



17-05-2018

Magtanvendelse – En undersøgelse af rækkevidden af Voksenansvarslovens §§ 9 og 16

The use of force against children placed outside the home – A study of the scope of §§ 9 and 16 in The Adult Responsibility Act



Skrevet af Cecilie Tølbøl Rosenvinge (studienummer: 20136108)
VEJLEDER: TRINE SCHULTZ

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1. Om fremstillingen	3
1. Abstract	3
2. Indledning	5
3. Afgrænsning	6
4. Problemformulering	6
5. Metodeafsnit	7
Retskilder	7
Kapitel 2. Forældrenes rettigheder og pligter	9
1. Relationerne mellem situationens parter	9
1.1 Forældremyndighedsindehaveren	9
1.2 Kommunen og institutionen	9
2. Forældrenes magtanvendelse over for deres børn	9
2.1 Magtanvendelse som afstraffelse	10
2.2 Magtanvendelse i omsorgsøjemed	10
2.3 Magtanvendelse i opdragelsesøjemed	11
Kapitel 3. Generelle principper og selvbestemmelsesretten	13
1. Legalitetsprincippet	13
2. Proportionalitetsprincippet	13
3. Åbenhed	14
4. Voksenansvarslovens § 7	14
5. Selvbestemmelsesretten	15
5.1 Selvbestemmelsesretten og Menneskerettighedskonventionen	15
5.2 Selvbestemmelsesretten og Grundloven	17
6. Børnekonventionen og barnets bedste	18
Kapitel 4. Fastholdelse og føren	19
1. Voksenansvarslovens § 9	19
2. Indgrebsindikatorerne	19
2.1 Grænsedragningen mellem magtanvendelse og vold	20
2.2 Grænsedragningen mellem omsorg og fysisk magt	21
3. Grænsen mellem §§ 8 og 9	23
4. Grænsen mellem §§ 6 og 9	25
5. Costello-Roberts v. The United Kingdom	27
5.1 Sagens omstændigheder	27
5.2 Menneskerettighedsdomstolens afgørelse og begrundelse	27
6. Delkonklusion	29

Kapitel 5. Straffrihedsbestemmelserne	30
1. Nødværge	30
Betingelserne for anvendelse af nødværge	31
2. Nødret	32
Kapitel 6. Undersøgelse af person og opholdsrum	34
1. Voksenansvarslovens § 16	34
1.1 Indgrebsindikatorerne for stk. 1	35
1.2 Indgrebsindikatorerne for stk. 2	35
1.3 Nærmere om personundersøgelsen	36
1.4 Nærmere om undersøgelsen af opholdsrum	37
1.5 Generelle retningslinjer for undersøgelsen af person eller opholdsrum	37
1.6 De fundne effekter	38
2. Delkonklusion	39
Kapitel 7. Vurderingen af problemstillingen	40
1. Vurdering af muligheden for at foretage indgreb i selvbestemmelsesretten efter §§ 9 og 16 i Voksenansvarsloven	40
Kapitel 8. Konklusion	46
Litteraturliste	50
Bøger	50
Lovgivning	50
Retspraksis og ombudsmandens udtalelser	51
Øvrigt materiale	51
Bilag	52

Kapitel 1. Om fremstillingen

1. Abstract

The purpose of this dissertation is to examine the possibility of using force against children and young adults, who are placed outside of their regular homes, in relation to the restrictions the child or young adults right to self-determination gives them. The focus of the dissertation is The adult responsibility act §§ 9 and 16.

In the dissertation the method used to examine the purpose is the legal dogmatic method. To examine the possibility of using force against children and young adults it's necessary to compile a review over the relevant clauses and principles in Danish law both the purely Danish legislation and the international obligations Denmark has signed. To fulfil the purpose of the dissertation it's necessary to analyze the range of §§ 9 and 16, to determine to what extent the self-determination restricts application.

§ 9 in the adult responsibility act have restrictions similar to other interventions in the children and young adults' self-determination. It's important that the general principles given in the adult responsibility act § 7 are always respected, when interventions are made. In relation to § 9 it's important that the principles of proportionality and necessity are respected and used in the assessment of the legality of the intervention. It's important, that the intervention is always aligned with the surroundings.

The border demarcation between use of force and care is central for the area concerning children and young adults despite that it's not possible to definitively define where the border should be drawn. The border demarcation is to an extent shown in the verdict U.2004.1186V from the Danish high court. The verdict show that two teachers had shown care for a child by placing tape over the student's mouth to make him calm down. The high court made this verdict because they found that the student's behavior made it necessary to use force to calm the situation and the teachers had their full attention directed towards the student.

The Danish public advocate have in his statement 2013-28 given a contribution to the assessment of where the line between control and care is drawn. An institution used a tool called "reflectiontime" in immediate extension of control use. The Danish public advocate assessed that this was not in compliance with the proportionality principle. The use of control should always cease, when the child's or young adult's behavior no longer constitutes the use of control.

The biggest difference between §§ 8 and 9 in the adult responsibility act is that § 8, concerning the right to avert, only gives the right to avert damages to objects whereas § 9 gives the personnel in the institution the right to intervene if there is the possibility of harm befalling a human.

The principle of proportionality plays a huge part when using the adult responsibility act § 8. It is only allowed to restrain the child or young adult for at short amount of time. The boundaries concerning the short amount of time are not defined in the Danish legislation. It is therefore a proportionality assessment if the use

of § 8 are legal. Besides the proportionality principle, the principle of gentleness plays a role in the assessment of the legality of the situation.

Resistance from the child or the young adult is crucial when assessing if it is § 9 or § 6 that should be used as warrant for an intervention. § 6 alone allows the personnel to use physical guidance where the child doesn't resist. Respecting the principles of proportionality and necessity are paramount for a legal usage of § 6. The clause also contains a number of regards concerning the protection of the child or young adult. There is a wider possibility to use § 6 in regards to smaller child, because they are not always aware of the consequences of their actions, whereas young adults most times are more than capable of assessing the consequences of their actions.

An intervention is in conflict with the ECHR if there is a certain severity to the intervention. If there are permanent damage or injury that is a clear indication of a breach in the ECHR. The principle of proportionality plays a role here too.

It is important when using § 16 in the adult responsibility act, that the personnel have tried to get the cooperation of the child or young adult before using force. The principles of proportionality and necessity are furthermore important factors when the assessment of the legality has to take place. The intervention has to be used in such a way, that it is the least offensive to the child or young adult. Because § 16 gives the institution the right to search the child or his/her room, it is important to have a clear warrant.

