

Pyydän lukijaa suhtautumaan käännökseeni skeptisesti. Olen käyttäytymistieteilijä, en juristi. Olen pitänyt kovasti EIT:n tuomari Zupancicin tavasta ajatella huostaanotoista ja perheasioista yleensä. Hänen kirjoittelunsa perustuu osin roomalaiseen oikeuteen ja Ihmisoikeustuomioistuimen luomaan tulkintaan. Olen molemmissa maallikko. Teksti on lisäksi jopa runollista ja ilmaisutapa monimutkainen. Alkuperäinen teksti on liitteenä. Olisin kovin iloinen, jos joku juristi näkisi vaivaa ja korjaisi käännökseni pahimmat väärintulkinnat.

Anu Suomela  
[anu.suomela@sexpo.fi](mailto:anu.suomela@sexpo.fi)  
040-570 3034

Ihmisoikeustuomioistuimen tuomio

## Scozzari ja Giunta v. Italia

Valitukset nro 39221/98 ja 41963/98

Tuomio 13. heinäkuuta 2000

### Tuomari Zupancicin yhtenevä käsitys

Olen täysin samaa mieltä tässä tapauksessa annetusta tuomiosta. Arvelin että voisi olla kuitenkin hyödyllistä tehdä muutamia yleisiä havaintoja, koskien sellaisten tapausten prosessuaalisia erityispiirteitä, kuten tänään käsitelty on.

Tällaiset tapaukset kuten Scozzari ja Giunta v. Italia eivät ole muodoltaan paradigmaattisia oikeudellisia riita-asioita. Niissä ilmenee erityisiä ongelmia johtuen omasta doktriinistamme koskien pääsyä tuomioistuimeen, sekä lainsäädännöstä itsestään. Lähtien tapauksen Olsson v. Ruotsi (no. 1) tuomiosta 24. maaliskuuta 1988 (Sarja A no. 130) viimeaikaiseen tapaukseen *Nuutinen v. Suomi* (no. 32842/96, ECHR 2000-VIII), on ollut kokonainen sarja tapauksia koskien Artikla 8:aa, joka käsittelee perheoikeutta. Ne ovat tuoneet esiin erityisiä proseduraalisia ongelmia. Kuten tulemme havaitsemaan ne ovat suurelta osin tulosta siitä, että tuomiot, jotka koskevat perheoikeuden alaan kuuluvia riita-asioita, eivät ole luonteeltaan retrospektiivisiä. Esimerkiksi hankalat viimehetken tapahtumat tosiseikaston kehittymisessä velvoittavat Tuomioistuimen ryhtymään ensiasteen instanssina selvittämään faktoja ja jopa todennäköisyyden arviointiin.

Sen perusteella mitä tiedän, oikeudellinen teoria ei tarjoa valmiita ratkaisuja joihinkin uusiin kysymyksiin, joita käsitelen alempana.

Klassisessa oikeuskäsittelyssä on tietyt proseduuriset piirteet. Ensinnäkin, oikeuden päätös ja muutoksenhakukeinot tavallisesti ovat toisistaan riippuvia, toiseksi oikeudenkäynti on retrospektiivinen, eli se yleensä koskee vain menneitä tapahtumia (faktoja), kolmanneksi riita-asiaa koskevien laillisuusksymysten polariteetin tulee olla monosentrinen, eli käsittelyssä on pääasiassa vain yksi asia, josta päätetään, neljänneksi juridisesti merkittävien tosiasioiden ja sovellettavan normin välillä on deontologinen jännite.

Niin sanottu 'lapsen etu' ei ole riittävän spesifi, jotta se muodostaisi tavanomaisen juridisen *aut-aut* monosentrisen polariteetin. Tämä puoleltaan velvoittaa tuomioistuimen ryhtymään polysentrisiin valintoihin, eli valitsemaan aktiivisen *parens patriae* -roolin. Tämän lisäksi tämä tuomioistuimen aktiivin puuttuminen on jatkuvaa, joskus siihen asti kun lapsi on täysi-ikäinen.

