, if temporary measures for protection, whereby abused and neglected children are cared for in temporary child protection institutions or temporary child shelters, may be taken until administrative protective measures are completed.⁶⁰ The temporary measures are permitted only in the four cases:⁶¹ (1) where harm suffered by a child is strongly suspected during the investigation and child abuse is likely to reoccur in cases where reports for suspicion of child abuse are received more than once within 1 year, (2) where emergency dispositions or urgent ad hoc dispositions are taken in accordance with the Child Abuse Punishment Act, but provisional dispositions are not applied despite the lapse of the former dispositions, (3) where parents or other carers of a child refuse or avoid investigation, or make false statements to the investigative questions or obstruct answering to the questions, or (4) where a local authority deems it necessary to temporarily protect children in those institutions until administrative protective measures are taken.⁶² Such an involuntary separation of children from parents is an administrative process through deliberation of a special committee, which parents may appeal before the

58 The National Court Administration, Judicial Statistics 2000–2021.

59 Art 15, para 5, sentence 1 Child Welfare Act.

60 Art 15, para 1 Child Welfare Act.

61 Art 15, para 6 Child Welfare Act.

62 Administrative protective measures are taken in accordance with art 15, para 1 Child Welfare Act.

Administrative Court. Even though the administrative measures for separation were introduced in 2020, such an appeal is rarely reported. It might be because parents from whom their children are separated are criminal offenders, waiting for a judicial decision, are unwilling to appeal, or because the competent local authorities are unwilling to resort to such an involuntary separation.

State intervention in accordance with criminal law, the Child Abuse Punishment Act, focuses on preventing offenders from committing additional child abuse offences. Ad hoc dispositions and a protective order for various dispositions are implemented for that purpose, except emergency dispositions can apply to separate children from abusive parents for 72 hours. Restriction of parental responsibility can be imposed for the protection of children, but those cases are very rare in child protection cases.

State intervention for the protection of children in Korea can be summarized as follows. Firstly, state intervention is mostly available when there is a criminal child abuse offence. State intervention is rare in cases where children suffer or are likely to suffer harm due to negligent maltreatments by parents or where raising children is beyond the parents' capability due to poverty, disease, unemployment, etc. Secondly, state intervention, regardless of whether the intervention is based on social welfare law or criminal law, focuses on the separation of children from parents who inflicted or are likely to inflict harm against their children. The problem is that relevant laws do not provide for less restrictive measures such as supporting or supervising appropriate parenting. Lastly, parental responsibilities are not revoked or restricted even in the case where children are cared for by foster families or child institutions with protective measures, in accordance with art 15 of the Child Welfare Act. Parental responsibility may be revoked and restricted only through private family law procedures which applies to family protection cases and child protection cases in accordance with the Domestic Violence Punishment Act and the Child Abuse Punishment Act. Parental responsibility is intact even in the case where children are looked after by a local authority. This situation can cause an inconvenience to foster families and child institutions because they do not have any power and authority to make decisions on behalf of children, for whom they care for, if parents with parental responsibilities do not cooperate with them.

5. Background of criminal law-based child protection system

State intervention is based on criminal laws and the utmost respect to parental responsibility of parents. State intervention in Korea seems to be in-

fluenced by the large extended family-oriented social environment.⁶³ Under the large extended family system, a family's autonomy is a priority over an individual family member's autonomy. The large extended family system has shaped the social consciousness in family matters like marriage, divorce, child upbringing, caring for elderly and adults with lacking capacity in Korea. Therefore, the protection of abused, neglected or abandoned children is considered to be a family matter which has to be done through a family law procedure, rather than through a public law procedure. Parental responsibility may be removed by an application to the family court through a close relative that is within the 8th degree of male blood lineage.⁶⁴ In the case where there was no person with parental responsibility, due to removal of parental responsibility or death of parents, a closest relative automatically had become a minor's guardian before the revised minor guardianship law came into force 2013. Supervision over the minor's guardian was with family council, which was composed of relatives within 8th degree of male blood lineage,⁶⁵ before the revised Korean Civil Code of 2013. Under the previous legal regime, the state did not have any power or authority to protect abused and neglected children except in criminal cases where the child is a victim. It means that the protection of children and even the removal of parental responsibility were treated as private family disputes. The tolerance of abuse and neglect by parents against their children might be rooted in the legal provision of parental power to punish their children, which was incorporated in the Korean Civil Code.⁶⁶

The social atmosphere made it difficult for the state to intervene in family matters and delayed the advent of the state intervention. The Domestic Violence Punishment Act 1997 is the first intervention by the state into the lives of families. Even according to the Act, criminal domestic violence offences were supposed to be dealt with as family protection cases. The same rationale applied to child abuse offences. Ultimately, abused or neglected children can be separated from their parents with the parents' consent and parental

63 Large extended family is a paternalistic structure with a common male ancestor. Whether a person belongs to the same large extended family can be discerned by his/her surname, family name, which follows the father's surname. A surname could not be changed in any case, which has the function to maintain and distinguish between a large extended family and others. Therefore, surnames symbolize identical members of a large extended family. Large extended families are like tribes in terms of social function.

64 According to art 924 KCC (statute No 471), public prosecutors could apply to the family court for the revocation of parental responsibility in addition to relatives within an 8th degree of male blood lineage. In practice, public prosecutors hardly do so.

65 According to art 963 KCC, persons with legitimate interests could be appointed by a family court as a member of the family council.

66 Art 915 KCC, which was abolished in 2021.

responsibility is not revoked or restricted even if abused children are looked after by a local authority. The idea of state intervention for the protection of children in danger or need was not developed under the traditional extended family system, which means that child protection was a private family matter. The concept of *parens patriae* which has been implemented in western countries, is a new concept for Korean people.

IV. Conclusion

Whereas the state has oppressively intervened in juvenile crimes and delinquent behaviors, the state intervention in child abuse and neglect cases has been underdeveloped. Most local authorities look after children when the children are abandoned, without parents, guardians, or close relatives. In cases where parents are no longer able to care for their children due to poverty, illness or incarceration, local authorities can care for children based on the parents' consent.

Reluctant state intervention in child abuse was criticized as a failure of child protection. In response to such criticism, state intervention in child abuse policy was introduced through criminal laws. The state has so far intervened in criminal child abuse cases and where there is an absence of parents and guardians who are responsible for children. However, it does not change the passive state intervention policy against child abuse. The state intervention in the criminal child abuse offences has so far led to insufficient protection of abused and neglected children. In this regard, the state power abuse issue has rarely been discussed. Rather, too late and reluctant state intervention in child abuse has been criticized.

Even though passive state intervention might be justified as a defense against state power abuses, it has caused adolescents to run away from abusive or negligent parents. Annually, there are more than 100,000 out of home adolescents who are beyond the care and control of parents. The estimated percentage of teenagers with runaway experience is 2.9% in 2020,⁶⁷ when lots of places, which runaway teenagers might be accommodated, closed down due to the Covid 19 pandemic. In 2020, the number of runaway teenagers is presumed to be 115,741. Considering that teenagers who gave up schooling

67 Since the number of teenagers in Korea is nearly 4 million. See, National Youth Policy Institute, Report on Human Rights Situation of Children and Youth 2021 among students from 4th to 6th grade elementary school to secondary school <https://www.nypi.re.kr/brdr/boardrrView.do?menu_nix=409771b7&brd_id=BDIDX_PJk7xvf7L096m1g7Phd3YC&cont_idx=744&seltab_idx=0&edomweivp=R> accessed 8 August 2023.

are not included in this ratio, more teenagers might have run away due to abuse, neglect or other inappropriate parenting. A serious problem for runaway teenagers is that there is few state assistance and support. Many local authorities provide shelters for runaway teenagers, but can only accommodate less than one third of runaway teenagers.⁶⁸ As a result of insufficient protection of abused and neglected children and insufficient shelters, runaway adolescents are unprotected. Some of them become involved in the juvenile delinquency system and often commit crimes. Considering that strict punishment cannot resolve juvenile delinquency and crimes, the reformation of the Juvenile Act to respect children's rights will be one of the most important tasks for the Korean government. The current policies for child protection have resulted in adolescents staying out of home and school, and running away from parents' control.

However, state intervention in child abuse is unlikely to be changed in the near future. Considering that the awareness of respecting the child's rights has steadily been raised, the bright side for the protection of abused children, however, cannot be overlooked: one of the evidences is that the parents' power and authority to discipline their children was abolished by the reformation of the Civil Code, in 2021, which signals that state intervention for the protection of children is likely to be expanded in the future. The direction is more likely that non-judicial, administrative measures for the protection of the child will continue so that parental responsibility of parents would be less restricted and parental consent would still be required. Considering that state intervention in family life has become more requested, due to a break-down of extended family structure and dominance of nuclear families, Korea must develop policies to address preventive intervention in child abuse, abandonment or neglect situations.

68 Ministry of Gender Equality and Family, Materials submitted to National Assembly (3 April 2021).

Part 5
The Americas

State Intervention and Family Life in Brazil: Bias Behind Child Protection Non-intervention Policies

Carlos Nelson Konder / Cíntia Muniz de Souza Konder

I.	Historical background of child protection	691
1.	Initial approaches to child protection in Brazil	691
2.	The doctrine of the criminal situation of the minor	694
3.	The period of the irregular situation of the minor	695
4.	The full protection of the child and adolescent	696
II.	Protecting children's and adolescents' well-being: the contrast between legal frame and social reality	699
1.	Legal dispositions that require administrative intervention.	699
2.	Administrative councils and their limitations	703
3.	The role of police departments, social and legal assistance	705
4.	Judicial protection	709
III.	Conclusions	712

I. Historical background of child protection

1. Initial approaches to child protection in Brazil

The current system for protection of children and adolescents in the Brazilian legal system is based on the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, which imposes on families, society, and the State the duty to ensure children, adolescents, and youngsters their fundamental rights, with absolute priority.¹ This legal protection is still, in some areas, a promise not fulfilled where children in vulnerable situations are neglected by a non-intervention policy that has a clear social bias, differentiating between wealthy and low income families.

Childhood and adolescence protection has not always been guaranteed through the principle of the best interest of the child. The previous doctrine

¹ Constitution of the Federal Republic of Brazil of 5 October 1988, art 227: 'It is duty of the family, the society and the State to ensure children, adolescents and youngsters, with absolute priority, the rights to life, health, nourishment, education, leisure, professional training, culture, dignity, respect, freedom, and family and community coexistence, in addition to safeguarding them safe against all forms of neglect, discrimination, exploitation, violence, cruelty, and oppression.'

‘irregular situation of the minor’ prevailed in Brazil until the enactment of the 1988 Constitution.

Historically, in Brazil, there was virtually no state intervention in providing protection to children and adolescents. The only assistance was provided by individuals and the Church.² Abandoned newborns were frequently physically placed into a device called the ‘wheel of the exposed’ or ‘wheel of the rejected’.³ The mother or the father put the child into one side of the wheel and turned the wheel to send him or her to the inner part of the building, often a religious convent. This practice developed when Brazil was still a Portuguese colony, and it prevailed until the mid-twentieth century.⁴ The terminology is also representative of social structures. The term ‘abandoned’ did not appear in legal texts until 1890. The term ‘exposed’ was used to refer to a newborn abandoned without any care (exposed to death). The term ‘rejected’ was used to describe a ‘civilised’ and tolerable practice when the newborn was left with more caution to allow his or her survival.⁵

Brazil has many indigenous families from communities established in its territory before European colonisation. In the last Demographic Census conducted in 2010, 305 different indigenous ethnic groups were identified. At the time, 896,917 people declared themselves indigenous and out of these, 57.7% lived in officially recognized indigenous lands, and 24.2% were under the age of 18.⁶ In the indigenous culture, adolescence is not recognized ‘because the child would pass to adulthood, and what is meant in the Wes-

2 JR Cunha, *Verbetes temático, Estatuto da Criança e do Adolescente*, Centro de Pesquisa e Documentação Histórica Contemporânea (CPDOC) do Brasil (Rio de Janeiro 2009) <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbetes-tematico/estatuto-da-crianca-e-do-adolescente>> accessed 5 June 2023.

3 The first wheels in Brazil were built in the 18th century – in Bahia in 1726 and in Rio de Janeiro in 1738. Mortality among exposed children was high due to lack of hygiene and food in shelters. For example, in Desterro (present-day Florianópolis), from 1828 to 1840, 61% of the 367 exposed children died before reaching the age of one. The surviving ones were assigned to families who received payment from Mercy Houses in exchange for care until the age of seven. After that, the child paid for his or her stay with work. This exposure was an urban practice and became an everyday fact in Brazil, from the eighteenth century on. C R B S Moreira, in J Aguiar, *A infância no Brasil: Século XVIII: os enjeitados* (Curitiba 2015) <<http://ainfanciadobrasil.com.br/seculo-xviii-os-enjeitados/>> accessed 5 June 2023.

4 ML Marcilio, ‘A roda dos expostos e a criança abandonada na história do Brasil’ in MC Freitas (org), *História Social da Infância no Brasil* (São Paulo 2016) 51.

5 JS Melo, ‘Breve histórico da criança no Brasil: conceituando a infância a partir do debate historiográfico’ (Rio de Janeiro 2020) <<https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/20/2/breve-historico-da-crianca-no-brasil-conceituando-a-infancia-a-partir-do-debate-historiografico>> accessed 5 June 2023.

6 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ‘Conheça o Brasil, População, Indígenas’ <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/20506-indigenas.html>> accessed 5 June 2023.

tern world as adolescence would be, on an intercultural understanding, the stage experienced during the rites of passage, which can last from a few days to months, but with a distinct understanding'.⁷ However, since many indigenous families now live in cities, and therefore attend urban schools, adolescence is a more easily identifiable phase in the indigenous community.⁸

In the 19th century and much of the 20th century, the Brazilian legal system did not use the terms 'child' and 'adolescent'.⁹ At that time, both society and the State had just begun to intervene in issues related to child protection. There was a different treatment between children of those who belonged to middle- and high-class families and children who received no social and legislative support. Those two perspectives on children are called the 'future of the nation' and the 'problem for the nation', respectively.¹⁰ The future of the nation perspective is concentrated on the safeguarding, caring, protecting, and defending of children, while the problem for the nation perspective is focused on the prowling, watching over, repressing, correcting, and punishing of children.¹¹

Children and adolescents who did not have the protection of a structured family experienced homelessness and lived in shanty towns and slums without facilities to maintain proper hygiene and were deprived of regular meals. The

7 AC Oliveira, 'Princípio da pessoa em desenvolvimento: fundamentos, aplicações e tradução intercultural', *Revista de Direito e Práxis* (RDP) 5(9) (2014) 77–78.

8 Although the rites of passage to adulthood are different in each ethnic group and it is difficult to define the habits that marked the passage from childhood to adulthood, Lucia Helena Rangel describes the events in the Jamamadi indigenous people that reference growth and socialisation: 'One day, a boy who should be, on occasion, 12 years or so, took a canoe alone and rowed upstream. The Capana Stream, a tributary of the Purus River, is deep, full of tight curves and with a lot of currents. The boy left around noon and by the end of the afternoon had not yet returned. His parents began to express concern; time passed, the night approached, and the apprehension grew on everyone, but no one did anything, no one went after the boy, they kept waiting. There was no place for despair, only expectation and worry; they could only hope. Night fell and a cry was suddenly heard, echoing from the stream. They all wept for joy; everybody ran to the margin; it was the boy arriving. They listened to the father's euphoric speech – "he succeeded, he succeeded!" The boy was greeted with screams and ovations, he had turned into a man. The father spent the next few days proudly telling of his son's adventure, always repeating – "he did it".' LH Rangel, 'Da infância ao amadurecimento: uma reflexão sobre rituais de iniciação', *Interface – Comunicação, saúde, Educação* 3(5) (1999) 152 <<https://interface.org.br/edicoes/v-3-n-5-ago-1999/>> accessed 5 June 2023.

9 The word 'minor' was used in Brazil until the legislators started to use the words 'child' and 'adolescent'.

10 RP Francisco, *Pequenos desvalidos: a infância pobre, abandonada e operária de Juiz de Fora (1888–1930)* (Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em História da Universidade Federal Fluminense, Niterói 2015) 29 <<https://www.historia.uff.br/stricto/td/1756.pdf>> accessed 5 June 2023.

11 Francisco, *Pequenos desvalidos...*, 29.

names used to designate them would be ‘bandits’, ‘outcasts’, ‘minors’, ‘delinquents’, ‘brats’ (*pivetes*), even ‘muggers’ (*trombadinhas*). Therefore, the term ‘minor’ was a derogatory term until the implementation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

The history of how a child or adolescent was placed under guardianship in Brazil stems from three distinct doctrines: (i) the criminal situation of the minor; (ii) the irregular situation of the minor; (iii) and the full protection of the child and adolescent.

2. The doctrine of the criminal situation of the minor

The criminal situation of the minor, also called phase (or system) of mere criminal imputation, began under the 1830 Criminal Code of the Brazilian Empire in order to punish minors who committed illegal acts and continued under the duration of the 1890 Criminal Code of the Republic.¹² At that time the minor would be the object of the state’s responsibility in two situations: as a victim or as an agent of a criminal offence.¹³ The legislators’ concern was centred on age, but the discerning factor about the criminal offence was also decisive: minors between nine and fourteen years old could be punished with institutionalisation if they acted with discernment. Criminal liability would be attributed to the minor if he or she could understand the consequences of the act performed. The judge was responsible for this assessment based on criteria related to the child’s way of thinking, their life history, and their ability to express themselves.¹⁴

The first Civil Code of Brazil, enacted in 1916, brought new guidelines to the legal treatment of children. Personhood began at birth. The Civil Code of 1916 also instituted civil majority at the age of twenty-one, understanding, based on modern legislation, that ‘the person, being sound of mind, will be empowered for all acts of civil life’.¹⁵ Children under the age of sixteen were considered absolutely incapable of performing the acts of civil life and should be represented by his parents or a tutor. Those over sixteen and under the age

12 GC Seabra, *Manual de Direito da Criança e do Adolescente* (Belo Horizonte 2021) 53.

13 JR Cunha, ‘A garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes: uma perspectiva normativa e filosófica brasileira’, *Revista Jurídica Luso-Brasileira* 4(6) (2018) 2220 <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_2207_2243.pdf> accessed 5 June 2023.

14 TS Pereira, ‘O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática’, *Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família*, IBDFAM-OAB/MG, Del Rey (Belo Horizonte 2000) 201–234 <<https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/tania-da-silva-pereira-o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca.pdf>> accessed 5 June 2023.

15 C Bevilaqua, *Teoria Geral do Direito Civil* (Rio de Janeiro 1976) 103.

of twenty-one were classified as relatively incapable and should be assisted to realise legal acts, such as contracts.

It is estimated that more than 2,000,000 indigenous lived in Brazil in the mid-16th century, a number that dropped to 302,888 in 1998.¹⁶ The State considered the indigenous populations, even adults, relatively incapable to realise legal acts and were under the tutelage of the State. The orientation behind the 1916 Civil Code was considered progressive and gradual adaptation to civilization.¹⁷

In family law, children continued to be designated as legitimate or illegitimate sons and daughters. As a result of a patriarchal society, although both parents had the power over their children, it was the man who exercised the power, as head of the family; the woman had just a collaborative role. The State did not uphold equality between family members, allowing the 'family chief' considerable power over his wife and children.

3. The period of the irregular situation of the minor

In the 1920s, attention had been drawn to the reassessment of the care of minors. The doctrine of the criminal situation was unable to properly deal with childhood problems and led to the next phase of the irregular situation of the minor.¹⁸ In 1923, Decree No 16.272 was issued, dealing with the assistance to abandoned minors and so-called delinquents.¹⁹ The decree covered civil law issues, such as abandoned minors, suspension and loss of parental power and guardianship, and criminal law issues dealing with the rights and sanctions of minors charged as offenders. It also created the Private Court of Minors in the Federal District.

In 1926, a significant case initiated the discussion about the need for designated places where children would serve their criminal sentences. A 12-year-old shoeshine boy named Bernardino was taken to prison after throwing paint at a client who refused to pay for his service. The police arrested Bernardino and placed him in a jail cell with twenty adults, where he was raped and brutalized. While at the hospital, Bernardino told journalists about his traumatic experience, the journalists published the news.²⁰

16 IBGE, 'Brasil 500 anos' <<https://brasil500anos.ibge.gov.br/territorio-brasileiro-e-povoamento/historia-indigena/os-numeros-da-populacao-indigena.html>> accessed 5 June 2023.

17 FCP Miranda, *Tratado de Direito Privado* (Rio de Janeiro 1954) vol I, 210.

18 Cunha, 'A garantia de direitos humanos...' 2221–2222.

19 Decree No 16.272 of 20 December 1923.

20 Ministério Público do Paraná, 'ECA- Linha do tempo sobre os direitos das crianças e dos adolescentes' (Paraná) <<https://site.mppr.mp.br/crianca/Pagina/ECA-Linha-do-tempo-sobre-os-direitos-de-criancas-e-adolescentes>> accessed 5 June 2023.

This case led public opinion to the doctrine of irregular situation, culminating in the first Code of Minors.²¹ Intentionally published on 12 October 1927 (Children's Day), the Code of Minors banned the wheel of the exposed and sought to protect abandoned children and so-called delinquents. However, the reality was different from what was provided for by law.²²

A military coup in 1964 started a period of authoritarian rule in Brazil. This was the beginning of dictatorships that interfered with the state's ability to intervene in childhood protection. The Executive Branch was authorised to create the National Foundation for the Welfare of Minors.²³ Minors who were abandoned, or considered delinquent, were considered irregular and essentially institutionalised. The logic of institutionalisation of children was similar to adult incarceration: 'to teach how to live in society, he or she was withdrawn from society. An evident copy of the prison system, which, in fact, was the keynote of this model of care'.²⁴

The doctrine of the irregular situation was effectively adopted in Brazil with the publication of the Code of Minors of 1979. Minors up to eighteen years of age were considered to be in an irregular situation if they were deprived of conditions essential to their subsistence or legal assistance, victims of ill-treatment or criminal offenders or displayed misconduct.²⁵ This doctrine, also called guardianship phase/system, started considering the minor in an irregular situation as a subject under state protection, but followed an institutionalisation approach.

4. The full protection of the child and adolescent

International rules on children and adolescents' rights, such as the Universal Declaration of Human Rights of 1948 and the Declaration on the Rights of the Child of 1959, made it possible to change the legal system as it related to children. The long re-democratization process in Brazil, which started in the late 1970s and culminated with the 1988 Constitution, paved the way for the doctrine of full protection of the child and adolescent.

21 Decree No 17.943-A of 12 October 1927.

22 R Westin, 'Crianças iam para a cadeia no Brasil até a década de 1920', Agência Senado (7 July 2015) <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/07/07/criancas-iam-para-a-cadeia-no-brasil-ate-a-decada-de-1920>> accessed 5 June 2023.

23 Act No 4.513 of 1 December 1964.

24 Cunha, 'A garantia de direitos humanos...' 2223.

25 Act No 6.697 of 10 October 1979.

The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988²⁶ was the landmark of democratic reconstruction and the effective overcoming of the years of dictatorial regime.²⁷ It established fundamental rights and guarantees that had been revoked during the dictatorship, prohibited discrimination against children of any origin and between men and women, and erected the dignity of the human person as a foundation of the Brazilian legal system. The 1988 Constitution guaranteed rights to the child and adolescent, ensuring them absolute priority, imposing this responsibility to the state, the family and society.²⁸

The 1988 Constitution implemented the Councils. The Councils include the participation of civil society in the writing and implementing of public policies. Public Policy Management Councils (composed at the local, state and federal levels) believe 'Social Security, education, and children and adolescents policies should have a democratic and decentralized character'.²⁹ In short, the Constitution is considered 'a hermeneutic turn in the conception of the relevance of the rights of children and adolescents'.³⁰

The constitutional text establishes the doctrine of full protection and the principle of the best interest of the child by recognizing that the child is considered a developing person, a vulnerable subject, and 'must have specific rights to be protected'.³¹ The principle of the best interest of the child is a guiding principle used in family courts and children's and juvenile courts. The best interest of the child principle is followed by the magistrate, lawyers, public defenders and prosecutors to seek the solution that best meets the interest of that child or adolescent, and not the interests of his or her parents,

26 U Guimarães, 'Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988', *Escrevendo a História – Série Brasileira*, Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação, Câmara dos Deputados, 14380–14382 <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituante-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>> accessed 5 June 2023.

27 LR Barroso, 'Verbetes temático. 1988 Constitution', *CPDOC do Brasil* <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/constituicao-de-1988>> accessed 5 June 2023.

28 Constitution of 1988, art 227: 'It is the duty of the family, society and the State to guarantee children, adolescents and young people, with absolute priority, the right to life, health, food, education, leisure, professional training, culture, dignity, respect, freedom and family and community coexistence, in addition to protecting them from all forms of negligence, discrimination, exploitation, violence, cruelty and oppression.'

29 E Rocha, 'A Constituição Cidadã e a institucionalização dos espaços de participação social: avanços e desafios' in FT Vaz, JS Musse, RF Santos (coords), *20 anos da Constituição Cidadã: Avaliação e desafio da Seguridade Social* (Brasília 2008) 136.

30 MCB Moraes, ACB Teixeira, 'Comentários ao art. 227' in JGG Canotilho, GF Mendes, IW Sarlet, LL Streck (coords), *Comentários à Constituição do Brasil* (São Paulo 2013) 4610.

31 Moraes, Teixeira, 'Comentarios...', 4612.

tutor or guardian. It establishes that children 'as subjects susceptible to external events that can produce bio psychosocial damage related to the trajectory of human development', naturally depend on adults and, to this extent are 'a generational group that is in a privileged degree of social risk'.³²

Major influence on the full protection doctrine was also exerted by the Convention on the Rights of the Child, approved by the United Nations Assembly in 1989.³³ The text affirms that children require special treatment because of their vulnerability. The Convention upholds the importance of the family, the value of the community and the need for the child to be educated in order to interact in the social environment, according to the values included in the Charter of the United Nations.³⁴ It was preceded by the American Convention on Human Rights, called the Pact of San Jose, Costa Rica, which provided that children are entitled to the protective measures required by their situation, and that they must be protected by their family, society and the State. Brazil, however, ratified the Pact of San Jose not earlier than 1992.³⁵

The doctrine of the full protection of children and adolescents was established to overcome the phase of 'social control of minors'³⁶ to move to a stage of 'rights-based policy'.³⁷ The main difference between the establishment of assessing the risk in a situation and the irregular situation doctrine is not to reduce the complexity of problems to mere patterns of conduct, producing prejudiced and marginalising jargon of 'misconduct' or 'suspicious attitude'.³⁸

Nevertheless, remnants of the previous doctrines can still be detected in society. Commonly, the mass media portrays children as delinquents in general, exploiting this imagery as a potential risk for 'good citizens'.³⁹ This exploitation feeds the claims of conservative sectors for more hospitalisation and commitment of children to institutions and for lowering the age for criminal responsibility, in contrast with the current legal frame of chil-

32 Oliveira, 'Princípio da pessoa...', 61.

33 Decree No 99.710 of 21 November 1999 enacted the Convention on the Rights of the Child in Brazil.

34 JRP Veronese, 'A proteção da criança e do adolescente no direito brasileiro', *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* 79 (2013) <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/38644>> accessed 5 June 2023.

35 Decree No 678 of 6 November 1992 enacted the American Convention on Human Rights in Brazil.

36 Seabra, *Manual de Direito...*, 53.

37 Cunha, 'A garantia de direitos humanos...', 2227.

38 Cunha, 'A garantia de direitos humanos...', 2227.

39 MAA Lima, FMM Mota, 'Crime, Castigo e Recuperação': como adolescentes são representados em uma série de reportagens de uma TV brasileira', *Intercom, Rev. Bras. Ciênc. Comun.* 38(1) (January/June 2015).

dren's rights.⁴⁰ In fact, indicators show an increase of adolescents subjected to hospitalisation orders, reflecting a strengthening of a punitive view in this area.⁴¹ Such resistance to the current legal frame can be related to the historical tradition of not perceiving child protection as a state affair, but exclusively a family one, since children in risk situations (i. e., abandonment, neglect, family conflicts, addiction, violence, etc.) would be the exclusive result of a failed family structure.

II. Protecting children's and adolescents' well-being: the contrast between legal frame and social reality

1. Legal dispositions that require administrative intervention

The constitution is the frame in which the full protection doctrine and the best interest of the child principle gave birth to a protective legal order, although the protective legal order is not fully implemented in reality. The leading legal order is the Child and Adolescent Statute.⁴² ECA has been considered one of the most advanced child protection laws in the world.⁴³ This evaluation is based mainly on its broad list of rights guaranteed to children, in spite of the difficulties of effectively implementing these rights. The rights range from traditional provisions of right to life, health, speech and to come and go, to more detailed provisions, such as dental care for children, prenatal care for pregnant mothers, prevention of teen pregnancy programs, registration of newborns, right to play and have fun and to enjoy family life. With the goal of promoting the full protection of children and adolescents, the ECA establishes that protection and help to children and adolescents takes priority in any circumstances. Specifically, priority to children and adolescents include services that are public or have public relevance (such as health assistance), formulation and implementation of public social policies, and allocation of public resources in related areas of protection to children and the youth. In a country marked by social inequalities, and where families are commonly the source of violating rights of children, this legal order demands state intervention in family life.

40 E Rodrigues, 'Os 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e os horizontes possíveis a partir da Justiça Restaurativa: influxos abolicionistas em tempos de expansão punitiva a partir da extensão acadêmica', RDP 1(1) (January/March 2021).

41 LT Souza, FS Albuquerque, JB Aboim, 'A Convenção da Criança e os limites na responsabilização de crianças e adolescentes no Brasil: rupturas e permanências', RDP 10(2) (April/June 2019).

42 *Estatuto da Criança e do Adolescente* – ECA, Act No 8.069 of 13 July 1990.

43 Moraes, Teixeira, 'Comentários...', 4611.

Child labour is prohibited by the Constitution for children under fourteen years of age, and allowed from fourteen to sixteen years of age only under the status of apprentice. Nevertheless, it is a frequent problem in Brazil.⁴⁴ In families with low income, it is common to find children participating in illegal child labour. In 2019, 1.758 million children and adolescents aged 5 to 17 were in child labour in Brazil.⁴⁵

Considering Brazil's social inequalities, protecting vulnerable children requires state intervention, especially in terms of education and health. The state is responsible for compulsory and free basic education nationwide. Of the 51.5 million students enrolled in basic education, 43.9 million study in public schools (85.4%) and 7.5 million in private schools (14.6%).⁴⁶ Pressure from religious parents and religious organisations, which have a strong lobby in Brazil, has led to implementing religious classes in basic public education, although it is forbidden to adopt a specific religious bias and student enlistment for such classes is optional.⁴⁷ Home-schooling is not authorised by courts while there is no specific act on the subject.⁴⁸

In regard to health, the unified public health system *Sistema único de saúde* promotes medical programs to address diseases that usually affect children and educational health campaigns for parents, educators and students. The public health system makes child vaccination mandatory in cases recommended by health authorities.

Brazil has a national vaccination public program that freely provides fourteen vaccines against twenty diseases for children and adolescents up to fifteen years old (the cost of this vaccination schedule in a private clinic would be around a thousand dollars per child). However, vaccination rates have

44 MC Teixeira, MDC Peduto, 'A proteção constitucional aos vulneráveis no direito brasileiro' <<http://www.metodista.br/bloggescidades/index.php/2016/03/>> accessed 5 June 2023.

45 UNICEF, 'Trabalho infantil aumenta pela primeira vez em duas décadas e atinge um total de 160 milhões de crianças e adolescentes no mundo' (10 June 2021) <<https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/trabalho-infantil-aumenta-pela-primeira-vez-em-duas-decadas-e-atinge-um-total-de-160-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-no-mundo#:~:text=Segundo%20dados%20da%20Pnad%20Cont%C3%AAdua,piores%20formas%20de%20trabalho%20infantil.>> accessed 5 June 2023.

46 Brasil, Ministério da Educação, 'Censo escolar' <<http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/censo-escolar#:~:text=Dos%2051%2C5%20milh%C3%B5es%2C%2043,b%C3%A1sica%20194.939%20estabelecimentos%20de%20ensino>> accessed 5 June 2023.

47 STF, Pleno, ADI 4439, Rel. Min. Roberto Barroso, Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes (27 September 2017).

48 STF, Pleno, RE 888815, Rel. Min. Roberto Barroso, Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes (12 September 2018).

been decreasing,⁴⁹ possibly affected in part by misinformation and religious and ideological propaganda.⁵⁰

Consequences to parents that do not comply with these obligations range from admonition and referral to participation in community programs to losing parental power. Criminal charges may also result from breaching parental obligations. In cases where no other solution has been reached, forced vaccination may be authorised and may be a more effective legal consequence than other sanctions.⁵¹ In fact, economic sanctions (such as fines) have been shown ineffective among both low-income families, often driven to violate the vaccination requirements because of economic difficulties, and high-income families, which frequently prefer to pay the fine to not submit to state intervention. State and local laws often have provisions that the certificate of vaccination shall be required for children to enrol at schools, and lack of vaccination in such cases shall be informed to the Child Protective Council and to the *Ministério Público* (Public Prosecutor's Office)⁵² as part of the administrative system of child well-being. The Child Protective Council is a permanent autonomous non-judicial body liable for ensuring compliance with children's rights. Its members are elected every four years by the local population.

The ECA covers everyone who is under eighteen years old. 'Child' means a person up to twelve years old and 'adolescent' means a person from twelve to eighteen years old. Later, the Youth Statute was enacted. It considers 'youngsters' to be people aged fifteen to twenty-nine, affording distinct levels of protection to them.⁵³ The Youth Statute, however, has not reached the degree of implementation, in terms of administrative structure and social effectiveness, that ECA has achieved.⁵⁴ Besides the large range of rights guar-

49 ACB Teixeira, JB Menezes. 'Autoridade parental e vacinação infantil: vulnerabilidade e superior interesse da criança e do adolescente', *Pensar* 27(1) (January/March 2022) 6.