2. Indledning

At der er en regulering af magtområdet for børn og unge er ikke en nyskabelse. Dog er reguleringen blevet mere konkret end den tidligere har været. Hvis der foretages et historisk tilbageblik på reglernes udvikling på området vil dette tydeligt vise sig.

Den første egentlige regulering af magtområdet for børn og unge fremgik af Bistandslovens § 14, der alene indeholdte en bemyndigelse for socialministeren til at kunne udstede regler for området. Deraf blev der udstedt der en egentlig magtbekendtgørelse vedrørende forholdene for børn og unge på døgninstitutionerne i 1976.¹

I 2004 gennemgik magtbekendtgørelsen en større revision, så der nu var en formålsbestemmelse, samt en bestemmelse vedrørende de generelle principper for magtanvendelse, der skal overholdes i forbindelse med udøvelsen af magt over for børn og unge. Magtbekendtgørelsen gennemgik en større række ændringer i de efterfølgende år. Ændringer, der blandt andet skulle sikre barnet og den unges retssikkerhed; på hvilke anbringelsessteder, der kunne anvendes magt; samt hvilke regler der var gældende for plejefamilier.²

Alle disse ændringer ledte op til, at folketetinget med lovforlaget L 162 vedtog, at magtanvendelsesreglerne, der kunne anvendes over for anbragte børn og unge skulle flyttes til en separat lov; Lov om voksenansvar eller i daglig tale Voksenansvarsloven.

Magtanvendelse over for anbragte børn og unge er et område, der inden for de seneste år har fået mere og mere mediebevågenhed. Samtidigt med at der tilsyneladende er en stigning i anvendelsen af magt over for de anbragte børn eller unge.

Denne tilsyneladende stigning i anvendelse af magt over for børn og unge er svær at forklare, da regler om magt ikke er en nyskabelse og Voksenansvarsloven er egentlig alene regler fra tidligere bekendtgørelser og andre retskilder, der blevet omskrevet til en lov. Det kan tænkes, at den stigende anvendelse af magt har grobund i, at de forskellige fagfolk, der til daglig anvender magt, ikke er undervist tilstrækkeligt i at anvende reglerne på en sådan måde, at alle indgreb, som foretages på institutionerne er i overensstemmelse med Voksenansvarslovens regler.

Netop på grund af det store fokus på området, er det interessant at undersøge, hvilke muligheder der er for at udøve magt, der er i overensstemmelse med de på området gældende retsregler. For på denne måde, at undersøge i hvilket omfang de tilgængelige retskilder, ud over selve Voksenansvarsloven, kan give et fortolkningsbidrag til lovgivningens til tider vage bestemmelser.

¹ Hanne Hartoft, Magtanvendelse over for anbragte børn og unge, s. 235

² Hanne Hartoft, Magtanvendelse over for anbragte børn og unge, s. 238

3. Afgrænsning

Da magtanvendelse over for anbragte børn og unge er et omfangsrigt emne, skal der foretages en række afgrænsninger, så det er muligt inden for afhandlingens begrænsede omfang, at komme i dybden med emnet. Der er valgt at fokusere på Voksenansvarslovens §§ 9 og 16 der vedrører den fysiske magtanvendelse og undersøgelse af person og opholdsrum. Dermed ikke afgrænset således, at andre aspekter, som nødretten ikke kan blive inddraget under emnets behandling.

Ved behandlingen af Voksenansvarslovens §§ 9 og 16 afgrænset det til alene at være institutionernes anvendelse af disse indgrebsmuligheder. Med institutioner menes der både døgninstitutioner, de sikre institutioner og særligt sikrede afdelinger. Plejefamilier og netværksfamilier vil ikke blive omfattet af undersøgelsen, da den fastholdelseshjemmel der er givet i § 9 ikke finder anvendelse ved plejefamilierne og netværksfamilierne.

Derudover er der afgrænset således, at klagemulighederne i forbindelse med at et indgreb er blevet foretaget som udgangspunkt ikke vil blive behandlet. Det kan dog forekomme, at disse vil blive nævnt ganske kort.

Under behandlingen af emnet vil relevante konventioner som Menneskerettighedskonventionen og børnekonventionen blive inddraget. Derudover vil Grundloven blive inddraget til at undersøge hvilke rettigheder, børn og unge er i besiddelse af under en anbringelse.

4. Problemformulering

Formålet med afhandlingen er at undersøge muligheden for at anvende magt over for anbragte børn og unge set i forhold til de begrænsninger, der kan være ved barnets eller den unges selvbestemmelsesret. Først kan analyseres på mulighederne for magtanvendelse, er det vigtigt at fastslå hvilke grundprincipper der gælder på magtanvendelsesområdet.

Derfor vil der i starten af afhandlingen være en forklaring af de begreber/generelle principper for magtanvendelse, der er relevante for den senere undersøgelse af afhandlingens problemstilling. Derudover er det forsøgt at lave en forklaring af, hvad selvbestemmelsesretten går ud på, da denne ikke er et lovbestemt begreb i Voksenansvarsloven. Til dette inddrages blandt andet Menneskerettighedskonventionen.

Endeligt skal det vurderes i hvilket omfang barnets eller den unges selvbestemmelsesret begrænser mulighederne for at anvende magt over disse efter Voksenansvarslovens §§ 9 og 16.

Problemformuleringen har følgende udformning:

En undersøgelse af muligheden for indgreb efter Lov om voksenansvars §§ 9 og 16 herunder betydningen af barnets eller den unges selvbestemmelsesret i forbindelse med indgrebet

5. Metodeafsnit

Det vil være den retsdogmatiske metode, der vil blive anvendt. Denne metode bliver anvendt til at finde gældende ret, *de lege lata*. Formålet med den retsdogmatiske metode er, at beskrive og analysere den gældende ret for tidspunktet, hvor undersøgelsen af retsområdet foretages. Ved denne beskrivelse og analyse af gældende ret ønsker man, at opnå større forståelse af stoffet, samt ny viden. Der vigtigt, at der er systematik, gennemsigtighed og dybde ved behandlingen af det afgrænsede retsområde.³ Den retsdogmatiske metode vil her i afhandlingen blive anvendt ved fastlæggelse af de generelle principper for magtanvendelsesområde, samt ved beskrivelsen af, hvad selvbestemmelsesretten omfatter. Ydermere vil metoden blive anvendt ved analysen af mulighederne for magtanvendelse set i forhold til, at barnet og den unge i forskelligt omfang har ret til selvbestemmelse. Metoden vil til sidst blive anvendt til at lave en vurdering af i hvilket omfang institutionerne kan anvende magt over for det anbragte barn eller den unge uden, at denne magt ud over, hvad der må anses for at være lovligt og overskrider selvbestemmelsesretten.