Puolueettomuus, eli tuomioistuimen passiivinen osallistumattomuus, samoin kuin riita-asian parttien vastakkaiset roolit, johtuvat perhe-oikeudellisen lainkäytön erityispiirteistä. Esimerkiksi tuomioistuimen passiivinen puolueettomuus johtuu selkeästi vastapuolten välisestä polarisoituneesta vuorovaikutuksesta. Toisaalta tapaus on tässä mielessä 'valmis' – viitataan tässä käsitteeseen 'valmis' päätettävyyden doktriinin merkityksessä – kunhan se keskittyy yhteen tai kahteen olennaiseen seikkaan. Tämä keskittyminen, vaikka se heijastaa peilikuvana näyttötaakkaa, on kuitenkin sidottu menneeseen, eli se on kokonaan retrospektiivinen. Tuomion lopullisuus, jonka on oletettava olevan oikea (*res judicata pro veritate habetur*), riippuu todisteiden etukäteisestä olemassa olost, eli juridisesta retrospektiivisyydestä. Kuten totesin *Nuutisen* tapauksen eriävässä mielipiteessäni, käsittelyn kuluessa molemmat partit voivat vaikuttaa myös tuomioon, pakkokeinoihin, tai pakkotäytäntöönpanoon.

Tämän lisäksi sovellettavan lain normin valinta liittyy juridisesti asianmukaisiin faktoihin (mennyt tapahtuma), sekä toisin päin, se mitkä faktat ovat juridisesti relevantteja riippuvat puoleltaan normin valinnasta. Tämä kaksisuuntainen prosessi edellyttää tosiseikastoa, joka on kristallisoitunut menneisyydessä, eikä siis sellaista, joka muuttuu kaiken aikaa. Tuomioistuimen normaali totuuden etsinnän funktio on tällaisten kristallisoituneiden faktojen harkitsemista ja arvioimista, ei esimerkiksi sen lausumista, ovatko ihmiset tulevaisuudessa sopivia ja hyviä toimimaan vanhempina. Epistemologisesti todisteita koskeva lainsäädäntö perustuu historialliseen metodiin, ei tulevaisuuden mahdollisuuksien arviointiin.

Sekä kansallisessa että kansainvälisessä muutoksenhakukäytännössä nämä ongelmat ovat vieläkin kriittisempiä. Tällaisessa tapauksessa muutoksenhakutuomioistuin joutuu tekemisiin viimeaikaisten tapahtumien kanssa, jotka ovat seuraamusta alempien tuomioistuinten päätöksistä. Toisin sanoen valitustuomioistuimet joutuvat tekemään jatkuvaa arviointia katkaistujen perhesuhteiden mahdollisesta edistymisestä tai huonontumisesta. Valitustuomioistuin on näin ollen *volens nolens* mukana antaessaan uutta arvioita uusista faktoista (*questiones facti*). Se ei voi rajoittua, kuten se normaalisti tekisi, sen tosiseikaston käsittelyyn, jonka alempi tuomioistuin on kerännyt ja koonnut tapauskansioon, vaan sen on päinvastoin otettava vastaan myös viimeaikaisimmat tapahtumat. Tämä tekee valitustuomioistuimelle vaikeaksi rajoittaa toimintansa vain laillisuuskysymyksiin (*questiones juris*).

Vaikka ylin kansainvälinen vetoomustuomioistuin ei joudukaan tosiasiallisesti arviomaan ihmissuhteisiin liittyviä sensitiivisiä seikkoja, jopa se joutuu varsin hankalaan, mutta väistämättömään ja suoraan todisteiden arvioijan rooliin. Näin ollen ollaan tekemisissä todisteiden arvioinnin välittömyyden periaatteen kanssa. Tällöin vetoomustuomioistuimen on tarkennettava tapauksen monimutkaista ja kaiken aikaa muuttuvaa tosiseikastoa, joten väistämättä nousee esiin vaatimus asioiden tarkasta selventämisestä ja nimenomaan yksityiskohtaisesta juridisesta menettelystä.

Perhe-elämän koskemattomuuden suoja, ja meidän oma vahingonkorvauksia koskeva

järjestelmämme eivät voi missään merkityksessä olla sidoksissa toisiinsa. Käsillä olevassa asiassa tuomion kappaleessa 249 korostamme toivettamme siitä, että Italian valtio ottaa käyttöön jonkun meidän tuomioltamme myötäilevän keinon ja yrittää korjata niin pitkälle kuin mahdollista Scozzarin perheen traagista tilannetta. Vaikka Italian valtiolla todellisuudessa on olemassa useitakin selkeitä mahdollisuuksia, millään niillä ei kuitenkaan ole enää tavanomaista *quid pro quo* –vaikutusta, joka sisältyy periaatteeseen *restitutio in integrum*. Ajan kulumisen, kun kyseessä ovat pienet lapset on peruuttamatonta ja korjaamatonta.