50 Teixeira, Menezes, 'Autoridade...'. 7.

51 A Schreiber, 'Vacinação de crianças: como solucionar conflitos entre pais e com escolas?', *Jota* (1 February 2022) <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-anderson-schreiber/vacinacao-de-criancas-como-solucionar-conflitos-entre-pais-e-escolas-01022022>> accessed 5 June 2023.

52 Ministério Público is a Brazilian Agency that is not only responsible for criminal prosecution, but also acts as a 'guardian of the Law'. According to art 127 of the Constitution of 1988, 'The Prosecution Office is a permanent institution, essential to the jurisdictional function of the State, and it is its duty to defend the legal order, the democratic regime and the inalienable social and individual interests.'

53 Act No 12.852 of 5 August 2013.

54 EG Castro, SC Macedo, 'Estatuto da Criança e Adolescente e Estatuto da Juventude: interfaces, complementariedade, desafios e diferenças', RDP 10(2) (April/June 2019).

anteed to children, another highlight that is unique to ECA is the establishment of an administrative organisation to uphold these rights.

The full protection theory is considered a legal basis for transformation strategies, creating 'an entirely innovative institutional network, which gives political support and legitimacy to it, based on an organizational type founded in decentralized networks'.⁵⁵ ECA establishes preventive measures that the federal government, the states, the Federal District and municipalities should act in a specific way to develop public policies and perform actions aimed at curbing the use of physical punishment or cruel or degrading treatment and disseminate non-violent forms of education for children and adolescents. ECA establishes policy for the rights of children and adolescents through an articulated set of governmental and non-governmental actions by all entities in the country.

The ECA deals also with the so-called 'infringement acts,' which are acts committed by adolescents that are described as a crime or criminal misdemeanour if committed by adults. The Children's and Juvenile Courts were created by statute, with jurisdiction to deal with violations, both in the civil and criminal courts.

The system of welfare and guarantee of rights of children and adolescents works through an articulated set of non-governmental and governmental actions in the three spheres of power: the federal government, states (and Federal District), and municipalities. The system aims to create a 'service policy organized through articulated actions, that is, programs, projects and activities combined, and with the participation of various segments of society and the state'.⁵⁶ It also allows the participation of non-governmental entities, integrated with the state action, in order to cross the traditional borders between public and private law: 'It is not possible to define fixed borders, because when there is a need for state interference in the protection of the person, it is coherent and necessary for the Law to determine it'.⁵⁷

The best feature of ECA is the integrated administrative system designed to uphold the rights of children. Nevertheless, as part of the State political infrastructure, activities of the branches of this system are subjected to political lobbying, budget restrictions and the influence of religious organisations.

55 AV Custódio, 'da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente', *Revista do Direito* 29 (2008) 31 <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657>> accessed 5 June 2023.

56 Cunha, 'A garantia de direitos humanos...', 2214.

57 Moraes, Teixeira, 'Comentarios...', 4616.

2. Administrative councils and their limitations

Historically, in Brazil, there has been a positive change in the legal protection of children and adolescents, finally reaching the phase of the full protection doctrine. Nevertheless, the full protection doctrine has not always been a guarantee to uphold rights. In the last decades, several bodies and institutions have been created in order to investigate these obstacles and make rights a reality by acting in an integrated manner. However, the organisations' effectiveness is limited by the social influences upon its members.

One of the most important aspects of the ECA is the establishment of the Councils on the Rights of Children and Adolescents (Rights Councils). The Rights Councils 'stand out as instruments for enabling these rights in the conception of the full protection doctrine.'⁵⁸ Besides national councils, there are also state, district and municipal councils. The Constitution provides that government actions in the area of social assistance shall be organised based on two guidelines: (i) 'political-administrative decentralisation, the coordination and establishment of the general guidelines being incumbent upon the federal sphere, and the coordination and implementation of respective programmes upon the state and municipal spheres, as well as charities and social assistance entities'; (ii) 'participation of the population, by means of organisations representing them in the formulation of policies and in the control of actions taken at all levels'.⁵⁹ This second guideline is directly related to the Rights Councils.

The higher council on the Rights of Children and Adolescents is the National Council on the Rights of Children and Adolescents (CONANDA).⁶⁰ CONANDA is a permanent deliberative body that integrates the policies of the Federal Executive Branch. The CONANDA is composed of representatives of various Ministries and Offices and nine representatives of non-governmental entities operating nationwide to advocate for the rights of children and adolescents who are selected through a public selection process.⁶¹ The

58 CC Farinelli, AJ Pierini, 'O Sistema de Garantia de Direitos e a Proteção Integral à criança e ao adolescente: uma revisão bibliográfica', *O Social em questão. Revista do Departamento de Serviço Social* 35 (2016) 68.

59 Art 204 II Constitution.

60 'The National CONANDA is the highest institution to formulate, consider and control public policies for children and adolescents in the federal sphere. It was created by Act No 8.242 of 12 October 1991 and is the body responsible for implementing the rights, principles and guidelines included in the ECA, Act No 8.069 of 13 July 1990. It is composed of 28 counsellors, 14 representatives of the Federal Government, appointed by ministers, and 14 representatives of civil society elected nationwide every two years.' Ministério Público do Estado do Paraná <<https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1563.html>> accessed 5 June 2023.

61 Decree No 9.579 of 22 November 2018.

Council is responsible for establishing policy for rights of children and adolescents, supervising the enforcement at all levels, supporting and evaluating local councils, monitoring and implementing the national budget and the National Fund for Children and Adolescents.⁶² Although conceived to be a civil society program for policy making, the government significantly influences its decisions.⁶³

Under supervision of CONANDA, Child Protective Councils were created by ECA,⁶⁴ as autonomous, permanent and non-jurisdictional bodies, which are part of the local public administration. It is the council's responsibility to ensure the compliance with the rights of children and adolescents. Each municipality must have at least one Child Protective Council, composed of five members over twenty-one years old, residing in the municipality and of recognized moral suitability. These members are elected by the local population for a paid term of four years.

The Child Protective Council supervises the governmental and non-governmental service entities provided for in ECA and applies protective measures in cases of violation or threat of violation of the rights of children or adolescents in risk situations. Risk situations (i.e., abandonment, neglect, family conflicts, addiction, violence, etc.) arise from the action or omission of society or the state; lack, omission or abuse of parents or guardians or due to their conduct; and in cases of offences committed by children, since, in Brazil, the child who commits an offence shall be subject to protective measures only.

The Child Protective Council supervises service entities and requires the authorities to act when it detects a violation or threat to children's rights, so that appropriate measures are taken to investigate the facts. If there is a violation of children's rights, the Child Protective Council may determine protective measures, including: referral to parents or guardians, by means of a temporary term of responsibility, imposing special duties on parents or guardians; temporary guidance, support and follow-up; compulsory enrolment and attendance in an official elementary school; inclusion in official or community services and programs for the protection, support and promotion of the family, the child and the adolescent; request for medical, psychological or psychiatric treatment, in hospital or outpatient programs; referral for inclusion in an official or community program of assistance, guidance and

62 Decree No 9,579 of 22 November 2018.

63 MLA Oliveira, 'Participação Social e Políticas Públicas: uma análise sobre a influência do Conanda nos Instrumentos Orçamentários' <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4710/1/3o-lugar-tema-1-marcio-luiz-de-a-oliveira_2014.pdf> accessed 5 June 2023.

64 Art 132 ECA.

treatment of alcoholics and drug addicts; institutional reception; inclusion in a family reception program (placement of child in residence of registered host families until it is possible to return to the family of origin or, if this is not possible, referral for adoption); and placement in a substitute family. In the case of foster care, there must be judicial determination, ensuring an adversary proceeding and opportunity for parents or guardians to be heard, unless faced with an urgent situation on an exceptional basis.

Although the members of the Child Protective Councils are independent from other authorities, immune to direct state pressure, they are composed of individuals who are elected, subjected to political pressure that may interfere with their action, such as the need for campaign financing, demagogic acts and using the job as a leverage to obtain other electoral posts (e.g., congressman, city council, etc.).⁶⁵

Members of religious entities have been occupying these councils. In São Paulo, 53% of the councillors who took office in 2020 are linked to neo-Pentecostal churches, and in Rio de Janeiro this number is close to 65%. The influence of the religious institutions causes problems: councillors prevent legal abortion in cases of child abuse (rape); a neo-Pentecostal grandmother reported abuse, without proof, when a mother participated in a ritual of African origin with her child, causing the mother to lose custody of the child; and children with divorced parents are subjected to a neo-Pentecostal church ritual called 'Descarrego'. The ritual stems from the belief of a 'lack of God at home'.⁶⁶

3. The role of police departments, social and legal assistance

Economic limitations, regarding funds for administrative organisations, are also a problem in the administrative implementation of children's rights. Specialized Police Departments for the Protection of Children and Adolescents are organisations that protect the rights of children or adolescents who are victims or witnesses of physical, psychological, sexual or institutional violence. Physical violence is described as 'an action inflicted on a child or adolescent that offends his or her integrity or bodily health or causes him/her physical suffering'.⁶⁷ Psychological violence can take on many features, such

65 HL Pase, GP Cunha, ML Borges, APD Patella, 'O Conselho Tutelar e as políticas públicas para crianças e adolescentes', *Cad. EBAPE.BR* 4(18) (October/December 2020).

66 G Alessi, 'Igrejas evangélicas neopentecostais dominam conselhos tutelares em São Paulo e no Rio', *El País* (15 December 2020) <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-12-15/igreja-evangelicas-neopentecostais-dominam-conselhos-tutelares-em-sao-paulo-e-no-rio.html>> accessed 5 June 2023.

67 Act No 13.431 of 4 April 2017.

as discrimination, humiliation, isolation exploitation or systematic intimidation (bullying). Another offence is the act of parental alienation, which is understood as the interference with the psychological formation of the child or adolescent, promoted or induced by one of the parents, by grandparents or by those who have authority, custody or surveillance. Parental alienation often leads to the repudiation of the parent or causes injury to the establishment or maintenance of bonds with the child.

Sexual violence is defined by the legislators and includes the following acts: Sexual abuse is any action that is used by the child or adolescent for sexual purposes; Commercial sexual exploitation is the use of the child or adolescent in sexual activity in exchange for remuneration or any other form of compensation; Human-trafficking is the recruitment, transportation, transfer, accommodation or reception of the child or adolescent for the purpose of sexual exploitation; and Institutional violence is defined in general terms as 'the one practiced by a public or contracted institution, even when generating re-victimization'.

Currently, Brazil has over one hundred Specialized Police Departments for the Protection of Children and Adolescents, which is a low number, considering the number of violence reports. According to data collected by the National Office for the Rights of Children and Adolescents, in 2020, more than 95,200 reports of violence against children and adolescents were received by its hotline ('Dial 100 – Dial Human Rights', the service of reports of human rights violations and information on the rights of vulnerable groups).⁶⁸ The most recurrent violations are physical violence (e. g., ill-treatment, aggression and failing to provide the minimum material support necessary for subsistence) and psychological violence (e. g., omission of care, affection, moral, psychological and social assistance, threat, moral harassment and parental alienation). About 56,000 of the reports name fathers and mothers as suspects of violations, 59% of the total.⁶⁹

In spite of its protective legal frame, in reality Brazil is a very violent country towards children and adolescents. The *Panorama of Lethal and Sexual Violence Against Children and Adolescents in Brazil* study shows the size of the problem: from 2016 to 2020, there were 34,918 intentional violent deaths of

68 Brasil, 'Denunciar violação de direitos humanos (Disque 100)' <<https://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-violacao-de-direitos-humanos>> accessed 5 June 2023.

69 Brasil, 'Brasil tem apenas 110 delegacias especializadas em crimes contra crianças e adolescentes' <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/abril/brasil-tem-apenas-110-delegacias-especializadas-em-crimes-contra-criancas-e-adolescentes>> accessed 5 June 2023.

children and adolescents, an average of 6,970 deaths per year.⁷⁰ The study showed that ‘children often die as a result of crimes with characteristics of domestic violence, while the deaths of adolescents are predominantly characterized by elements of urban armed violence,’⁷¹ and the greatest victims of violence are black boys.⁷² Although it is known that many cases of rape are not reported, the reported number of cases of sexual violence from 2017 to 2020 are alarming: there were 179,277 cases of rape of vulnerable⁷³ and rape⁷⁴ against victims under 19 years old in Brazil, and 62,000 victims were children under ten years of age.⁷⁵

To deal with this problem, social and economic disparities must be addressed. Among low-income families, the lack of state intervention is more common than its abuse. State measures have been taken by providing economic assistance, as well as medical and educational aid. Social assistance can be effective in preventing abuse. Among several objectives, social assistance is based on the support of needy children and adolescents, in situations of personal and social risk, offered mainly at the Social Assistance Reference Centre and the Specialized Social Assistance Reference Centre.⁷⁶

Social assistance has been provided by Bolsa Família since 2003. Bolsa Família is a social welfare program established by President Luís Inácio Lula da Silva to support families that live in poverty and that are composed of pregnant women, children or adolescents. The financial aid is provided if the families have children, but they must ensure that the children are enrolled in and regularly attend school. Pregnant women must follow up with their health and medical care. The support provided by Bolsa Família has been effective in supporting children’s education. In some rural regions in Brazil, enrolling children in schools has increased by 91.43%.⁷⁷

70 Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), Fórum Brasileiro de Segurança Pública, *Panorama da violência letal e sexual contra crianças e adolescentes no Brasil* (Brasil 2021) 5 <<https://www.unicef.org/brazil/media/16421/file/panorama-violencia-letal-sexual-contracrianças-adolescentes-no-brasil.pdf>> accessed 5 June 2023.

71 UNICEF, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 5–6.

72 UNICEF, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 5–6.

73 According to the Criminal Code, rape of the vulnerable is a specific type of rape, which means ‘having carnal knowledge or carrying out other lewd acts with a person under 14 years of age’ (art 217-A 1940 Criminal Code).

74 According to the Criminal Code, rape is a specific type of crime which means ‘to coerce someone, through violence or serious threat, to have sexual intercourse or to perform or allow performing other lewd acts to him/her’ (art 213 1940 Criminal Code).

75 UNICEF, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 6.

76 Act No 8.742 of 7 December 1993.

77 AP Kern, MT Vieira, RS Freguglia, ‘Impactos do programa bolsa família na educação das crianças’ (2017) <https://www.anpec.org.br/encontro/2017/submissao/files_I/i12-00e6a236f-55d70ceed173a082b0e15a9.pdf> accessed 5 June 2023.

Legally adopting a child has always been a problem in Brazil. Bureaucratic difficulties have caused informal adoptions, which are called ‘adoption in the Brazilian way’ (*adoção à brasileira*), carried out by simply registering the adopted child as a biological child.⁷⁸ Although technically a crime, judicial decisions have been tolerant with this frequent practice, considering the altruistic intent involved.⁷⁹ Specific laws have been approved to deal with the difficulties of finding families to foster older or interracial children, as well as children with siblings or with disabilities.⁸⁰ More controversial, campaigns called ‘active search’ have been launched to stimulate adoption with exposure of images of specific children through social media, which have been considered a violation of ECA, because they objectify children.⁸¹

Facing these obstacles, *Ministério Público* acts as a permanent institution that is essential to the judicial function of the state and is entrusted with the defence of the legal order, the democratic regime and the social and individual inalienable interests. One of its duties is to protect children and adolescents, acting as ‘guardian of the Law’ in all procedures involving children and adolescents.

The State Public Defender’s Office (*Defensoria Pública* – DP) defends the vulnerable and offers guidance and legal assistance to people who cannot afford the costs of such services. They also cover the costs of judicial, extra-judicial and experts’ expenses.

Political disputes may also be an obstacle to child protection. For instance, the 2018 election of conservative representation for the federal executive power has significantly changed the orientation of the federal administration in regard to child protection. Policies have focused on ‘strengthening families’, under the traditional view of not conferring upon the state the role of intervening directly to protect children, but rather the family itself.⁸² As an example, with regard to child vaccination against Covid-19, the federal administration has shown strong resistance. Technical Notes – official Acts of Ministries that guide public service – have been issued by the Ministry of Health and by the Ministry of Women, Family and Human Rights, stating

78 STJ, 3ª T., REsp. No 833.712, Rel. Min. Nancy Andrighi (17 May 2007).

79 STJ, 3ª T., REsp. No 833.712, Rel. Min. Nancy Andrighi (17 May 2007).

80 Act Nos 12.010/2009, 12.955/2014 and 13.509/2017.

81 CR Nakamura, ‘Criança e adolescente: sujeito ou objeto da adoção? Reflexões sobre menorismo e proteção integral’, *Serv. Soc. Soc* 134 (January/April 2019).

82 For instance, the ‘strong families program’, regulated by Resolution No 1 of 30 December 2021 <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-1-de-30-de-dezembro-de-2021-371529589>> accessed 5 June 2023.

that vaccination is not mandatory and that the request of vaccination certificates is a violation of human rights.⁸³

4. Judicial protection

The courts seek to uphold judicial rights of children and adolescents. In Brazil, there are two Superior Courts regarding children's rights: the Supreme Court (*Supremo Tribunal Federal* – STF), guardian of the Federal Constitution and the regulator of the Judiciary Branch⁸⁴ and the Superior Court of Justice (*Superior Tribunal de Justiça* – STJ), responsible for standardising the interpretation of federal laws and solving the civil and criminal cases that do not involve constitutional matters or specialised justice (i.e., military, electoral and labour justice).⁸⁵

Legal precedents establish explicit situations in which rights that were guaranteed by law had to be taken to the judiciary for a ruling. The precedent reflects the persistence of the social bias behind non-intervention policies, with the criminal approach to children in situations of vulnerability.

For instance, in 2019, STF banned taking children experiencing homelessness into custody, upholding their right to come and go.⁸⁶ If otherwise allowed, 'it would represent a real blank check so that arbitrary arrests, undue restrictions on the freedom of minors and violence of all kinds could be freely inflicted, and this cannot be admitted.'⁸⁷ In 1994, the Court decided that in case of torture of children and adolescents by military police officers, the offense does not qualify as a military crime, but as a crime typified in the Children and Adolescents Statute, thus police officers should be tried by regular courts and not by military courts.⁸⁸ While military justice is focused on disciplinary conduct of officers, regular courts are focused on protecting children.

Considering difficulties in protecting children in low income families, STJ upheld the right to enrol an infant at a day-care facility near his or her residence, as part of the right to early childhood education.⁸⁹ The Superior Court

83 Technical Note 2/2022/SECOVID/GAB/SECOVID/MS <<https://sbim.org.br/images/files/notas-tecnicas/nt-ms-vacinacao-criancas-covid-5a1lanos.pdf>> accessed 5 June 2023 and Technical Note 1/2022/COLIB/CGEDH/SNPG/MMFDH <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/janeiro/NotaTcnicaSEI_MDH2723962.pdf> accessed 5 June 2023.

84 STF <<http://portal.stf.jus.br/>> accessed 5 June 2023.

85 STJ <www.stj.jus.br/> accessed 5 June 2023.

86 STF, Tribunal Pleno ADI No. 3446, Rel. Min. Gilmar Mendes (8 August 2019).

87 STF, Tribunal Pleno ADI No. 3446, Rel. Min. Gilmar Mendes (8 August 2019).

88 STF, Tribunal Pleno, HC No. 70389, Rel. Min. Celso de Mello (23 June 1994).

89 STJ, 2ª Turma, REsp 1.663.462, Rel. Min. Herman Benjamin (6 June 2017).

also decided that the time a child worked under twelve years of age should be included for his retirement time computation related to social security benefits, despite the prohibition of child labour by the Federal Constitution. According to Justice Napoleão Maia Nunes Filho:

‘This Court has settled that the legislation, by prohibiting child labour, had its protection as a scope, having established the prohibition for the benefit of the minor and not to his or her detriment. Therefore, this Court recognizes that minors cannot be deprived of their labour and social security rights, when the exercise of work in childhood is proven. Thus, it is not allowed to disregard the rural activity carried out by a child impelled to work even under 12 years of age, under penalty of punishing the worker, who had his or her childhood sacrificed because of the rural work and who could not have such period computed at the moment of granting his or her retirement. Interpretation to the contrary would be violating the inspiring purpose of the protection rule.’⁹⁰

STJ also ruled, by preliminary injunction, without prior hearing of the requesting party and based on evidence produced in advance through judicial inspection, that the judicial authority could set a deadline for the uncovering of irregularities in a provisional hospitalisation centre for adolescents that had chronic overcrowding, clogging of sewage that was circulating openly throughout the unit, bad smell, infestation of rats, leaking pipes, no hot water for baths for the inmates and deficiencies related to medical and dental care, among many other problems.⁹¹

Specialized Children’s and Juvenile Courts and Family Courts, within the state courts, have jurisdiction to deal with issues involving children and adolescents, depending on the matter that should be examined. Depending on the crime committed against the child or adolescent, the Federal Courts may have jurisdiction to rule on a case. For example, in case of disclosure or publication of images with pornographic content involving a child or adolescent on the internet, there is federal jurisdiction when three cumulative requirements are met:

1. the fact is foreseen as a crime in Brazil and abroad;
2. Brazil is a signatory to an international convention or treaty through which it undertakes to criminally repress this criminal type; and

90 STJ, 1ª Turma, AgInt no AREsp 956558, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho (2 June 2020).

91 STJ, 2ª Turma, REsp 1.653.359, Rel. Min. Herman Benjamin (19 October 2017).

3. the conduct has at least begun in Brazil and the result has been produced, or should have been produced abroad, or reciprocally.⁹²

State courts have established precedents ordering parents to vaccinate their children.⁹³ In regard to child vaccination, before the pandemic, STF examined a case of vegan parents who refused to vaccinate their children invoking their philosophical conviction. The court determined that child vaccination is constitutionally mandatory and not a violation of parental power if the vaccine, registered in a health agency, has been included in the national program of immunisation or is determined by law or by a federal, state or district act.⁹⁴

During the Covid-19 pandemic, judicial protection of children against one of the parents became more frequent. There were local decisions prohibiting one of the parents from travelling with children to places with high levels of contamination,⁹⁵ forbidding use of public transportation in long distances to get the children,⁹⁶ suspending visitation rights in case of contamination risk behaviour,⁹⁷ and changing of custody periods.⁹⁸ Nevertheless, decisions ensured a minimal time of visitation through videoconference until contamination risk decreased. Such decisions also safeguarded future compensation of visitation days.⁹⁹

In a provisional decision, STF recently determined that compulsory indirect measures may be implemented regarding vaccination, such as restrictions on certain activities and places if children are not vaccinated, and that the state hotline may not be used for reporting allegedly 'discriminatory' acts of people refusing vaccination.¹⁰⁰

92 STF, Tribunal Pleno, RE 628624, Rel. Min. Edson Fachin (28 October 2015).

93 TJSP, Cam. Esp., ED 10032848320178260428, Rel. Des. Fernando Torres Garcia (21 October 2019); TJSC, AI 40200870220198240000 (21 November 2019); TJMG, 4ª C. C. [Court of Justice of Rio de Janeiro, 4th Civil Chamber], AC 10518180076920001, Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes (12 December 2019).

94 STF, Pleno, ARE 1267879, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno (17 December 2020).

95 TJRJ, 25ª C. C., AI 00442891820208190000, Rel. Des. Luiz Fernando de Andrade Pinto (26 August 2020).

96 TJRJ, 4ª C. C., AI 00414606420208190000, Rel. Des. Maria Helena Pinto Machado (26 August 2020).

97 A Schreiber, 'O negacionismo no direito de família', *O Globo* (7 May 2021) <<https://blogs.oglobo.globo.com/fumus-boni-iuris/post/anderson-schreiber-o-negacionismo-no-direito-de-familia.html>> accessed 5 June 2023.

98 TJRJ, 3ª C. C., AI 00194399420208190000, Rel. Des. Mario Assis Gonçalves (16 November 2020).

99 TJSP, 6ª C. D. P. [Court of Justice of São Paulo, 6th Private Law Chamber], AI 21509144720208260000, Rel. Des. Alexandre Marcondes (22 February 2021).

100 STF, ADPF 754, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 16ª decisão provisória (14 February 2022).

III. Conclusions

The Brazilian legal system today is entirely based on the full protection doctrine. The foundation of this doctrine is the Brazilian Constitution of 1988, assigning to the state, the family and society the responsibility to uphold the rights of children and adolescents, ensuring them absolute priority. The system that has been implemented by ECA has not only regulated a broad range of child rights, but it has also established a complex administrative system for implementing child protection, involving government organisations at federal, state and local levels and civil society organisations. ECA provides a legal framework where state intervention in family life is authorised, or even ordered, when necessary for the best interest of the child.

Nevertheless, mass media and civil society seem to support a traditional point of view for the state to not intervene in family life in regard to the child's well-being. The traditional point of view is biased because it hands over exclusively to the family both the autonomy and the responsibility for child development, disregarding the social and economic conditions influencing the child's well-being. In the end, it ensures wealthy families' autonomy from the legal system and state regulations. Families more affected by poverty have children who are more at risk for criminal institutionalisation, but society essentially blames the parents for this outcome.

Political conservatives had taken control of the federal executive branch in the 2018–2022 term. During this period, administrative actions in child well-being were guided by the perspective of 'strengthening' families and respecting parental autonomy. This has caused frequent conflicts between government actions and the legal system, resulting in judicial intervention in many cases.

Mandatory vaccination is a recent example of this conflict. ECA explicitly determines the obligation of parents to vaccinate their children, but ministries of the federal administration have issued technical notes indicating that vaccination is optional, allowing parents to decide whether to vaccinate their children. This conflict led to a judicial decision that, following previous precedents of STF, states explicitly that vaccination is mandatory. The judicial interference has been decisive in upholding the legal framework that allows State intervention to protect rights of children.

The recent change in the federal executive branch, after elections in 2022, has already led to an increase of social aid to low-income families, which will likely lead to a general increase of State intervention in Brazilian family life. The relationship between the federal executive branch and the judicial branch will change just as interpretations and applications of the legal framework of children's protection also evolve.

(After Babel) Stories of State Regulation of Immigrant Parent-Child Conversations: A Comparative Study

Bernard P. Perlmutter*

*'[T]he problem of Babel is quite simply, that of human individuation. But different tongues ... realize needs of privacy and territoriality vital to our identity.'*¹

I.	Introduction: Access, language, and connections across borders.	713
II.	Speaking Polish in Germany: The 'bad' parent	717
	1. The Petition	717
	2. The Investigation	718
	3. The Resolution.	721
III.	Teaching German in Nebraska: The 'good' parents	723
	1. The Opinion.	723
	2. Meyer v Nebraska as an immigrant story	724
	3. 'Good' and 'bad' immigrant parents	727
IV.	A Guatemalan mother in Nebraska: The 'silenced' parent	729
	1. Separation, deportation, termination	729
	2. The precarious status of 'mixed status' families in the U.S.	734
	3. Separation, deportation, termination reversed.	738
V.	Epilogue: Children's voices.	740
VI.	Conclusion	742

I. Introduction: Access, language, and connections across borders

This Article examines disputes between immigrant families and the state that occur when the state seeks to regulate relations between parents and their children. Some disputes may center on the state's role in determining what language their children learn in school. Others may concern the language spoken by the children and parents when the state intervenes in and seeks to regulate the family's life. Differences between the home country and

* The author dedicates this Article to the memory of Lyuba and Ben Perlmutter. Born in Minsk (Belarus) and Novograd Vlnsk (Ukraine) respectively, they met, fell in love, and married 100 years ago in Wolomin, Poland, while waiting for their U.S. travel visas. They conversed in Yiddish, Russian, and (eventually) English with their son and only child, born in the U.S. in 1928.

1 G Steiner, *After Babel: Aspects of Language and Translation* (Oxford, UK 1975) 473.

the country of migration test the structure and exercise of the adopted state's powers of intervention. Three 'case studies' involving state interventions in immigrant parent-child relationships probe these questions in depth through a comparative lens:

1. A Polish father who loses access to his children and then petitions the European Parliament for relief after the German child welfare authorities tell him not to speak Polish with his daughters during state-supervised visits following his divorce from their mother;²
2. German-born parents living in the U.S. in the early 1920s, who are forbidden from having instructors teach their native language to their elementary-school-age children in Nebraska state schools and then challenge the law as a violation of their parental rights in the United States Supreme Court;³
3. A Guatemalan mother (and speaker of an indigenous Mayan dialect) who, more recently, loses her connections to her children in Nebraska following her deportation to her homeland and the loss of her parental rights in a state family court, a phenomenon that often affects undocumented immigrant parents of United States citizen children.⁴

These cases illustrate broader themes that emerge when state authorities circumscribe and regulate immigrant parent connections to, and conversations with, their children. When families cross national borders, and the parents raise the children in the adopted country, they may run afoul of 'foreign' rules that limit their decision-making authority and may even permanently lose their legal ties to the children. Through these case studies, the Article describes parallels and similarities as well as contrasting perspectives in two legal systems, German and American.

The Article's emphasis is on how shared spoken language between parents and children defines and unifies them as a family, serves as a foundation of the parents' role in guiding, educating, inculcating values in their children; and forming the child's identity. The state's use of its power to regulate the language in which parents and children speak with one another elevates 'assimilation' to the state's norms and standards — including the requirement that they speak the language of their adopted country — over the parents' ability and authority to raise the child on their own terms.

2 Petition no 38/2006 from Wojciech Leszek Pomorski to the Committee on Petitions of the European Parliament.

3 *Meyer v Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

4 *In re Mainor T*, 674 N.W.2d 442 (Neb 2004).

When an immigrant parent loses custody of a child, parent-child connections are weakened if their visits cannot be conducted in their shared native language. The parent's lack of language proficiency in the adopted country may also impede access to the court process and the state services associated with the court proceedings, thwarting the parents' ability to reunite with their children.

The Article brings U.S. experiences and perspective into the broad framework of this international research project, which invites comparative legal study of the role of the state in family relations.⁵ With its focus on how 'state intervention jeopardizes the harmony of family life and the well-being of children', the Project examines 'the state's powers to interfere with the integrity and autonomy of families.'

The legal and social situation of migrant families contributes to their lack of awareness of local practices and regulations, which 'often pose hidden risks to family life and the well-being of children.'⁶ This Article analyzes 'whether protective mechanisms provided by the state are adequate to the difficulties experienced by families, and ... consider[s] to what degree such mechanisms prevent bad decision-making on the part of the authorities.'⁷ The Project's invitation to engage in 'detailed comparative and functional legal analysis'⁸ is at the heart of this Article.

This Introduction asks how these 'protective mechanisms' function to preserve family bonds among migrant families, and how bad decisions by the state in the adopted country limit access to and connections between migrant children and parents, and the ultimate break-up of their families.

Part II describes recent disputes between individual migrant families from Poland and the German youth welfare system. These disputes have provoked critical responses from their home country and the European Union, especially with regard to the exercise of parental custody, the parent's right of access to the child, and protection of the child's language identity.

Parts III and IV evaluate U.S. state policies and practices in two contexts: when the state overrules immigrant parental decisions regarding the education of their children; and when 'mixed status' families are enmeshed in immigration and child welfare proceedings that lead to prolonged separa-

5 International Research Project: *The State's Powers to Intervene in Family Life* <https://www.rewi.europa-uni.de/en/lehrstuhl/pr/polprivrecht/projekty/_The-state_s-powers-to-intervene-in-family-life/index.html> accessed 28 July 2023.

6 *The State's Power to Intervene in Family Life*.

7 *The State's Power to Intervene in Family Life*.

8 *The State's Power to Intervene in Family Life*.

tions of immigrant parents from their children and, on occasion, permanent separation and loss of parental rights.

The purpose of this comparative analysis is to bring perspectives from U.S. constitutional jurisprudence and child welfare policies and practices to bear on the controversies involving German state oversight of parents who are foreign nationals. The Article highlights similarities and differences in the experiences of transnational families in the child protection systems of Germany and the U.S., noting the structural, jurisdictional and procedural differences in the laws that affect migrant families in the countries' family court systems.

The Article utilizes these case examples, research on migration of families, and studies of the family court and welfare agency treatment of migrant families to illustrate similarities and contrasts between U.S. and German practices, and to posit recommendations for reforming practices to avoid mistakes committed by state authorities, consistent with the overarching policy aspirations and legal frameworks of the national systems.

In the European context, it examines international human rights and EU standards in conflict with *Jugendamt* (German Youth Welfare Authority) laws and practices that have disrupted immigrant parent-child relationships, limiting parental access and critical decision-making authority. In the U.S. context, it evaluates examples of federal constitutional and statutory laws and state laws governing parental autonomy and decision-making, and the immigration status factors that trigger or prolong state interventions into immigrant parent-child relationships.

While the parent's role in raising the child is the paramount guiding principle in U.S. custody law, language and cultural differences with U.S. child protection systems, as well as the threat of removal from the U.S. due to the parent's precarious immigration status, pose additional risks to their relationships with their children. Moreover, the state's role in interfering in the family based on its assessment of the 'best interests' of the child often serves as a proxy for the severance of the foreign parent's legal relationship with the child as well as the child's linguistic, cultural, and emotional ties to the parent.

Part V emphasizes the centrality of the child in these conflicts between parents and the state, through the perspectives of the child's human rights and legal personhood rights. It looks at the legal 'place' of the child — both as a function of residence and as a 'person' in relation to parents whose authority to raise their children has come into legal conflict with the state at a basic level of parental decision-making and authority that the state has questioned or usurped.