Retskilder

Der er en række retskildemæssige udfordringer i forbindelse med undersøgelsen af emnet. Da der ikke som ved mange andre emner er en omfangsrig retspraksis. Dermed er det nødvendigt at anvende de andre retskilder ved undersøgelsen af emnet.

Der er til at belyse det valgte emne, anvendt en række retskilder. Der er til de indledende bemærkninger samt for at give et overblik over, hvilke grundlæggende principper og rettigheder der er relevante, anvendt den juridiske litteratur, samt lovgivningens udformning som primære retskilder. Da der som tidligere nævnt ikke findes en omfattende retspraksis på området, er der til at undersøge mulighederne for magtanvendelse efter Voksenansvarslovens §§ 9 og 16, anvendt bemærkningerne til lovforslaget om voksenansvar, vejledningen til Voksenansvarsloven, betænkningen nr. 1551 afgivet af magtudvalget, en række af ombudsmandens centrale udtalelser på området, samt svar på spørgsmål til minister Karen Elleman i forbindelse med lovgivningsprocessen som retskilder.

Lovgrundlaget, der er anvendt for at belyse området er Voksenansvarsloven, Grundloven, Menneskerettighedskonventionen og Børnekonventionen. Fastholdelse og føren, samt undersøgelse af person- eller opholdsrum er direkte lovreguleret i Voksenansvarslovens §§ 9 og 16. På trods af at formålet med afhandlingen er at undersøge mulighederne for magtanvendelse efter førnævnte paragrafer, er det dog ikke loven, er anvendes som en primære retskilde. Den anvendes alene til at give et indblik i, hvordan den relativt nye lovregulering på området er udformet.

³ Retsvidenskabsteori, Carsten Munk-Hansen, s. 86

Der er som tidligere nævnt ikke nævneværdigt megen retspraksis på magtanvendelsesområdet over for børn og unge på trods af, at dette er et område, der hver dag er i spil på alle landets institutioner. Der er dog en række domme fra både danske domstole og Menneskerettighedsdomstolen, der kan inddrages til at belyse emnet. Disse vil blive anvendt, hvor det findes nødvendigt og relevant i analysen.

Den anvendte litteratur i afhandlingen spænder over flere fagområder. Strafferetlig litteratur bliver anvendt til at forklare nødværge og nødretten. Derudover anvendes et flertal af fagbøger inden for socialretten. Yderligere anvendes forvaltningsretlig litteratur til at redegøre for rækkevidden af de centrale principper, der skal anvendes ved faktisk forvaltningsmyndighed.

Kapitel 2. Forældrenes rettigheder og pligter

1. Relationerne mellem barnet/den unge, forældremyndighedsindehaveren, institutionen og kommunen

På trods af at der ønskes en behandling af magtanvendelse over for barnet eller den unge, vil der kort blive forklaret relationerne mellem de forskellige parter i en anbringelse af et barn eller en ung. Desuden vil servicelovens § 55 vedrørende anbringelsesstedernes pligt til at drage omsorg og sørge for barnet blive forklaret kort.

1.1 Forældremyndighedsindehaveren

Forældremyndighedsindehaveren er normalt i besiddelse af retten og pligten til at sørge for barnet eller den unge. Det kan være både den daglige opdragelse, samt de større beslutninger f.eks. barnets eller den unges opholdssted (bopæl) og uddannelsessted. Det ændres, som udgangspunkt ikke ved en anbringelse. Dog overgår opdragelsen, samt den daglige omsorg for barnet eller den unge til institutionen. Der sker dermed ikke en formel overgivelse af forældremyndigheden, men alene en praksis overgivelse af en række daglige opgaver.⁴

1.2 Kommunen og institutionen

Ved en anbringelse af et barn eller en ung har denne ret til at modtage omsorg, socialpædagogisk rådgivning, behandling, og personlig støtte efter servicelovens § 55. Alt dette skal kommunen eller den institution, hvor barnet eller den unge er anbragt, give denne.⁵ På trods af at forældremyndigheden forbliver hos forældrene ved en anbringelse, er der alligevel i servicelovens § 69 hjemlet, at kommunen kan træffe afgørelser i en række sager omhandlende barnet eller den unge i stedet for forældremyndighedsindehaveren. Sagen skal dog være væsentlig for barnets udvikling førend kommunen kan træffe afgørelsen. Under vurderingen af, hvad der er væsentlig for barnets eller den unges udvikling, skal formålet med anbringelsen inddrages.⁶

2. Forældrenes magtanvendelse over for deres børn

Da der søges at lave en undersøgelse af mulighederne for magtanvendelse over for anbragte børn og unge. Kunne det være interessant først at forsøge at afklare i hvilken omfang forældremyndighedsindehaverne kan anvende magt over for deres barn/børn eller unge. Som udgangspunkt er der et skærpet hjemmelskrav, hvis myndighederne skal lave magtanvendelse over for borgerne. Sådan forholder det sig imidlertid ikke, hvis der er tale om magtanvendelse over for forældremyndighedsindehaverens egne børn eller unge. Magtanvendelsen

⁴ Socialret Børn og unge, Trine Schultz, Hanne Hartoft, John Klausen og Nina von Hieltcrone, s. 308 – 309

⁵ Socialret Børn og unge, Trine Schultz, Hanne Hartoft, John Klausen og Nina von Hieltcrone, s. 308 – 309

⁶ Socialret Børn og unge, Trine Schultz, Hanne Hartoft, John Klausen og Nina von Hieltcrone, s. 314 – 315

kan i nogle tilfælde falde ind under omsorgspligten, som forældrene er undergivet i forhold til deres børn og unge.⁷

Af forældreansvarslovens § 2, stk. 1 kan det udledes, at forældremyndighedsindehaveren har en pligt til at sikre, at barnets fysiske og psykiske behov bliver opfyldt. Det er dog op til forældremyndighedsindehaveren at beslutte, hvordan barnet eller den unges behov både de fysiske, socialiseringen, undervisning og psykiske bliver opfyldt. Det kan ved forskellige anledninger være nødvendigt for forældremyndighedsindehaveren at gennemtvinge omsorgen for barnet eller den unge, da denne ikke selv er i stand til at varetage egne interesser.⁸ Af stk. 2 kan det læses, at på trods af denne mulighed for forældremyndighedsindehaveren, skal indehaveren behandle barnet eller den unge med respekt og have respekt for barnet eller den unges person. Forældremyndighedsindehaveren må ikke udsætte barnet eller den unge for legemlig afstraffelse eller anden krænkende behandling. Forbuddet mod fysisk afstraffelse skal overholdes i alle tilfælde af magtanvendelse over for børn og unge.⁹