Mielestäni Tuomioistuin on ajan kuluessa tehnyt valtavan työn sekä löytääkseen viisaita ratkaisuja yksilöllisiin tapauksiin että luodakseen yleiset periaatteet ja säännöt koskemaan Eurooppalaisen perheoikeuden tiettyjä alueita. Case-law:n perusteella on nyt laajasti selvitetty, mitkä ovat allekirjoittajavaltion Euroopan ihmisoikeussopimuksen määrittelemät oikeudet ja velvollisuudet, tai vielä tarkemmin sanottuna, mitkä ovat tasapuolisuuden edellyttämät rajat perhesuhteisiin kajohtaessa.

Näiden periaatteiden ja doktriinien yhteenvetona on *ultimum remedium*, eli kajoaminen on oikeutettua mikäli a) se on objektiivisesti lapsen edun mukaista b) on otettu tasapuolisesti huomioon vanhempien ja muiden sukulaisten oikeudet suhteutettuna lapsen etuun c) on selkeästi osoitettavissa, että on pyritty palauttamaan vanhempi-lapsi –suhde. On tarpeetonta lisätä d) on ollut oikeus kiireellisiin oikeuden päätöksiin, jotka perustuvat ensi sijassa Sopimuksen Artiklaan 8, eivät niinkään Artikla 6 § 1:ään.

Nyt käsillä oleva asia nostaa kuitenkin esiin kaksi lisäseikkaa. Ensimmäinen on se, miten intensiivisesti ja jatkuvasti valtion viranomaiset on velvoitettu *kontrolloimaan* päätöksensä toimeenpanoa suhteessa niihin, joille he ovat luovuttaneet lasten huoltamisen. Toinen koskee lapsen ja vanhemman oikeutta saada Valtiolta sellaisia sijaishuoltoa, joissa ei ole moittimista.

Jälkimmäisen suhteen on ymmärrettävä, että laaja-alainen ja voimakas kajoaminen perhe-elämään ei ole oikeutettua, jollei sijaishuolto ole moitteetonta.

Sijaishoidon toteuttaminen voi johtaa jatkoriitaan vanhempien ja Valtion kesken, johtuen siitä alkuperäisestä päätöksestä, jolla perhe-elämään kajottiin. Tämä nostaa esiin kysymyksen vanhempien, lasten ja lähiomaisten jatkuvasta oikeudesta saada asiansa oikeuskäsittelyyn.

Valtio ei voi oikeutetusti kajoa kaikkein perimmäisiin ihmissuhteisiin, jotka vallitsevat vanhemman ja lapsen välillä, jollei se ole halukas ja kyvykäs *jatkuvasti* muuttamaan sellaisia juridisia päätöksiä, jotka ylittävät *res judicata* –periaatteen sisältämän retrospektiivisuuden tapauksissa, joissa on kyse perhe-elämään kajoamisesta. Yksinkertaisessa avioerossa, kun parilla ei ole lapsia Valtion tuomioistuimet voivat yksinkertaisesti julistaa suhteen päättyneeksi ja mahdollisesti määrää yhdessä kertyneen omaisuuden jaettavaksi. Kuitenkin jos asiaan liittyy lapsia, joudutaan tekemään erittäin vaikeita ja ennusteellisia, pitkän tähtäimen päätöksiä heidän huoltamisestaan. Silti, vaikka lapsi olisi uskottu toiselle vanhemmalle, ei tällä päätöksellä ole lopullisuuden suomaa immunitettia.