II. Speaking Polish in Germany: The ‘bad’ parent

1. The Petition

In April 2006, Wojciech Pomorski, a German-Polish national, filed a Petition in the European Parliament alleging that Germany had infringed on his fundamental rights as a parent and failed to respect his cultural and linguistic identity because of his refusal to only speak German with his two daughters during their state-supervised visitations, following his divorce from their German mother.⁹

According to the Parliament’s summary of his petition, Mr. Pomorski was of Polish origin, had fled Poland to Germany in the 1980s for political reasons, held dual Polish-German nationality, and had spoken Polish with his daughters since their birth. He preferred to use Polish with his daughters as it is ‘the language in which he is best able to express himself.’¹⁰

The German Youth Welfare authorities imposed the ‘language requirement’ on Mr. Pomorski in November 2003.¹¹ He filed suit against the city of Hamburg (which administered the local *Jugendamt* office) challenging the requirement. After an initial adverse ruling from a lower-level tribunal, the Hamburg Administrative Board in June 2005 reversed the tribunal’s decision, finding the justifications for it untenable.¹² Despite the favorable ruling from the Hamburg Board, he filed his Petition in the European Parliament, seeking relief not just for himself but also on behalf of other migrant parents

9 This account is primarily derived from the summary of the petition by the European Parliament, Committee on Petitions, no 0038/2006 by Wojciech Pomorski (Polish and German) concerning discrimination regarding visiting rights on grounds of language (5 May 2007) (hereinafter ‘Notice to Members’) <https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/organes/peti/peti_20070607_1500.htm> accessed 28 July 2023.

10 Notice to Members, 1.

11 Mr Pomorski published a much more detailed chronological and critical account of these events <http://www.problemamt.de/historia_pomorskiego.html> accessed 28 July 2023. He also maintained an active social media presence on Facebook and in other internet spaces.

12 The *Jugendamt*’s monitoring of parent-child visitations in this particular case reflects one of its many responsibilities not directly related to child protection, including ‘counseling and support services for parents in certain situations, eg during divorce ...’. S Witte, L Miehlsbradt, E van Santen, H Kindler, ‘Briefing on the German Child Protection System’, *Hestia* (Sept 2016) 1–2. By contrast, in the U.S., state welfare agencies have limited involvement in monitoring families in dissolution cases or other contexts not formally part of child protection systems. See eg J Gupta-Kagan, ‘America’s Hidden Foster Care System’, *Stanford Law Review* 72 (2020) 884–888 (describing limited mechanisms for child protection outside of the parameters of state child abuse/neglect systems).

against the ‘general practice’ of compelling the parents to speak only German with their children during supervised visits.¹³

2. The Investigation

The Parliament found sufficient jurisdictional grounds to consider the Petition, determined that the language requirement constituted *prima facie* discrimination on account of nationality, initiated a process for the German authorities to explain the practice and its compatibility with EU law, and commissioned an official investigation and reply to the Petition.¹⁴ The European Commission’s preliminary assessment of the Petition in May 2007 made the following threshold findings:

‘According to the petitioner, when parents separate, the *Jugendämter* supervises the rights of the parent who does not have custody to communicate with the children. Visits by the parent in question take place on *Jugendämter* premises and are supervised by one of the officials, who requires the use of German when the parent speaks to the children. If the parent persists in speaking Polish with his children his visiting rights may be suspended and perhaps cancelled by the *Jugendämter*.’¹⁵

During a Commission visit to Berlin, in March 2007, *Jugendamt* representatives offered one key justification for imposing this language requirement on foreign parents: *[F]rom the professional pedagogical aspect, it is not in the child’s interests for meetings with an accompanying official to take place in a foreign language. It is beneficial for the child to develop German as his/her language, since he/she is growing up and will be attending school here.*¹⁶ This ‘ped-

13 The Parliament Committee received at least six other petitions from Polish parents making similar allegations, which were consolidated with the Pomorski petition. Delegation Visit to Berlin from 21–23 March 2007, summary of meeting with German authorities concerning the ‘Jugendamt-Petitions’, 1 (hereinafter ‘Delegation Visit’) <https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/668/668349/668349en.pdf> accessed 28 October 2023.

14 The Parliament referenced several jurisdictional grounds for consideration of the petitioner’s challenge to the German language requirement: prohibition of any discrimination on grounds of nationality (art 12 Treaty establishing the European Community); European Commission regulations governing parental authority conflicts between different Member States; provisions in European law concerning the free movement of persons. It acknowledged that rules governing parental access rights to children in matrimonial disputes fall under Member States’ jurisdiction, but that Member States ‘must nevertheless respect Community law in the exercise of their jurisdiction, particularly the Treaty provisions relating to the freedom of all EU citizens to travel and reside on the territory of Member States.’ Notice to Members, 2–3.

15 Notice to Members, 1.

16 Delegation Visit, 1 (italics in original).

agogical' (i. e., school-readiness) rationale was at the heart of the conflicts between parents and the state concerning the language spoken with their children in private conversations observed by state officials.¹⁷

Earlier diplomatic correspondence from the Federal Republic of Germany to the Chairman of the Committee on Petitions laid out several other 'objective reasons' for the (euphemistically described) 'linguistic arrangements' during supervised visits.¹⁸ While giving lip service to the benefits gained from 'the use of the mother tongue of the parent who has access rights is culturally enriching for the child and also important from an emotional point of view,' the German representatives provided several countervailing examples when language restrictions could outweigh the purported benefits to the child.¹⁹

Most importantly, the German response asserted that the *Jugendamt's* broadly defined duty to protect the welfare of the child could justify its imposition of restrictions on parental access.²⁰ Language restrictions on parents with access

17 This view did not refer to any research on language acquisition in pre-school children. In fact, prevailing scientific evidence on language acquisition suggests that young school-age children can continue to speak one language – the 'mother tongue' – in the home while learning a second language – the 'target language' – in the school setting without any detriment to the child's readiness for school in the new language. See eg S Pit Corder, 'A Role for the Mother Tongue' in SM Gass, L Selinker (eds), *Language Transfer in Language Learning* (Amsterdam/Philadelphia 1993) 29 (observing from cumulative survey of research on language acquisition that 'the part played by the mother tongue in the acquisition of a second language is a good deal more pervasive than is traditionally believed.'). International public policy also recognizes the benefits of classroom instruction in the mother tongue for younger children. Eg UNESCO, *The Use of vernacular languages in education: The report of the Unesco Meeting of Specialists*, reprinted in J Fishman (ed), *Readings in the Sociology of Language* (Berlin 1968) 688–716 ('On educational grounds we recommend that the use of the mother tongue be extended to as late a stage in education as possible.').

18 Letter of 11 July 2006 from HE Dr Wilhelm Schönfelder, Permanent Representative of the Federal Republic of Germany, to Martin Libicki, Chairman of the Committee on Petitions ('Letter of 11 July 2006') <https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/lt/647/647024/647024en.pdf> accessed 24 October 2023.

19 This is not to imply that blanket edicts restricting parents' use of Polish could never be justified. One unreported dispute over language, arising in North Rhine-Westphalia, involved a father who spoke only Polish with his child during their visits, supervised by a Polish speaker. According to one German family law scholar's account of the case, 'the court urged the father to show interest in the things that are important for the child. It reported from ... hearing the child that he was afraid that the father would insist again on learning Polish. The court referred to an expert assessment by a doctor who said that the child's language development was retarded and that he had begun to stutter. The doctor found [it] necessary to temporarily focus on one language. Based on this information the court ordered that only German shall be spoken during the supervised contact.' E-mail to author from Professor Thomas Meysen, 7 July 2021, at 2:29 pm (on file with author).

20 Art 24 Charter of Fundamental Rights of European Union ('[I]n all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the child's best interests must be the primary consideration.').

rights whose mother tongue is not German could happen, according to the German authorities, 'where there are grounds for concern that the child may be verbally pressured or otherwise influenced in a negative way.'²¹ The fear on the part of the agency that private discussions in the mother tongue of a non-German-speaking parent's plans to 'abduct' a child served as another rationale for German-only restrictions during the supervised visits.

The German reply also cited cost-benefit considerations. For example, if no bilingual services were available internally to the agency, the importance of visits might justify paying an outside language specialist to attend them, without regard to the cost of procuring the interpreter service.²² However, it noted other instances where the financial or other costs of engaging these outside services could still result in an agency determination limiting or even disallowing parent-child visits, particularly when 'possible risks to the welfare of the child' could not be mitigated by the 'less severe' measures deployed by the agency.²³ It did not provide a concrete example of how the risks to the child would outweigh the benefits of having a bilingual observer in the room during the parent-child conversation.

In light of these responses by Germany, it seems obvious that it offered no articulable reasons for treating non-German speaking parents differently than native German speakers. The German authorities could have provided bilingual services for Mr. Pomorski and his two daughters during these visits as a routine measure to ensure that the father and his children would enjoy quality interactions during the visits. Instead, they demanded that he not converse in his native tongue during the visits and threatened to cut off the contacts if he did not accede to the demand.

The failure to – at a minimum – offer a trained, bilingual observer, to avoid the German-only edict, may have been more a function of administrative convenience than it had to do with deep-seated, anti-immigrant or anti-Polish policies or practices on the part of the agency.²⁴ Whatever the motiva-

21 Letter of 11 July 2006, 3.

22 Letter of 11 July 2006, 3 ('If a youth welfare office has to call in a third party with the necessary language knowledge because it does not have specialist staff of its own with the relevant language knowledge, the additional costs incurred – even if substantial – might, in individual cases, still not be considered disproportionate.').

23 Letter of 11 July 2006, 3.

24 The dispute was, in a key aspect, a manifestation of a larger political and sociolinguistic debate in EU relations centering on 'European discourse on language and identity ... that underlie and define the tensions between the local, the national and the supranational in contemporary Europe: borders and migration.' P Stevenson, J Carl, 'Introduction: Central Europe as a Multilingual Space' in J Carl, P Stevenson (eds), *Language, Discourse and Identity in Central Europe: The German Language in a Multilingual Space* (Hampshire UK 2009) 9.

tions for the differential treatment of Polish and other non-German speakers, any bureaucratic inconveniences to the *Jugendamt* agency were unquestionably less significant than the goal of promoting parental access to and quality visitation with children as the means to preserve parent-child relationships during this difficult period of separation.

3. The Resolution

In November 2018, fifteen years after Mr. Pomorski's dispute with *Jugendamt* commenced, the European Parliament issued a Resolution on the role of the German Youth Welfare Office in cross-border family disputes.²⁵ The Resolution voiced broad concern about 'the German family law system, including the controversial role of the *Jugendamt*, denounced through petitions by non-German parents [...] in which serious discrimination is reported as a result of the procedures and practices concretely adopted by the competent German authorities in cross-border disputes involving children.'²⁶

The Parliament Resolution condemned the German-only visitation practices as 'clear discrimination based on [national] origin and language against non-German parents.' It urged the German authorities to 'allow[] the use of a common mother tongue,' to put in place a 'guarantee that non-German parents and their children can communicate in their common language,' and to 'permit all parental languages during conversations between parents and their children.'²⁷ It stressed the value of using interpreters in cases where child well-being and safety, or possible abduction, were a risk, so that *Jugendamt* officials could understand the content of the parent-child discussions.

It reminded Germany of its international obligations under the CRC, particularly art 8, 'to adequately safeguard the right of children of binational couples to preserve their identity, including family relations [...] without unlawful interference.'²⁸

The Resolution did not confine its forceful condemnation to the German authorities' interference in and cessation of parent-child conversations in the

25 European Parliament 2014–2019, PS TA(2018)0476, Resolution of 29 November 2018 on the role of the German Youth Welfare Office (*Jugendamt*) in cross-border family disputes (2018/2856(RSP)) (European Parliament Resolution) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0476_EN.pdf> accessed 5 January 2024.

26 European Parliament Resolution, (unpaginated) 4 para 1.

27 European Parliament Resolution, 5 paras 13, 14. The Parliament was particularly concerned that in 'cases of supervised parental access, the failure by non-German parents to comply with the *Jugendamt* officials' procedure to adopt German as the language during conversations with their children has led to the interruption of conversations and to a ban on contact between the non-German parents and their children.' European Parliament Resolution, 5 para 12.

28 European Parliament Resolution, 6 para 16.

native tongue. It also stressed the importance of safeguarding non-German speaking parents' rights to have information about the proceedings provided 'in a language that the parents in question fully understand, in order to avoid cases where parents give their consent without fully understanding the implications of their commitments.'²⁹ The Resolution also emphasized that Member States needed to 'implement targeted measures aimed at improving legal support, aid, counselling and information' for their own nationals 'in cases where they denounce discriminatory or disadvantageous' treatment by the 'German authorities in cross-border disputes involving children.'³⁰

The treatment of foreign parents as not fully vested rights-holders in the court and welfare proceedings involving their children was both a result of their limited language proficiency and overt or indirect discrimination by the *Jugendamt* authorities, privileging the interests of the German parent over the non-German parent. Questions remain, however, about whether this practice was a systemic push against Polish speaking nationals by Germany or motivated by other, less objectionable factors in the private disagreements between the parents themselves.³¹

The Parliament Resolution concluded by calling on Germany 'to step up its efforts in order to ensure that parents are allowed to use a common mother tongue with their children during supervised visit.'³² It also conceded its limited oversight and enforcement authority vis-à-vis Germany, which under EU law has primacy in matters concerning family law disputes and, unless a parent elects to seek redress in the ECHR, there are no further legal remedies or protective measures available to the parent outside of the German system.³³

29 European Parliament Resolution, 6 para 23 (emphasis added). This unambiguous affirmation of the importance of affording non-German parents access to the proceeding in their native tongue was emphasized as a right that attached 'without delay, from the outset and at every stage of child-related proceedings.'

30 European Parliament Resolution, 6 para 23.

31 S Jaworska, 'The German Language in Poland: the Eternal Foe and the Wars on Words' in J Carl, P Stevenson (Hampshire UK 2009) 59 ('There is no doubt that the decision of the *Jugendamt* offices in question was discriminatory. However, it is difficult to estimate to what extent such practices were a widespread phenomenon and whether any other family problems were involved.').

32 European Parliament Resolution, 7 para 25.

33 European Parliament Resolution, 5 para 6 (observing that 'the EU has no general competence to act in matters of family law, that substantive family law remains the sole responsibility of the Member States and cannot be monitored by the Commission, that, in the case of concern about the functioning of the *Jugendamt*, redress must be sought at the national level, and that if parents consider that any of their fundamental rights have been violated, they may lodge a complaint with the European Court of Human Rights in Strasbourg, once the domestic remedies have been exhausted').

Almost twenty years after Mr. Pomorski first challenged the ‘German-only’ edict imposed by the *Jugendamt*, notwithstanding the EU Parliament’s strong condemnation of the German language restriction, his disagreement with the German authorities remains at an impasse. It appears to be consigned to debates over bilateral foreign relations between Germany and Poland and in the media over ‘creeping Germanization’ on both sides of the border, under the shadow of the grim historical events many decades earlier.³⁴

III. Teaching German in Nebraska: The ‘good’ parents

1. The Opinion

Over a century ago in *Meyer v Nebraska* and a companion case, *Bartels v Iowa*,³⁵ the U.S. Supreme Court declared that laws in several Midwestern states prohibiting teaching classes in foreign languages to elementary-grade children violated the Due Process clause of the Fourteenth Amendment. In *Meyer*, the Court invalidated a Nebraska state statute that forbade teaching foreign languages to the young children of German migrants.³⁶ The Court viewed this statute as an infringement upon the constitutional liberties of the parent, which included, among other things, the right to ‘establish a home and bring up children’ and ‘the power of parents to control the education of their own.’³⁷

The challenged Nebraska statute prohibited teaching ‘any subject to any person in any language other than the English language’ unless the person being taught had ‘attained and successfully passed the eighth grade as evidenced by a certificate of graduation issued by the county superintendent of the county in which the child resides.’³⁸ The Court struck down the law, opining that the liberty interest of the Fourteenth Amendment encompasses parental rights regarding the care and education of children, including the parents’ decision to engage teachers to educate their children in their mother

34 Jaworska, ‘The German Language in Poland...’, 59 (‘In the Polish media the issue was presented from the point of view of the Polish parents, while the German partners were often linked with Nazi Germany. The problem was seen [as] a political confrontation between two nations, Poland and Germany, and as a continuation of the racist doctrine of Nazi Germany practiced by the *Jugendamt* ...’).

35 *Bartels v Iowa*, 262 U.S. 404 (1923).

36 *Meyer v Nebraska*, 400–401, 403.

37 *Meyer v Nebraska*, 399, 401.

38 *Meyer v Nebraska*, 396.

tongue.³⁹ Although the words ‘parent’ and ‘child’ do not appear in the text of the Constitution, the Court dealt a decisive blow to the Nebraska law’s effects on family liberty.⁴⁰

The Court framed the liberty right in sweeping terms.⁴¹ In overturning the state’s coerced linguistic uniformity in education, which intruded on a private sphere of family life in which parents make decisions about their children, and are free to pursue other basic social activities, it viewed the state’s power as an abridgement of traditional concepts of liberty:

‘Without doubt, it denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized at common law as essential to the orderly pursuit of happiness by free men.’⁴²

2. *Meyer v Nebraska* as an immigrant story

Although *Meyer* recognizes liberty protections for *all* parents, in its socio-historical context, it is also a story about immigrant parents and their children, in tension with their English-speaking neighbors’ cultural, educational, and linguistic norms and traditions, through which the state sought to ‘foster a homogenous people.’⁴³ As detailed by children’s rights scholar and legal historian Barbara Bennett Woodhouse Nebraska was not the only state to

39 *Meyer v Nebraska*, 400 (‘Mere knowledge of the German language cannot reasonably be regarded as harmful. Heretofore it has been commonly looked upon as helpful and desirable. Plaintiff in error taught this language in school as part of his occupation. His right thus to teach and the right of parents to engage him so to instruct their children, we think, are within the liberty of the amendment.’).

40 The German Constitution, by contrast, explicitly uses the terms parent, child, and state, although, by its terms, it may treat the parents’ interests in raising their children as less of a fundamental right than in the U.S. (‘The care and upbringing of children is the natural right of parents and a duty primarily incumbent upon them. The state shall watch over them in the performance of this duty.’ Art 6, s 2).

41 Generally R Salomone, *True American: Language, Identity, and Education of Immigrant Children* (Cambridge, MA 2010) 103 (*Meyer* ‘speaks generally to linguistic diversity, to the fundamental right of parents to guide the education of their children, and to the constraints on state authority to enact legislation not even reasonably related to some legitimate state interest’).

42 *Meyer v Nebraska*, 400.

43 *Meyer v Nebraska*, 402.

enact legislation prohibiting (indeed criminalizing) the teaching of foreign languages to students in the primary grades.⁴⁴

Professor Woodhouse describes how these language laws ‘sprang, in some measure, from anti-German bias of the war years.’⁴⁵ She observes that the laws were ‘rooted, however, at a more enduring conflict – the struggle between cultural pluralism and the felt need to articulate a national identity, evident in the long-standing tensions between English-speaking settlers of the Midwest and the large German, Polish, and Scandinavian communities in these states.’⁴⁶ Immigrant communities in the Midwest tended to congregate in ‘isolated cultural enclaves’ which, she notes, ran against the grain of the populism, progressivism, and ‘nativist distrust for anything foreign’ that pervaded segments of the English-speaking communities. As seen through these frames of reference, the ‘failure to assimilate seemed at once a threat and a challenge for progressive reform.’⁴⁷

Supporters of these laws, including assimilationists, nativists, and reform-minded constituencies less motivated by anti-immigrant sentiments or biases, pointed with disapproval to communities ‘whose members only spoke German or Polish and argued that English-only laws were necessary to ensure that all American citizens would speak a common language.’⁴⁸ They promoted universal common schooling to counter the immigrant parents’ bypassing of public education in favor of religious schools ‘to meet their need to reaffirm cherished traditions.’⁴⁹

In an opinion authored by Justice James McReynolds,⁵⁰ the Court majority observed that the state’s nullification of the parents’ authority to raise children as they deemed fit had little to do with the child’s overall wellbeing: ‘It is well known that proficiency in a foreign language seldom comes to one

44 Generally BB Woodhouse, ‘“Who Owns the Child?”: Meyer and Pierce and the Child as Property’, *William & Mary Law Review* 33 (1992) 1004 (noting that sixteen states passed similar English-only teaching laws in 1919, and that by 1923 thirty-one states had laws ‘mandating English as the sole language of instruction either in public or in all schools’).

45 Woodhouse, ‘Who Owns the Child...’, 1004.

46 Woodhouse, ‘Who Owns the Child...’, 1004.

47 Woodhouse, ‘Who Owns the Child...’, 1004.

48 BB Woodhouse, ‘Speaking Truth to Power: Challenging “The Power of Parents to Control the Education of Their Own”’, *Cornell Journal of Law & Public Policy* (CJLPP) 11 (2002) 482.

49 Woodhouse, ‘Who Owns the Child...’, 1006.

50 Recent scholarship on Meyer has focused on Justice McReynolds’ archconservative political views as a background to this opinion. Eg L Weinberg, ‘The McReynolds Mystery Solved’, *Denver University Law Review* 89 (2011) 133, 158 (connecting McReynolds’ economic worldview favoring child labor to his views of migrant parents’ efforts to ‘diminish[] their children’s right to a secular public education in the English language’, and as a means to exploit the children and ‘furnish a cheap, submissive, and trapped pool of workers’).

not instructed at an early age, and experience shows that this is not injurious to the health, morals or understanding of the ordinary child.⁵¹ Over a short dissenting statement by Justice Oliver Wendell Holmes, Jr., joined by Justice Sutherland, in *Bartels v Iowa*, the Court held that 'the rights of parents to control the education of their own superseded the interests of the state in Americanizing its youth.'⁵²

Two years after *Meyer v Nebraska*, in *Pierce v Society of Sisters*, the Court struck down an Oregon statute requiring all students in that state to attend public schools and prohibiting student enrollment in religious or parochial schools.⁵³ In *Pierce* the Court pronounced through *dicta* the widely cited truism that the child is not 'the mere creature of the State', thereby acknowledging the paramount interest of parents over the state in raising their children.⁵⁴ As U.S. constitutional law scholar Professor Lawrence Tribe observes, together these decisions establish limitations on 'governmental power to homogenize the beliefs and attitudes of the populace',⁵⁵ and both cases vest in parents and, collaterally, their children and their children's teachers, the authority to exercise a shared protected liberty interest against 'majoritarian aspirations toward homogeneity in the education context.'⁵⁶

When parents demand that public and private schools acquiesce to their views on instruction in their mother tongue as part of the curriculum, this signals that they are performing their role as parents in a way that the state should respect rather than penalize.⁵⁷ This stands in contrast to the German

51 *Meyer v Nebraska*, 403.

52 Woodhouse, 'Speaking Truth to Power...', 482. Justice Holmes's dissent argued for judicial restraint in evaluating the Nebraska law, which allowed him to see the law as a 'reasonable' method of achieving the desired result that 'all the citizens of the United States should speak a common tongue.' His dissent observed that '[y]outh is the time when familiarity with a language is established and if there are sections in the State where a child would hear only Polish or French or German spoken at home I am not prepared to say that it is unreasonable to provide that in his early years he shall hear and speak only English at school.' 412. Holmes did not rely on any legal or policy 'authority' to support his view; rather, he appeared to be reflecting his life experiences for the proposition that teaching other languages to younger students would hinder the child's acquisition of English proficiency or fluency in school.

53 *Pierce v Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

54 *Pierce v Society of Sister*, 535.

55 LH Tribe, *American Constitutional Law* (Mineola, NY 1988) 1319.

56 Tribe, *American Constitutional Law*, 1318.

57 Compare BB Woodhouse, 'Hatching the Egg: A Child-Centered Perspective on Parents' Rights', *Cardozo Law Review* 14 (1993) 1747, 1811 (revising the received wisdom on parent-child relations in *Meyer*, viewing the decision as reflecting antiquated property-based concepts of children 'being naturally dependent, belong[ing] to the individuals who create them until majority, when they acquire the status of independent individuals'). By contrast, a contemporary view of parent-child relations 'asserts not that children are property but that our culture

welfare authority's insistence that the father in *Pomorski* cease speaking in his native tongue with his children, and insinuating that he was an uncooperative or even unfit parent for challenging a German-only requirement in the state's administration of child and family law.

3. 'Good' and 'bad' immigrant parents

The recalcitrant Mr. Pomoroski was treated by the *Jugendamt* as a 'bad' parent for resisting his daughters' 'Germanization.' By contrast, the German migrant parents who persisted in teaching their children their native German in Nebraska's schools were considered 'good' parents in *Meyer v Nebraska* for resisting the coerced 'Americanization' of their children. In fact, their insistence on doing so was regarded as the very essence of good parenting within the Court's broad interpretation of the U.S. Constitution's protections for the exercise of their freedoms: '[T]o marry, establish a home, and bring up children' under the Fourteenth Amendment.⁵⁸ As children's law scholar Professor Martin Guggenheim has written:

'It is impossible to raise children without teaching them at the same time. Moreover, it is inconceivable to teach them anything without shaping their values and outlook on life. Everything that goes on in a household is fodder for learning. Well beyond speech and communication skills, we teach our children manners, and inculcate them with lifelong values.'⁵⁹

In a sense, then, the controversy over foreign languages taught in Nebraska's schools before the U.S. Supreme Court in *Meyer* prefigures some of the debate in *Pomorski*, albeit on a larger scale and in different socio-historical and socio-legal contexts. It also anticipates the German youth welfare agency's *post-hoc* justification for limiting younger children's exposure to their parents' language in their private supervised conversations, in other words, to promote German-language *school readiness* for children of immigrants, thereby limiting their opportunities to study, learn, and speak the parents' mother tongue in the classroom. The debate over how immigrants raise (and educate) their children in their adopted country in light of the state's requirement to conform (or assimilate) to a common language animates both controversies.

The *Meyer* constitutional challenge to the English-only state law resulted in a foundational and enduring interpretation by the Court of what it means to

makes assumptions about children deeply analogous to those it adopts in thinking about property.' Woodhouse, 'Who Owns the Child...', 1042.

⁵⁸ *Meyer v Nebraska*, 399.

⁵⁹ M Guggenheim, *What's Wrong with Children's Rights* (Cambridge MA 2005) 24.

be a 'good parent' under the Fourteenth Amendment Due Process clause.⁶⁰ Its holding has extended into other spheres of family life beyond the question of parents' rights to direct the education of their children.⁶¹ It has influenced other areas of constitutional doctrine, such as medical decision-making privacy for married couples using contraceptives.⁶² In extending the protection of the Constitution 'to those who speak other languages, as well as those with English on the tongue,'⁶³ it also foreshadowed other forms of constitutional argument and analysis, such as the use of the Fourteenth Amendment's Equal Protection clause to safeguard the fundamental rights of discrete and insular minorities denied access to the political processes of their states.⁶⁴

As a point of contrast to the sweeping and decisive result in *Meyer*, binding on Nebraska and the other 'English-only' states, Mr. Pomorski may have missed an opportunity for a determinative ruling on his and other Polish families' language rights, binding on Germany and the *Jugendamt*, when he apparently chose not to pursue relief in the ECHR.⁶⁵ Whether he would have succeeded in persuading the ECHR that it could find violations by Germany concerning his human rights as a father to engage in private conversations in Polish with his daughters and his language rights as a migrant is an open question.⁶⁶

60 Eg *Parham v JR*, 442 U.S. 584, 602 (1979) (historical recognition that 'natural bonds of affection lead parents to act in the best interests of their children'); *Troxel v Granville*, 530 U.S. 57 (2009) (giving 'special weight' to parental objections to grandparent visits in conflicts over the child's 'best interests').

61 Eg *Stanley v Illinois*, 405 U.S. 645, 651 (1972) ('[T]he interest of parents in the care, custody, and control of their children' is 'perhaps the oldest of the fundamental liberty interests recognized by this Court') (quoting *Skinner v Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541 (1942) and *May v Anderson*, 345 U.S. 528, 533 (1953)).

62 Eg *Griswold v Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

63 *Meyer v Nebraska*, 401.

64 Eg *United States v Carolene Prods. Co.* 304 U.S. 144, 152–153 n. 4 (1938); *Plyler v Doe*, 457 U.S. 202, 210 (1982) (recognizing that 'even aliens whose presence in this country is unlawful, have long been recognized as "persons" guaranteed due process of law by the Fifth and Fourteenth Amendments').

65 M Olek, 'Analysis of the resolution of the European Parliament on the role of the German Children and Youth Office (*Jugendamt*) in cross-border family disputes' <https://en.ordoiuris.pl/family-and-marriage/analysis-resolution-european-parliament-role-german-children-and-youth-office#_ftn5> accessed 28 July 2023. ('[I]t should be mentioned that the resolution adopted by the European Parliament is part of the so-called EU *soft law* and does not create legally binding standards.') (Emphasis in original).

66 In contrast to the broad due process holding of *Meyer*, affirming the liberty interests of (immigrant) parents, a somewhat analogous dispute over Francophone children in Flemish-speaking Belgium who petitioned the ECHR for the right to study French, resulted in the ECHR holding that the European Convention did *not* guarantee the children the right to state-subsidized education in their parents' native language. *Case 'Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v Belgium'*, (App nos 1474/62; 1677/62; 1691/62;

IV. A Guatemalan mother in Nebraska: The 'silenced' parent

1. Separation, deportation, termination

On March 22, 2001, Mercedes S., a citizen of Guatemala living in Grand Island, Nebraska, with her two U.S. citizen children, Mainor T. and Estela T., was arrested for slapping her older child, 6-year-old Mainor, who came to school with a red mark on his face.⁶⁷ Living in a small, tightly-knit community of Guatemalans in a small Nebraska city, she was a speaker of an indigenous Mayan dialect, spoke no English and little Spanish.⁶⁸ The day after her arrest, the state of Nebraska took both of the children into protective custody, relying on an affidavit by a child welfare intake worker alleging that the children were at risk of harm due to lack of parental care.⁶⁹

Following her arrest and incarceration for 'child abuse', 'the then Immigration and Naturalization Service (INS) placed a hold on Mercedes through the county jail because she was an illegal alien.'⁷⁰ According to her appellate

1769/63; 1994/63; 2126/64) Judgment (Merits) (23 July 1968). The Court did, however, narrowly hold that these children, who had been denied access to French-language schools, were discriminated against and deprived of their right to education under art 14 (prohibition of discrimination) and Protocol No 1 to art 2 (right to education) of the European Convention of Human Rights. Several judges on the panel dissented with opinions. The ECHR's reticence to intervene more deeply into Belgian education system practices may be due to the wide latitude given to Member States under 'margin of appreciation' doctrine and reluctance to 'engineer' changes in the State's internal national political functions and policy priorities. *Generally*, H Keller, AS Sweet, 'Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems' in H Keller, AS Sweet (eds), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems* (Oxford, UK 2008) 703–704 ('States are routinely required to reform their internal law and practices in response to findings of violation by the Court.... Still more problematic, the Court finds itself in the role of a socio-political engineer when it seeks to solve systemic failures through pilot judgments and other types of rulings.').

67 This account is based on the Nebraska Supreme Court opinion and the appellate briefs filed in that Court on behalf of the mother, the State, and the Guardian ad Litem program, in *In re Mainor T*, 674 N. W.2d 442 (Neb 2004). It is also informed by analysis of the case and its aftermath in DB Thronson, 'Creating Crisis: Immigration Raids and the Destabilization of Immigrant Families', *Wake Forest Law Review* (WFLR) 43 (2008) 391; and Y Lincroft, B Bettencourt, 'The Impact of ASFA on Immigrant Children in the Child Welfare System', *American Bar Association: Child Law Practice* 29 (2010) 17.

68 *In re Mainor T*, 449. As described in her appeal brief, Mercedes and the children were 'supported by her indigenous Guatemalan community, including her cousins and church', in Grand Island, Nebraska, Brief of Petitioner-Appellant, *In re Mainor T*, 39 (on file with author). One can surmise that this small community shared similar cultural, kinship and faith support ties among its members to the 'isolated cultural enclaves' in which earlier German and Scandinavian immigrants lived in Nebraska during the *Meyer v Nebraska* era.

69 *In re Mainor T*, 449.

70 *In re Mainor T*, 449.

brief, she had failed to appear for an asylum hearing in immigration court several years earlier, which resulted in a default order for her removal from the U. S. Mercedes asserted that she did not know about her status nor the deportation order because she had been granted temporary protected status by the INS and continued to receive work permits each year.⁷¹ All of the court papers served on her were in English.⁷² The court record acknowledged that 'Mercedes does not understand English.'⁷³

Two months after her arrest, on May 15, 2001, the INS deported Mercedes to Guatemala. Although her children had asked to see their mother while she was being held in county jail,⁷⁴ located next door to the courthouse where the child custody hearings took place,⁷⁵ Mercedes had no visitation with them during her two-month immigration detention prior to deportation.⁷⁶ The last time they saw or spoke to each other was the morning of March 21, the day she was arrested and her children were taken into emergency foster care.⁷⁷

The court adjudicated Mercedes' two children dependent, based solely on the intake affidavit and her non-appearance at her trial while she was detained by the INS in jail next door to the courthouse. It then ordered the children's placement in state foster care.⁷⁸ Despite the fact that state child welfare workers, the guardian ad litem, and the judge were aware that the INS was detaining Mercedes in the county jail next door to the courthouse, the court conducted hearings without Mercedes ever being brought to court.⁷⁹

The court decided that 'reasonable efforts' to preserve and reunify the family were not necessary, due to the 'fact' that the mother had committed an aggravated assault on one of the children.⁸⁰ The criminal prosecutor later dismissed this charge, after her deportation to Guatemala, but the precon-

71 *In re Mainor T*, 449.

72 *In re Mainor T*, 450.

73 *In re Mainor T*, 449.

74 *In re Mainor T*, 449, 450.

75 *In re Mainor T*, 445.

76 *In re Mainor T*, 445.

77 Brief of Petitioner-Appellant, *In re Mainor T*, 9. The absence of *any* visitation between the mother and her children after these events fell far short of standard social work practices to allow parent-child contacts and visits when children are sheltered and placed in temporary state custody after the parent is charged with abuse or neglect. Eg, LM McWey, AK Mullis, 'Improving the Lives of Children in Foster Care: The Impact of Supervised Visitation', *Family Relations* 53 (2005) 293–300 (research demonstrates that children have stronger attachments to biological parents if allowed more consistent and frequent supervised contact with the parents than children who have less contact).