De situationer, hvor forældre kan anvende magt over for børn og unge kan inddeles i tre kategorier. 1) afstraffelse, 2) opdragelse og 3) omsorgsøjemed. Når det skal vurderes, om magtanvendelsen kan være lovlig er det en vurdering af formålet med magtanvendelsen sammenholdt med forældrenes pligter og rettigheder over for barnet eller den unge.¹⁰

2.1 Magtanvendelse som afstraffelse

Revselsesretten blev afskaffet i 1997 og var kulminationen på en løbende indskrænkning af forældres ret til fysisk at straffes deres børn. Der er dog stadig handlinger, som forældrene kan udøve over for børn eller unge, der ville være strafbare, hvis de blev udført af andre end forældremyndighedsindehaverne. For eksempel, at tvinge et barn i seng på grund af barnets opførsel. Der er dermed stadig et vist spillerum for forældrene.¹¹

2.2 Magtanvendelse i omsorgsøjemed

Den løbende historiske udvikling og deraf følgende indskrænkninger i forældres ret til fysisk afstraffelse i forhold til deres børn, har altid været omfattet af mange diskussioner både inden for og uden for den juridiske litteratur. Det samme kan man ikke sige om magtanvendelse i beskyttelsesøjemed. Det vil sige situationer, hvor forældrene anvender magt, så barnet eller den unge ikke kommer til skade. For eksempel, at barnet er ved at gå ud foran en bil og forælderen hiver barnet ind på fortovet igen. Der skal dog alligevel ved en vurdering af lovligheden af en magtanvendelse tages højde for beskyttelsesbehovet. Deraf skal forstås, at en 15 – årig

⁷ Forældres magtanvendelse over for børn, U.2015B.125, Caroline Adolphsen, Nicolaj Sivan Holst, s. 1

⁸ Forældres magtanvendelse over for børn, U.2015B.125, Caroline Adolphsen, Nicolaj Sivan Holst, s. 1

⁹ Forældres magtanvendelse over for børn, U.2015B.125, Caroline Adolphsen, Nicolaj Sivan Holst, s. 2

¹⁰ Forældres magtanvendelse over for børn, U.2015B.125, Caroline Adolphsen, Nicolaj Sivan Holst, s. 2

¹¹ Forældres magtanvendelse over for børn, U.2015B.125, Caroline Adolphsen, Nicolaj Sivan Holst, s. 3

ikke har det samme behov for beskyttelse, som en 2 – årig har. Lovligheden skal dermed bl.a. vurderes ud fra parametrene barnet eller den unges alder og det aktuelle beskyttelsesbehov.¹²

2.3 Magtanvendelse i opdragelsesøjemed

Når der tales om magtanvendelse i opdragelsesøjemed, er der ikke længere det beskyttelsesbehov/hensyn, der er ved for eksempel den ovenstående situation. Der er her tale om dagligdags situationer, hvor forældrene har behov for at anvende magt til at regulere barnets adfærd, for eksempel til at sidde pænt ved bordet eller børste tænder inden barnet skal i seng. Det følger af forældreansvarslovens § 2, stk. 1, at forældrene har en positiv pligt til at opdrage barnet og dermed en ret til at gennemtvinge denne opdragelse ved hjælp af magt.¹³

Et eksempel på en dom, hvori muligheden for hvor vidtgående opdragelsesretten er kan findes i TfK.2014.815. I denne dom har en far i forbindelse med hans samvær med sine to sønner taget hårdt fat i den ene dreng overarm, hvorved der opstod stribeformede blodudtrækninger. Forud for denne fastholdelse havde faren haft udfordringer med at få drengen op ad bassinet og efterfølgende at få ham i bad. Faren bliver så frustreret og havde taget fat i sønnens overarm.¹⁴

I byretten blev faren tiltalt for overtrædelse af Straffelovens § 244, jf. § 247, stk. 1.¹⁵ § 244 er den almindelige voldsparagraf og § 247 vedrører en mulighed for at forhøje straffen for overtrædelse af forbrydelserne nævnt i §§ 244 – 246, såfremt tiltalte tidligere er dømt for forsætligt legemsangreb eller en forbrydelse, der er forbundet med dette.¹⁶ Anvendelsen af § 247, stk. 1 finder anvendelse, da faren er tidligere straffet for overtrædelse af § 244 ved en dom fra d. 21. marts 2013.¹⁷

Der var i byretten dissens vedrørende skyldsspørgsmålet. To dommere kommer frem til, at der er ført tilstrækkelige beviser for, at tiltalte har overtrådt § 244. Dommerne fandt, at de samstemmende forklaringer fra sønnerne, samt politiattesten og de tilhørende fotos var tilstrækkeligt med bevis til domsfældelse. En dommer fandt derimod, at der ikke var ført det til domfældelse nødvendige bevis for, at faren havde gjort sig skyldig i nogen del af den rejste tiltale.¹⁸

Afgørelse sker i overensstemmelse med flertallet. Faren bliver dømt for overtrædelse af Straffelovens § 244, jf. § 247, stk. 1. Der var dog i byretten enighed om at fastsætte straffen til 20 dages betinget fængsel. Dommerne

¹² Forældres magtanvendelse over for børn, U.2015B.125, Caroline Adolphsen, Nicolaj Sivan Holst, s. 4

¹³ Forældres magtanvendelse over for børn, U.2015B.125, Caroline Adolphsen, Nicolaj Sivan Holst, s. 5

¹⁴ Tfk.2014.815V, s. 1, 1. spalte

¹⁵ Tfk.2014.815V, s. 1, 1. spalte

¹⁶ Lovbekendtgørelse nr. 977 af 09/08/2017, §§ 244 og 247, stk. 1

¹⁷ Tfk.2014.815V, s. 2, 1. spalte

¹⁸ Tfk.2014.815V, s. 2, 1. spalte

lagde vægt på, at volden var af mindre alvorlig karakter og der skal foretages en proportionalitetsvurderingen i forhold til den adfærd, som sønnen udviste forud for volden.¹⁹