*A priori*, edes tapauksessa, jossa molempien vanhempien käytös on lapselle tuhoavaa, ei voida tehdä päätöstä, että perhe vain hajotetaan. Oikeudelta vaaditaan alkuperäisen sijaishuoltopäätöksen jälkeen jatkuvaa juridista sitoutumista. Perhetuomioistuimen toiminnan on oltava yksilökohtaista, koska tällaisesta asiaa ei missään merkityksessä voida pitää lopullisesti

ratkaistuna, ei ainakaan ennen kuin lapsi on täysi-ikäinen. Tämän vuoksi, jos Valtio päättää sekaantua lapsen ja vanhemman väliseen, luonnostaan pitkäaikaiseen suhteeseen, sen on hyväksyttävä se, että sillä on jatkuvat tulevaisuuden *parens patriae* velvollisuudet ja vastuut. Historiallisesti juridinen doktriini *parens patriae* perustui (väärään) olettamaan siitä, että perhettä koskevassa lainkäytössä yksilölliset ja nuorisorikostapaukset kuuluvat Valtion *in loco parentis* –periaatteella hoidettaviin asioihin, ja siksi riitaisa ’vihamielinen asenne’, joka on tyyppillistä rikostapauksille ja myös yksityisoikeuteen, korvattaisiin Valtion *in loco parentis* ’ystävällisellä asenteella’. Juridisesti ilmaistuna tuolloin vallitsi kiistaton ennakko-olettamus ’ystävällisestä asenteesta’. Tämä ennakko-olettamus esti tehokkaasti pääsyn tuomioistuimeen.

Noin kolmekymmentä vuotta sitten *parens patriae* –doktriini romuttui monissa kansallisissa lainsäädännöissä, kun käsittelyssä oli ollut joukko perustuslain tulkintaan liittyviä tapauksia. Tuli juridisesti selväksi, että valtion määräämät valvojat (Valtion perustamat toimistot, joille lapset, mielisairaat ja nuorisorikolliset oli uskottu) olivat molempien sanojen suhteen kaikkein pahimpia. ’Ystävällisen asenteen’ ennakko-olettamuksen vuoksi lapset, mielisairaat ja nuorisorikolliset menettivät oikeuden lain takaamaan proseduuriseen ja aineelliseen oikeussuojaan, eivätkä todellisuudessa saaneet vastineeksi Valtion hoitoa ja huolenpitoa. Tämän seuraamuksena palautettiin omaan case-law:imme tiukka juridinen suoja – ’oikeus oikeudenkäyntiin’, ja luovuttiin naivista *parens patriae* –ideologiasta.

*Scozzari ja Giunta v. Italia* osoittaa selkeästi, että Valtion on saatettava tasapainoon alkuperäinen kajoamisensa perhe-elämään sen suhteen mitä tulevaisuuden *parens patriae* velvollisuuksia se on alkuaan ottanut.

Tarkennettuna nämä velvollisuudet merkitsevät ensinnäkin perhetuomioistuinten velvollisuutta tasapuolisuuteen. Kun ne harkitsevat juridista kajoamista perheen ihmissuhteisiin, niiden on oltava varmoja, että Valtion tarjoama huolenpito on selvästi ja osoitettavasti parempaa, kuin se tilanne, jota tuomioistuin on korjaamassa. Toiseksi, kun kajoamisen perusteena on lapsi-vanhempi –suhde, näiden tuomioistuinten *ex officio* velvollisuudet säilyvät niin pitkään kunnes suhteet on palautettu. Kolmanneksi, loukatulla osapuolella on oltava jatkuva pääsy oikeuteen, mikä tarkoittaa sitä, että tuomioistuimen tulee olla valmis ratkaisemaan toissijaisia riitoja, jotka johtuvat alkuperäisestä oikeuden päätöksestä, jolla on kajottu lapsen ja vanhemman väliseen suhteeseen.

Tosin sanoen, jos Valtion tuomioistuimet ovat oikeudellisesti tai muutoin kyvyttömiä omaksumaan tällaista pitkäaikaista sitoutumista, niiden ei tulisi kajota asiaan. Toisaalta tuomioistuimet eivät voi itse toimittaa lapsille päivittäistä hoitoa, ja siksi se uskotaan sosiaaliviranomaisille. Kuitenkin sen sosiaaliviranomaisen toimijan, jolle tuomioistuin on uskonut lapsen, tulee olla tuomioistuimen jatkuvan *ex officio* -valvonnan alainen.