78 *In re Mainor T*, 451.

79 *In re Mainor T*, 450.

80 *In re Mainor T*, 449.

ceived view of the mother as tainted by criminality persisted in the mind of the judge despite the fact that she was not found guilty of assault.⁸¹ The Nebraska child welfare agency sought long-term foster placement for the children.⁸² Nebraska officials made minimal efforts to locate family members in Nebraska or anywhere else or to reunify the children with their mother after her deportation from the U.S.⁸³ Throughout this process the mother was absent from the courtroom and never given an opportunity to speak directly to the court.

To all intents and purposes, Mercedes was *silenced* by the child welfare authorities and by the juvenile court. The statutorily required reunification disposition 'checklist' and resulting permanency case plan that the court approved were devoid of any individualized tasks to enable the parent to achieve reunification.⁸⁴ Even her court-appointed trial attorney stated that he 'did not know how his client wished to proceed.'⁸⁵ The court permitted him to withdraw from her case, and Mercedes had no legal counsel to represent her at the final phase of the process, a hearing on termination of her parental rights.⁸⁶

Before that hearing took place, an independent, quasi-judicial assessment of the entire case by a panel of citizen volunteers from the Nebraska Foster Care Review Board (FCRB),⁸⁷ reviewed the documents filed in the case, and issued findings highly critical of the state child welfare program and the court itself. As described by the Nebraska Supreme Court:

81 Brief of Petitioner-Appellant, *In re Mainor T*, 14–15 (misdemeanor charges of abuse against Mercedes dismissed on 3 July 2001); Brief of Petitioner-Appellant, 55 ('Armed with the misconception that the Appellant was a criminal, both due to the original allegation of abuse and her deportation, the Hall County court believed and ordered that no reasonable efforts were required to preserve and unify the family, but at no time made any factual finding as to whether such efforts were required, or whether such efforts had been conducted.').

82 *In re Mainor T*, 451.

83 Brief of Petitioner-Appellant, *In re Mainor T*, 13 and 17 (describing unsuccessful or fruitless efforts to locate a placement for the children with a cousin and, later, an uncle).

84 *In re Mainor T*, 450–451 (describing boilerplate documents presented to and signed by the judge).

85 *In re Mainor T*, 453. Due to the language barriers between the court-appointed lawyer and his client, the mother's attorney had no clear idea of his client's goals with respect to her desire to preserve her parental rights. *Generally*, MI Ahmad, 'Interpreting Communities: Lawyering Across Language Difference', *University of California at Los Angeles Law Review* 54 (2007), 1001 (examining 'the phenomenon of lawyering across language difference, the radical disruption it effects on the traditional lawyer-client relationship, and the fundamental challenges it poses to the prevailing, client-centered model of representation for poverty lawyering').

86 *In re Mainor T*, 453.

87 Neb.Rev.Stat. ss 43–1308 (1998) (requiring FCRB to review foster care cases every six months and submit its findings and recommendations to the court having jurisdiction over the child and parents, to '[p]romote and encourage stability and continuity in foster care in the placement of children...').

'FCRB found that the children were inappropriately removed from the home and that reasonable efforts were not made to prevent their removal, such as providing parenting classes, a family support worker, or therapy. FCRB concluded that a "slap on the face" was insufficient evidence to support a finding that Mainor was in imminent danger and that no evidence supported a finding that Estela was at risk.

FCRB further concluded that these mistakes led to a "domino effect", in which Mercedes had been deported and could not now reenter the United States without fear of a lengthy jail sentence. FCRB recommended that placement with Mercedes' brother in Alabama be explored immediately and that the [Nebraska Department of Health and Human Services or DHHS] contact the INS to request a waiver or special visa for Mercedes to reenter the United States, based on the needs of her children.⁸⁸

Notwithstanding this scathing critique of all the legal events preceding the FCRB's review, the State of Nebraska kept the children in its care, shirked efforts to place the children with the uncle, and then following at least one more statutory review hearing, the DHHS petitioned to terminate Mercedes' rights in May 2002. The sole basis for the state's termination of Mercedes' rights petition was that 'the children had been in out-of-home placement for 15 out of the most recent 22 months.'⁸⁹ Following a perfunctory hearing a month later,⁹⁰ the court entered a judgment terminating Mercedes' parental rights, adding at the last minute a 'finding that the children had been abandoned.'⁹¹

88 *In re Mainor T*, 451.

89 *In re Mainor T*, 453. This prosecutorial decision was based on a provision in the federal Adoption and Safe Families Act of 1997 (ASFA), requiring states receiving federal adoption assistance to achieve a permanency (reunification or adoption) outcome for children in foster care within timeframes established by federal law. Pub. L. No. 105-89, 111 Stat. 2115 (1997). The decision to initiate a termination of parental rights case plan goal begins when children are in substitute care for 12 continuous months, and the state is required to file a termination petition against the parents when their children have been in substitute care for at least 15 out of the preceding 22 months. ASFA is one of several Congressional funding statutes designed 'to create uniformity in how states administer child welfare systems to achieve basic goals for children including preventing unnecessary removals, reunifying families quickly, and if they cannot go home, expediting their placement in another home.' VS Sankaran, 'Moving Beyond Lassiter: The Need for a Federal Statutory Right to Counsel for Parents in Child Welfare Cases', *Journal of Legislation* 44 (2017) 1-2.

90 *In re Mainor T*, 453.

91 *In re Mainor T*, 453. The trial court in *In re Mainor T* recognized that the 15-month requirement in the Nebraska statute was '[b]arely' satisfied as the day of the hearing, and 'express[ed] concern that this was the only allegation upon which the State sought termination of Mercedes' parental rights' *In re Mainor T*, 453.

The court made the additional ‘abandonment’ finding, in part, as a response to arguments by the guardian ad litem that Mercedes did not ‘maintain lines of communication with [...] her children’ after her deportation to Guatemala.⁹² The guardian ad litem also argued with circular logic that the best interests of the children supported termination of Mercedes’ rights, inasmuch as the mother could not ‘rehabilitate herself [...] due to her immigration status and deportation.’⁹³

On appeal, represented by new counsel from the *pro bono* civil rights law firm Nebraska Appleseed Center for Law in the Public Interest,⁹⁴ Mercedes was able to reverse the order terminating her parental rights. The Nebraska Supreme Court determined that ‘plain error permeate[d] the entire proceedings and that such error denied fundamental fairness to Mercedes.’⁹⁵ One particularly egregious error discussed in its opinion was the absence of any trial counsel to effectively assert and protect the mother’s interests.⁹⁶ In its review of the entire record *de novo*, the Court determined that the evidence failed to clearly and convincingly support a finding of abandonment, and that the children’s placement in care for a little over fifteen months did not support a legal conclusion that termination was in their best interest.

In vacating the judgment and disposing of the claim that the mother had abandoned her children, the Supreme Court declared in legalistic terminology, freighted with moral and emotional resonance, that there was ‘nothing in the record to show that Mercedes left the United States voluntarily, and by doing so, intentionally withheld from her children *her presence, care, love, protection, or maintenance*.’⁹⁷

92 Brief of Appellee-Guardian ad Litem, *In re Mainor T*, 14 (on file with author).

93 Brief of Appellee-Guardian ad Litem, *In re Mainor T*, 13.

94 *In re Mainor T*, 448. See also Nebraska Appleseed <<https://neappleseed.org/>> accessed 28 July 2023.

95 *In re Mainor T*, 453.

96 The opinion focused on violations of the mother’s rights under state law, but the lack of counsel to represent her in the termination phase of this case also undermined her Fourteenth Amendment due process rights. Although family law questions traditionally fall under the jurisdiction of state courts, due to the recognition that ‘state courts are more eminently suited to work of this type than are federal courts’, *Ankenbrandt v Richards*, 504 U.S. 689, 704 (1992), the Supreme Court has set forth procedural due process safeguards for parents in state court termination proceedings. Eg *Santosky v Kramer*, 455 U.S. 745, 769 (1982) (requiring the state to demonstrate that a parent was unfit by clear and convincing evidence before terminating parental rights); *Lassiter v Dept. of Social Services*, 452 U.S. 18, 31–32 (1981) (recognizing the crucial role played by counsel in termination of parental rights cases, giving trial courts discretion to determine whether the Constitution required the appointment of counsel); *MLB v SLJ*, 519 U.S. 102, 103, 121 (1996) (requiring states to provide parents free transcripts in termination of parental rights appeals, being mindful of the ‘gravity of the sanction imposed on [the mother]’ and the ‘irretrievable destruction of the most fundamental family relationship.’).

97 *In re Mainor T*, 462–463 (emphasis added).

2. The precarious status of 'mixed status' families in the U.S.

Unlike the parent from Poland who lost language access to his children in Germany, the Guatemalan parent lost all of her ties to her children in Nebraska after termination of her parental rights and her deportation to her homeland. Only thanks to the reversal by the Nebraska Supreme Court was she able to retrieve that connection.

The threat of loss of custody for an immigrant parent without papers, legal residence, or U.S. citizenship surfaces frequently in U.S. child welfare proceedings. Parent-child relations can be permanently lost after the parent's deportation from the U.S. and in the resulting family court termination proceedings.⁹⁸ This precarious status jeopardizes the integrity of many 'mixed status' families. These families are typically comprised of at least one unauthorized immigrant parent and U.S. citizen children, but they are varied in their demographic profiles, immigration status, and size.⁹⁹ Added to the threat of deportation are multiple other risk factors that disadvantage the educational and socio-economic circumstances of children growing up in mixed status households.¹⁰⁰

Unauthorized and legal immigrant parents whose children are in state custody due to allegations of parental neglect also face unique challenges when seeking to regain custody of the children. These challenges are exacerbated by linguistic or cultural barriers, including a shortage of interpreters and other culturally appropriate services that impede their ability to participate

98 Eg N Rabin, 'Disappearing Parents: Immigration Enforcement and the Child Welfare System', *Connecticut Law Review* 44 (2011) 99 (presenting original empirical research documenting systemic failures of the federal immigration enforcement and state child welfare systems when immigrant parents in detention and deportation proceedings have their children placed in state custody).

99 Generally DB Thronson, 'You Can't Get Here From Here: Toward a More Child-Centered Immigration Law', *Virginia Journal of Social Policy and Law* 14 (2006) 58, 64–65 ('[D]ifferences in family size and composition, together with the permutations of undocumented status and a multiplicity of legal immigration and citizenship statuses, create confounding variations on the theme of "mixed-status" families. This mix creates confusion in sorting out societal obligations and treatment of immigrant families, as immigrants in the United States are not an isolated and discrete population that can be easily culled from the general population. Through family, immigrants are thoroughly integrated into the national fabric.').

100 R Capps, M Fix, J Zong, 'A Profile of U.S. Children with Unauthorized Immigrant Parents', *Migration Policy Institute Fact Sheet* (2016) <<https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/ChildrenofUnauthorized-FactSheet-FINAL.pdf>> accessed 28 July 2023 (summarizing U.S. Census Bureau data to identify the risk factors faced by the 5.1 million U.S.-citizen children living with at least one unauthorized immigrant parent during 2009–13: lower rates of preschool enrollment; linguistic isolation; limited English proficiency; poverty; and reduced socioeconomic progress).

in state services to regain access to their children and reestablish their full custodial rights.¹⁰¹ Family court judges and other participants in the child welfare or abuse proceedings make similar observations about the cultural and linguistic barriers that immigrant parents face in these cases.¹⁰²

Some courts and child welfare agencies have not only treated the parent's undocumented immigration status alone as evidence of unfitness, but have also considered the parent's lack of English language skills as grounds to remove a child.¹⁰³ A Tennessee family court declared an immigrant parent unfit to care for her children, 'basing its decision on the mother's lack of English proficiency ... then prohibited contact with the daughter until the mother demonstrated her 'commitment to her daughter' by 'learning to speak English'.¹⁰⁴ In a South Carolina case, state authorities removed a child

101 Eg TD Eisenzweig, 'In the Shadow of Child Protective Services: Noncitizen Parents and the Child-Welfare System', *Yale Law Journal Forum* 128 (2018) 501 (noting that 'a dearth of linguistically and culturally appropriate services hinders noncitizen parents' access to services... especially... for less common languages, resulting in delayed and limited access.');

AR Appell, "Bad" Mothers and Spanish Speaking Caregivers', *Nevada Law Journal* 7 (2007) 759 (documenting 'the rarity of Spanish-speaking (and other foreign language speaking) case workers, a dearth of translators on staff in child welfare offices, and perhaps an absence of Spanish-speaking teams of social workers in the child welfare system, despite geographical concentrations of Latino communities' in Clark County, Nevada).

102 Eg Hon. GF Phelan, DG Tye, TN Saponaro, EA Millona, 'Culture and the Immigrant Experience: Navigating Family Courts', *Journal of the American Academy of Matrimonial Law* 32 (2019) 89 (observing that many immigrants, regardless of their immigration or citizenship status, often decline to seek aid from law enforcement or the courts due to fears of cultural and social isolation from their communities, 'compounded by a lack of proficiency speaking English which may create even more barriers (and distress) from giving statements to law enforcement to filing a complaint for protection from abuse or divorce or parental rights.');

AJ Detlaff, 'Immigrant Children and the Public Child Welfare System: Considerations for Legal Systems', *Juvenile & Family Court Journal* 63 (2012) 25 (noting that access to services in the family's preferred language 'poses a challenge for many child welfare systems', creating barriers that lead to miscommunication and misunderstandings, causing delays in service delivery, and hindering the parents' compliance with service plans, which can place the parents at risk for termination of parental rights within the timeframes mandated by ASFA).

103 M Yablon-Zug, 'Separation, Deportation, Termination', *Boston College Journal of Law & Social Justice* (BCJLSJ) 32 (2012) 63, 82, citing T Padgett, D Mascareñas, 'Can a Mother Lose Her Child Because She Doesn't Speak English?', *Time* (27 August 2009) <https://www.probono.net/nlaan/news/article.269404-TIME_Can_a_Mother_Lose_Her_Child_Because_She_Doesn't_Speak_English> accessed 28 July 2023.

104 S Dewan, 'Two Families, Two Cultures and the Girl Between Them', *New York Times* (12 May 2005) A16 (noting that the mother, who spoke only an indigenous Mixtec dialect, could not defend against the neglect charges lodged against her, and did not have a Mixtec translator available to her in the custody hearing). Compare *Zuñiga v Ponce*, No 1 CA-CV 08-0615, 2000 WL 4251630, *4 (Ariz. Ct. App. Nov 27, 1999) ('There is no requirement for a parent to speak English in order to have custody of his or her child.').

from undocumented parents 'because the police mistook their indigenous dialect for slurred Spanish and charged them with public intoxication.'¹⁰⁵ These egregious examples of discriminatory treatment by state officials of linguistic minority parents involved in child welfare proceedings, while anecdotal, illustrate systemic patterns of civil rights violations of their rights to raise their children.¹⁰⁶

For many undocumented immigrant parents, beyond the cultural or linguistic impediments that limit their access to the court proceedings and their ability to benefit from visitation and reunification services, their lack of immigration status, which often bars access to critically necessary family preservation services, imposes the greatest barrier to their ability to preserve their parental rights through the family court.¹⁰⁷

Once the parent is deported, this event permanently severs the parent's ability to maintain a relationship with the left-behind children. In many instances, as the *Mainor T.* case illustrates, the deportation itself is relied on by the state to make a judicial finding, with little supporting evidence, of child 'abandonment' by the parent.¹⁰⁸ It also serves as the ground for a judicial finding that termination is in the child's best interests, frequently skirting the parental unfitness requirement, and going directly to the child's so-called best interests as the sole basis for termination. As shown by *Mainor T.*, courts

105 Yablon-Zug, 'Separation, Deportation, Termination', 83.

106 Generally Appell, 'Bad' Mothers..., 771-772 (noting that Federal law 'require[s] programs receiving federal funds to be accessible to people with limited English proficiency (LEP) pursuant to Title VI of the Civil Rights Act of 1964.' Federal guidelines require agencies receiving federal funds to provide LEP services in accordance with the 'nature and importance of the program, activity or service provided.') (citing 42 U.S.C. sec. 2000d (2000) (prohibiting exclusion from such programs based on race, color, or national origin) and Guidance to Federal Financial Assistance Recipients Regarding Title VI Prohibition Against National Origin Discrimination Affecting Limited English Proficient Persons, 68 Fed. Reg. (8 August 2003)). This statute and its guidelines are designed to operate in a manner similar to the process followed by the EU, giving individuals who assert discrimination by a Member State, based on national origin or language, an opportunity to file complaints with the European Parliament for investigation and resolution, and ultimately with the ECHR to enforce rights against the Member State.

107 Eg DB Thronson, 'Of Borders and Best Interests: Examining the Experiences of Undocumented Immigrants in U.S. Family Courts', *Texas Hispanic Journal of Law & Policy* 11 (2005) 70-71 ('The barriers to needed services that immigration status imposes highlight a fundamental clash between the policies and goals underlying immigration law and family law.').

108 Yablon-Zug, 'Separation, Deportation, Termination', 88-90 (analyzing deportation as abandonment); Yablon-Zug, 'Separation, Deportation, Termination', 63 ('Replacing the parental rights standard with a best interest of the child standard in the context of undocumented immigrant families is ... a drastic change and one that must receive considerable attention before it is permitted to continue.'). This impulse is motivated or predicated, in part, on subjective assumptions about 'good parents' versus immigrant parents. Yablon-Zug, 'Separation, Deportation, Termination', 110-114.

rely on subjective notions of what the amorphous term ‘best interests of the child’ signifies to justify the termination so that the children can remain in the U.S. and be adopted by new parents after the terminated biological parents’ removal to their home country.¹⁰⁹

The threat (and fact) of deportation thus looms as a specific point of contrast between the U.S. and Germany with respect to immigrant parents who cross the border and become enmeshed in a child welfare proceeding.¹¹⁰ It influences how U.S. state child protection systems treat families with parents or custodians who are not U.S. citizens or legal residents, speak a different language, or make parenting decisions triggering state interventions to remove their children, due in part to cultural differences with U.S. legal norms. The challenges faced by U.S. child welfare systems to accommodate the different cultural norms have similarities to those involving migrant families from EU Member States that fall under the supervision of German child welfare authorities, but are distinguishable due to the absence of immigration enforcement against those foreign nationals in the EU setting.¹¹¹

In contrast to the EU, the overlay of immigration law and its consequences is a uniquely harsh feature of U.S. family court cases involving foreign nationals whose children are under the protection of state child welfare authorities. The threat of deportation plays a less significant role in the EU because Member State nationals enjoy freedom of movement not only for the purposes of tourism, but also when choosing their places of residence within

109 Eg M Zug, ‘Should I Stay or Should I Go: Why Immigrant Reunification Decisions Should Be Based on the Best Interest of the Child’, *Brigham Young University Law Review* 2011/4 (2011) 1139 (arguing that terminating the rights of undocumented parents of U.S.-citizen children furthers the state’s and the child’s best interests and should therefore override the deported parents’ legal relationship to care and custody of their children.).

110 Conflicts between federal and state governments with respect to the immigration rights of undocumented families under the jurisdiction of state courts are generally subsumed under Supremacy Clause doctrine, elevating federal rights over state law pursuant to art. VI of the U.S. Constitution. Eg *Ridgway v Ridgway*, 454 U.S. 46, 54 (1981) (‘Notwithstanding the limited application of federal law in the field of domestic relations in general, this Court, even in that area, has not hesitated to protect, under the Supremacy Clause, rights and expectancies established by federal law against the operation of state law, or to prevent the frustration and erosion of congressional policy embodied in the federal rights.’). Generally E Keyes, ‘Evolving Contours of Immigration Federalism: The Case of Migrant Children’, *Harvard Latino Law Review* 19 (2016), 40–43 (providing an overview of the relationship between federal immigration gatekeeping (‘the authority to determine who may enter the United States physically and legally, and who may stay’) and state family law regulation (‘the law that says who may marry, what spousal obligations exist, and ... the terms for divorce’)).

111 Council Regulation (EC) Nr 2201/2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and matters of parental responsibility (Brussels IIa).

the EU.¹¹² This frees the child welfare system in Germany and other EU states to focus on the best interests of the child, rather than on mitigating the consequences of an undocumented parent's immigration status or removal from the country where the custody controversy is pending.

With regard to language access, despite the lack of an articulable reason why the German authorities could not provide bilingual services for Mr. Pomorski, the state action (or inaction) in refusing to accommodate his language requests may or may not have reflected racial or national bias against him as a Polish parent. By contrast, in the Guatemalan mother's case in Nebraska, the failures to accommodate the mother's language and cultural differences as an impoverished parent from a remote Mayan region in Guatemala, not proficient in English or even Spanish, may indeed have been a reflection of anti-brown Hispanic (and, indeed, anti-indigenous) biases that pervade U.S. child welfare laws and practices.¹¹³ The fact that the mother also had limited education and lacked other basic skills further burdened her ability to navigate and overcome the complex, intertwining criminal, child welfare, and immigration cases in which she was enmeshed.

3. Separation, deportation, termination reversed

In their treatment of unauthorized immigrant parents, as the *Mainor* case illustrates, child welfare systems weaken their rights as parents and parent-child connections in multiple ways, circumventing parents' due process rights, failing to accommodate language needs in the delivery of reunification services, and undermining their legal, cultural and linguistic ties to each other.¹¹⁴ As Professor David Thronson observes,

112 Art 45 EU Charter of Fundamental Rights ('Every citizen of the Union has the right to move and reside freely within the territory of the Member States.').

113 Generally Thronson, 'Of Borders and Best Interests...', 54–55 (noting 'a pervasive societal narrative that constructs an expanding notion of unworthiness and "illegality" regarding undocumented immigrants and a diminished popular sense regarding the availability of protection from prejudice and discrimination' in judicial rulings against immigrants); BP Perlmutter, 'Judges Behaving Badly ... Clinics Fighting Back: The Struggle for Special Immigrant Juveniles in the Age of Trump', *Albany Law Review* 82 (2019) 1596–97 (describing anti-immigrant 'unworthiness' subtexts in judicial opinions concerning unaccompanied alien children); KR Johnson, "Aliens" and the U.S. Immigration Laws: The Social and Legal Constructions of Nonpersons', *University of Miami Inter-American Law Review* 28 (1997) 269 ('Today's faceless "illegal aliens" are invading the nation and must be stopped or we shall be destroyed. Such images help animate, invigorate, and reinforce the move to bolster immigration enforcement efforts and seal the borders.').

114 Generally SM King, 'U.S. Immigration Law and the Traditional Nuclear Conception of the Family: Toward a Functional Definition of Family That Protects Children's Fundamental Human Rights', *Columbia Human Rights Law Review* 41 (2010) 509.

‘Communicating and evaluating options across linguistic, cultural, and geographic borders is difficult. In the case of [In re Mainor T.], the inability to communicate well in either English or Spanish created special hurdles to overcome. Unfamiliarity with Guatemalan life and culture no doubt impacted the decision of social workers not to explore options for reuniting the children with their mother or in the United States.’¹¹⁵

This U.S. case example, with its convergence of federal immigration removal proceedings, physically separating an undocumented parent from her U.S.-citizen children, combined with a child welfare system that ignored the goal of family reunification, ultimately terminating her rights as a parent, cruelly denied the parent the right to raise her two children in Guatemala or the U.S.¹¹⁶ These are unlikely events or outcomes in cross-border disputes concerning rights of custody and access for parents of different nationalities in Germany and throughout the European Union.¹¹⁷

Fortunately, for Mercedes S., Mainor T., and Estela T., the state court appellate process was ultimately able to reverse the severance of their family connections, remedy the multiple plain errors that permeated the lower court judicial process, and reunite the family, three years after Mercedes lost her children in Nebraska.¹¹⁸

115 Thronson, ‘Creating Crisi...’, 416.

116 Generally Thronson, ‘You Can’t Get Here...’, 58 (describing how traditional concepts of family integrity in U.S. law are disrupted by immigration laws and policies that marginalize and break up immigrant families when undocumented members of their households are unable to regularize their immigration status). See also Thronson, ‘Creating Crisi...’, 413 (noting that the Nebraska child welfare system’s failure to consider that Mercedes’ children might be reunited with her in Guatemala ‘further marginalized’ her and ‘reduced the possibility that she could reconnect with her children’); S Hazeldean, ‘Anchoring More Than Babies: Children’s Rights After *Obergefell v Hodges*’, *Cardozo Law Review* 38 (2016) 1397 (noting that the shift in perspective on children’s rights prompted by the Supreme Court’s *Obergefell* decision on gay marriage, supports arguments that deporting undocumented parents contravenes their U.S. citizen children’s fundamental rights to be raised by loving parents, to equal protection of the law, and to remain in the U.S.).

117 Generally N Dethloff, ‘Parental Rights and Responsibilities in Germany’, *Family Law Quarterly* 39 (2005) 330–333 (providing an overview of a ‘bewildering collections of norms’ establishing rules for the resolution of cross-border custody and access disputes: (1) EU Council Regulation No 2201/2003 (Brussels IIa); (2) the 1961 Hague Convention, with discussion of changes expected in 1996 Hague Convention; (3) the 1980 European Convention; and (4) autonomous law.

118 K O’Hanlon, ‘Guatemalan Woman Regains Custody of Kids’, *AP Online* (2 December 2004) <<https://advance.lexis.com/api/document?collection=news&id=urn:contentItem:4DXW-NP60-00BT-N0KT-00000-00&context=1516831>> accessed 28 July 2023. This successful reunification was an exception to documented trends involving deported parents and their left-behind U.S.-citizen children. Eg American Immigration Council, ‘U.S. Citizen Children Impacted by Immigration Enforcement’ (24 June 2021)

V. Epilogue: Children's voices

Throughout this Article, the focus has been on what each of the parents wanted. Mr. Pomorski wanted to speak Polish with his daughters during their supervised visits. The immigrant parents in *Meyer* wanted their school-children to learn their mother tongue. The Guatemalan mother wanted to maintain her connections to her son and daughter after her deportation to her homeland. Each of these case studies has been about the parents.¹¹⁹ We know almost nothing about what the children wanted.

There are, however, some hints in Mercedes' appeal about what Mainor and Estela liked and wanted. We learn, for example, that during a telephone conversation with their uncle, 'the children were pleased to be speaking Spanish, and asked many questions of their uncle, such as the kinds of toys they had, whether they went to the beach and how old he is.'¹²⁰ We also learn that, after the children had lived for several months in a foster home with a family that did not speak Spanish, much less Mercedes' indigenous Mayan language, a bilingual welfare worker met with Mainor and concluded that 'Mainor is very much enculturated and claims not to speak fluent Spanish.'¹²¹

Other than these hints and clues, the children's voices and their stories are absent from any of these case studies. While their relationships with parents, and the languages that they speak as a family, are obviously important to the formation of the children's personal identities, parental control and 'owner-

<<https://www.americanimmigrationcouncil.org/research/us-citizen-children-impacted-immigration-enforcement>> accessed 28 July 2023 (an estimated 5,000 children in foster care had a detained or deported parent in 2011); see also AL Estin, 'Where (In the World) Do Children Belong?', *Brigham Young University Journal of Public Law* 25 (2011) 226 ('In child welfare cases, the most difficult challenge may be balancing our strong humanitarian impulses and our tendency to favor ties based on presence and recent care for a child against the substantial risk that the process will skew against children's interest in family preservation and parents' rights to make decisions concerning their children.').

119 This Article's case study methodology adapts a scholarly genre in clinical legal education literature, mining client stories to convey insights about the law, legal systems, legal ethics, inequity, and injustice. Eg JM Spinak, 'Reflections on a Case (Motherhood)', *Columbia Law Review* 95 (1995) 2007–08 (discussing LE White, 'Subordination, Rhetorical Survival Skills, and Sunday Shoes: Notes on the Hearing of Mrs. G', *Buffalo Law Review* 38 (1990) 1, to illustrate what 'client voice' in a hearing teaches about 'subordinate speech in general and within the legal system in particular').

120 Brief of Petitioner-Appellant, *In re Mainor T*, 23.

121 Brief of Petitioner-Appellant, *In re Mainor T*, 24 (quoting Nebraska DHHS counselor Maria Goede).

ship' of children are also prominent vectors in each of these studies.¹²² We do not know whether the children of the Polish father really wanted to speak in his native language, any more than the children of German immigrants in Nebraska preferred to learn German as opposed to fitting in with their English-speaking classmates and assimilating to the standards of their surrounding communities.

In assessing the child's right to participate in family court proceedings, the CRC is justifiably praised for declaring that children are not the property of their parents and have independent rights and identities vis-à-vis the state.¹²³ However, in U.S. constitutional jurisprudence, and under international law, children remain subservient to parents. A child may have different views about their education than parents, but the parental view frequently takes precedence.¹²⁴ At the same time, scholars and courts urge us to consider children's rights and needs, independent of what their parents decide is best for them. The emerging consensus on children's independent views is based on 'a new inquiry into challenges to parental decision making: what does the child want?'¹²⁵

Beyond the focus on what children want is how to ensure that children have a right to participate in legal processes over decisions made by judicial tribunals and other public systems when the state limits or severs contact and access between the child and the parent.¹²⁶ Promoting the child's opportunities to express her independent wishes strengthens her identity as a legal

122 Woodhouse, 'Who Owns the Child...', 1114 ('Children are often used as instruments as in *Meyer and Pierce*. The child is denied her own voice and identity and becomes a conduit for the parents' religious expression, cultural identity, and class aspirations:').

123 CRC, G.A. Res. 44/25, art 1, U.N. Doc. A/RES/44/25 (20 November 1989) <<http://www2.ohchr.org/english/law/pdf/crc.pdf>> accessed 28 July 2023. Generally AR Appell, 'Accommodating Childhood', *Cardozo Journal of Law & Gender* 19 (2013) 733 (observing that the CRC 'is remarkable for recognizing children not as property but as human beings who should have identities, procedural rights, and moral rights').

124 *Eg Wisconsin v Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) (reversing the conviction of an Amish parent who removed his daughter from school, in violation of Wisconsin's compulsory education law, upholding the parents' right to withdraw the child so that she could prepare for participation in Amish religious instruction and community tradition).

125 Guggenheim, *What's Wrong With Children's Rights*, 44–46. Dissenting Justice William O Douglas, in *Wisconsin v Yoder*, lamented the long-term impact of prematurely withdrawing the child from school, observing that it put her at risk of being 'harnessed to the Amish way of life', with the potential that her adult life would 'be stunted and deformed' because she might 'be forever barred from entry into the new and amazing world of diversity that we have today'; *Wisconsin v Yoder*, 245–246.

126 Generally E Buss, 'Parents' Rights and Parents Wronged', *Ohio State Law Journal* 57 (1996) 439 ('In sum, for many children involved in the child welfare system, the only thing worse than being 'owned' by their parents is being owned by the public system.').

‘person’, but it also may compromise the parent-child relationship.¹²⁷ In the context of this Article’s comparative case studies, giving the child an opportunity to challenge threats of family break-up by the state due to the foreign nationality or immigration status of parents may still not be enough to prevent the loss of her connections to her parents.¹²⁸

Criticism of the CRC points to its failure to enumerate rights for children to have a voice and a vote in the political process and more direct participatory rights in legal proceedings, to voice their views to courts and other tribunals, with the aid of counsel and other protective measures:

‘[T]he CRC does not afford children agency or a direct relationship to the state. The CRC contains no provisions for children’s franchise, other political participation, or for children’s expression of themselves. On the contrary, their “best interests” govern vis á vis the state and at home. Nor does the CRC afford children the right to advocate for themselves in proceedings involving themselves. Similarly, the child only has a right to be heard, but not the right to be a party to those proceedings or to have an attorney. Instead, the “child capable of forming his or her own views [has] the right to express those views freely” and to have those views be “given due weight in accordance with the age and maturity of the child.”’¹²⁹

VI. Conclusion

This Article’s examination of the treatment of migrant families by state welfare systems in Germany and the U.S. argues in favor of robust legal protections for their cultural, linguistic, and familial integrity, against the authority exercised by the state in which the family resides. The linguistic disputes that arise in Germany between Polish parents and the *Jugendamt* occur within an array of protections that derive from EU law and the national laws of Germany, with the ECHR serving as a backstop to protect the families from the child welfare state’s rules and requirements.

127 Generally AR Appell, ‘The Child Question’, *Michigan State Law Review* (2013) 1137, 1150 (‘The child’s role as the opposite of the liberal subject – unwise, vulnerable, and dependent – inhibits a jurisprudence in which the child has legal authority. Moreover, the child’s position in the United States constitutional lexicon as an object of parental liberty both promotes and compromises the child’s autonomy (and authority).’); S Trivedi, ‘My Family Belongs to Me: A Child’s Constitutional Right to Family Integrity’, *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review* (2021) 267 (arguing that children should assert their rights to family integrity under the Constitution).

128 Appell, ‘The Child Question’, 1150 (‘In a political system that privileges private property and self-sufficiency, children must depend on adults.’).

129 Appell, ‘Accommodating Childhood’.

Similar disputes in the U. S. are subject to control by the states with a degree of oversight and protection from the federal government and occasionally the U. S. Supreme Court. What distinguishes the U. S. is the clash between child welfare law and immigration law, each promoting different and conflicting concepts of parent-child relations. Both systems—German and U. S.—need to ensure heightened accommodation for differences in culture and language when foreign nationals appear in family court proceedings and are subject to state control of private familial relationships, connections, and conversations.

The Project asks us to consider what legal mechanisms are best able to protect and enforce the interests of parents and children against mistakes committed by the state. In this Article, the first and third case studies point to many mistakes by state authorities that could have been avoided with stronger protections for the migrant families.

The European Parliament investigation and ultimate ‘resolution’ of the *Pomorski* complaint lasted fifteen years, mired in the Parliament’s intricate and complex procedures. Meanwhile, the two children and their father faced time-sensitive needs: for translators, support services, and counsel to advocate for an expeditious solution to their predicament. Germany and Poland may have had fifteen years to debate questions of linguistic diversity and state nationality within the EU Parliament, but the children and their father had an urgent need to resume their lives as a family even while the state restricted their contacts. Perhaps the failure to seek ECHR remedies was a tactical error. Had the father petitioned for relief in this tribunal, he might have obtained a swifter declaration and enforcement of his rights as a migrant parent to speak with his daughters in Polish while supervised by the *Jugendamt*.