Dommen blev anket til Vestre Landsret. Her påstod tiltalte frifindelse og anklagemyndigheden nedlagde påstand om stadfæstelse og skærpelse. Landsretten kommer frem til, at tiltaltes greb om sønnens overarm har været så hårdt, at denne har overtrådt Straffelovens § 244. Landsretten er enig med byretten og stadfæster derfor byrettens dom.²⁰

Dommen er senere blevet kommenteret af Caroline Adolphsen og hun bider mærke i, at selve fastholdelsen ikke udgør en overtrædelse af § 244, men bliver det først, da fastholdelsen går for vidt og der opstår blodudtrækninger på sønnens arm. Hvis der ses bort fra de stribeformede blodstrækninger og at fastholdelsen er gået for vidt, kan det slutes, at fastholdelsen har haft et opdragelsesmæssigt formål.²¹ Dette formål tager domstolene også hensyn til, når de udmåler straffen for overtrædelsen af § 244. De fremfører argumentet, at den udførte vold er af mindre alvorlig karakter. Ligeledes inddrager domstolene sønnens udviste adfærd inden voldens udførelse, som en formildende omstændighed.

Rettens afgørelse stemmer derfor overens med, at det for forældre er muligt at anvende fastholdelse og anden magt i forbindelse med opdragelsen af børn og unge. Det er dog en forudsætning, at denne magt ikke går ud over, hvad der kan anses for at være nødvendigt og af passende karakter set i forhold til barnet eller den unges opførsel, alder og modenhed.

¹⁹ Tfk.2014.815V, s. 2, 1. spalte

²⁰ Tfk.2014.815V, s. 3, 1. spalte

²¹ Forældres magtanvendelse over for børn, U.2015B.125, Caroline Adolphsen, Nicolaj Sivan Holst, s. 6, 1. spalte

Kapitel 3. Generelle principper og selvbestemmelsesretten

1. Legalitetsprincippet

Legalitetsprincippet også kaldet hjemmelskravet er et af de mest centrale principper, når det handler om indgreb over for borgere og dermed også indgreb over for børn og unge. Legalitetsprincippet er nærmere bestemt forankret i den danske grundlov, samt Menneskerettighedskonventionen. Legalitetsprincippet går i alt sin enkelthed ud på, at såfremt der skal laves indgreb i borgernes rettigheder, det være sig enten i form af magtanvendelse eller den private ejendomsret, kan dette ikke gøres uden, at der foreligger en hjemmel i lov. Legalitetsprincippet er dermed et vigtigt forvaltningsretligt princip, der skal overholdes, når kommunalbestyrelsen foretager indgreb overfor kommunens borgere.²² Dette betyder, at alle handlinger foretaget af en forvaltning eller en institution skal have hjemmel i lov. Hjemmelskravet har ligeledes den konsekvens, at forvaltningen ved foretagelsen af indgreb, skal kunne påvise i hvilken retskilde de har hjemlen fra til at foretage indgrebet.²³

Der kan skelnes mellem en hjemmel, som kan udledes af positiv lov og en hjemmel, som kan udledes af retssædvane. På nogle områder, er der dog krav om et skærpet hjemmelsgrundlag. Er der tale om både direkte eller indirekte magtanvendelse, skal der være et sikkert hjemmelsgrundlag i positiv lov.²⁴ Hjemmelskravet bliver ikke anset for at være et enten er der hjemmel eller så er der ikke hjemmel til indgrebet. Det skal forstås på den måde, at jo mere intensivt og dermed indgribende et indgreb er, som forvaltningen eller institutionen, ønsker at foretage, jo mere sikkert og afklaret skal hjemmelsgrundlaget være.²⁵

2. Proportionalitetsprincippet

Et andet vigtigt forvaltningsretligt princip, som tillige finder anvendelse ved magt over for anbragte børn og unge, er proportionalitetsprincippet. Dette princip er et udtryk for, at forvaltningen og institutionerne i deres arbejde skal anvende egnede midler til at opnå deres ønskede mål. Dette vil sige, at de anvendte midler skal være rimelige i forhold til det eller de ønskede mål, som de skal anvendes til at opnå. Derudover skal det altid så vidt det er muligt, være det mindst indgribende middel, der skal anvendes.²⁶

Der skal dog anlægges en intensitetsbetragtning på i forhold til valg af middel. Såfremt forvaltningen eller institutionen vurderer, at det mindst indgribende middel ikke vil være egnet til at opnå målet, må de vælge et mere indgribende middel, hvis de er særligt opmærksomme på, at retsfølgen ikke er for vidtgående. Ud over

²² Magtanvendelse overfor anbragte børn og unge, Hanne Hartoft, s.108

²³ Almindelig forvaltningsret, Sten Bønsing, s. 286

²⁴ Magtanvendelse overfor anbragte børn og unge, Hanne Hartoft, s. 108 – 109

²⁵ Almindelig forvaltningsret, Sten Bønsing, s. 287

²⁶ Magtanvendelse overfor anbragte børn og unge, Hanne hartoft, s. 111

en afvejning af indgrebets proportionalitet, skal indgrebet ydermere tilpasses i forhold til den enkeltes situation og andre interesser i sagen. Således skal det altid være en konkret og individuel vurdering om hvorvidt magtanvendelsen skal foretages og denne vurdering skal også indeholde en hensynsafvejning i forhold til, hvordan indgrebet vil påvirke andre børn eller unge, som måtte være tilstede ved indgrebets udførelse.²⁷

3. Åbenhed

Ud over principperne om legalitet og proportionalitet gælder der ligeledes en grundregel om åbenhed. Dette medfører, at alle hændelser vedrørende magtanvendelse skal registreres og der er i kommunerne procedurer for indberetning til forskellige myndigheder.²⁸ Udgangspunktet er dog, at alle magtanvendelser skal registreres inden for 24 timer. Derefter skal opholdsstedet/institutionen indsende magtindberetningen til opholdskommunen, samt den tilsynsførende kommune, dette vil sige, at opholdskommunen og handlekommunen skal have underretning om, at der er foretaget en magtanvendelse.²⁹ Der ønskes med princippet om åbenhed så meget transparens, som det er muligt at opnå.³⁰