Konfliktinratkunnan tiukkaa juridista vallankäyttöä, esim. valtaa ratkaista *tulevia* riitoja, jotka johtuvat alkuperäisistä huostaanottojärjestelyistä, ei saa jättää psykiatreille, psykologeille, sosiaalityöntekijöille, huoltolaitosten johtajille tms. Sijaishuoltojärjestelyt tuottavat usein joukon uusia konflikteja vanhempien ja sosiaaliviranomaisten välillä. Monissa muissakin Tuomioistuimen ratkaisemissa tapauksissa on tullut ilmeiseksi, että sosiaaliviranomaisilla on tapana riistää itselleen mielivaltaan perustuva päätöksenteko-oikeus, joilla he ylittävät lakiin perustuvan päätäntävaltansa. Epäilemättä tämä ongelma johtuu lapsen huoltoon ja huostaanottoihin liittyvästä tapausten ei-retrospektiivisestä ja ainutlaatuisesta luonteesta, jota selitin

ylempänä. Kuitenkin lainsäädännön fundamentaalinen periaate edellyttää, että sekä lapsille että vanhemmille taataan oikeus saada asiansa oikeusistuimen käsittelyyn.

Näissä valituksissa on kyse liian merkittävistä asioista, jotta ne voitaisiin jättää sellaisten henkilöiden mielivaltaisesti ratkaistaviksi, joilla on valtuudet ainoastaan järjestää sijaishoitoa. Olettama siitä, että he toimivat bona fide, on voitava saada kiistää, eli se tulee voida saattaa oikeuden jälkikäteiseen arviointiin, ja asia on voitava tuoda sinne esteettä. Yllä mainittujen henkilöiden ratkaisut johtavat sijaisvanhempien, sosiaalityöntekijöiden, psykologien, sijaishuoltoinstituutioiden ym. toimittamaan nk. khadi-oikeuteen (khadi on muslimien sharia-oikeudenkäytössä oleva ratkaisutapa. suom.huom.). Näin ollen he eivät voi itse olla esittelemässä asiaa tilanteissa, joissa heidän omat päätöksensä ovat vanhempien kritiikin ja valituksen kohteena.

Proseduraalisesti tällaiset asiat on otettava käsittelyyn prima facie –periaatteen vuoksi, jos esitetyt seikat nostavat esiin oikeuden päätöstä vaativan ongelman, joka johtuu sijaishuoltojärjestelyistä.

Tämä seikka kuuluu lailla säädeltäviin asioihin. Perheoikeuden ovien tulee olla aina avoinna.

#### Concurring OPINION OF JUDGE Zupancic

I fully agree with the judgment in this case. I thought it might be useful, however, to make a few general observations concerning the procedurally idiosyncratic nature of cases such as the one we have decided today.

Cases such as *Scozzari and Giunta v. Italy* are not paradigmatic legal disputes. They generate specific problems relating to our own doctrine of access to court and to the rule of law itself. Since the *Olsson v. Sweden* (no. 1) judgment of 24 March 1988 (Series A no. 130) and up to the recent case of *Nuutinen v. Finland* (no. 32842/96, ECHR 2000-VIII), the whole series of Article 8, that is, family law, cases have raised specific procedural difficulties. These difficulties are offset mostly, as we shall see, by the non-retrospective nature of judgments in family law disputes. For example, difficult last-minute developments in the evolving fact patterns oblige the Court to engage in first-instance fact-finding and even in probability assessments.

Legal theory has, to the best of my knowledge, not offered any ready-made solutions to the recurring questions outlined below.

A classic legal dispute has certain procedural characteristics. First, right and remedy are usually interdependent; second, the lawsuit is retrospective, that is, it usually concerns only past events (facts); third, the polarities of the legal aspects of the dispute must be monocentric, that is, ultimately there is one question to be decided; fourth, there is a deontological tension between the legally relevant facts and the applicable norm.

The so-called “best interests of the child”, for example, are not specific enough to establish the usual judicial *aut-aut* monocentric polarity. This, in turn, obliges the court to become involved in polycentric choices, that is, to assume an active *parens patriae* role. Moreover,

this active involvement of the court is a continuing one, sometimes until the child reaches maturity.

The impartiality, that is, the passive non-involvement of the court, as well as the respective roles of the parties to the dispute are also predetermined by specific characteristics of family law cases. For example, the passive impartiality of the courts clearly results from the interaction of the two polarised partialities of the parties. In turn, the case is in this sense ripe – I am referring to the ripeness aspect of the justiciability doctrine – once it is focused on one or two essential issues. This focus, while shifting as a mirror image of the burden of proof, is nevertheless fixed in the past, i.e. it is entirely retrospective. The finality of the judgment, which is irrebuttably presumed to be valid (*res judicata pro veritate habetur*), depends on the pre-existent finality of the facts, that is, on the judicial retrospective. In the end, implementation, enforcement and execution of the judgment, too, as I pointed out in my dissenting opinion in *Nuutinen*, may be adversely affected.