In the *Mainor T.* case, the Nebraska Foster Care Review Board made significant adverse findings regarding the mother’s treatment by the family court and child welfare authorities over the preceding fifteen months. However, the judge, state prosecutor and guardian ad litem ignored these findings, prolonging the mother’s separation from her children.

These strategic or systemic errors illustrate the uncertainties and ineffectiveness of existing mechanisms to protect migrant families against the power of the state. The independent foster care review board’s purpose as intended by the legislature was to serve as a mechanism to ensure stability and continuity for children in Nebraska’s foster care system. Unfortunately, the review board’s detailed findings about the failings of that system in this case could not prevent or stop the mistakes committed by the child welfare authorities and judge that impeded those goals. Fortuitously, the Nebraska Supreme Court was able to overturn the lower court’s termination of the mother’s

parental rights, correcting the errors that permeated the trial court's deliberations.

On a systems level, similar to the absence of ECHR remedies to correct the human rights allegations in the *Pomorski* complaint, in *Mainor T.*, the federal Department of Justice played no role in investigating the Guatemalan-Mayan parent's silencing and exclusion from family court termination proceedings. Despite its considerable statutory power to investigate civil rights violations and to ameliorate exclusions of linguistic minority litigants, including parents with significant stakes in the family court process, the DOJ did not intervene to determine whether Nebraska violated the mother's language rights. These and other examples of underutilized or unused protections for the civil and human rights of migrant families who speak different languages, are worthy of exploration in future research.¹³⁰

This Article borrows the preamble of its title, *After Babel*, from a study of literary translation by the comparative literature scholar George Steiner (1929–2020).¹³¹ Professor Steiner writes about the story of Babel (Genesis, xi, 1–9), which tells of a catastrophe that befell the 'language animal' and deprived humanity of a single, shared mode of speech. According to Steiner, languages are 'thought systems' binding syntax and semantics inseparably together. In a mobile society, with families crossing borders and moving into foreign countries governed by different social norms, legal systems, and cultural traditions, the need for translation between cultures and heightened cultural understanding is ever more important as a key to avoiding disagreements and misunderstandings between parents, their children, and the state.

130 Generally Appell, "Bad" Mothers..., 771 ('Of course, child welfare matters are of constitutional import...thus, providing language services for parents and relatives with [limited English proficiency] would appear to be most important in the child welfare context.');

D Gilman, 'A "Bilingual" Approach to Language Rights: How Dialogue Between U.S. and International Rights Law May Improve the Language Rights Framework', *Harvard Human Rights Journal* 24 (2011) 1, 3 ('The laws, regulations, case law, and policies regarding language use in the United States form at best a patchwork and certainly have not woven themselves into a single scheme for viewing claims to language rights. International human rights treaties and interpretations by international tribunals have also failed to provide coherent analyses of claims of right in the language arena.').

131 Steiner, *After Babel*, 60 and 67.

Slow to Support Families, Quick to Remove Children: US Exceptionalism in the Role of Government in Children's Lives

Maxine Eichner

I.	The United States' exceptionally minimal family support system	746
II.	The United States' exceptionally aggressive child welfare system.	750
III.	Children's wellbeing and the US family support and child welfare systems	753
	1. The family support system	753
	2. The child welfare system	760
IV.	Toward child wellbeing: bolstering government support for families, paring down the child welfare system	767
V.	Conclusion	770

The United States is known for its exceptionalism when it comes to public policies relating to families and children. This exceptionalism is invoked by commentators today in two separate conversations. The first relates to the absence of US government policy supports for families. In this conversation, Americans' lack of routine family supports for families with children, including paid family leave, child benefit checks, and safety-net benefits, is contrasted with the routine family supports offered in most other wealthy countries.¹ The second conversation, which has gained momentum recently, relates to the child welfare system, often referred to by critics as the 'family-regulation' or 'family-policing' system.² In contrast to the family support system, in which the government response is exceptional for its more laissez-faire approach than its peers, in the child welfare system, the government response is exceptional for being far more interventionist. Here, the US child welfare system's high propensity to remove children without voluntary agreement from their families, and often to terminate the parental rights of children in foster care, compared to other countries, is invoked.

Although the discussions of the family support and child welfare systems normally proceed independently from one another, this essay posits that there is much to be gained from thinking through the relationship between

1 Eg M Eichner, *The Free-Market Family: How the Market Crushed the American Dream (and How It Can Be Restored)* (New York 2020).

2 Eg Symposium, 'Strengthened Bonds: Abolishing the Child Welfare System and Re-Envisioning Child Well-Being', *Columbia Journal of Race and Law* 3 (2021) 11.

these two forms of exceptionalism. Considering the two systems together helps bring to light fundamental flaws in the US approach to child well-being. Specifically, this essay argues, the exceptionalism of the US family support and child welfare systems combine to produce the worst of possible outcomes for children's wellbeing: The absence of family supports causes poor and moderate-income families to face stiff headwinds in providing children the circumstances they need. Because of this, many families fall short on delivering these circumstances, causing significant damage to children. Yet once the predictable difficulties in families present themselves, children are removed from their families by the child welfare system, many times permanently, inflicting considerably more harm to them. Considering these two systems together also points to real solutions to the problems commentators identify with the child welfare system today.

Part I of this essay describes the basic policy framework of the US system of family supports, a minimalistic set of supports based on the exceptional idea that families should negotiate the conditions children need privately through the free market. This Part also contrasts the US system of 'free-market family policy' with the more extensive government supports provided to families in other wealthy countries. Part II then turns to describe the exceptional nature of the US child welfare system, with its high levels of child removal. It compares this system to the less adversarial and more parent-supportive child welfare systems of other wealthy countries. Part III evaluates how well the US family support system and child welfare system together fulfill their joint mission of safeguarding children's welfare. Finally, Part IV considers how these systems could be better constructed to promote the wellbeing of children in the United States.

I. The United States' exceptionally minimal family support system

Families are recognized as central to ensuring that children get the resources, caretaking, and human development they need to do their best by all contemporary Western countries. However, how market societies best ensure that parents can deliver the conditions children need to thrive is a subject of contention. Two very different models of the government's role in supporting families have emerged. The United States has generally embraced a *laissez-faire* vision of the role of government that I call 'free-market family policy'.³ The idea behind free-market family policy is that families do better

³ I develop the contrasts between what I call 'free market family policy' and 'pro-family policy' in greater detail in my book: Eichner, *The Free-Market Family...*, 19–42.

when they negotiate what they need privately through markets. If markets are strong, this theory has it, then every family will get a big enough slice of the pie to satisfy their needs privately. In this model, it is the job of workers to bargain with employers over the hours they will work and their time at home. Parents will purchase items on the open market that their children need to do their best. They will also provide childcare themselves or arrange and pay for childcare. Government aid programs are minimal, often targeted at poor families who must prove financial need before receiving benefits, and generally terminate when families get back on their feet.

In contrast, most other wealthy Western countries have adopted a vision of family supports that I call 'pro-family policy'. Like free-market policy, pro-family policy recognizes the importance of work, markets, and a strong economy. But it combines this recognition with the belief that families do better when the government actively supports them. So, while pro-family policy considers the market an important tool for distributing many of the resources that families need to thrive, it does not trust the market to do this on its own. To the contrary, pro-family policy insulates family life from many market pressures and actively supports families getting what they need to succeed.

Pro-family policies can take several forms. Some seek to reduce market inequality and insecurity in ways that improve families' wellbeing, for example, through laws providing a relatively high minimum wage. Others significantly 'decommodify' conditions that benefit families, for example, ensuring high-quality daycare to young children regardless of their family's income. Still, others come from the state acting as a 'traffic cop' to ensure that the market stays in its lane when it comes to ensuring that paid work does not encroach on family lives. These include laws that guarantee workers adequate time with their families by establishing the maximum number of hours employees can be made to work, requiring employers to give workers paid vacation and holiday time, and allowing reduced work hours for parents of young kids. Countries with pro-family policy also supplement private income with a stream of public funding to families, including regular checks called 'child benefits'.

The distinctions I make between free-market and pro-family policy are between ideal types; no countries are perfect exemplars of either of these policies. However, the United States comes closer than any other wealthy country to a system of pure free-market policy. Meanwhile, other wealthy countries cluster close to the pro-family policy end of the spectrum. Finland is one of the countries that comes closest to the pro-family ideal. Finnish parents receive a child-benefit check each month following the birth of

a child.⁴ Finland also gives families about 14 months publicly-funded parental leave.⁵ After that, children can be enrolled in free or low-cost, high-quality, universal daycare and then early childhood education, both of which coordinate with working parents' schedules.⁶ Finland's public policies also help citizens balance market demands with family life by limiting the work hours that employees can be made to work, and guaranteeing paid vacation leave.⁷ On top of all this, families who need more financial help can fall back on Finland's reliable safety-net programs.⁸

U.S. family policy provides for almost none of this. The United States is the only wealthy country that fails to provide any paid parental leave whatsoever, although a few states have begun to fill this gap for far fewer weeks than most countries provide.⁹ The country has not developed any large-scale system to provide, subsidize, or even regulate daycare for quality.¹⁰ And it has no federal laws to help parents balance jobs with family responsibilities – no

4 Kela, 'Amount and payment of the child benefit' (2021) <<https://www.kela.fi/web/en/child-benefit-amount-and-payment>> accessed 28 July 2023.

5 This figure cumulatively combines three leave types that Finland offers to parents: maternity leave, parental leave, and paternity leave. Kela, 'Families with Children' (2021) 8–13 <<https://www.kela.fi/documents/20124/411922/families-with-children-brochure-en.pdf/b8860aa6-8744-b854-4e01-71efe43e1636?t=1665119912434>> accessed 14 September 2023.

6 Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), 'Early Childhood Education and Care Policy in Finland' (2000) 22 <<http://www.oecd.org/finland/2476019.pdf>> accessed 8 September 2023.

7 Työaikalaki [Working Hours Act] (Finlands författningssamling [BIBL] 605/1996) ch 3, s 6, para 4, ss 17–18 (Fin) <https://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1996/en19960605_20100991.pdf> accessed 28 July 2023; Vuosilomalaki [The Annual Holidays Act] (Finlands författningssamling 162/2005) ch 1, para 2 (Fin) <<https://tem.fi/documents/1410877/2918981/The+Annual+Holidays+Act/9bd1fbbc-2a16-4937-bf2f-beefc55ccca4>> accessed 28 July 2023; Työsopimuslaki [Employment Contracts Act] (Soumen Säädoskokoelma 55/2001) ch 2, s 2 (Fin) <<https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2001/en20010055.pdf>> accessed 18 July 2023.

8 Eg Kela, 'General Housing Allowance' (2023) (housing benefits) <<https://www.kela.fi/general-housing-allowance>> accessed 14 September 2023.

9 Family and Medical Leave Act of 1993, Public Law 103–3, 107 stat 6 (1993) (codified as amended at 29 USC §§ 2601–54 (2012)). A few states have begun to fill this gap by providing partial pay for a limited number of weeks. See eg Healthy Workplaces, Healthy Families Act of 2014, California Labor Code §§ 245–249 (2021); Rhode Island Parental and Family Medical Leave Act: Parental leave and family leave requirement, Rhode Island General Laws § 28–48–2 (2021); Family temporary disability leave for birth, placement in foster care, or adoption of a child; requirements, New Jersey Statutes Annotated § 43:21–39.3 (2021); Family Leave on or after January 1, 2018, New York Compensation Codes Rules & Regulations tit 12 § 380–2.4 (2020); Benefit – Amount and Duration, Washington Revised Code Annotated § 50A.15.020 (2022); Family Leave Requirement, D. C. Code Annotated § 32–502 (2022).

10 Eichner, *The Free-Market Family...*, 106–15. See also J Cohn, 'The Hell of American Day Care', *New Republic* (15 April 2013) <<https://newrepublic.com/article/112892/hell-american-day-care>> accessed 8 August 2023.

limits on mandatory work hours, no option to work part-time, no required paid (or even unpaid) vacation leave.

Most of the minimal support families receive from the U.S. government is provided through tax policy. The Child Tax Credit (CTC) gives most U.S. families a yearly tax credit of up to 2,000 USD.¹¹ Because the CTC is not fully refundable, though, the lowest-earning families – including 27 million children – do not get the full benefit of the credit.¹² Meanwhile, the Earned Income Tax Credit (EITC) is specifically aimed at low-income families. Yet its primary purpose is to give low-to moderate-income earners an incentive to work. That means the program does not provide any benefits to the poorest American kids whose parents do not have earned income.¹³

Given the absence of other parenting supports, U.S. safety-net programs have a large gap to fill. But the main safety-net family program, Temporary Assistance for Needy Families (TANF), was designed to promote parents' economic independence through incentivizing paid work. TANF therefore sets up a joint federal and state partnership that ensures that benefits will be temporary, and the exception rather than the rule. To be eligible, in every state but one, families' income must fall below the poverty line; the majority of states require income below half the amount of the poverty line.¹⁴ On top of that, by federal law, every state must set a lifetime cap for families of five years or less; some states have set the cap at as few as twelve months. Roughly a third of states also cap or reduce TANF benefits on the birth of a new child if the family was receiving TANF benefits when the child was born.¹⁵ State programs also disqualify parents who do not meet strict work

11 CTC, 26 USC § 24(h)(2) (2021).

12 CTC, 26 USC § 24(h)(2) (2021); see G Whitehurst, 'Will Tax Reform Provide More Support for Children and Their Families? Follow the Money', *Brookings: Evidence Speaks Reports* (Brookings) 2(27) (2017) 5–6 <<https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2017/10/follow-the-money-report1.pdf>> accessed 8 August 2023; R Greenstein et al, 'Improving the Child Tax Credit for Very Low-Income Families' (US Partnership on Mobility from Poverty (USPOMFP) 2018) 1–2 <<https://www.mobilitypartnership.org/improving-child-tax-credit-very-low-income-families>> accessed 8 August 2023.

13 Earned Income, 26 USC § 32 (2018); Whitehurst, 'Will Tax Reform Provide More Support...'; 5.

14 G Falk, 'Temporary Assistance for Needy Families (TANF): Eligibility and Benefit Amounts in State TANF Cash Assistance Programs', (US Congressional Research Service 2014) 4 fig 1 <<https://sgp.fas.org/crs/misc/R43634.pdf>> accessed 8 August 2023.

15 E Cohen et al, 'Welfare Rules Databook: State TANF Policies as of July 2015', OPRE Report 2016–67 (US Department of Health and Human Services, Administration of Children and Families, Washington 2016) 158 and 183–194 <<https://www.urban.org/research/publication/welfare-rules-databook-state-tanf-policies-july-2015>> accessed 8 August 2023; E Lower-Basch, S Schmit, 'TANF and the First Year of Life: Making a Difference at a Pivotal Moment' (Center for Law and Social Policy (CLASP), Washington 2015) 1 and 12 <<https://www.clasp.org/>>

requirements.¹⁶ These restrictions and exclusions result in only 23 out of 100 poor families in the nation receiving TANF benefits.¹⁷ The few families declared eligible for benefits will not get much: in two-thirds of states, benefits will not bring these families up to even a third of the poverty line.¹⁸

In sum, the United States is exceptional when it comes to the minimal nature of its system of family supports. Other wealthy countries seek to cushion families from the uncertainties associated with markets and to partner with parents to ensure that children get the supports they need to do their best. U.S. family policy, by contrast, expects that parents will negotiate the circumstances that children need privately. Direct government help is largely confined to tax breaks, and even safety-net assistance is scant compared to other countries.

II. The United States' exceptionally aggressive child welfare system

In contrast to its *laissez-faire* policy when it comes to providing routine family supports, the United States takes an exceptionally active role in protecting children when it comes to its child welfare system. Scholars of comparative child welfare regimes have referred to this system as a 'child-protection' approach, characterized by its focus on rooting out maltreatment, conceptualized as intentionally harmful behavior by malevolent parents.¹⁹ In this system, which is run by states but operates within particular parameters controlled by federal law, child welfare officials do not act unless and until a report of suspected child abuse or neglect is made. They then focus their efforts on investigating and potentially charging parents suspected of maltreatment in a process often marked by antagonistic relations with parents. Parents deemed at risk of maltreatment can have children removed to foster care, which, not infrequently, may eventually lead to their parental rights being

sites/default/files/public/resources-and-publications/body/TANF-and-the-First-Year-of-Life_Making-a-Difference-at-a-Pivotal-Moment.pdf> accessed 8 August 2023; Office of Family Assistance, 'Characteristics and Financial Circumstances of TANF Recipients, Fiscal Year 2012' (U.S. Department of Health and Human Services, Administration for Children & Families 2014) tbl 15 <<https://www.acf.hhs.gov/ofa/data/characteristics-and-financial-circumstances-tanf-recipients-fiscal-year-2012>> accessed 8 August 2023.

16 Cohen, 'Welfare Rules Databook...', 238–239, tbl L6.

17 Center on Budget and Policy Priorities, 'Policy Basics: Temporary Assistance for Needy Families' (2021) 6 <<https://www.cbpp.org/sites/default/files/atoms/files/7-22-10tanf2.pdf>> accessed 8 August 2023.

18 Lower-Basch, Schmit, 'TANF and the First Year of Life...', 6.

19 N Gilbert (ed), *Combating Child Abuse: International Perspectives and Trends* (New York 1997) 5.

terminated. While Canada's and England's systems also have a child-protection orientation, both countries are less extreme in their approach than the United States.²⁰

The child-protection approach contrasts with the 'family-service' approach taken by Continental European and Nordic countries' child welfare systems, which conceptualizes the child welfare system's role as dealing with 'family dysfunction' stemming from sources like mental-health issues and socio-economic stress. In this approach, state social workers focus their efforts on evaluating families to determine caretaking shortfalls in partnership with parents, with the goal of providing services to families to enable them to better support their children.²¹

The United States' exceptional approach to child welfare means that U.S. children are far more likely to be removed from their families than children in other wealthy countries. Researchers estimate that, by the time they reach age 18, 6% of US children will have been placed in formal foster care.²² Cumulative risks of foster care placement are roughly one-quarter to one-half as high in the other developed countries for which estimates have been generated, including Australia, Denmark, and England.²³

And it turns out that the United States' exceptionally high numbers of children formally placed into foster care do not come close to capturing the number of children actually removed from their parents. Child-welfare workers have increasingly diverted children into a system called 'hidden' or 'shadow' foster care, in which the workers informally persuade parents to send their children to live with someone the parents know, often by threatening to put the children in formal foster care with strangers if they refuse. Hidden foster care is cheaper for states since they do not have to pay for foster care. It is also easier as a bureaucratic matter since it does not require any due process in courts, and the government is not required to ensure the safety of placements. While no formal figures of the number of children in shadow foster care are available, precisely because these children are shunted off formal record books, the *New York Times* estimates that

20 Gilbert, *Combating Child Abuse...*, 5; N Parton, D Berridge, 'Child Protection in England' in N Gilbert (ed), *Child Protection Systems: International Trends and Orientations* (New York 2011) 60–88.

21 Gilbert, *Combating Child Abuse...*, 5.

22 C Wildeman, N Emanuel, 'Cumulative Risks of Foster Care Placement by Age 18 for U.S. Children, 2000–2011', *PLoS One* 9(3) (2014) 5 <<https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0092785>> accessed 8 August 2023.

23 K Turney, C Wildeman, 'Adverse Childhood Experiences Among Children Placed in and Adopted from Foster Care: Evidence from a Nationally Representative Survey', *Child Abuse & Neglect* (CA&N) 64 (2017) 117–18.

roughly the same number of children enter this shadow system each year as the quarter-million who enter the formal foster care system, bringing the total number children entering foster care to roughly a half-million per year.²⁴ If correct, the U. S. removal rate for child protection far tops that of other wealthy countries.²⁵

Consistent with conceptualizing the child-welfare project as rooting out defective parents, the U.S. system makes it relatively easy to terminate the rights of parents whose children are placed in formal foster care. The Adoption and Safe Families Act of 1997 (ASFA) requires that the state must file a petition to terminate parental rights once a child has been in foster care for fifteen of the previous twenty-two months, unless particular exceptions apply.²⁶ ASFA also requires states to pursue efforts to find adoptive homes for children in foster care concurrently with efforts to reunite these children with their families, on the view that reunification efforts with parents so flawed as to have their children removed are often unsuccessful. The goal envisioned in this model is children living with families – whether their biological families or adoptive families – who can ensure the children's health and welfare without government support.

In the United States, the rate of children who leave the formal foster-care system for adoption – roughly one in four in 2020 – is truly exceptional.²⁷ Other countries terminate parental rights far less often. For example, the Swedish child welfare system's sole goal for children in foster care is family reunification. As Professor Richard Barth wrote in 1992, 'In Sweden, the underlying assumption of the law is that every parent can be rehabilitated'.²⁸ For this reason, the country imposes no fixed time limits on supporting

24 L. Presser, 'How 'Shadow' Foster Care is Tearing Families Apart', *New York Times* (NYT) (1 December 2021) <<https://www.nytimes.com/2021/12/01/magazine/shadow-foster-care.html>> accessed 26 February 2022; J Gupta-Kagan, 'America's Hidden Foster Care System', *Stanford Law Review* 72(4) (2020) 841–914.

25 Calculated based on Gilbert's 2012 reporting of rates of child removal at time B and doubling the U. S. rate according to the New York Times estimate for informal and formal placements, for a removal rate of 12 children per thousand. Only Finland had such a high removal rate in the study but, as Gilbert 2012 recognized, Finland counts in these numbers children accused of criminal acts, and also counts all children in out-of-home placements during the year rather than on a particular date, which inflates its numbers. N Gilbert, 'A Comparative Study of Child Welfare Systems: Abstract Orientations and Concrete Results', *Children and Youth Services Review* (CYSR) 34(3) (2012) 532–36.

26 ASFA 1997, Pub. L. 105–89, 111 Stat. 2115 (1997).

27 Children's Bureau, AFCARS Report (2021) 3 <<https://acf.gov/sites/default/files/documents/cb/afcars-report-29.pdf>> accessed 8 August 2023.

28 R Barth, 'Child Welfare Services in the United States and Sweden: Different Assumptions, Laws and Outcomes', *Scandinavian Journal of Social Welfare* 1 (1992) 36 and 39.

family reunification and no process for permanency planning other than reunification.²⁹

III. Children's wellbeing and the US family support and child welfare systems

Under the current policy frameworks of the U.S. family support and child welfare systems, government assumes little responsibility for children's welfare unless and until it receives a report of suspected child abuse or neglect. Once a report of suspected maltreatment is made, though, the state readily intervenes to remove children from their parents and then makes it relatively easy to terminate parental rights. In practice, how well do these two systems together support U.S. children's wellbeing today?

1. The family support system

The U.S. system rests on the assumption that parents will be able to provide children the cash and caretaking conditions they need to thrive privately through the market. This means that larger macroeconomic trends will profoundly affect parents' ability to provide these conditions. In the 1950s and the 1960s, macroeconomic conditions were conducive to enabling a broad swathe of parents to provide children what they needed. Unfortunately, since the 1970s, dramatic rises in economic inequality and insecurity have made it far more difficult for U.S. parents to provide for their children's needs privately.

a) America's skyrocketing economic inequality

Between 1973 and 2015, even as earnings among the top fifth of U.S. workers skyrocketed, the hourly wages of the two-thirds of men without college diplomas dropped 18% in inflation-adjusted dollars.³⁰ Further, the drop in the real value of the federal minimum wage in these decades and the significant increase in the number of low-wage service jobs in the economy meant that far more jobs do not pay nearly enough to support a family. Almost a third of those in the U.S. workforce today make less than 12 USD per hour, and few in these low-wage jobs receive benefits like health insurance

29 Barth, 'Child Welfare Services...', 39.

30 A Binder, J Bound, 'The Declining Labor Market Prospects of Less-Educated Men', *Journal of Economic Perspective* 33 (2019) 163 (for men ages 25–54).

or paid leave.³¹ Many of these workers have children, and no matter how hard or long they work, they simply will not earn enough to purchase the resources their children need to do their best.³²

Disparities in families' wealth have also mushroomed in the last five decades. Today, U.S. families in the top 1% now hold roughly twice as much wealth as those in the entire bottom 90%.³³ To make matters worse, the drop in net worth of households headed by adults younger than thirty-five – the families most likely to have young children – has been particularly steep. In 1984, the median net worth of these younger households was 11,500 USD; in 2009, it was 3,500 USD in real dollars.³⁴

This decrease in wealth makes it tough to impossible for most young families to get their children off to a good start. The 3,500 USD in wealth that the average young household has is generally tied up in a house or a car. However, even if it were liquid and available, it would be almost entirely depleted by the 3,400 USD average out-of-pocket fees that hospitals charge for a baby's delivery – and that is the cost for parents with health insurance.³⁵ That means most parents will have to scramble even to buy basics like diapers, formula, and baby food.

The economic situation is even tougher for African American and Hispanic families. The income gap between the median Black and white households

31 D Cooper, J Buchanan, 'Few Rewards: An Agenda to Give America's Working Poor a Raise' (Economic Policy Institute (EPI) and Oxfam America 2016) 4–5 and 12 <https://s3.amazonaws.com/oxfam-us/www/static/media/files/Few_Rewards_Report_2016_web.pdf> accessed 26 February 2022.

32 'Why the U.S. Needs a \$15 Minimum Wage' (EPI, 26 January 2021) <<https://www.epi.org/publication/why-america-needs-a-15-minimum-wage/>> accessed 9 August 2023 ('Today, in all areas across the United States, a single adult without children needs at least \$31,200 – what a full-time worker making \$15 an hour earns annually – to achieve a modest but adequate standard of living.').

33 J Bricker et al, 'Changes in U.S. Family Finances from 2013 to 2016: Evidence from the Survey of Consumer Finances', *United States Federal Reserve Bulletin* 103 (2017) <<https://www.federalreserve.gov/publications/2017-September-changes-in-us-family-finances-from-2013-to-2016.htm>> accessed 3 August 2023; Congress of the United States, 'Trends in Family Wealth, 1987 to 2013' (U.S. Congressional Budget Office 2016) 1 <<https://www.cbo.gov/sites/default/files/114th-congress-2015-2016/reports/51846-familywealth.pdf>> accessed 8 August 2023.

34 R Fry et al, 'The Old Prosper Relative to the Young: The Rising Age Gap in Economic Well-Being' (Pew Research Center 2011) 1 <<http://www.pewresearch.org/wp-content/uploads/sites/3/2011/11/WealthReportFINAL.pdf>> accessed 8 August 2023, (in 2010 dollars).

35 E Declercq et al, 'Listening to Mothers III: New Mothers Speak Out' (New York: Childbirth Connection 2013) 46 <<https://www.nationalpartnership.org/our-work/resources/health-care/maternity/listening-to-mothers-iii-new-mothers-speak-out-2013.pdf>> accessed 8 August 2023.

has lingered at about 60% for decades.³⁶ That is partly because unemployment rates of Black workers have remained roughly double those of white workers since 1970 for workers at every level of education.³⁷ Further, even when Black workers find jobs, they are paid far less than white workers, in part because fewer parents can afford the high cost of college for their children (which is publicly subsidized in most other countries), and because of persistent racism.³⁸ The median Hispanic household, meanwhile, earns only 74% of what the median white household earns.³⁹

Families headed by single mothers must also deal with the gender wage gap. US women as a group make 82 cents for every dollar men make,⁴⁰ and for Black women, that figure drops to 62 cents.⁴¹ While Finland increases child-benefit checks for families headed by single parents to ensure that they can dependably support their children, such subsidies are anathema to US free-market family policy.

36 M Daly et al, 'Disappointing Facts about the Black-White Wage Gap', *Federal Reserve Bank of San Francisco (FRBSF) Economic Letter*, 26 (2017) 2–3 <<https://www.frbsf.org/economic-research/files/el2017-26.pdf>> accessed 8 August 2023; V Wilson, 'Racial Disparities in Income and Poverty Remain Largely Unchanged Amid Strong Income Growth in 2019' (EPI 2020) <<https://www.epi.org/blog/racial-disparities-in-income-and-poverty-remain-largely-unchanged-amid-strong-income-growth-in-2019/>> accessed 8 August 2023.

37 R Fairlie, W Sundstrom, 'The Emergence, Persistence, and Recent Widening of the Racial Unemployment Gap', *Industrial and Labor Relations Review* 52(2) (1999) 255; D Desilver, 'Black Unemployment Rate Is Consistently Twice That of Whites' (Pew Research Center 2013) <<https://www.pewresearch.org/fact-tank/2013/08/21/through-good-times-and-bad-black-unemployment-is-consistently-double-that-of-whites/>> accessed 8 August 2023.

38 V Wilson, W Rodgers, 'Black-White Wage Gaps Expand with Rising Wage Inequality' (EPI, 2016) 3 <<https://files.epi.org/pdf/101972.pdf>> accessed 8 August 2023; Daly, 'Disappointing Facts...', 3; T Cajner et al, 'Racial Gaps in Labor Market Outcomes in the Last Four Decades and over the Business Cycle', *Finance and Economic Discussion Series 2017–071*, Board of Governors of the Federal Reserve System (Washington DC 2017) 23 <<https://www.federalreserve.gov/econres/feds/files/2017071pap.pdf>> accessed 8 August 2023; V Wilson, 'Black Unemployment is Significantly Higher than White Unemployment Regardless of Educational Attainment' (EPI 2015) <<https://www.epi.org/publication/black-unemployment-educational-attainment/>> accessed 28 July 2023; M Bertrand, S Mullainathan, 'Are Emily and Greg More Employable than Lakisha and Jamal? A Field Experiment on Labor Market Discrimination', *American Economic Review* (AER) 94(4) (2004) 991–1013.

39 Wilson, 'Racial Disparities...'.

40 R Bleiweis, 'Quick Facts About the Gender Wage Gap', Center for American Progress, Fact Sheet (24 March 2020) <<https://www.americanprogress.org/issues/women/reports/2020/03/24/482141/quick-facts-gender-wage-gap/>> accessed 8 August 2023.

41 Bleiweis, 'Quick Facts...'.

b) Economic insecurity

The other economic trend undercutting U.S. parents' ability to provide is the steep rise in economic insecurity in the past five decades. Much of this increased insecurity comes from private companies offloading risks they once assumed onto American workers and their families.⁴² Employers are more likely to hire temporary employees or independent contractors than in the past and more likely to lay workers off when business is slow, leading to fewer workers having steady, full-time jobs with benefits.⁴³ Employers also moved to scheduling systems that shift employee staffing based on customer demand, maximizing employer profits at the cost of erratic paychecks for employees.⁴⁴ Companies are also less likely to provide health insurance than in the past and, when they do, to pass on more costs.⁴⁵ The result is that one serious illness or significant chronic medical condition can destroy a family's budget.⁴⁶

It is not only poor households who are affected by this rising insecurity: Among all Americans, more than one-third – roughly 98 million people – were officially poor for at least two months between 2009 and 2012.⁴⁷ And

-
- 42 J Hacker, *The Great Risk Shift: The Assault on American Jobs, Families, Health Care, and Retirement and How You Can Fight Back* (New York 2006) 61–85.
- 43 Hacker, *The Great Risk Shift...*, 68–69, 71; K Gillibrand, 'Contingent Workforce: Size, Characteristics, Earnings and Benefits' (US Government Accountability Office Letter 20 April 2015) 15–16 <<https://www.gao.gov/assets/670/669899.pdf>> accessed 8 August 2023; J Morduch, R Schneider, 'Spikes and Dips: How Income Uncertainty Affects Households', *US Financial Diaries* (2013) 3 <<https://static1.squarespace.com/static/53d008ede4b0833aa2ab2eb9/t/53d6e12ae4b0907fe7bedf6f/1410469662568/issue1-spikes.pdf>> accessed 8 August 2023.
- 44 L Golden, 'Irregular Work Scheduling and Its Consequences' (EPI 2015) 1 <<https://files.epi.org/pdf/82524.pdf>> accessed 8 August 2023; Morduch, Schneider, 'Spikes and Dips...', 3.
- 45 L Mishel et al, *The State of Working America* (EPI 2012) 200, tbl 4.10; C Schoen et al, 'State Trends in the Cost of Employer Health Insurance Coverage, 2003–2013' (Commonwealth Fund 2015) 4 and 6 <https://www.commonwealthfund.org/sites/default/files/documents/___media_files_publications_issue_brief_2015_jan_1798_schoen_state_trends_2003_2013.pdf> accessed 8 August 2023; G Claxton et al, 'Employer Health Benefits: 2017 Annual Survey' (Henry J Kaiser Family Foundation and Health Research & Educational Trust 2017) 1, 8 and 106 <<https://files.kff.org/attachment/Report-Employer-Health-Benefits-Annual-Survey-2017>> accessed 8 August 2023.
- 46 M Jacoby, M Holman, 'Financial Fragility, Medical Problems and the Bankruptcy System' in M Crain, M Sherraden (eds), *Living and Working in the Shadow of Economic Fragility* (New York 2014) 56–60.
- 47 J Morduch, R Schneider, *The Financial Diaries: How American Families Cope in a World of Uncertainty* (Princeton 2017) 159; US Census Bureau, 'Dynamics of Economic Well-Being: Poverty, 2009–2012' (2012), Table 3: People in Poverty 2 or More Months by Selected Characteristics – 2009 to 2012' <<https://www.census.gov/data/tables/time-series/demo/income-poverty/poverty-dynamics-09-12.html>> accessed 8 August 2023.

many who do not fall below the poverty line are just one emergency away from that fate. In 2017, four in ten Americans reported that they would not be able to cover an unexpected expense of 400 USD.⁴⁸ Families of color bear the brunt of this insecurity: nearly two-thirds of African American families and half of Hispanic families live in a household with moderate or high levels of economic insecurity.⁴⁹

c) Free-market family policy and children's wellbeing

These increases in inequality and insecurity mean that far fewer U.S. children receive the consistent, adequate material support they need than did five decades ago. It also means far fewer U.S. children receive such support than children who live in countries that have adopted pro-family policy. In countries with pro-family policy, the significant stream of public funding that families receive ensures that all children have a 'floor' of economic support even when parents hit hard economic times; at other times, public funding lifts the 'ceiling' on children's economic support above what their parents alone could pay. In contrast, the scant public funding of families in the United States means that U.S. children have no 'floor' of economic support if their parents cannot pay; their 'ceiling' of economic support, meanwhile, is set largely by what their parents can afford.⁵⁰

One stark result of this system is that the United States has by far the highest rate of children under age six living in relative poverty (the poverty standard that adjusts for the nation's wealth) among wealthy countries. By one 2018 study's calculations, the U.S. relative poverty rate was 21%; Finland's poverty rate, by contrast, was only 4%.⁵¹ Nearly half of U.S. families headed by

48 Division of Consumer and Community Affairs, 'Report on the Economic Well-Being of U.S. Households in 2017' (Board of Governors of the Federal Reserve System 2018) 21 <<https://www.federalreserve.gov/publications/files/2017-report-economic-well-being-us-households-201805.pdf>> accessed 8 August 2023.