4. Voksenansvarslovens § 7 – Generelle principper for magtanvendelse

I Voksenansvarslovens § 7 er der opregnet en række principper, der skal gælde generelt ved udøvelsen af magt overfor anbragte børn og unge. Uanset om magten ligger i valg af anbringelsessted eller udøvelsen af fysisk tvang. Det er vigtigt at nævne, at magt altid og uden undtagelse skal være det sidste middel, der kan anvendes til at opnå det ønskede mål. Deraf skal medarbejderne på institutionerne forsøge af pædagogiske veje at opnå målet. Magt må ikke erstatte en socialpædagogisk indsats eller en varetagelse af omsorgspligten, som institutionen har overfor de anbragte børn og unge.³¹

De i § 7 opregnede principper er; proportionalitetsprincippet, mindsteindgrebsprincippet og skånsomhedsprincippet. Proportionalitetsprincippet er tidligere i afhandlingen blevet forklaret og der henvises dermed til denne side. Mindsteindgrebsprincippet forudsætter, at indgrebets omfang justeres alt efter forholdene, samt formen af indgrebet står i rimeligt forhold til det, som der ønskes opnået med dette. Skånsomhedsprincippet går i sin grund essens ud på, at indgrebet overfor barnet eller den unge skal udføres på en så skånsom måde, som det er muligt og det skal tilstræbes, at indgrebet er så kortvarigt som muligt.³² Heri lægges der desuden, at der ikke bliver påført barnet eller den unge unødigt krænkelser eller ulemper. Tilstedeværende under indgrebets udførelse er ligeledes omfattet.³³

²⁷ Magtanvendelse overfor anbragte børn og unge, Hanne Hartoft, s. 112 – 113

²⁸ Magtanvendelse overfor anbragte børn og unge, Hanne Hartoft, s. 115

²⁹ Forvaltningsrettens grundprincipper, Grethe Wilmoes, Winnie Vestergård, s. 162

³⁰ Magtanvendelse overfor anbragte børn og unge, Hanne Hartoft, s. 115

³¹ Socialret Børn og unge, Trine Schultz, Hanne Hartoft, John Klausen og Nina von Hielmcrone, s. 340

³² Socialret Børn og unge, Trine Schultz, Hanne Hartoft, John Klausen og Nina von Hielmcrone, s. 341

³³ Magtanvendelse overfor anbragte børn og unge, Hanne Hartoft, s. 247

5. Selvbestemmelsesretten

5.1 Selvbestemmelsesretten og Menneskerettighedskonventionen

Det er et grundlæggende retligt udgangspunkt, at alle borgere er habile til selv at træffe beslutninger om deres liv og færden. Der er dog ikke det samme præcise udgangspunkt, når det kommer til børn og unge, da disse indtil deres 18 års fødselsdag er underlagt forældremyndighed. Forældremyndigheden går i alt sin enkelthed ud på, at indehaveren af denne kan træffe beslutninger for barnet eller den unge på samme måde, som en værge for en anden person kan træffe beslutninger på vegne af denne i personlige og/eller økonomiske forhold.³⁴ Der er i litteraturen delte meninger om, hvad forældremyndigheden har af betydning for børn og unges selvbestemmelsesret. På den ene side kan der anlægges den antagelse, at forældremyndigheden udelukker, at barnet eller den unge har en ret til selvbestemmelse. Der er dog andre juridiske forfattere bl.a. Njål Wang Andersen og Hanne Hartoft, som anlægger den betragtning, at forældremyndigheden betyder, at barnet eller den unge ikke har fuld selvbestemmelsesret, men dog til en vis grad kan træffe beslutninger i forhold til eget liv og færden.³⁵

Dette betyder, at børn og unge under 18 år har ret til medbestemmelse, selvbestemmelse og medinddragelse i forhold til de beslutninger, der træffes vedrørende barnet eller den unge. Det skal dog nævnes, at medinddragelsen, det vil sige, det at barnet eller den unge skal have indflydelse på beslutningsprocessen, er afhængig af, hvilken alder barnet eller den unge har. Modenhed spiller ligeledes en rolle i, hvor stor vægt der lægges på barnet eller den unges synspunkter og holdninger.³⁶

Selvbestemmelsesretten har to betydninger. Den ene er, at alle har ret til selv at træffe beslutninger uden indblanding fra anden side. Den anden går ud på, at individet har ret til selv at træffe beslutninger der vedrører individets forhold. Positive aspekter af selvbestemmelsesretten kan findes i Menneskerettighedskonventionen. Menneskerettighedskonventionens artikel 3 er et udtryk for, at der er grænser for, hvilken behandling barnet eller den unge kan udsættes for under en fysisk magtanvendelse. Artikel 3 omhandler forbuddet mod tortur og umenneskelig og nedværdigende behandling. Det er vigtigt at nævne, at ved en vurdering af om artikel 3 er overtrådt skal der ske en samlet vurdering af hele situationen og ikke kun en vurdering af om magtanvendelse har været uforholdsmæssig.³⁷ Derudover er det vigtigt at nævne at forbuddet mod tortur og umenneskelig og nedværdigende behandling gælder uanset, hvilken adfærd eller hvilke handlinger barnet eller den unge udviser eller har udført.³⁸

³⁴ Magtanvendelse overfor anbragte børn og unge, Hanne Hartoft, s. 99

³⁵ Magtanvendelse overfor anbragte børn og unge, Hanne Hartoft, s. 99

³⁶ Betænkning om magtanvendelse over for børn og unge, der er anbragt uden for hjemmet, Betænkning nr. 1551, marts 2015, s. 17

³⁷ Magtanvendelse overfor anbragte børn og unge, Hanne Hartoft, s. 100 – 101

³⁸ Betænkning om magtanvendelse over for børn og unge, der er anbragt uden for hjemmet, Betænkning nr. 1551, marts 2015, s. 22

Ud over artikel 3, er artikel 8 interessant i forhold til selvbestemmelsesretten. Artikel 8 omhandler mulighederne for indgreb i privat – og familielivet, samt hjem og korrespondance. Respekten for privatlivet er ikke en afgrænset størrelse, da det ikke er muligt at opstille en udtømmende liste over hvad privatlivet indeholder. Privatlivet kan både være noget håndgribeligt som barnet eller den unges hjem eller det kan være en oplevelse.³⁹ Begrebet ”privatlivet” kan anses for at være en form for ”overbegreb” der omfatter de mange facetter af den rettighedsbeskyttelse der ønskes at udøve med bestemmelsen. Dette sker dog uden at foretage, som det tidligere er nævnt, en klar afgrænsning af, hvad begrebet indeholder.⁴⁰