Furthermore, the choice of the applicable norm hinges on the legally relevant facts (past events) and, vice versa, what facts are legally relevant depends in turn on the choice of the norm. This dialectical process implies a fact pattern that has *crystallised* in the past, not one that is constantly changing. The normal truth-finding function of the courts of law is to consider and assess such crystallised facts, rather than to pronounce on people's future suitability and fitness to perform parental functions, for example. Epistemologically, the law of evidence is predicated on the historical method, not on the assessment of future probabilities.

In both national and international appellate jurisdictions these complications are even more critical. In such cases, the appellate court is faced with more recent events, that is, events that are subsequent to the decisions of their lower courts. The appellate courts, in other words, are faced with the continuous evolution – improvement or deterioration – of the disrupted family relationship. The appellate court is therefore *volens nolens* involved in a fresh appraisal of new facts (*questiones facti*). It cannot limit itself, as it would normally do, to the fact pattern as established by the lower courts and recorded in the case file but must, on the contrary, remain receptive to the latest developments. This makes it difficult for an appellate court to limit itself to questions of law (*questiones juris*).

This puts even the international court of last appeal, although further removed from the direct factual assessment of sensitive relational issues, into the uncomfortable – but inevitable – role of a direct fact-finder. Consequently, the principle of immediacy of fact-finding is affected. Inevitably then, since the appellate court must reach a definable aspect of the case's complex and continuously evolving fact pattern, there arises the need for a thoroughly reductive, namely minimalist, judicial approach.

Also, the right to non-disruption of family life and our own remedy of just satisfaction cannot be in any meaningful sense interdependent. In paragraph 249 of the judgment we outlined our hope that the Italian State will choose one of the options consistent with our judgment and attempt to remedy, in so far as possible, the tragic situation of the **Scozzari** family. However, while there are in fact several obvious options at the disposal of the Italian State, none of them has the clear meaning of the usual *quid pro quo* of the classical *restitutio in integrum*. The passage of time, when dealing with small children is, irreversible and irremediable.

In the past, I think, the Court has performed a formidable service both in finding wise

solutions to individual cases and in establishing general principles and doctrines governing certain aspects of European family law. By virtue of the case-law, it is now largely clear what the rights and obligations of the Contracting States under the European Convention on Human Rights are, or more specifically, what the limits on proportional interference in disrupted family relationships are.

To summarise these principles and doctrines, the *ultimum remedium* of interference is justified if (a) it is objectively in the best interest of the child, (b) it balances the rights of the parents (and other close relatives) against the best interests of the child and (c) it demonstrably strives to re-establish the parent-child relationship. Needless to say, (d) the right to speedy decisions by the family courts, which derives more from Article 8 of the Convention than from Article 6 § 1<sup>3</sup>, is here especially prominent.

The case before us, however, raises two additional issues. The first issue concerns the intensity as well as the continuity of the *control*, which the State authorities are required to exercise over the implementation of their decisions by those to whom they have entrusted the care of the child. The second issue concerns the parents' and children's right to the provision of alternative care that is beyond reproach.

As to the latter issue, it is understood that such an exceedingly grave interference in family life cannot be proportionate unless the alternative care facility imposed by the State is *beyond reproach*.

Moreover, since the question of the nature of alternative care is usually the subject matter of a secondary dispute between the parents and the State – arising from the primary judicial decision to interfere in the family life – this issue merges with the question of continuous access to the courts for parents, children and close relatives.

A State cannot justifiably disrupt the most fundamental human relationship, which is that between parent and child, unless it is willing and able to *continue* to render judicial decisions going beyond the retrospective *res judicata* of balanced interference in the life of the family. In a simple divorce case involving a childless couple, the State's courts may simply establish and declare an end to the relationship and perhaps draw the necessary consequences concerning the dividing up of property accumulated during its subsistence. If there are children, however, extremely grave and *prospective* long-term decisions must continually be made concerning their custody. Even if the child is entrusted to one of the two parents, this is already a sphere in which the judgment has no immutable finality.