49 R Jones et al, Economic Insecurity, Rising Inequality, and Doubts About the Future: Findings from the 2014 American Values Survey, Public Religion Research Institute (PRRI), (Washington DC 2014) 11 <<https://www.prri.org/wp-content/uploads/2014/09/PRRI-AVS-with-Transparency-Edits.pdf>> accessed 28 February 2022; J Hacker et al, 'Standing on Shaky Ground: Americans' Experience with Economic Insecurity', The Rockefeller Foundation, Economic Security Index (2010) 21–22 <<http://www.economicsecurityindex.org/upload/media/ESI%20report%20final12%202013.pdf>> accessed 8 August 2023; J Hacker, 'Understanding Economic Insecurity: The Downward Spiral of the Middle Class', Federal Reserve Bank of Boston, *Communities & Banking* 22 (2011) 25, 27.

50 Eichner, *The Free-Market Family*..., 20–21.

51 J Gornick, E Nell, 'Child Poverty and Public Policy: A Cross-National Perspective' in G Eydal, T Rostgaard (eds), *Handbook of Family Policy* (Cheltenham UK, Northampton, MA, USA 2018) 308–24, tbl 2.

single mothers – 46% – were determined poor compared with 12% of single mothers in Finland.⁵² Using an absolute poverty standard (a standard that defines deprivation without taking the country's wealth into account), the United States still fared badly, having a 14% poverty rate for young children, compared to Finland's 2%.⁵³ Recognize that, since these calculations were based on *annual* income, both the absolute and relative poverty rates radically underestimate the proportion of U.S. children who are not receiving the material support they need for shorter periods. The families of four in ten children fell below the U.S. federal poverty threshold for at least two months of the year.⁵⁴

Research repeatedly shows that child poverty has a devastating effect on children's development and life prospects. One recent study of U.S. grade-schoolers showed that children exposed to poverty in early childhood had less brain matter in areas that affect academic achievement, stress regulation, and emotional processing.⁵⁵ This helps explain why poor children miss more school and perform worse in school in the short term than other children and why they have poorer health, lower educational achievement, lower earnings, and higher mortality when they grow up.⁵⁶ Furthermore, even temporary decreases in income are associated with significant declines in children's wellbeing over time.⁵⁷

Poverty also impedes children's development through other pathways than simply depriving them of the material goods. The quality of parenting children receive is one of the most important determinants of children's wellbeing, and that quality is critically affected by a caregiving parent's physical and mental health.⁵⁸ Research shows that the chronic stress that poverty

52 Gornick, Nell, 'Child Poverty...', 324, tbl 3.

53 Gornick, Nell, 'Child Poverty...', 322, tbl 1.

54 A Edwards, 'Dynamics of Economic Well-Being: Poverty 2009–2001', *U.S. Census Bureau*, 64(1) (2014) <<https://www.census.gov/prod/2014pubs/p70-137.pdf>> accessed 8 August 2023.

55 J Luby et al, 'The Effects of Poverty on Childhood Brain Development: The Mediating Effect of Caregiving and Stressful Life Events', *JAMA Pediatrics* 167 (2013) 1135–1142; N Hair, J Hanson, B Wolfe, S Pollack, 'Association of Child Poverty, Brain Development, and Academic Achievement', *JAMA Pediatrics* 169 (2015) 822–29.

56 A Chaundry, C Wimer, 'Poverty is Not Just an Indicator: The Relationship Between Income, Poverty, and Child Well-Being', *Academic Pediatrics* 16(3) (2016) S23–S29; S Ratcliffe, 'Child Poverty and Adult Success', Urban Institute (Washington DC 2015) <<https://www.urban.org/sites/default/files/publication/65766/2000369-Child-Poverty-and-Adult-Success.pdf>> accessed 8 August 2023; S Cohen, D Janicki-Deverts, E Chen, K Matthews, 'Childhood Socioeconomic Status and Adult Health', *Annals of the New York Academy of Sciences* 1186 (2010) 37–55.

57 Eg C East, 'The Effect of Food Stamps on Children's Health: Evidence from Immigrants' Changing Eligibility', *Journal of Human Resources* (2018) 387.

58 D Bon et al, 'Early Maternal Time Investment and Early Child Outcomes', *Economic Journal* 126 (2016) F96; M Fiorini, M Keane, 'How the Allocation of Children's Time Affects Cogni-

imposes causes or exacerbates a broad array of serious health conditions and drives up parents' mental illness rates.⁵⁹

Poverty also increases rates of substance abuse, which in turn increases child maltreatment. Social scientists suggest that drug abuse is far more common in poorer areas than elsewhere because of a lack of 'competing reinforcers' that give people pleasure.⁶⁰ As one commentator puts it, '[i]f you're living in a poor neighborhood deprived of options, there's a certain rationality to keep taking a drug that will give you some temporary pleasure.'⁶¹

Further, poverty increases the risk that children will experience what doctors and scientists call 'adverse childhood experiences', or ACEs, a type of trauma that has high chances of scarring them for life. The basic idea is that when children experience significant trauma – like family chaos, bullying, living with someone with mental illness or substance abuse, domestic violence or neglect, parents breaking up, or living in foster care – the stress creates a significant physiological response. If the stress response is severe and prolonged enough, which experts call 'toxic stress', it disrupts the development of the wiring in children's brains.⁶² Increased ACE exposures have been shown to affect children's lifetime outcomes drastically and cumulatively. Adults who experience more ACEs as children have much higher odds of developing alcoholism, substance abuse, depression, attempting suicide, engaging in criminal behavior, and early death.⁶³

tive and Noncognitive Development', *Journal of Labor Economics* 32 (2014) 787; L Warwick, 'Dr Michael Meaney: More Cuddles, Less Stress!', *Bulletin of the Centre of Excellence for Early Childhood Development* 4 (2004) 2.

- 59 T Tsao et al, 'Estimating Potential Reductions in Premature Mortality in New York City from Raising the Minimum Wage to \$15', *American Journal of Public Health* 106 (2016) 1036; M Desmond, 'Dollars on the Margins', NYT (21 February 2019) <<https://www.nytimes.com/interactive/2019/02/21/magazine/minimum-wage-saving-lives.html>> accessed 8 August 2023.
- 60 Eg C Hart, 'As With Other Problems, Class Affects Addiction', NYT (10 February 2014) <<https://www.nytimes.com/roomfordebate/2014/02/10/what-is-addiction/as-with-other-problems-class-affects-addiction>> accessed 8 August 2023; W Bickel, 'The Behavioral Economics of Substance Use Disorders: Reinforcement Pathologies and Their Repair', *Annotated Review of Clinical Psychology* 10 (2014) 641–677, 654.
- 61 J Tierney, 'The Rational Choices of Crack Addicts', NYT (17 September 2013) <<https://www.nytimes.com/2013/09/17/science/the-rational-choices-of-crack-addicts.html>> accessed 8 August 2023.
- 62 M Weiss, S Wagner, 'What Explains the Negative Consequences of Adverse Childhood Experiences on Adult Health?', *American Journal of Preventative Medicine* 14 (1998) 356–360; B McEwen, 'Protective and Damaging Effects of Stress Mediators: Central Role of the Brain', *Dialogues in Clinical Neuroscience* 8 (2006) 367; J Luby, 'Poverty's Most Insidious Damage, the Developing Brain', *JAMA Pediatrics* 169 (2015) 810.
- 63 National Scientific Council on the Developing Child, 'The Science of Early Childhood Development' (Harvard University, Center on the Developing Child 2007) 10 <<https://developingchild.harvard.edu/resources/the-science-of-early-childhood-development>

U.S. free-market family policy practically guarantees that poor children will be exposed to ACEs. The driving purpose of the reform of U.S. welfare policy in 1996 was to use poverty as a stick to ensure that single mothers entered paid work.⁶⁴ Yet the chances that a child will experience ACEs, including parental neglect, domestic violence, substance abuse, homelessness, are driven up by poverty.⁶⁵ Poverty also significantly limits parents' ability to remove children from these situations by drastically curtailing their available living and caretaking options. Furthermore, the U.S. system makes it unlikely that children will be provided two key circumstances that help to mitigate the negative impact of ACEs – a stable home and strong early childhood education.⁶⁶ Finally, free-market family policy makes it more likely that children will process their exposure to ACEs as toxic stress: While the presence of a nurturing parent can greatly reduce a child's stress response, free-market family policy demands that low-income parents work long hours, which means that they will not be there to provide the emotional support that might safeguard their children.⁶⁷ Even when they are home with their children, the stress from poverty and insecurity decreases the chances that parents will have the emotional energy to provide the nurturing their children need.⁶⁸

closing-the-gap-between-what-we-know-and-what-we-do/> accessed 28 July 2023; J Shonkoff, A Garner, 'Technical Report: The Lifelong Effects of Early Childhood Adversity and Toxic Stress', *Pediatrics* 129 (2012) 232, 236; V Felitti et al, 'Relationship of Childhood Abuse and Household Dysfunction to Many of the Leading Causes of Death in Adults: The Adverse Childhood Experiences (ACE) Study', *American Journal of Preventative Medicine* 14 (1998) 245; V Edwards et al, 'Relationship Between Multiple Forms of Childhood Maltreatment and Adult Mental Health in Community Respondents: Results from the Adverse Childhood Experiences Study', *American Journal of Psychiatry* 160 (2003) 1453; R Anda et al, 'The Enduring Effects of Abuse and Related Adverse Experiences in Childhood: A Convergence of Evidence from Neurobiology and Epidemiology', *European Archives of Psychiatry and Clinical Neuroscience* 256 (2006) 174; M Brown et al, 'Association Between Adverse Childhood Experiences and Diagnosis of Cancer', *PLoS One* 8(6) (2013); M Kelly-Irving et al, 'Adverse Childhood Experiences and Premature All-Cause Mortality', *European Journal of Epidemiology* 28 (2013) 721.

64 The Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act, Public Law 104–93 (1996) (codified as Block Grants to States for Temporary Assistance to Needy Families 42 USC § 601(a) (1997)).

65 See sources cited in Eichner, *The Free-Market Family*..., 138–39.

66 D Murphey, T Bandy, K Moore, 'Frequent Residential Mobility and Young Children's Well-Being', *Child Trends* (2012) 2 <<https://cms.childtrends.org/wp-content/uploads/2013/06/2012–02ResidentialMobility.pdf>> accessed 14 September 2022; 'HC1.2: Housing Costs Over Income' (OECD 2018) 6, fig HC1.2.3 <<https://www.oecd.org/els/family/HC1–2-Housing-costs-over-income.pdf>> accessed 22 February 2022; Eichner, *The Free-Market Family*, 79–82.

67 Eichner, *The Free-Market Family*..., 55–61.

68 Eichner, *The Free-Market Family*..., 116–17.

2. The child welfare system

As shown, a broad swathe of families in the U.S. today lack the economic wherewithal to provide children the support they need to thrive; meanwhile, the economic stress parents undergo impedes their ability to parent their children well. Yet neither economic deprivation nor its consequences entitle children to government support in the United States. This leaves the U.S. child welfare system as the only system potentially available to safeguard children's wellbeing. Unfortunately, that system also fails to ensure that children will be provided what they need to do well.

a) Child protection, poverty, and race in the U.S. system

Despite its name, the U.S. child welfare system cannot be initiated simply because a family needs help providing what a child needs to do well. In its child-protection focus, the system can be initiated only by a report of suspected abuse or neglect. And after such a report, rather than focus on how to ensure the child gets what they need, investigation focuses on whether the parent is at fault in abusing or neglecting the child.

The focus of the child welfare system puts poverty in a peculiar and ambiguous position characterized by two tenets. First, poverty does not provide grounds for relief: abuse or neglect are the only grounds that mandate state action.⁶⁹ Second, poverty is not supposed to constitute a ground to remove a child from their family. While children were routinely put into orphanages in the nineteenth century on account of poverty, policymakers loudly rejected the practice early in the twentieth century. Today, many state statutes prohibit the removal of children into foster care for poverty and poverty-related reasons like homelessness; the remainder of states find the principle implicit in child welfare law.⁷⁰

Despite the prohibition on removing children *because of* poverty, the relationship between economic need and the child welfare system is an indisputably close one. About half of children in out-of-home care and about a third of children receiving in-home services are identified by their child welfare worker as having been in families who had trouble meeting their children's

69 Eg Child Abuse Prevention and Treatment Act of 1974, Public Law 93–247 (1974).

70 Eg Definitions: Neglect, Wisconsin Statutes Annotated § 48.02(12g) (2021) ("Neglect" means failure, refusal, or inability on the part of a caregiver, for reasons other than poverty, to provide necessary care, food, clothing, medical or dental care, or shelter so as to seriously endanger the physical health of the child.)

basic needs at the time of the investigation.⁷¹ Even among the two-thirds of the families not identified by child welfare workers as having trouble meeting basic needs, almost half live below the poverty level, and the majority live below 150% of the poverty line.⁷²

While there is no dispute that the child welfare system is vastly concentrated on families with economic need, the issue of how the system winds up so disproportionately focusing on poor families given the prohibition on removing children because of poverty is unsettled. Law professor Dorothy Roberts suggested in her seminal book, *Shattered Bonds: The Color of Child Welfare*, that the overrepresentation of poor children in the system can occur through any of three different pathways, each of which has some evidentiary support. First, poverty-related stress can cause poor parents to maltreat their children disproportionately. This could happen directly, through stressed parents being more likely to abuse or neglect children, or indirectly through, for example, the stress creating mental health or substance abuse issues, which then increases maltreatment rates. Second, poverty itself can be defined as child abuse when child welfare officials deem parents to have committed neglect based on their inability to afford basic resources like food, clothing, or shelter for their children. Third, child maltreatment by poor parents can be more easily detected because of their contact with public services, such as public hospitals.⁷³

Providing economic support to families would certainly seem an effective way to help the families who wind up in the child welfare system through the second pathway and at least some of the families who wind up in it through the first pathway. Providing mental health and substance abuse treatment would also seem effective in dealing with families who arrive through the first pathway. Yet the child-protection focus of the US child welfare system, and its bias toward casting children's unmet needs in terms of intrinsic parental fault rather than situational economic disadvantage, results in far more dollars being spent on foster care than on economic support to families. In 2020, federal, state, and local governments spent more than \$4 paying for foster care, adoption, or guardianships for every dollar spent to prevent foster care.⁷⁴ Furthermore, even when government funds were spent on preventing

71 Barth et al, 'Predictors of Placement Moves Among Children with and without Emotional and Behavioral Disorders', *Journal of Emotional and Behavioral Disorders* 15 (2007) 46–55.

72 Barth et al, 'Predictors of Placement Moves...', 46–55.

73 D Roberts, *Shattered Bonds: The Color of Child Welfare* (New York 2002) 27–44.

74 K Rosinsky et al, 'Child Welfare Financing SFY 2018: A Survey of Federal, State, and Local Expenditures', *Child Trends* 1(1) (2021) 3. The recently passed Family First Prevention Services Act of 2018 (FFPSA) seeks to provide more funding for services to keep children with their families, albeit still on a time-limited (up to one year) basis. FFPSA, 42 USC § 671, Public Law

removal, most of the payments were directed toward skill-based programs for parents, suggesting that the problem lay with their parenting rather than their lack of resources, as well as caseworker visits and administration. Only 6% of federal and 7% of state and local preventative services funding went towards financial support for families. Relatively little was also spent on substance abuse prevention and treatment and mental health services.⁷⁵

Racial disparities are closely interwoven with poverty in this system. As Prof. Roberts observed:

Spend a day at dependency court in any major city and you will see the unmistakable color of the child welfare system. Dependency court is where judges decide the fate of children who have been taken into state custody because their parents are charged with abusing or neglecting them. Nearly every family in these urban courts is Black.⁷⁶

Native American children are at triple the risk of being placed in foster care before age 18 than white children (the chances are 15% and 5%, respectively). Meanwhile, Black children (who have a 12% chance of being placed in foster care) are at more than double the risk of white children.⁷⁷ Racial disparities in urban areas are still more extreme. In New York City in 2020, there were ten Black children for every white child in the foster care system. In contrast, in the city's general population, there were three white children for every Black child.⁷⁸

Prof. Roberts concludes that poverty plays a prominent role in creating the system's racial disparities because people of color are disproportionately poor. But she argues that racism also plays a role in these disparities. One factor that leads her to this conclusion is the number of studies showing that child welfare decision-making processes are subjective and unreliable.⁷⁹ Roberts argues that such a highly subjective system leaves ample room for implicit biases and racial stereotypes to infect decision-making.⁸⁰

115–123, title VIII (2018). Its effects remain to be seen. Most states took a two-year delay on implementing the FFPSA, and therefore could not access the relevant funds in that time. The FFPSA's effects will depend on how states construct their 5-year plans to use funds. J Kelly, 'Family First Act: Where Things Stand as it Takes Effect' (The Imprint: Youth & Family News 2021) <<https://imprintnews.org/youth-services-insider/family-first-act-where-things-stand-takes-effect/58660>> accessed 8 August 2023.

75 Rosinsky et al, 'Child Welfare Financing...' 51.

76 Roberts, *Shattered Bonds...*, 6.

77 Wildeman, Emanuel, *Cumulative Risks of Foster Care Placement...*

78 '2020 Monitoring and Analysis Profiles with Selected Trend Data: 2016–2020', New York State Office of Children and Family Services, Office of Strategic Planning and Policy Development, Bureau of Research, Evaluation and Performance Analytics (2021) 11.

79 Roberts, *Shattered Bonds...*, 47.

80 Roberts, *Shattered Bonds...*, 53–67.

b) Child wellbeing and the foster-care system

There is substantial debate over whether children are truly better off in foster care than left in their homes.⁸¹ Recent data suggests that, at least in cases on the margins for removal, children, particularly if they are older, would be better off if they were left with their birth families.⁸² Whether or not these children would do better if removed or permitted to remain at home, a large proportion of the children involved with the child welfare system are significantly damaged even before they enter the system. Nearly half of children with completed child welfare investigations had clinically significant emotional or behavioral problems.⁸³ Of those taken into care, the overwhelming majority will have some sort of physical or mental health issue that requires medical attention. Children in foster care are roughly twice as likely to have asthma and three times as likely to have hearing problems and vision problems as the general population.⁸⁴ They are three times as likely to have ADD/ADHD, five times as likely to have anxiety, six times as likely to have behavioral problems, and seven times as likely to have depression as their peers in the general population.⁸⁵ Moreover, 75–80% of school-aged children in foster care score either in the clinical or borderline range on one or both of a range of behavioral and social competence scales.⁸⁶ More than three-quarters will have expe-

81 L Berger et al, 'Estimating the "Impact" of Out-of-Home Placement on Child Well-Being: Approaching the Problem of Selection Bias', *Child Development*, 80 (2009); J Doyle, 'Child Protection and Child Outcomes: Measuring the Effects of Foster Care', *AER* 97 (2007); J Doyle, 'Child Protection and Adult Crime: Using Investigator Assignment to Estimate Causal Effects of Foster Care', *Journal of Political Economy* 116 (2008) 746; J Doyle, 'Causal Effects of Foster Care: An Instrumental-Variables Approach', *CYSR* 35 (2013) 1143.

82 Doyle, *AER* (2007) 1583 (finding that children in Illinois in marginal situations for placement have better outcomes in terms of delinquency, teen birth rates for girls, and earnings, if they are left with their families.); Doyle, 'Child Protection and Adult Crime...', 746 (finding that children on the margin of placement who are removed to foster care are two to three times more likely to enter the criminal justice system as adults); Doyle, 'Causal Effects of Foster Care...', 1143 ('natural-experiment' settings suggest that foster care placement increases like likelihood of delinquency and emergency healthcare episodes). But see Berger et al, 'Estimating the "Impact"...', 80.

83 B Burns et al, 'Mental Health Need and Access to Mental Health Services by Youths Involved with Child Welfare: A National Survey', *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* 43(8) (2004) 960.

84 K Turney, C Wildeman, 'Mental and Physical Health of Children in Foster Care', *Pediatrics* 138 (2016) 3.

85 Turney, Wildeman, 'Mental and Physical Health...', 4.

86 M Garwood, W Close, 'Identifying the Psychological Needs of Foster Children', *Child Psychiatry and Human Development* 32 (2001) 125.

rienced at least one ACE, and, on average, these children will have experienced 2.5 ACEs.⁸⁷

Taking these children into foster care causes them even further trauma. It is difficult to overestimate the emotional anguish experienced by these children due to even temporary removal from their parents, their siblings, and their home, regardless of whether they were abused or neglected there. As stated by an expert witness in one court case, "The attachment between parent and child forms the basis of who we are as humans and the continuity of that attachment is essential to a child's development."⁸⁸ Further, many foster care stays are for substantial periods: once a child is placed in foster care, the median length of stay is fifteen months, although a full 6% of children (22,971 children) stay five years or longer.⁸⁹

A significant portion of the children taken into foster care will suffer even more than the inevitable trauma of separation from the families. The difficulty that states have had administering and monitoring their foster care systems means that children who enter it are far from assured a benign experience. In this system, a significant number of children are shuffled from placement to placement, which greatly increases their risk of poor psychological outcomes.⁹⁰ In their first 18 months after entering foster care, one in five children will live in two different homes, and one in twelve will experience three or more placements.⁹¹ For those in care twenty-four months or longer, the majority will experience three or more placements.⁹² Children in foster

87 Turney, Wildeman, 'Adverse Childhood Experiences...', 121.

88 *Nicholson v Williams* 203 F Supp 2d 153 (E D NY 2002) (testimony of Dr Peter Wolf) (vacated in part and remanded by *Nicholson v Scopetta* 116 Fed Appx 313 (2d Cir 2004)); R Gordon, 'Drifting Through Byzantium: The Promise and Failure of the Adoption and Safe Families ASF Act of 1997', *Minnesota Law Review* 83 (1999) 646.

89 Children's Bureau, AFCARS Report (2021) 2.

90 For negative psychological outcomes, see summary in T Cross et al, 'Why Do Children Experience Multiple Placement Changes in Foster Care? Content Analysis on Reasons for Instability', *Journal of Public Child Welfare*, 7 (2013) 39; S Leathers et al, 'Placement Disruption in Foster Care: Children's Behavior, Foster Parent Support, and Parenting Experiences', *CA&N* 91 (2019) 147.

91 M Dolan et al, 'NSCAW Child Well-Being Spotlight: More than One Quarter of Children Placed Out of Home Experience Placement Disruption in the First 18 Months After a Maltreatment Investigation', Office of Planning, Research and Evaluation, Administration for Children and Families, U. S. Department of Health and Human Services, OPRE Report #2013-05 (Washington DC 2013) <https://www.acf.hhs.gov/sites/default/files/documents/opre/maltreatment_spotlight6b.pdf> accessed 3 August 2023.

92 Children's Bureau, 'Child Welfare Outcomes 2018 Report to Congress: Safety Permanency Well-Being', U. S. Department of Health and Human Services, Administration for Children and Families, Administration on Children, Youth and Families (2021) 61 <<https://www.acf.hhs.gov/sites/default/files/documents/cb/cwo2018.pdf#page=61>> accessed 28 July 2023.

care are at far greater risk for physical abuse, sexual abuse, and neglect than those in non-foster families. In one study, roughly one-third of youths in foster care reported neglect by a foster caregiver, roughly one-quarter reported physical abuse by a foster caregiver, and about one-fifth of females reported sexual abuse (with an unknown perpetrator).⁹³ It should be no surprise then that one well-regarded study found that adults who were in foster care as children suffer posttraumatic stress disorder at twice the rates of combat veterans. More than half have at least one mental health issue, including depression, social phobia, panic syndrome, or anxiety – well beyond the general population's rate.⁹⁴

Roughly half of the children taken into care will eventually be returned to their families.⁹⁵ However, it is not at all clear that the U.S. model of short-term state involvement, in which the state only sometimes delivers aid to these families, and then often only limited, crisis-oriented services for relatively short periods of time, deals effectively with the deep-seated problems that often prompt state intervention in the first place. One well-regarded older study found that 33% of caretakers with children in foster care suffered from severe mental or emotional problems; 60 percent had a family member with alcohol abuse problems; 53% had a severe health problem; and 76% of families had at least one child with a serious health problem.⁹⁶ The complexity of these problems, in combination with the ineffectiveness of the short-term services occasionally offered to them, means that a large proportion of children will be returned to families that still have the same issues that prompted the children's removal. Because of this, many of the children who enter the child welfare system will cycle through it repeatedly.⁹⁷

93 C Katz et al, 'Pre-foster Care Maltreatment Class as a Predictor of Maltreatment in Foster Care', *Child and Adolescent Social Work Journal* 34 (2017) 35. These rates are similar to those reported in J Havlicek, M Courtney, 'Maltreatment Histories for Aging Out Foster Youth: A Comparison of Official Investigated Reports and Self-Reports of Maltreatment Prior to and During Out-of-Home-Care', *CA&N* 52 (2016) 110–122.

94 Northwest Foster Care Alumni Study, 'Improving Family Foster Care', *The Foster Care Alumni Studies* (Seattle 2005) <https://www.casey.org/media/AlumniStudies_NW_Report_FR.pdf> accessed 8 August 2023.

95 Children's Bureau, *The AFCARS Report* (2021).

96 B Horowitz, I Wolock, 'Material Deprivation, Child Maltreatment, and Agency Interventions Among Poor Families' in L Pelton (ed), *The Social Context of Child Abuse and Neglect* (New York 1985) 137, 146.

97 One study found 34% of children referred to CPS were re-referred within the next 2.5 years. C Connell et al, 'Re-referral to Child Protective Services: The Influence of Child, Family, and Case Characteristics on Risk Status', *CA&N* 31 (2007) 573. Another study found the re-referral rates of children in the Boston offices of the Massachusetts child protective services agency to be 53%. J Waldfogel, *The Future of Child Protection* (Cambridge, MA 2001) 15–16.

The other half of children who are not returned to their parents also have a tough road ahead of them. Many of these children will have their relationship with their biological parents legally terminated. In 2020, 64,000 U.S. children living in foster care had their relationships with their parents terminated.⁹⁸ Yet because of the shortage of families willing to adopt from this pool, many children will languish in foster care for years.⁹⁹ In 2020, about 58,000 U.S. children were adopted from foster care, leaving 117,000 children in the system waiting to be adopted.¹⁰⁰ Older children, African-American children, and children with disabilities have a particularly poor chance of being adopted.¹⁰¹ As a result, many children will linger in foster care until they 'age out' of the system; this was the case for 20,000 U.S. children in 2020.¹⁰² The prospects for youths who age out of U.S. foster care are devastating based on almost any measure of wellbeing, including mental health, substance abuse, underemployment, and homelessness.¹⁰³ Even for those children who do find adoptive families, the permanent separation from their birth families takes a wrenching emotional toll.

In sum, the U.S. child welfare system fails to fill the gaping holes left by the family support system in ensuring that children get the resources and conditions that support their development. Much of this is because the child welfare system is geared toward rooting out individual abusive or neglectful parents. In this model, state action is primarily focused on the coercive removal of children from their families rather than providing families the support they need. The consequence is a system that inflicts more damage on already damaged children.

98 Children's Bureau, AFCARS Report (2021) 1.

99 In 2020, 10% of children had been waiting for adoption for two or more years since termination of parental rights. Children's Bureau, AFCARS Report (2021) 5.

100 Children's Bureau, AFCARS Report (2021) 1.

101 B Akin, 'Predictors of Foster Care Exits to Permanency: A Competing Risks Analysis of Reunification, Guardianship, and Adoption', CYSR 33 (2011) 999.

102 Children's Bureau, AFCARS Report (2021) 3.

103 M Courtney et al, *Findings from the California Youth Transitions to Adulthood Study (Ca-YOUTH): Conditions of Youth at Age 19* (Chicago, IL: Chapin Hall at the University of Chicago 2016); M Shah et al, 'Predicting Homelessness Among Emerging Adults Aging Out of Foster Care', *American Journal of Community Psychology*, 60 (2017) 33; P Fowler, P Toro, B Miles, 'Emerging Adulthood and Leaving Foster Care: Settings Associated with Mental Health', *American Journal Community Psychology* 47 (2011) 335.

IV. Toward child wellbeing: bolstering government support for families, paring down the child welfare system

Today, the two policy systems that are supposed to safeguard U.S. children's wellbeing – the family-support and child welfare systems – produce the worst of all policy worlds for ensuring that U.S. children get the conditions they need to do their best. The U.S. family support system is grounded on an ideal of family autonomy, in which families are expected to be able to provide privately for the circumstances children need. In current economic conditions of high inequality and high insecurity, this system makes it impossible for many families to provide the goods, services, and conditions children need to do their best. And requiring that parents make their way alone in such significant economic headwinds makes it harder for parents to be good parents. Instead, parents are forced to focus on providing basics like keeping a roof over their heads and putting food on the table rather than on providing the quality caretaking that enriches their children's lives and prepares them for the future. The stress from this system raises parents' rates of mental illness and substance abuse, further reducing their ability to be good parents. The stiffness of these economic headwinds means many children will be exposed to adverse conditions that will impair their wellbeing and their long-term prospects for good lives.

Through all this, the child welfare system remains dormant with respect to children's wellbeing unless and until a report of suspected abuse or neglect is made. In the meantime, the adverse conditions that many children experience and the damage to their development they suffer, despite the best efforts of their parents, do not themselves qualify families for government assistance. Even after a report to the child welfare system, poverty alone does not warrant financial help to a family. Instead, the child welfare system's focus on identifying willful abusers misses the far more common risk that parents simply cannot muster the resources that children need. In this confused conceptualization, while poverty is not supposed to serve as a ground for removing children, the misguided characterization of parents who cannot privately provide as willful failures allows implicit bias to enter into child-welfare decisions, causing poor and particularly African-American families to be disproportionately targeted. The children in these families are then more likely to be removed, causing them still more harm through the trauma of being separated from their parents.

For the United States to adequately support children's wellbeing, it must abandon its position that the proper role of governments in supporting fam-

ilies is simply to ensure that markets are sound and then to intervene only once neglect or abuse is demonstrated. Instead, government must become an active partner with parents in providing children the conditions they need in the normal course of events. To do so, it should adopt the basic features of what this essay has called 'pro-family policy', including providing routine financial supports to families with children, paid family leave, ensuring families can obtain developmentally enriching childcare and prekindergarten, and laws that help workers reconcile work with family. Likewise, government should guarantee sufficient access to low-income housing so that parents can have a decent home to raise children, and access to mental health services and drug treatment programs to help ensure that parents can give children the parenting they need to do their best. Such a system of family supports would significantly raise the wellbeing of U. S. children up and down the income ladder, but particularly those from families at the bottom who do worst in this system.

Making these changes would cause the fulcrum of government action to safeguard children to move from the child welfare system to the family support system. The state's primary means to support children's wellbeing would come, not through coercively removing children from their homes, but through partnering with families to support them in raising their children. This shift would mean that far fewer children would experience the type of deep-seated harm that most U. S. children involved in the child welfare system today have suffered, even before government involvement. Furthermore, far fewer children would experience the trauma of being ripped away from their families. This revised system would recognize, that children have the best chance of growing into flourishing adults when they are raised in their homes and with their families.

In such a reformed policy system, even with good family supports in place, there will still be cases in which parents either cannot or will not adequately protect their children's welfare, although there would be far fewer than today. When credible threats to children's welfare arise, child welfare officials would seek to determine whether services or other support could ensure the children's wellbeing in their home. Only when this was not possible would the child be removed, and then only when there was a significant risk of serious harm to the child. This standard recognizes that, once a child has bonded with their parents, removal is so traumatic that it should occur only when there are no other alternatives for keeping the child safe.

Moving away from the current model and toward a system focused on family supports rather than child-welfare removals helps address concerns by advocates for poor families and families of color. These advocates worry that calls

for government action to support families may lead to greater surveillance and control of poor families and families of color, given the historically racist and classist tendencies of many government actors.¹⁰⁴ Supporting families by means of routine government benefits and programs offered to all families poses far less risk that government action would devolve into government surveillance and interference than in the current system of means-tested benefits, in which poor families are scrutinized to determine whether they are truly deserving.

V. Conclusion

The current US system of weak family supports and strong and coercive child removals serves no one's interests well, least of all children's. In current economic conditions, that system virtually guarantees that a significant portion of the country's children will be denied the conditions they need to do their best, while the government stands idly by in most cases. The government shifts into action only after a report of abuse or neglect, and then often simply to remove the child coercively from their family. By that time, most children have already experienced significant harm, and removal causes them more harm. A system in which government partners with families to ensure that all children get the conditions they need would do far better at supporting children's wellbeing.

104 W Bach, 'The Hyperregulatory State: Women, Race, Poverty, and Support', *Yale Journal of Law & Feminism* 25(2) (2014) 1.