Betydningen af begrebet ”respekt” i artikel 8 skal fortolkes i sammenhæng med den generelle forpligtelse Danmark, som stat er underlagt efter artikel 1 i Menneskerettighedskonventionen. Det følger deraf, at den danske stat har to hovedforpligtelser; der er den negative forpligtelse, der medfører, at den danske stat skal undlade at foretage indgreb i privatlivet, samt den positive forpligtelse, der tilpligter den danske stat til at yde bistand til de enkelte borgere, der måtte ønske at realisere de rettigheder, som artikel 8 giver borgerne.⁴¹

Det er en grundlæggende forudsætning for anvendelse af artikel 8, at et indgreb skal være nødvendigt. Dette ”nødvendighedskrav” er opstillet i artikel 8, stk. 2. Den europæiske menneskerettighedsdomstol har fortolket dette nødvendighedskrav til at være en form for proportionalitetsprincip. Dette vil som tidligere nævnt sige, at der skal være en rimelig sammenhæng mellem midlerne anvendt i et indgreb og det mål, som der ønskes opnået med indgrebet. Ud over et proportionalitetsprincip gælder der ligeledes et legalitetsprincip for anvendelse af indgreb omfattet af artikel 8. Der er opstillet to forudsætninger, der skal være opfyldt for, at der er hjemmel. Det forudsættes for det første, at indgrebet har hjemmel i national ret. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol overlader det dog til den nationale domstol, om det angivne hjemmelsgrundlag er tilstrækkeligt. For det andet opstiller Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol en række kvalitative krav til det givne hjemmelsgrundlag. For eksempel skal det lovbundne hjemmelsgrundlag være foreneligt med retsstatsprincippet. Retsstatsprincippet går i sin grundenhed ud på, at retsreglerne skal være tilgængelige for borgerne og ud fra retsreglerne skal retstilstanden være forudsigelig.⁴²

Den sidste artikel der er relevant i forhold til indgreb over for anbragte børn og unge er artikel 2 i den 4. tillægsprotokol til Menneskerettighedskonventionen. Denne artikel foreskriver, at der er en særlig beskyttelse af personers fysiske bevægelsesfrihed. Artiklen har til formål at sikre den personlige frihed for enhver. Anvendelsen af artiklen er ikke afhængigt af, om der er tale om en dansk statsborger. Den finder anvendelse i

³⁹ Magtanvendelse overfor anbragte børn og unge, Hanne Hartoft, s. 102

⁴⁰ Betænkning om magtanvendelse over for børn og unge, der er anbragt uden for hjemmet, Betænkning nr. 1551, marts 2015, s. 25

⁴¹ Betænkning om magtanvendelse over for børn og unge, der er anbragt uden for hjemmet, Betænkning nr. 1551, marts 2015, s. 25

⁴² Betænkning om magtanvendelse over for børn og unge, der er anbragt uden for hjemmet, Betænkning nr. 1551, marts 2015, s. 27

alle tilfælde, hvor personen har lovligt ophold i Danmark. Dog skal der foreligge en foranstaltning, der direkte eller indirekte begrænser den personlige frihed førend artiklen finder anvendelse.⁴³

Anvendelsen af artikel 2 i den fjerde tillægsprotokol skal ses i sammenhæng med artikel 5 i Menneskerettighedskonventionen, der vedrører frihedsberøvelse. Når der skal foretages en afgrænsning af, om der er tale om en frihedsberøvelse eller et indgreb i bevægelsesfriheden, skal der vurderes på intensiteten af restriktionen og ikke på karakteren af indgrebet.⁴⁴

5.2 Selvbestemmelsesretten og Grundloven

Udover Menneskerettighedskonventionen opstiller Grundlovens §§ 71 og 72 ligeledes et beskyttende værn i forhold til kommunernes indgribende i den enkelte borgers private fære. § 71 omhandler frihedsberøvelse. Fastholdelse efter Voksenansvarslovens § 9 kan til en vis grad anses for at være en form for frihedsberøvelse, da den personlige frihed indskrænkes, fordi barnet eller den unge ikke længere er i stand til selv at bestemme, hvor denne ønsker at være. Bestemmelsen giver en beskyttelse for, at barnet eller den unge selv kan vælge opholdssted.⁴⁵ Denne beskyttelse af den personlige frihed befinder sig i Grundloven, da der er tale om et meget vidtgående indgreb og dermed har det været nødvendigt, at bestemmelsen befandt sig i en lov, som ikke umiddelbart uden større overvejelser ville kunne ændres.⁴⁶ Der er ingen tvivl om, at skal der foretages indgreb der har karakter af at være en frihedsberøvelse, skal der være en klar hjemmel til dette. Det kan antages, at der foreligger et skærpet hjemmelskrav til sådanne indgreb i den private fære.⁴⁷ En anden af grundlovens bestemmelser, der er relevant i forhold til Lov om voksenansvars §§ 9 og 16, er § 72 vedrørende boligens og privatlivets beskyttelse mod indgreb. Modsat artikel 8 i Menneskerettighedskonventionen er der dog grænser for hvilke indgreb, som § 72 beskytter imod. § 72 opregner 3 typer af indgreb, som er omfattet af bestemmelsen. 1) husundersøgelse, 2) beslaglæggelse og undersøgelse af breve og andre papirer og til sidst 3) brud på post –, telegraf – og telefonhemmeligheden. Der er derudover en yderligere begrænsning i, at der ikke er beskyttelse mod de ovenstående typer af indgreb, hvis der foreligger en forudgående kendelse. Som ved alle andre indgreb i den private fære, er der to krav, som skal være opfyldte inden, der kan ske indgreb af de typer, der opregnet i § 72;

For det første skal legalitetsprincippet være overholdt, det vil sige, at der skal være en hjemmel til at foretage det pågældende indgreb. For det andet skal det være en forudgående kendelse inden indgrebet foretages.⁴⁸

⁴³ Betænkning om magtanvendelse over for børn og unge, der er anbragt uden for hjemmet, Betænkning nr. 1551, marts 2015, s. 27 – 28

⁴⁴ Betænkning om magtanvendelse over for børn og unge, der er anbragt uden for hjemmet, Betænkning nr. 1551, marts 2015, s. 28

⁴⁵ Dansk statsret, Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen, Michael Hansen Jensen, s. 271 – 272

⁴⁶ Dansk statsret, Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen, Michael Hansen Jensen, s. 272

⁴⁷ Dansk statsret, Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen, Michael Hansen Jensen, s. 273

⁴⁸ Dansk statsret, Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen, Michael Hansen Jensen, s. 287