*A fortiori*, in a case in which the behaviour of both parents has proved detrimental to the child, the decision cannot be simply to break up the family. An initial alternative care arrangement followed by continuous judicial commitment is required of the court. Again, this function of the family court is idiosyncratic, because a dispute of this kind cannot in any sense be deemed as finally resolved – at least not until the child has attained legal maturity. Therefore, if the State does decide to interfere in the natural long-term relationship between parent and child, it must accept that it will have continuing future *parens patriae* duties and responsibilities.

Historically, the *parens patriae* legal doctrine was based on the (wrong) assumption that in

family-law, civil-commitment and juvenile-delinquency cases the State acts *in loco parentis* and that, therefore, the conflicting “hostile attitudes”, typical of criminal and even private law, are here replaced by a “friendly attitude” of the State *in loco parentis*. Legally speaking, there was an irrebuttable presumption of “friendly attitude”. This presumption effectively blocked all further access to the courts.

About thirty years ago, however, the *parens patriae* doctrine collapsed in a series of constitutional cases in different national jurisdictions. It became legally clear that these wards of the State (children entrusted to State agencies, committed mental patients and juvenile delinquents) found themselves in the worst of both worlds. Due to the “friendly-attitude” presumption, children, mental patients and juvenile delinquents lost the procedural and the substantive guarantees of the *law* – but did not really receive the treatment and the *care* of the State. The consequence of that was the resurgence of strict judicial protection – “access to court” in the language of our own case-law – and the departure from the naïve *parens patriae* ideology.

The case of *Scozzari and Giunta v. Italy* clearly demonstrates that the State must balance its initial decision to interfere in the family life against future *parens patriae* responsibilities it has thus assumed.

These responsibilities, more specifically, imply, first, the balancing duty of the family courts. When they consider the possible legal interference in the family relationship, they must be certain that the care imposed by the State will be clearly and demonstrably better than the troubled situation the court is seeking to redress. Second, these *ex officio* responsibilities of the family courts continue for so long as the basic child-parent relationship, which should be the purpose of the interference, is not re-established. Third, the aggrieved parties must continue to have access to court, that is, the courts must continue to resolve secondary disputes arising from the primary judicial decision that had interfered with the relationship between parents and children.

In other words, if the State's courts are, legally or otherwise unable to assume such long-term commitments, they should not interfere.

On the other hand, the courts cannot themselves provide the day-to-day care for the children. This is usually entrusted to social services. However, the social services department to which the courts have entrusted the child, must be under the court's continuous *ex officio* supervision.

The strictly judicial power of conflict resolution – i.e. the power to resolve *further* disputes arising out of the initial alternative care arrangements – must not be left to psychiatrists, psychologists, social workers, managers of alternative care institutions, etc. The alternative custody and care arrangements, while in place, will often generate a series of new conflicts between parents and the welfare authorities. In many other cases decided by this Court it was apparent that welfare authorities have a tendency to arrogate to themselves an arbitrary decision-making power far exceeding their judicially granted authority. Undoubtedly, this problem derives from the non-retrospectivity and other idiosyncrasies of child custody and care cases outlined above. However, the fundamental principle of the rule of law requires that the parents' and children's access to court be strictly and continuously maintained.

Too much is at stake here for these grievances to be arbitrarily decided by those authorised only to provide the alternative care. The presumption of their bona fides must remain a rebuttable one, i.e. subject to subsequent legal challenge and uninterrupted access to court. Since this would amount to the so-called khadi-justice, foster parents, social workers, psychologists, psychiatrists, alternative care institutions, etc., cannot be arbiters in situations in which their own decisions are the target of parents' criticism and grievance.

Procedurally, such disputes are prima facie admissible, if the issues they raise transcend the strictures of judicial decisions establishing the alternative care arrangements.

This issue goes to the core of the rule of law. The doors of the family court should remain wide open.

1. *Note by the Registry*. Protocol No. 11 came into force on 1 November 1998.

1. *Note by the Registry*. The report is obtainable from the Registry.

1. See the Johansen v. Norway judgment of 7 August 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III, opinion of the Commission, pp. 1023-24, §§ 106-12.

Scozzari and **Giunta** v. ITALY JUDGMENT

concurring opinion of judge Zupancic