Part 6
Australia and Oceania

**State Removal of Children in Aotearoa New Zealand:
A shameful Destruction of Māori *whānau***

Mark Henaghan / Jean Choi

I.	Legal and organisational background	774
1.	First families in Aotearoa New Zealand – Māori whānau	774
2.	Post-European settlement assimilation of Māori and its consequences	774
3.	Current legal framework for public child and youth welfare in Aotearoa New Zealand	779
II.	Legal powers of authorities responsible for child protection	780
1.	Care and protection process	780
2.	Contentious areas of current legislation.	780
3.	Perceptions of the authorities by the public and those that work in the system	783
III.	Procedural powers and remedies available to families and how they are applied in practice	786
1.	Family Group Conferences	786
2.	Urgent Custody Order	786
IV.	Māori family welfare issues and the role played by child protection agencies.	790
1.	Failure to recognise Tikanga Māori.	790
2.	Institutional racism	792
3.	Decision making variability.	793
4.	Instrumental biases	793
V.	Sociocultural studies	794
1.	Children’s Commissioner Report	794
2.	Ombudsman’s Report.	795
3.	Crown’s response	796
VI.	Legal reforms incorporated from sociocultural studies.	796
1.	Proposed legal amendments not yet taken effect	796
2.	Independent Children’s Monitor Reports.	797
3.	Establishment of Ministerial Advisory Board.	797
VII.	Difficulties in practice and dogmatic concerns.	798
1.	Case Study 1	798
2.	Case Study 2	799
VIII.	Proposed changes and conclusion	800

I. Legal and organisational background

1. First families in Aotearoa New Zealand – Māori whānau

Māori are the Indigenous people of Aotearoa New Zealand who came from Polynesia and were well-settled in New Zealand before any European (*Pākehā*) settlers arrived. Māori lived in communities in a number of different *iwi* (tribes).¹ Within these *iwi*, there were *hapū* (sub-tribes) and *whānau* which were quite different to the European nuclear family structure. Members of *whānau* are bound to each other by ties of *aroha* (love, loyalty and affection). In pre-European Māori society, what are now called nuclear families were submerged in *whānau*.² Labour was collectively contributed for the good of the *whānau*. It was very common for parents, grandparents, and extended family to live together with other families who were connected by *whakapapa* (bloodline linkage). According to traditional *Tikanga* (Māori ways of doing things), *whānau* members looked after each other, accepted responsibility for each other's behaviour, mediated disputes, shared the good things done by *whānau* members, took collective blame when a member of *whānau* offended against other members and helped make reparations.³

2. Post-European settlement assimilation of Māori and its consequences

When *Pākehā* settlers arrived, there were wars fought between *Pākehā* and Māori.⁴ There was a treaty signed called the Treaty of Waitangi/*te Tiriti o Waitangi*, which said that the settlers would have powers of government, but Māori would have sovereignty over their own life, people, and way of doing things.⁵

The Crown guaranteed in art 2 of *te Tiriti*/Treaty that Māori could exercise *te tino rangatiratanga* over their *kāinga* and *taonga*.⁶ *Te tino rangati-*

1 J Ruru, 'Kua tutū te puehu, kia mau: Māori aspirations and family' in M Henaghan, B Atkin (eds), *Family Law Policy in New Zealand* (New Zealand 2020) 60–61.

2 E Best, 'The Māori', *Journal of the Polynesian Society* 1 (1924) 341.

3 Ruru, 'Kua tutū te puehu...', 58–61.

4 Whānau Ora Commissioning Agency, 'Ko Te Wā Whakawhiti It's Time for Change' (2020) 24 <<https://whanauora.nz/assets/resources/OT-REVIEW-REPORT.pdf>> accessed 8 August 2023.

5 Ruru, 'Kua tutū te puehu...', 65.

6 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke, he Rito Whakakikinga Whāruarua Oranga Tamariki Urgent Inquiry' WAI 2915 (2021) 11–12, <https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/WT/wt_DOC_171027305/He%20Paharakeke%20W.pdf> accessed 31 July 2023. The Crown is the Head of State which is the Queen of England. The Queen is the foundation head of justice in New Zealand. The Crown's duties are carried out by the Executive. The Queen as Head of the Executive appoints her Ministers in the elected government.

ratanga was ‘a guarantee that Māori would be able to continue to exercise full authority over lands, homes, and all matters of importance to them.’⁷ This is recognised in the principles of partnership to ‘be conducted honestly, fairly and in good faith’ and an active protection for Māori autonomy.⁸ *Kāinga* has a range of meaning, including a home or village.⁹ It is more than a physical *whare* (house) where *whānau* may live, but rather ‘the place where cultural identity is formed, nurtured, and sustained’.¹⁰ Taonga means treasure which includes Māori children and the *whānau* unit. This puts obligations on the Crown to support the individual *tamaiti* (Māori word for child), *whānau*, *hapū*, and *iwi*. Therefore, the Crown has an obligation to care and protect *tamariki* (Māori word for children), assist *whānau* to care for their *tamariki* and prevent the need for their removal from their home if possible.¹¹

Art 3 of te Tiriti/Treaty confirms to Māori all rights and privileges of British subjects.¹² It also highlights that the Crown ‘not only guarantees Māori freedom from discrimination but also obliges the Crown to positively promote equity.’¹³ Equity does not mean relative rates of entry into state care or state funding but ‘restoration of *tino rangatiratanga* over *kāinga*, which in turn means strong, connected *whānau* looking after their own *tamariki* and thriving as Māori.’¹⁴ The Treaty was not honoured for many years as there was a deliberate policy of the settler government to assimilate Māori into the European way of life.

There is a long history of laws which discriminated against the Māori way of life.¹⁵ First, Māori parents were prohibited from adopting *Pākehā* children.¹⁶ Second, there was systematic denial of recognising *whāngai* practices to create difficulty in inherited Māori land claims.¹⁷ *Whāngai* means

7 Waitangi Tribunal, ‘Te Mana Whatu Ahuru: Report on Te Rohe Pōtae Claims. Pre-publication Version, Parts I and II’, WAI 898 (2018) 158 <https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/WT/wt_DOC_142124627/Te%20Mana%20Whatu%20Ahuru.pdf> accessed 31 July 2023.

8 Waitangi Tribunal, ‘He Pāharakeke...’, 17–20.

9 R Benton, A Frame, P Meredith, *Te Mātāpunenga: A Compendium of References to the Concepts and Institutions of Māori Customary Law* (Wellington 2013) 104.

10 Waitangi Tribunal, ‘He Pāharakeke...’, 14.

11 Waitangi Tribunal, ‘He Pāharakeke...’, 61.

12 Treaty of Waitangi Act 1975, sch 1, art 3.

13 Waitangi Tribunal, ‘Hauora: Report on Stage One of the Health Services and Outcomes Kaupapa Inquiry’ (2023) 33, <https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/WT/wt_DOC_195476216/Hauora%202023%20W.pdf> accessed 8 August 2023.

14 Waitangi Tribunal, ‘He Pāharakeke...’, 22.

15 Ruru, ‘Kua tutū te puehu...’, 65.

16 Whānau Ora, ‘Ko Te Wā Whakawhiti’, 25.

17 Whānau Ora, ‘Ko Te Wā Whakawhiti’, 25.

feed, nurture, and adoption of children.¹⁸ It was common in *tikanga* Māori for family members who could not have children of their own to be given children from other relatives to be brought up. The child effectively had two families. The Native Land Claims Adjustment and Laws Amendment Act 1901 required *whāngai* to be registered publicly to gain property rights.¹⁹ So if Māori parents wished to adopt, they had to proceed through the Native Land Court with approval from a Māori Land Court judge. However, the Native Land Act 1909 removed recognition of adoptions by Native customs (such as *whāngai* practices) in the Native Land Court.²⁰

Due to Māori communities being predominantly rural, most children in the child welfare systems were not Māori until the 1930's. For example, there were no Māori children among approximately 2,500 children in church-run care in 1940.²¹ However, this changed when the Child Welfare Act 1925 established the Child Welfare Branch within the Department of Education.²² This created a network of child welfare officers and expanded child welfare into rural locations of New Zealand. Misunderstanding about Māori cultural norms (such as multiple generations living within one home) led to public health concerns of overcrowding, perceived Māori delinquency and subsequent introduction of Western style housing practices.²³ This resulted in 'a higher number of Māori children appearing in the Children's Court'.²⁴

The Māori Social and Economic Advancement Act 1945 was enacted in response to the mass migration of Māori families into urban areas and introduced a Māori Welfare Division and Māori Welfare Officers.²⁵ This Act had intentions of upholding Māori *Tino rangatiratanga* as 'an independent, self-reliant, and satisfied Māori race'.²⁶ However, the Act was criticised for creating hegemony in state control and taming pre-existing Māori self-governance structures.²⁷

18 Māori Dictionary, 'Whāngai' <<https://maoridictionary.co.nz/search?keywords=whangai>> accessed 31 July 2023.

19 Whānau Ora, 'Ko Te Wā Whakawhiti', 25.

20 Whānau Ora, 'Ko Te Wā Whakawhiti', 25.

21 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke...', 29.

22 Whānau Ora, 'Ko Te Wā Whakawhiti', 25.

23 Whānau Ora, 'Ko Te Wā Whakawhiti', 25.

24 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke...', 29.

25 Whānau Ora, 'Ko Te Wā Whakawhiti', 27.

26 Department of Māori Affairs, 'Annual Report of the Board of Māori Affairs and of the Undersecretary, Department of Māori Affairs for the Year Ended 31st March 1949', 2 <<https://paperspast.natlib.govt.nz/parliamentary/AJHR1949-I.2.2.6.5>> accessed 31 July 2023.

27 M Tennant, *The Fabric of Welfare: Voluntary Organisations, Government and Welfare in New Zealand 1840–2005* (Wellington 2007) 166.

Jack Hunn who was the acting Secretary of Māori Affairs published the Hunn Report in 1960.²⁸ It encouraged assimilation of Māori into the *Pākehā* 'way of life' as an inevitable, modern, and positive outcome of urbanisation.²⁹ This led to reforms moving away from Māori-centred solutions as aims of social policy, into Māori deprivation being justified as a lack of self-responsibility in the mainstream *Pākehā* narrative.³⁰

The post-war 'baby boom' in the 1970's doubled the number of young people in the population which also increased the number of child welfare cases.³¹ Māori were concerned that too many children were going into state care. An important contribution was written by John Rangihau.³² The Puao-te-ata-tua Report, released in 1988 by the Department of Social Welfare Māori Ministerial Advisory Committee,³³ recommended changes to the Children and Young Persons Act 1974 that Māori values should be recognised in legislation and were not mutually exclusive to the well-being of the child being paramount.³⁴ For example, 'the physical, social and spiritual wellbeing of a Māori child is inextricably related to the sense of belonging to a wider whānau group.'³⁵ The state later failed to 'fully implement the recommendations' of the report.³⁶ Hence, the challenges to the care and protection system highlighted within the report still exist today.³⁷

The high-profile murder of the Kahui twins involving domestic violence created public outcry for increased state intervention into Māori children's welfare.³⁸ The Green Paper for Vulnerable Children and White Paper for Vulnerable Children were published in 2011 by the Ministry of Social Development (MSD).³⁹ In the White Paper, the challenge to addressing children's vulnerabilities was ultimately on 'the willingness and confidence of individuals and communities to take responsibility', and the 'capability to

28 New Zealand History, 'Jack Kent Hunn' <<https://nzhistory.govt.nz/people/jack-kent-hunn>> accessed 31 July 2023.

29 Whānau Ora, 'Ko Te Wā Whakawhiti', 28.

30 Whānau Ora, 'Ko Te Wā Whakawhiti', 28.

31 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke...', 30.

32 J Rangihau in 'Puao-te-ata-tua The Report of the Ministerial Advisory Committee on a Maori Perspective for the Department of Social Welfare' (Puao-te-ata-tua Report) (1988) 2 <<https://www.msd.govt.nz/documents/about-msd-and-our-work/publications-resources/archive/1988-puao-te-ata-tua.pdf>> accessed 31 July 2023.

33 Rangihau, Puao-te-ata-tua Report, 1.

34 B Dalley, *Family Matters: Child Welfare in Twentieth-Century New Zealand* (Auckland 1998) 354.

35 Whānau Ora, 'Ko Te Wā Whakawhiti', 33.

36 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke...', 61.

37 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke...', 59.

38 Whānau Ora, 'Ko Te Wā Whakawhiti', 37.

39 Whānau Ora, 'Ko Te Wā Whakawhiti', 37.

do so'.⁴⁰ This started the 'quantum shift to centralised managerial control of service development and the marketisation of social service provision' and influenced the Vulnerable Children's Act in 2014.⁴¹ The Expert Panel Final Report: Investing in New Zealand's Children and their Families was released in 2015.⁴² These reports, legislation and social narratives moved away from the Puao-te-ata-tua Report recommendations to once-again prioritising placement of Māori children into permanent care placements outside of *whānau*.⁴³

Whānau Ora was established in 2010 and focuses on the well-being of *whānau* (rather than focusing on the individual) using a *kaupapa* Māori approach.⁴⁴ The Inquiry into the Determinants for Well-being for Māori Children by the Māori Affairs Select Committee in 2013 emphasised the *whānau*-centred approach and shares 'the common understanding that the wellbeing of *tamariki* Māori are inextricable from the well-being of their *whānau*'.⁴⁵

In response to the Expert Advisory Panel Report, Child, Youth and Family Services was renamed the Ministry for Vulnerable Children Oranga Tamariki.⁴⁶ Due to the stigma of 'vulnerable', this was later changed to Oranga Tamariki Ministry of Children in 2017.⁴⁷ Oranga Tamariki was 'tasked with transforming Aotearoa's care and protection service' which they expected to be implemented by 2022.⁴⁸

40 E Stanley, S Froideville, 'From vulnerability to risk: Consolidating state interventions towards Māori children and young people in New Zealand', *Critical Social Policy* 40 (2020) 536.

41 I Hyslop, 'Child Protection Reform in Aotearoa-New Zealand: Devolution or Revolution?', *International Journal on Child Maltreatment: Research, Policy and Practice* 1 (2021) 8.

42 MSD, 'Expert Panel Final Report: Investing in New Zealand's Children and their Families' (2015) 3 <<https://www.msd.govt.nz/documents/about-msd-and-our-work/publications-resources/corporate/expert-panel-cyf/investing-in-children-report.pdf>> accessed 31 July 2023.

43 Whānau Ora, 'Ko Te Wā Whakawhiti', 37.

44 Whānau Ora, 'Ko Te Wā Whakawhiti', 38.

45 Māori Affairs Committee, 'Inquiry into the determinants of wellbeing for tamariki Māori: Report of the Māori Affairs Committee' (2013) 13 <https://www.parliament.nz/resource/en-NZ/50DBSCH_SCR6050_1/bbe4e16f5d440017fd3302f051aca3edff179b7f> accessed 31 July 2023.

46 Whānau Ora, 'Ko Te Wā Whakawhiti', 39.

47 Stanley, Froideville, 'From vulnerability to risk...', 531.

48 Ombudsman, 'He Take Kōhukihuki A Matter of Urgency' (2020) 29 <<https://www.ombudsman.parliament.nz/sites/default/files/2021-11/He%20Take%20K%C5%8Dhukihuki%20-%20A%20Matter%20of%20Urgency.pdf>> accessed 31 July 2023.

3. Current legal framework for public child and youth welfare in Aotearoa New Zealand

The principal Act was amended, renamed, and is primarily called the Oranga Tamariki Act 1989.⁴⁹ *Oranga* in Māori⁵⁰ means welfare and healthy living and *Tamariki* means children.⁵¹

Oranga Tamariki Ministry is responsible for the wellbeing of children and young people in Aotearoa New Zealand. The legislation has an emphasis on the wellbeing of children, family, and youth within their families. The most recent amendment to the legislation places strong emphasis on children and youth participation⁵² on building relationships with Māori *iwi*, *hapū* and *whānau*,⁵³ looking at children and youth holistically taking into account their unique identities,⁵⁴ and supporting families and *whānau*.⁵⁵ The legislation has a mandatory principle with regard to children that must be protected.⁵⁶ The wellbeing of children and young people is the centre of all decision-making⁵⁷ and requires that children be treated with dignity and respect.⁵⁸ There are also principles for the child to have a safe and loving home,⁵⁹ that their wellbeing is to be protected by recognising their whakapapa (bloodline), and *whanaungatanga* (kinship and responsibilities of their family, *whānau*, *hapū* and *iwi* group).⁶⁰ Children are only to be removed from families when there is a serious risk of harm.⁶¹ All decisions made by a court or those exercising power are to take the above principles into account.⁶²

The principles of the legislation are sound. If the spirit of the principles was applied in every case, state intervention into children's lives would be balanced.

49 Whānau Ora, 'Ko Te Wā Whakawhiti', 37 and 39.

50 Māori Dictionary, 'Oranga' <<https://maoridictionary.co.nz/search?&keywords=oranga>> accessed 31 July 2023.

51 Māori Dictionary, 'Tamariki' <<https://maoridictionary.co.nz/search?keywords=tamariki>> accessed 31 July 2023.

52 Oranga Tamariki Act 1989, s 5(1)(a).

53 S 7AA(2)(c).

54 S 5(1)(b)(vi).

55 Ss 5(1)(b)(iv) and 5(1)(c)(i)–(vi).

56 S 5(1)(b)(i)(B).

57 S 4A.

58 S 5(1)(b)(i)(A).

59 S 5(1)(b)(iii).

60 S 5(1)(b)(iv).

61 S 13(2)(g).

62 Ss 5(1) and 13(1).

II. Legal powers of authorities responsible for child protection

1. Care and protection process

If there is a Report of concern of ill-treatment or neglect of a child or young person, Oranga Tamariki must investigate when they receive this report.⁶³ The National Contact Centre first determines whether an investigation is necessary or desirable.⁶⁴ Oranga Tamariki must then commence an investigation as soon as practicable. After commencing the investigation, Oranga Tamariki must consult a Care and Protection Resource Panel (CPRP) as soon as practicable.⁶⁵ If there is a reasonable basis of need for care and protection of the child after an investigation, Oranga Tamariki must notify a care and protection coordinator.⁶⁶ The care and protection coordinator must consult with CPRP and make reasonable endeavours to consult parents and *whānau* and convene a Family Group Conference (FGC).⁶⁷ If no agreement is reached during a FGC, Oranga Tamariki should consult with CPRP again.⁶⁸

2. Contentious areas of current legislation

a) Subsequent child amendment

The subsequent child amendment came into effect in June 2016.⁶⁹ A parent of a subsequent child is a parent with a conviction for murder, manslaughter of infanticide of a child in their care, or a parent who has a previous child permanently removed from their care.⁷⁰ There is a presumption that the parent will automatically cause a risk of harm to the subsequent child. The onus is on the parent during the social work assessment to show that they are unlikely to inflict or allow the same harm by act or omission to the subsequent child. This social worker assessment must be reported to the Family Court.

63 Oranga Tamariki Act 1989, ss 15 and 17. Any person can make the report if they believe the child has been or is likely to be harmed, but there is no mandatory requirement to do so.

64 Ombudsman, 'He Take Kōhukihuki', 61.

65 Ombudsman, 'He Take Kōhukihuki', 55.

66 Oranga Tamariki Act 1989, s 18.

67 S 20.

68 Ombudsman, 'He Take Kōhukihuki', 129.

69 Oranga Tamariki Act 1989, s 18A–18D; Office of the Children's Commissioner, 'Te Kuku O Te Manawa Report 2' (2020) 89, (Report 2) <<https://www.occ.org.nz/assets/Uploads/Te-Kuku-O-Te-Manawa-Report-2-OCC.pdf>> accessed 31 July 2023.

70 Oranga Tamariki Act 1989, s 18B.

The Office of Children's Commissioner found that the subsequent children legislation was used only five times over 2017 to 2018.⁷¹ However, the philosophy of this legislation has encouraged a prejudicial outcome by Oranga Tamariki social workers in their risk assessment as a starting default position, and increased justification for removal of subsequent children under s 78. Oranga Tamariki commented that:

'It is possible that the introduction of the safety of subsequent children legislative provisions just before the growth in these numbers had the effect of increasing the sensitivity to, and awareness of, the pronounced vulnerability of newborn babies among our workforce and our partners.'⁷²

Furthermore, the application of the subsequent children provisions is critical for Māori parents who are more likely to be reported to Oranga Tamariki and have their children taken into state care.⁷³

Between July 2016 and December 2019, 61 applications were made under the subsequent child amendment.⁷⁴ Only 31% of the applications resulted in declarations that the child needed care and protection.⁷⁵ However, 67% of these children who were found to need care and protection and who subsequently entered state care were Māori.⁷⁶

b) Urgent Custody Order

S 78 allows an urgent custody order to be made to remove children without notice to their parents if it is in the 'best interest of the child'.⁷⁷ This section was enacted for emergency situations where there needs to be immediate action to ensure the safety of the child.⁷⁸ This requires a social worker's recommendation and an application granted by the Family Court. This does

71 Office of the Children's Commissioner, Report 2, 89.

72 Office of the Children's Commissioner, Report 2, 90.

73 Ombudsman, 'He Take Kōhukihuki', 74.

74 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke...', 154.

75 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke...', 154.

76 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke...', 154.

77 Office of the Children's Commissioner, 'Te Kuku O Te Manawa Report 1' (2020) 87, (Report 1) <file:///C:/Users/Besitzer/Downloads/TKTM-JUNE2020-Final.pdf> accessed 31 July 2023. The application can be made without notice under Rule 220(2)(a)(i) of the Family Court Rules 2002 if the delay 'would or might entail in proceedings under the Oranga Tamariki Act 1989 serious injury or undue hardship, or risk to the personal safety of the child or young person.'

78 Ombudsman, 'He Take Kōhukihuki', 57.

not require *whānau* consultation, unlike planned removals (which include FGCs).

Ex parte applications have increased the percentage of *pēpi* Māori (Māori word for babies) being uplifted. Urgent entries under s 78 for *pēpi* Māori approximately doubled from 2010 to 2019 (compared to non-Māori babies which remained unchanged).⁷⁹ Between 2017 and 2019, 94% of all without notice orders were granted by the court.⁸⁰ If the order is made before birth without notice, Oranga Tamariki has ‘the power to veto who attends the birth, whether the mother has skin-to-skin contact with her *pēpi*, how long parents can spend with *pēpi*, and whether the mother can breastfeed.’⁸¹ After birth, Oranga Tamariki can decide how ‘often a *pēpi* sees their parents and *whānau*, how long the access is for, and whether it is supervised.’⁸²

The High Court in *L v Chief Executive of Oranga Tamariki – Ministry for Vulnerable Children* affirmed powers under the Oranga Tamariki Act 1989 were interpreted to include unborn children.⁸³ However, there was no specific guidance for staff at Oranga Tamariki in the use of s 78 applications without notice. Only one of seven policy guidance documents (called ‘Pathways to care: Emergency Action’ from 2016) provided brief guidance on use of emergency powers.⁸⁴ This included advice that staff should consider all other options first, consult with their supervisor and practice leader, and use the Child and Family Consult Tool. This suggested that consultation with Oranga Tamariki’s Legal Services was seen as optional, contrary to the Chief Legal Advisor’s expressed expectation. There was an amendment to Oranga Tamariki’s training programme in 2018 that interim orders should ‘be used with extreme caution in only the most urgent or delicate situations’ and the ‘preferable approach in an urgent situation may be to seek leave for abridgement in time.’⁸⁵

The clear lack of guidance in Oranga Tamariki reflects the routine usage of *ex parte* applications. For example, the Ombudsman’s report found that Oranga Tamariki removed approximately 300 unborn *pēpi* Māori between 1 July 2017 and 31 June 2019.⁸⁶

79 Office of the Children’s Commissioner, Report 1, 98.

80 Ombudsman, ‘He Take Kōhukihuki’, 30 and 69.

81 Ombudsman, ‘He Take Kōhukihuki’, 160.

82 Ombudsman, ‘He Take Kōhukihuki’, 160.

83 *L v Chief Executive of Oranga Tamariki – Ministry for Vulnerable Children*, HC Auckland CIV-2018-404-673 14 June 2018 [27]–[39].

84 Ombudsman, ‘He Take Kōhukihuki’, 66–68.

85 Ombudsman, ‘He Take Kōhukihuki’, 69.

86 Ombudsman, ‘He Take Kōhukihuki’, 16 and 30.

3. Perceptions of the authorities by the public and those that work in the system

The current child protection system is under strong scrutiny with a number of reports discussed in this part of the paper, showing the dissatisfaction with many parts of the system.

a) Family Court

Members of the community who have experienced the Family Court expressed their frustration over the lack of consistency between judges and lawyers representing *whānau*.⁸⁷ Family Court lawyers, staff and judges struggled with the swamped system. The under-resourcing of the Family Court showed that staff were managing 110 to 130 case files, with 4 to 5 ‘without notice’ applications being made each day.⁸⁸ This allowed little time to give these applications the priority they required. Moreover, some urgent applications were only put before judges late in the evening and ‘serious harm could befall an applicant because the application was not seen in a timely manner.’⁸⁹

b) Social workers

Those in the public with experience of the social work system described unprofessional social work to be common.⁹⁰ Social workers are regulated by the Social Workers Registration Board pursuant to the Social Workers Registration Act 2003.⁹¹ However, the responsibility for detecting and addressing harmful misconduct outside of registration still falls on the social worker’s employer such as Oranga Tamariki.⁹²

The Report for the Children’s Commissioner found that Oranga Tamariki social workers predetermined outcomes for *pēpi* Māori by failing to acknowledge changes in circumstances by the mother or wider *whānau*, motivated to close cases quickly and viewed FGCs as merely ‘tick-box exercises’.⁹³ Staff in Oranga Tamariki discussed their work culture as ‘complex and insular’

87 Office of the Children’s Commissioner, Report 2, 46.

88 Waitangi Tribunal, ‘He Pāharakeke...’, 139.

89 Waitangi Tribunal, ‘He Pāharakeke...’, 139.

90 Office of the Children’s Commissioner, Report 2, 37.

91 S 5A Social Workers Registration Act 2003.

92 Oranga Tamariki, ‘Hawkes Bay Practice Review’ (2019) 19 <<https://www.orangatamariki.govt.nz/assets/Uploads/About-us/News/2019/Practice-Review/Hawkes-Bay-Practice-Review.pdf>> accessed 31 July 2023.

93 Office of the Children’s Commissioner, Report 2, 37.

with cultural supervision not provided and continuing education predominantly sourced internally.⁹⁴

After criticism in the report, Oranga Tamariki reduced caseloads from 31 children per social worker in 2017 to 21 children in 2020⁹⁵ and increased their net social worker full-time equivalent by approximately 400.⁹⁶

c) Oranga Tamariki

Oranga Tamariki staff discussed difficulties feeling ‘undervalued, blamed and stigmatised because of the reputation of Child, Youth and Family and Oranga Tamariki’ over historical perceptions and recent published inquiries.⁹⁷ The staff described how they were constrained by timeframes and overloaded with changing practices, initiatives, and policies. The software they use called Care and Protection, Youth Justice, Residential and Adoption Services (CYRAS) made finding key information for cases difficult and mistakes would often be duplicated.⁹⁸ Due to time constraints, staff would rely on historical information on CYRAS, police reports and updates on client’s social media accounts.

d) Midwives

Midwives expressed concern about statutory social workers lacking compassion towards the mother-baby bond, importance of skin-to-skin contact, disregard of continuation in breastfeeding and how this is intrinsically linked to the baby’s well-being.⁹⁹ This skin-to-skin contact ‘supports the transition from fetal to newborn life with greater respiratory, temperature, and glucose stability and initiates physiological systems enabling first feed and bowel functions.’¹⁰⁰ Breastfeeding includes colostrum which ‘support[s] a strong immune system; create[s] a tough coating on baby’s stomach and intestines to reduce absorption of germs and aid in digestion; prevent[s] jaundice and provide[s] baby’s brain, eyes and heart the right blend of nutrients to grow

94 Office of the Children’s Commissioner, Report 2, 47.

95 Oranga Tamariki, ‘Te Kuku o te Manawa Oranga Tamariki response to recommendations’, 1 <<https://www.orangatamariki.govt.nz/assets/Uploads/About-us/Performance-and-monitoring/Reviews-and-Inquiries/OCC-letter-and-response/Te-Kuku-o-te-Manawa-Oranga-Tamariki-response-to-recommendations.pdf>> accessed 7 August 2023.

96 Ombudsman, ‘He Take Kōhukihuki’, 219.

97 Office of the Children’s Commissioner, Report 2, 42.

98 Office of the Children’s Commissioner, Report 2, 38.

99 Office of the Children’s Commissioner, Report 2, 33.

100 Office of the Children’s Commissioner, Report 2, 68.

and prevent[s] low blood sugar in newborns.¹⁰¹ Continued breastfeeding is a protective factor against acute and chronic illnesses, both during infancy and in the future.¹⁰²

Midwives viewed the Oranga Tamariki social worker's plans as constantly shifting goal posts for Māori mothers, where the goals were under-resourced or unsupported. Therefore, midwives filled the gap by going 'above and beyond' in providing emotional support, advocacy, practical resources, and connection to appropriate agencies.¹⁰³ Midwives also discussed 'under-handed' tactics used for hospital-based removals, like removing *pēpi* Māori from their mothers using police while the mother is showering or attending a FGC.¹⁰⁴

e) District Health Board

District Health Board (DHB) staff described 'frustration at being aware of care and protection concerns but being kept in limbo, as they waited for direction and substantive information, and for more detailed and appropriate birth/safety plans to come through' from Oranga Tamariki.¹⁰⁵ Oranga Tamariki did not communicate well to enable DHB to prepare, plan or be updated when circumstances changed, including when a newborn was to be removed. Moreover, there was 'no formal agreement or memorandum of understanding with the DHBs to guide the specific situation where newborn babies are removed from parental care following the grant of interim custody orders under s 78.'¹⁰⁶

There was an improvement when Oranga Tamariki appointed what they call 'hospital liaison social workers' to be based at certain hospitals.¹⁰⁷ This role helped connect and improve communication between the DHB and Oranga Tamariki. Some hospital liaison social workers encouraged unborn (maternity) clinics to record and bring attention to mothers and unborn children who are vulnerable at the hospital. However, the hospital liaison social workers role and unborn clinics were instigated by individuals and unfortunately there were no systemic or overarching responses from Oranga Tamariki to address these issues.¹⁰⁸

101 Office of the Children's Commissioner, Report 2, 68–69.

102 Office of the Children's Commissioner, Report 2, 69.

103 Office of the Children's Commissioner, Report 2, 40.

104 Office of the Children's Commissioner, Report 2, 36.

105 Ombudsman, 'He Take Kōhukihuki', 172.

106 Ombudsman, 'He Take Kōhukihuki', 177.

107 Ombudsman, 'He Take Kōhukihuki', 172.

108 Ombudsman, 'He Take Kōhukihuki', 173–174.

III. Procedural powers and remedies available to families and how they are applied in practice

1. Family Group Conferences

The purpose of a FGC was to enable the members of the family, *whānau*, *iwi* and *hapū* to meet with social workers to make a plan to ensure the safety of the child.¹⁰⁹ The idea was to empower the family to make their own decisions with the support of the state. However, those who went through the FGC felt the process ‘perpetuate[d] structural racism, lack[ed] tikanga and d[id] not assess Maori according to their world view.’¹¹⁰ Often Oranga Tamariki had a predetermined plan for the family, making the family and whānau feel disempowered and manipulated.¹¹¹ Denise Messiter, ‘a claimant of behalf of Te Whāriki Manawāhine o Hauraki’ talking about the FGC process comments:

‘Whānau participate in these legislated processes without being fully briefed or aware of what their rights are. [N]onetheless they are expected to make life changing decisions for their tamariki based on what the State believes is dysfunctional and deficit in the life of the tamariki. Whānau strengths knowledge, protective factors and lived experiences are given little if no credence.’¹¹²

The lesson here is that processes which look good on paper only work if those that lead them understand fully the lived experiences and cultural context of those they are working with and give them the maximum opportunity to express their views on their terms.

2. Urgent Custody Order

a) Remedial powers for parents to challenge a without notice application

Concern exists that there is no transparent process for how *ex parte* s 78 applications are made. Nor is there a transparent process as to how the court determines them because they are often done with a brief decision relying totally on an affidavit from the social worker. There are no checks and balances

109 Whānau Ora, ‘Ko Te Wā Whakawhiti’, 34.

110 Waitangi Tribunal, ‘He Pāharakeke...’, 73.

111 Whānau Ora, ‘Ko Te Wā Whakawhiti’, 36.

112 Waitangi Tribunal, ‘He Pāharakeke...’, 74.

that the information is correct and the consequences for the *whānau* and families are immense given their children will be removed. Jean Te Huia, a senior Māori person, has this to say about removal of Māori babies under without notice order:

‘The forcible removal of new-born babies today, mostly Māori babies, from their Māori mothers at their birth is the most inhumane method exhibited. This activity is enacted in complete contrast to the state’s obligations to Māori under art 2 (Māori text) of Te Tiriti o Waitangi, that guarantees to Māori their Tino rangatiratanga over their homes and villages, and all their treasures (tāmariki).’¹¹³

If parents are unhappy with the outcome of s 78 applications (often without notice), they can access legal advice and apply to the court to contest the rulings.¹¹⁴ The Oranga Tamariki Act 1989 has very few direct sections where parents and guardians can apply to get their child back. One example is s 44, where if a child is removed because of a place of safety warrant, any parent or guardian may apply to the Family Court for release or access to the child or young person who is in the custody of the Chief Executive of Oranga Tamariki.¹¹⁵ This is rarely carried out because of lack of legal resources. The matter has to go before the Family Court within five days unless there has been an application by Oranga Tamariki for interim custody of the child under s 78.¹¹⁶ The court has power to either release the child back to their parents, direct the role of providing day-to-day care or make an interim custody order.¹¹⁷ The other way families can contest decisions made under the Oranga Tamariki Act is to appeal those decisions when they are made by the Family Court. This is a costly decision. Moreover, the mother is vulnerable being ‘heavily pregnant or has just given birth and may be in a vulnerable emotional and physical state.’¹¹⁸

For example, both parents in *DE v Chief Executive MSD* had intellectual disabilities and an 8-week-old baby who was ‘much-loved’ and adored.¹¹⁹ The parents were known to social workers as children and grew up in poor and

113 Waitangi Tribunal, ‘He Pāharakeke...’, 77.

114 Ombudsman, ‘He Take Kōhukihuki’, 161.

115 S 44 Oranga Tamariki Act 1989.

116 S 45(a)(i).

117 S 46.

118 Ombudsman, ‘He Take Kōhukihuki’, 161.

119 *DE v Chief Executive MSD* [2008] 1 NZFLR 85 (CA) [1], [51]–[52] and [95].

unhygienic homes.¹²⁰ The parents were living with the mother's parents and there was poor hygiene at the home.¹²¹ People smoked inside the home and the baby had a severe nappy rash.¹²² The mother was still breastfeeding.¹²³ The baby was removed and put into the care of what was then called the MSD.¹²⁴ The parents applied for habeas corpus and return of the child.¹²⁵ This request was refused by the lower courts.¹²⁶ The Court of Appeal held that no reasons had been given to the parents for the *ex parte* removal of the child, which should have been done.¹²⁷ A lawyer was appointed to assist the family by the court, and the court ordered there be a review hearing of the decision to remove the child, a FGC to be held within a short period of time and that the parents were able to retain access to the child.¹²⁸

In the case of *CLM v Chief Executive MSD*, the mother of the child had been neglected and abused as a child and been put into state care as a teenager.¹²⁹ The mother had difficulties with alcohol, drug addiction and depression as well as having a violent male partner.¹³⁰ Four of her children had previously been removed.¹³¹ The mother was assessed as still drinking alcohol, having non-existing parenting skills, and subject to intimate violence from her partner.¹³² An *ex parte* order was made for the mother's fifth child to take effect when the child was born and for it to be removed from the mother's care.¹³³ Subsequently, an interim order placed the mother under oversight in residential care.¹³⁴ The mother applied for judicial review of the Ministry's actions.¹³⁵ The High Court found that there was no specific evidence of harm to the unborn child.¹³⁶ Three weeks later, the child was within the care of the mother for seven days in the hospital and full supervision at Odyssey House, a facility that looks after people who have drug addiction.¹³⁷

120 *DE v Chief Executive MSD* [51]–[53] and [62].

121 *DE v Chief Executive MSD* [51]–[53] and [62].

122 *DE v Chief Executive MSD* [55]–[56].

123 *DE v Chief Executive MSD* [1] and [82].

124 *DE v Chief Executive MSD* [1].

125 *DE v Chief Executive MSD* [92].

126 *DE v Chief Executive MSD* [6]–[7].

127 *DE v Chief Executive MSD* [80].

128 *DE v Chief Executive MSD* [99]–[103].

129 *CLM v Chief Executive MSD* [2011] NZFLR 11 (HC) [6].

130 *CLM v Chief Executive MSD* [6].

131 *CLM v Chief Executive MSD* [6].

132 *CLM v Chief Executive MSD* [6]–[9] and [14].

133 *CLM v Chief Executive MSD* [1].

134 *CLM v Chief Executive MSD* [2].

135 *CLM v Chief Executive MSD* [3].

136 *CLM v Chief Executive MSD* [28].

137 *CLM v Chief Executive MSD* [25].

The High Court ruled that children should only be removed from a parent in ‘truly exceptional’ circumstances where the health and welfare of the child are at imminent risk.¹³⁸ It ruled in this case that there was insufficient evidence for an *ex parte* order and there was no evidence of how and why the order was needed.¹³⁹ The High Court declared the *ex parte* order was a breach of the natural justice rights of the mother.¹⁴⁰ However, notwithstanding these strong precedents by the higher courts, the practice of removing children continued via *ex parte* orders. The families who are most impacted by these orders are by far Māori families.

b) Sad realities of a baby removal case – Pēpē M

The case that became known as *Pēpē M* (Pēpē is the Māori word for baby) or otherwise *the Hastings uplift case* in May 2019 received extensive media coverage via Newsroom where the uplift of the baby from a young mother and her *whānau* was filmed.¹⁴¹ There was a public outcry about the unfairness of the process, resulting in the Oranga Tamariki Hawkes Bay Practice Review. The basis and justification for the removal of the baby who was of Māori descent did not stand up to legal scrutiny.

The affidavit in support of removing Pēpē M was put before the court by a social worker who never met the mother and *whānau*. The affidavit was drafted by a social worker who had met the *whānau* but was away on leave.¹⁴² The affidavit alleged that there was family violence, family harm, drug use, lack of parenting skills, transient home environment and a father yelling at the mother. There were no specific details in the affidavit to support any of these allegations which were merely stated but not specified in any way. The mother was in fact engaged with a Family Start programme, had support from her immediate *whānau* and was registered to attend an education programme for women experiencing family violence.¹⁴³

The Pēpē M case only changed course because of the determination and advocacy of the lawyer involved, Janet Mason, and the determination and tenacity of the Newsroom reporter, Melanie Reid, to ensure that the proper processes were followed for Pēpē M and Pēpē M's *whānau*.¹⁴⁴ The power imbalance between the *whānau* and Oranga Tamariki who were able to call in

138 *CLM v Chief Executive MSD* [36].

139 *CLM v Chief Executive MSD* [38]–[39].

140 *CLM v Chief Executive MSD* [43], [48] and [62].

141 Whānau Ora, ‘Ko Te Wā Whakawhiti’, 6.

142 Oranga Tamariki, ‘Hawkes Bay Practice Review’, 9 and 46.

143 Oranga Tamariki, ‘Hawkes Bay Practice Review’, 34 and 41.

144 Waitangi Tribunal, ‘He Pāharakeke...’, 137–139.

the police to try to enforce their removal was obvious and clear. Without the legal support and the media support, there is no doubt that Pēpē M would be removed and be removed in a way that has become way too common for Māori children.

The Waitangi Tribunal carried out a major investigation because of *the Pēpē M case*. The mother of the baby involved in the case filed a confidential brief of evidence to the Waitangi Tribunal. On the day of the hearing, the Tribunal was told that she was 'reluctant to appear, because she was afraid that to do so would not be seen favourably by Oranga Tamariki'.¹⁴⁵ The Waitangi Tribunal commented that they had no doubt that the ongoing presence of Oranga Tamariki on 'the lives of *whānau* remains a source of stress'.¹⁴⁶

The Waitangi Tribunal concluded that the model in Aotearoa New Zealand is a 'notify-investigate model – coupled with a child rescue imperative' and such a model 'inevitably results in over-surveillance and disproportionate intervention and harm to *whānau* Māori, and to other communities who may be struggling with entrenched inequality and poverty'.¹⁴⁷ This system could 'lead a range of State employees (including Māori staff) to act on occasion in harmful and apparently inhumane ways, simply because they have a court order to implement'.¹⁴⁸

The final statement of the Tribunal said that the Newsroom documentary on the attempted uplift of Pēpē M 'makes a case for substantial reform in ways more eloquent and direct than we can convey in words'.¹⁴⁹

IV. Māori family welfare issues and the role played by child protection agencies

1. Failure to recognise Tikanga Māori

The state has acknowledged a failure to understand Tikanga Māori within Oranga Tamariki. In the Māori worldview, '*he tamaiti, he taonga*' (every child is precious, every child is a *taonga* of their entire *whānau*, *hapū*, and *iwi* – and as such *tamariki* are the responsibility of all of them).¹⁵⁰ *Whakapapa* (a line of descent from one's ancestors) connects *tamariki* to their par-

145 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke...', 191. The Waitangi Tribunal is a New Zealand permanent commission of inquiry established under the Treaty of Waitangi Act 1975.

146 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke...', 191.

147 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke...', 191.

148 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke...', 191.

149 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke...', 191.

150 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke...', 15.

ents, *tupuna* (ancestors), *atua* (gods), *mana* (prestige), *tapu* (sacred), *wairua* (soul), *mauri* (life force) and the spiritual world.

The wellbeing of *pēpi* Māori is described in Te Ao Māori (Māori world view and values) using the metaphor of the *pā harakeke* (the flax-bush plant).¹⁵¹ The ground is *whenua* which represents the foundation of the harakeke.¹⁵² *Whanaungatanga* are the roots of the harakeke which can 'reach out externally and connect with their surroundings for support.'¹⁵³ The flowers and seedings are *whāngai*. *Whakapapa* is the outer support, and *whānau* are the direct support systems within the *harakeke*. The outer leaves are the *tupuna*, inner leaves *mātua* (elders) and most inner leaves *rito* (child).¹⁵⁴ The *harakeke* is the *kāinga* (village) for the *rito*.¹⁵⁵

Wāhine Māori (Māori women) are considered *tapu* throughout their pregnancy and childbirth. Expectant Māori mothers are regarded as *te whare tangata* (the house of life and humanity).¹⁵⁶ Removing *pēpi* Māori from their mothers disrupts the 'intricately woven social fabric' of *whānau*, *hapū*, *iwi*, *whenua* and *mātauranga* Māori concepts of *whanaungatanga* and *whakapapa* inspired *pūtake*.¹⁵⁷

These Tikanga Māori practices were used against *wāhine* Māori. The first example is removing *pēpi* from their mother before the placenta was birthed.¹⁵⁸ The placenta is *tapu* and is called the *whenua* referring to both the land and placenta.¹⁵⁹ After the placenta is birthed, it is returned to *Papatūānuku* (Māori name for Mother Earth) to retain physical links between the *pēpi* and the land.¹⁶⁰ Another example is cutting an expectant Māori woman's hair for drug testing when she was exercising her Tikanga of not cutting her hair during pregnancy.¹⁶¹

Isobel Peihopa, a community advocate and social worker, highlighted that '*tauīwi* (social workers) are constantly trying to push their practices onto Māori, as well as telling Māori how to abide by their own tikanga.'¹⁶² This

151 Office of the Children's Commissioner, Report 2, 64.

152 Whānau Ora, 'Ko Te Wā Whakawhiti', 44.

153 Whānau Ora, 'Ko Te Wā Whakawhiti', 44.

154 Office of the Children's Commissioner, Report 2, 64, 119 and 120.

155 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke', 12 and 21–22.

156 Office of the Children's Commissioner, Report 1, 20.

157 Office of the Children's Commissioner, Report 1, 10.

158 Office of the Children's Commissioner, Report 1, 59.

159 Māori Dictionary, 'Whenua' <<https://maoridictionary.co.nz/search?&keywords=whenua>> accessed 31 July 2023.

160 Office of the Children's Commissioner, Report 2, 63.

161 Office of the Children's Commissioner, Report 1, 59.

162 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke...', 65.

means that Oranga Tamariki teaches Tikanga guidelines to 'social workers as practitioners, not as people' which fails to understand that Tikanga is flexible and not a checklist to be completed.¹⁶³

2. Institutional racism

The Puao-te-ata-tua Report identified three forms of racism inherent in the social welfare system of Aotearoa New Zealand: Personal racism, cultural racism and institutional racism.¹⁶⁴ Personal racism is direct through attitude or action, obvious, easily confronted and less fashionable over the last decade. Cultural racism is the domination of *Pākehā* culture over Māori, perpetuating negative attitudes to Māori and only cherry-picking Māori culture for tourism, education and advertising.

The 'most insidious and destructive form of racism' is institutional.¹⁶⁵ Monocultural institutions ignore, freeze, and penalise Māori culture, unless they subjugate their values to 'the system'.¹⁶⁶ This is why figures are overwhelmingly dominated by Māori disproportionate to percentage of the population 'in education, crime, child abuse, infant mortality, health and employment'.¹⁶⁷ This monocultural bias is 'in law, government, the professions, health care, land ownership, welfare practices, education, town planning, the police, finance, business and spoken language', 'media' and 'economic life'.¹⁶⁸ This perpetuates the myth that Māori have 'failed to grasp the opportunity that society offers' and that this is a 'normal condition of existence' suppressing Māori.¹⁶⁹ Institutional racism is a weapon to make Māori feel like 'outsiders and strangers in their own land'.¹⁷⁰ When institutional racism is confronted, this is often 'translated into personal reflections of racism' instead of a complex web of racist policies and practices.¹⁷¹

The Puao-te-ata-tua Report identified problem areas in child welfare 'policy formation, service delivery, communication, racial imbalances in the staffing, appointment, promotion and training practices' even in 1988.¹⁷² An example of institutional racism is the recruitment process by Oranga Tamariki. Recruitment panellists in Oranga Tamariki were criticised for

163 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke...', 65.

164 Rangihau, Puao-te-ata-tua Report, 19.

165 Rangihau, Puao-te-ata-tua Report, 19.

166 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke...', 50.

167 Rangihau, Puao-te-ata-tua Report, 78.

168 Rangihau, Puao-te-ata-tua Report, 78.

169 Rangihau, Puao-te-ata-tua Report, 78.

170 Rangihau, Puao-te-ata-tua Report, 78.

171 Rangihau, Puao-te-ata-tua Report, 78.

172 Rangihau, Puao-te-ata-tua Report, 7.

preferring applicants from traditional tertiary education providers than Māori *wānanga* (Māori tertiary education institutions).¹⁷³ Furthermore, caregiver assessment processes required police and CYRAS checks which disadvantaged Māori applicants who are more likely to have interacted with the police and Oranga Tamariki in the past through structural racial bias.¹⁷⁴

Another form of racism is epistemological racism. This is the view that ‘Western knowledge is superior to *mātauranga* Māori’ and ‘provides the English language and cultural coding upon which the machinery of government has been developed.’¹⁷⁵ This privileged the ‘*Pākehā* language and culture and defining Māori equivalents as ‘other’.¹⁷⁶ Therefore, the impact on Māori was mass assimilation and deep internalised beliefs that Tikanga Māori, culture and language is wrong.

3. Decision making variability

E. Keddell discusses three main forms of bias: Unconscious, confirmation and cultural bias.¹⁷⁷ Unconscious bias is involuntary racial profiling, even if it may seem contrary to the person’s conscious belief system.¹⁷⁸ Confirmation bias is using initial assumptions to determine further searches, instead of investigating other likely explanations.¹⁷⁹ Cultural bias is when the dominant culture imposes their understanding of parenting, family life and relationships onto non-dominant cultures and pathologise the non-dominant culture.¹⁸⁰ These three forms of biases result in the highly variable decision-making by Oranga Tamariki and creates a power imbalance between the statutory social workers, Māori children and *whānau*.

4. Instrumental biases

There are three types of instrumental biases: Exposure, visibility, and surveillance bias.¹⁸¹ Exposure bias means that child protection systems are more exposed to children in lower socio-economic neighbours and therefore

173 Office of the Children’s Commissioner, Report 2, 44.

174 Office of the Children’s Commissioner, Report 2, 44.

175 Waitangi Tribunal, ‘He Pāharakeke...’, 50.

176 Waitangi Tribunal, ‘He Pāharakeke...’, 50 and 98.

177 E Keddell and I Hyslop, ‘Ethnic Inequalities in Child Welfare: The Role of Practitioner Risk Perceptions’, *Child & Family Social Work* 24 (2019) 2.

178 Waitangi Tribunal, ‘He Pāharakeke...’, 70–71.

179 Keddell, Hyslop, *Child & Family Social Work* (2019) 2.

180 Keddell, Hyslop, *Child & Family Social Work* (2019) 2.

181 Waitangi Tribunal, ‘He Pāharakeke...’, 62.

more likely to report concerns. Visibility bias means that minorities (such as Māori) will be targeted as being differentiated. Surveillance bias means that *whānau* who are already known to the child protection agencies are more likely to have heightened surveillance. Therefore, the notify-investigate model of Oranga Tamariki will reproduce 'social inequities and compounds societal racism and exposure bias at every decision point' through these three instrumental biases.¹⁸²

V. Sociocultural studies

Following *the Pēpē M case*, a large number of reports were commissioned on the removal of Māori children by the state. The most significant reports are discussed below.

1. Children's Commissioner Report

The Commissioner for Children found the number of Reports of Concern about unborn *pēpi* Māori was 8 times higher from 2004 to 2019 (compared to non-Māori being 4.5 times higher).¹⁸³

The removal decisions involving unborn *pēpi* Māori increased from 36 in 2010 peaking to 93 in 2017.¹⁸⁴ Since the establishment of Oranga Tamariki, this has been reduced to 61 in 2019.¹⁸⁵ However in 2019, 74% of the removal decisions involving unborn babies to be taken into state custody were Māori.¹⁸⁶

The rate of urgent entries under s 78 for *pēpi* Māori approximately doubled from 2010 to 2019 (compared to non-Māori *pēpi* which remained unchanged).¹⁸⁷ In 2019, *pēpi* Māori (aged 0–3 months) were 5 times more likely to be placed into state custody than non-Māori babies.¹⁸⁸ (This figure does not include unborn *pēpi* Māori taken into custody immediately after birth, which would make it higher).¹⁸⁹

At least 48% of Māori pregnant mothers with unborn *pēpi* placed into state custody had been in state custody themselves (compared to 33% of

182 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke...', 63.

183 Office of the Children's Commissioner, Report 1, 93.

184 Office of the Children's Commissioner, Report 1, 97.

185 Office of the Children's Commissioner, Report 1, 97.

186 Office of the Children's Commissioner, Report 1, 97.

187 Office of the Children's Commissioner, Report 1, 98.

188 Office of the Children's Commissioner, Report 1, 96.

189 Office of the Children's Commissioner, Report 1, 97.

non-Māori) in 2019.¹⁹⁰ This shows an inter-generational trend for decisions around unborn *pēpi* Māori and their mothers previously being in state care. There are 67 *pēpi* Māori per 10,000 (aged 0–3 months) placed in state custody, compared with 13 non-Māori babies in 2019.¹⁹¹ At least 69% of babies taken into state custody (including before birth and 0–3 months old) were *pēpi* Māori.¹⁹²

The Commissioner for Children investigated 153 of 309 cases of babies under 1 month old removed into state custody between 1 July 2017 to 30 June 2019.¹⁹³ They found 1 in 3 cases had no *whānau* involvement in the safety planning.¹⁹⁴ One in four cases had no *whānau* involvement in *pēpi* Māori concerns and well-being prior to removal.¹⁹⁵ In addition, 82% of babies were uplifted from a hospital after birth ‘depriving infants of critical needs, such as bonding and breastfeeding’.¹⁹⁶

2. Ombudsman’s Report

The Ombudsman’s findings were consistent with the Commissioner for Children and found that most meetings with *whānau* and FGC occurred after the baby’s birth. Specifically, 78% of cases had no *hui ā-whānau* (meeting with the *whānau*) and 69% had no FGC held prior to the baby’s birth.¹⁹⁷ However, Oranga Tamariki knew 77% of the cases involved mothers who were pregnant at least 60 working days before birth which gave plenty of time to engage and develop plans with the parents and *whānau*.¹⁹⁸

The Ombudsman recommended that there should be careful pre-birth planning with the parents, *whānau*, the DHB, professionals (such as midwives) and supporting NGOs in a clear and detailed written plan. This should ‘include key concerns, risks and issues, specific restrictions and actions needed to ensure safety, and arrangements for skin-to-skin contact and breastfeeding, unless there were specific safety concerns’.¹⁹⁹ The Ombudsman found only 20% of cases had input from parents and *whānau* into a birth/safety plan.²⁰⁰

190 Office of the Children’s Commissioner, Report 1, 98.

191 Office of the Children’s Commissioner, Report 1, 96.

192 Office of the Children’s Commissioner, Report 1, 98.

193 Office of the Children’s Commissioner, Report 2, 56.

194 Office of the Children’s Commissioner, Report 2, 58.

195 Office of the Children’s Commissioner, Report 2, 58.

196 Office of the Children’s Commissioner, Report 2, 58.

197 Ombudsman, ‘He Take Kōhukihuki’, 95.

198 Ombudsman, ‘He Take Kōhukihuki’, 120.

199 Ombudsman, ‘He Take Kōhukihuki’, 168.

200 Ombudsman, ‘He Take Kōhukihuki’, 169.

The Ombudsman was predominantly concerned that Oranga Tamariki Practice Centre guidelines said disabled parents ‘may need’ specialist and separate assessment.²⁰¹ This would breach specifically arts 5(3), 23(2) and 23(4) of United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (UNCRPD). Art 5(3) requires the state to identify and provide reasonable accommodation for people with impairments affecting their abilities to parent. art 23(2) requires the state to provide assistance to disabled parents in child-rearing responsibilities. Art 23(4) prohibits the separation of children from their parents on the basis of the parent’s disability. Oranga Tamariki may be operating from a medical based model (rather than a social based model of disability) and not recognising disability as a ‘complex collection of conditions’ ‘created by the social environment’.²⁰² Therefore, Oranga Tamariki is not approaching drug and alcohol use, mental health or disability-related needs in a manner consistent with obligations under UNCRPD.

3. Crown’s response

The Crown in response to the Waitangi Tribunal findings with regard to structural racism and cultural competency in Oranga Tamariki said the Crown ‘should have identified the need to tackle structural racism head on in the establishment of Oranga Tamariki’.²⁰³ The Crown conceded that Māori ‘perspectives and solutions have been ignored across the care and protection system’ historically.²⁰⁴ The Crown also acknowledged that the FGC process could be disempowering. These are significant concessions by the Crown and show clearly that the findings of the other reports have been accepted by all sides.

VI. Legal reforms incorporated from sociocultural studies

1. Proposed legal amendments not yet taken effect

In August 2020, New Zealand’s Cabinet agreed to partially repeal the subsequent child legislation in an upcoming Amendment Bill.²⁰⁵ The Minister

201 Ombudsman, ‘He Take Kōhukihuki’, 76–77.

202 Ombudsman, ‘He Take Kōhukihuki’, 80.

203 Waitangi Tribunal, ‘He Pāharakeke...’, 175.

204 Waitangi Tribunal, ‘He Pāharakeke...’, 61.

205 T Martin, ‘Subsequent children legislation to change’ (6 August 2020) <<https://www.beehive.govt.nz/release/subsequent-children-legislation-change>> accessed 31 July 2023. At the time of this research, the partial repeal in the upcoming Amendment Bill has not taken effect.

for Children, Tracey Martin, admitted that the subsequent children legislation was ‘not always effective, and can have a negative impact on children, parents and *whānau*.’²⁰⁶ The legislation was overly complex and often misunderstood, reduced the likelihood of parents engaging with social welfare services, predetermined risk based on historical circumstances (not on current progress) and increased the burden on the parent who suffered trauma from previous removal of their children. This partial repeal would remove the current provision where a parent has a previous child permanently removed from their care. However, this would maintain ‘subsequent children where a parent has a conviction for murder, manslaughter of infanticide of a child in their care.’²⁰⁷ Until the Crown has completed this planned partial repeal of the subsequent child provisions, the Waitangi Tribunal continues to find the Crown to be in breach of their duty to act in good faith and actively protect Māori *rangatiratanga* over their *kāinga*.²⁰⁸

2. Independent Children’s Monitor Reports

An Independent Children’s Monitor was commissioned to oversee the performance of Oranga Tamariki in terms of the findings in the sociocultural reports. The major findings have been the continued failure to inform children, parents, guardians and *whānau* of the outcome of the investigation.²⁰⁹ The Monitor also found that in 54% of cases, there was information missing from the records.²¹⁰ Furthermore, in nine cases ‘no further action’ was put on the file which was inaccurate.²¹¹

3. Establishment of Ministerial Advisory Board

The Ministerial Advisory Board (MAB) was established in February 2021.²¹² The MAB has made three overarching recommendations. The first one is that ‘collective Māori and community responsibility and authority must be strengthened and restored’ to prevent harm to *tamariki* and their

206 Martin, ‘Subsequent children legislation to change’.

207 Martin, ‘Subsequent children legislation to change’.

208 Waitangi Tribunal, ‘He Pāharakeke...’, 155.

209 Independent Children’s Monitor, ‘Agency Compliance with Regulations 69 and 85 of the Oranga Tamariki (National Care Standards and Related Matters) Regulations’ November 2020 (Third Monitoring Report) 9 <<https://www.icm.org.nz/assets/Uploads/Documents/Reports/Report-3/Third-Monitoring-Report-November-2020.pdf>> accessed 31 July 2023

210 Independent Children’s Monitor, Third Monitoring Report, 23.

211 Independent Children’s Monitor, Third Monitoring Report, 10 and 33.

212 MAB, ‘Hipokingia ki te Kahu Aroha Hipokingia ki te Katoa (Embrace with the cloak of love, embrace all within it)’ (2021) 5 <<https://www.beehive.govt.nz/sites/default/files/2021-09/SWRB082-OT-Report-FA-ENG-WEB.PDF>> accessed 31 July 2023.

whānau.²¹³ This means that services and support for *tamariki* and their *whānau* can be provided by Māori and community groups over time if adequate resources are provided by the government. The second recommendation flows from the first and is ‘to work collaboratively with Māori and community groups’.²¹⁴ Part of this recommendation is to collect and record information regarding the needs of *tamariki*, such as physical and intellectual disabilities. The third recommendation was to have a National Oranga Tamariki Governance Board to provide oversight to ensure systems are working effectively for successful outcomes of *tamariki* Māori to *hapū*, *iwi*, and to communities.²¹⁵ It will ‘take at least a generation to transform outcomes’ for *tamariki* Māori.²¹⁶

VII. Difficulties in practice and dogmatic concerns

Two case studies show that old habits die hard and that there is still a dogmatic, tick-the-box mindset when the state intervenes into children’s lives.

1. Case Study 1

In the first case study, Judge Tan said that the important issue of a child’s connection to ‘his *whānau* has become a tick box exercise’.²¹⁷ The child had been removed without notice and placed into non-kin care.²¹⁸ There were two separate aunts of the child who were not in the position to be caregivers, but wished to be in contact with the child.²¹⁹ The legislation emphasises the importance of maintaining connection with *whakapapa* and *whanaungatanga*.²²⁰ Because the aunts withdrew as potential caregivers, they were written off by Oranga Tamariki. Judge Tan emphasised that connection with them was important, regardless of whether they were going to be permanent caregivers.²²¹ The legislation is ‘not just about the words but encapsulating the spirit backed up with action’.²²²

213 MAB, ‘Hipokingia ki te...’, 9.

214 MAB, ‘Hipokingia ki te...’, 10.

215 MAB, ‘Hipokingia ki te...’, 44.

216 MAB, ‘Hipokingia ki te...’, 20.

217 *Chief Executive of Oranga Tamariki v JS* [2020] NZFC 3632 26 August 2020 [23].

218 *Chief Executive of Oranga Tamariki v JS* [4]–[5].

219 *Chief Executive of Oranga Tamariki v JS* [28].

220 *Chief Executive of Oranga Tamariki v JS* [25].

221 *Chief Executive of Oranga Tamariki v JS* [25].

222 *Chief Executive of Oranga Tamariki v JS* [27].

2. Case Study 2

A young Māori child in poor health was removed from her mother.²²³ The mother had been isolated from her *whānau* with little meaningful connection.²²⁴ A modest search for her *whānau* showed many people could have been approached to build cultural networks with her mother with ‘31 likely members of *whānau* within about half an hour’ who could have been helpful and supportive to the mother and child.²²⁵ The Māori child was then placed in the care of a *Pākehā* couple, given the impression that it would be on a long-term basis.²²⁶ According to the evidence, the child found ‘love, stability, devotion, nutrition’ and her emotional needs were consistently met.²²⁷

The Family Court found that a social worker who had been praising the couple for their care of the child had been criticising and undermining their care within the Ministry.²²⁸ The Ministry, without telling the *Pākehā* couple, had planned to remove the child to an identified placement.²²⁹ The vehicle for doing this was a cultural assessment in the knowledge it would likely conclude the *Pākehā* couple had inadequate cultural awareness to be caregivers.²³⁰ However, Oranga Tamariki had not provided any support to build the cultural capacity of the *Pākehā* couple.²³¹ There was no evidence by the psychologist that the *Pākehā* parents were alienating the child from her *whānau*.²³² Oranga Tamariki had approached a Māori couple who had the care of a sibling of the child removed from the mother.²³³ This couple had been unaware that the *Pākehā* couple had care of the child and were doing a good job.²³⁴ In the end, the *Pākehā* couple retained custody of the child and the Family Court awarded guardianship to the Māori couple and the child’s mother.²³⁵

223 *Chief Executive of Oranga Tamariki v MQ* [2021] NZFLR 1 [296].

224 *Chief Executive of Oranga Tamariki v MQ* [296].

225 *Chief Executive of Oranga Tamariki v MQ* [296].

226 *Chief Executive of Oranga Tamariki v MQ* [7] and [296].

227 *Chief Executive of Oranga Tamariki v MQ* [296].

228 *Chief Executive of Oranga Tamariki v MQ* [15].

229 *Chief Executive of Oranga Tamariki v MQ* [217] and [296].

230 *Chief Executive of Oranga Tamariki v MQ* [88] and [217].

231 *Chief Executive of Oranga Tamariki v MQ* [110]–[111].

232 *Chief Executive of Oranga Tamariki v MQ* [286].

233 *Chief Executive of Oranga Tamariki v MQ* [217].

234 *Chief Executive of Oranga Tamariki v MQ* [296].

235 *Chief Executive of Oranga Tamariki v MQ* [338]–[339].

VIII. Proposed changes and conclusion

The major change required is to implement intensive interventions with families who ‘experience multiple and complex challenges’.²³⁶ Funding needs to be provided to ensure that government and non-government services including Indigenous models, such as Whānau Ora, are fully supported to provide support to families and *whānau* in a culturally appropriate way.²³⁷ At the wider level, it is also important to address ongoing issues of ‘poverty, inequality, the housing shortage and institutional racism’.²³⁸ The interventions must adapt to the particular needs of each family. They must work with and not pathologise the family, or intervene based on models which do not reflect the culture, needs or the situation of the particular family.²³⁹

A good example is what Ms Kaye MacDonald (Regional Manager for the top of South Island and former site manager) has set up in Blenheim.²⁴⁰ Ms MacDonald ensured that the Blenheim Advisory Committee was made up of representatives of the local *iwi* and Māori Women’s Welfare League.²⁴¹ The model consists of a *roopu* (group) of *kaitiaki* (protectors) with support from the *iwi*, *hapū* and local *marae*.²⁴² A *kaiārahi* (mentor) position was established to support *awhi kaitiaki* and *whāngai*.²⁴³ As a result, 100% of babies under s 78 applications in Blenheim were placed with their birth parents or *whānau* from 2017 to 2019.²⁴⁴

The sad irony of New Zealand is that the First Peoples of New Zealand have effectively become strangers in their own country as they have been disinherited from their cultural roots and assimilated into cultural ways that were very different from their communal ways of living.²⁴⁵ This process of decolonisation has weakened the links that sustain Māori communities and exposed many Māori to economic deprivation.²⁴⁶ Aotearoa New Zealand has struggled to turn the tide and the effects of colonisation have always been

236 N Atwool, ‘Intensive intervention with families experiencing multiple and complex challenges: An alternative to child removal in a bi- and multi-cultural context?’, *Child & Family Social Work* 24 (2021) 550.

237 Atwool, ‘Intensive intervention with families...’, 554–556.

238 Atwool, ‘Intensive intervention with families...’, 556.

239 Atwool, ‘Intensive intervention with families...’, 555–556.

240 Ombudsman, ‘He Take Kōhukihuki’, 109.

241 Ombudsman, ‘He Take Kōhukihuki’, 109.

242 Oranga Tamariki, ‘Section 7AA Report: Improving outcomes for tamariki Māori, their whānau, hapū and iwi’ (Wellington 2020) 27.

243 Oranga Tamariki, ‘Section 7AA Report’, 26.

244 Ombudsman, ‘He Take Kōhukihuki’, 109.

245 Rangihau, Puao-te-ata-tua Report, 78.

246 Waitangi Tribunal, ‘He Pāharakeke...’, 53.

done as a rescue mission, rather than an empowerment mission. This has led to the shameful destruction of Māori *whānau* outlined in this paper. Oranga Tamariki continues to misunderstand and fails to structurally implement Māori worldviews.²⁴⁷

The founding Treaty/*te Tiriti* makes it very clear that the settlers agreed to give Māori power (*Tino rangatiratanga*) to manage their own affairs. *Tino rangatiratanga* has never been fully established in Aotearoa New Zealand, nor has it been fully supported by the government. When *Whānau Ora* recently applied to the government for statistics on Māori COVID-19 vaccinations, it took two High Court applications and hearings for Māori to get access to where the unvaccinated Māori were living (which were often in isolated areas not covered by the general vaccination process).²⁴⁸ Because of this delay in enabling Māori to vaccinate their own people, Māori experienced the highest proportion of hospitalisations²⁴⁹ and deaths from the recent Delta outbreak.²⁵⁰ Sadly, the vaccination rollout for COVID-19 in Aotearoa New Zealand signals that there is still much to be done by government institutions to enable Māori to fully support their own people.

247 Waitangi Tribunal, 'He Pāharakeke...', 98.

248 *Te Pou Matakana Limited v Attorney-General* NZHC Wellington CIV-2021-485-553 10 November 2021 and *Te Pou Matakana Limited v Attorney-General* NZHC Wellington CIV-2021-485-624 6 December 2021.

249 Ministry of Health, 'COVID-19 Demographics' <<https://www.health.govt.nz/our-work/diseases-and-conditions/covid-19-novel-coronavirus/covid-19-data-and-statistics/covid-19-case-demographics>> accessed 31 July 2023. Highest percentage of all hospitalisations by ethnicity on 21 December 2021 were Māori at 39%.

250 Ministry of Health, 'Further information on deaths associated with COVID-19' <<https://www.health.govt.nz/news-media/news-items/further-information-deaths-associated-covid-19>> accessed 31 July 2023.

ISBN 978-3-7694-1345-8



9 783769 413458

€ 149,00 (D)