Dermed kan en forvaltning ikke foretage et indgreb efter § 72 uden, at der forinden har været en domstolskontrol af, om indgrebet er berettiget.⁴⁹

6. Børnekonventionen og barnets bedste

Der er en række hovedprincipper i Børnekonventionen, som har stor betydning for formålet med konventionen. Artikel 3 i Børnekonventionen er nok den mest kendte, da denne vedrører begrebet ”barnets bedste”. Det overordnede formål er, at alle beslutninger vedrørende børn og unge skal træffes med ”barnets bedste” i mente. Det vil sige, at så vidt det er muligt, skal den foranstaltning, som bedst tjener barnet eller den unge vælges, hvis der er flere muligheder. Barnets tarv skal altid komme i første række.⁵⁰ Det er dog pudsigt, at et begreb, der er så centralt for sager vedrørende børn og unge ikke har en fastlagt definition i Børnekonventionen. Der er flere forskellige opfattelser af, hvad barnets bedste betyder. Barnets bedste er et åbent koncept og der dermed ikke bundet til de traditionelle retskilder.⁵¹

På trods af, at der er tale om et hovedhensyn, har det ikke forrang frem for andre hensyn, der skal medtages i en vurdering af en børn/unge-sag. Da det ikke er fastlagt i Børnekonventionen, hvad begrebet ”barnets bedste” retligt kan defineres som, vil vurderingen af, hvad der er barnets bedste, være et socialfagligt skøn. Skønnet skal foretages inden for den retlige ramme, som er givet i den pågældende sag og denne ramme afhænger af en konkret vurdering for det enkelte barn eller den unge.⁵²

FN's børnekomite har givet et fortolkningsbidrag til, hvordan begrebet ”barnets bedste” skal forstås og hvad det kan siges at indeholde. Det indeholder følgende;

- 1) ”barnets bedste” er en materiel ret, der betyder hensynet skal indgå som et hovedhensyn i enhver vurdering af forhold, der angår børn og unge og at den danske stat er forpligtet til at sikre, at dette bliver overholdt. Desuden kan ”barnets bedste” anses for at være en rettighed, der kan påberåbes i retssystemet.
- 2) Derudover er begrebet en retsgrundsætning, der får den betydning, at ved en vurdering af børnesagen skal resultatet gå i retningen af, hvad der bedst tjener barnet og dets interesser.
- 3) Til sidst skal det nævnes ”barnets bedste” er et krav om retssikkerhed, der medfører et krav om retssikkerhedsgarantier.⁵³

⁴⁹ Dansk statsret, Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen, Michael Hansen Jensen, s. 293

⁵⁰ Magtanvendelse overfor anbragte børn og unge, Hanne Hartoft, s. 143

⁵¹ Magtanvendelse overfor anbragte børn og unge, Hanne Hartoft, s. 143

⁵² Magtanvendelse overfor anbragte børn og unge, Hanne Hartoft, s. 149

⁵³ Magtanvendelse overfor anbragte børn og unge, Hanne Hartoft, s. 146

Kapitel 4. Fastholdelse og føren

1. Voksenansvarslovens § 9

Formålet med Voksenansvarslovens § 9 har været at præcisere, hvad fastholdelse og føren efter denne paragraf indeholder, samt at give en nærmere beskrivelse af, hvilken adfærd udvist af barnet eller den unge, der er omfattet af bestemmelsens anvendelsesområde. Desuden ønskede lovgiver en afgrænsning mellem muligheden for at anvende magt efter § 9 og muligheden for kortvarig fastholdelse efter Voksenansvarslovens § 8. Denne afgrænsning behandles senere.⁵⁴

2. Indgrebsindikatorerne

Der er en række betingelser, der skal være tilstede førend, det er muligt for medarbejderne på institutionerne at anvende magt efter Voksenansvarslovens § 9. Disse betingelser vil i det følgende blive undersøgt for at finde ud af, hvilken betydning disse har for vurderingen af legaliteten af indgrebet.

Den første betingelse for anvendelse af magt over for et anbragt barn eller ung er, at barnet eller den unge udviser en adfærd, der enten er til fare for andre eller barnet/den unge selv. Andre kan både være andre børn eller unge eller personalet på institutionen. Det er vigtigt, at formålet med indgrebet er at forhindre, barnet eller den unge i at skade sig selv eller andre.⁵⁵

Det er nødvendigt, at den skadende handling som barnet/den unge er i færd med kan skade vedkommende og er i gangværende eller nært forestående. Det faktum, at medarbejderne på en institution har en mistanke om, at et barn eller en ung vil udføre en sådan handling er ikke tilstrækkeligt til at foretage et indgreb efter Voksenansvarslovens § 9. Med hensyn til at barnet eller den unge forvolder skade på andre, skal der være en reel og begrundet risiko for dette.⁵⁶ Desuden skal barnet eller den unge ikke udvise tegn på at ville ændre adfærd. Der skal være en vis form for vedholdenhed og insisteren på at ville fortsætte som barnet eller den unge hidtidigt har gjort.⁵⁷

⁵⁴ Betænkning om magtanvendelse over for børn og unge, der er anbragt uden for hjemmet, Betænkning nr. 1551, marts 2015, s.14

⁵⁵ Lovforslag nr. L 162, Folketinget 2015-16, fremsat den. 30. marts 2016 af social- og indenrigsministeren (Karen Ellemann), Punkt 3.2.5.2, s. 37

Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 26, punkt 66, 2. spalte

⁵⁶ Lovforslag nr. L 162, Folketinget 2015-16, fremsat den. 30. marts 2016 af social- og indenrigsministeren (Karen Ellemann), Punkt 3.2.5.2, s. 37

Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 26, punkt 66, 2. spalte

⁵⁷ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 26, punkt 66, 2. spalte

Som ved alle andre indgreb i selvbestemmelsesretten, er det vigtigt, at de generelle principper for sådanne indgreb overholdes. Det vil sige, at indgrebet altid skal afstemmes i forhold til omgivelserne. Principperne om proportionalitet, nødvendighed og så videre skal altid overholdes.⁵⁸

2.1 Grænsedragningen mellem magtanvendelse og vold

Vurderingen af grænsen mellem vold og magtanvendelsen kan bedst illustreres med en dom, der handler om netop dette. I Tfk.2017.179/1 har en pædagog i en døgninstitution taget hårdt fat i en 7 – årig piges arm, så der var opstået mærker på pigens arm. Pædagogen mente, at denne fastholdelse var en lovlig magtanvendelse. Anklagemyndigheden mente, at der var tale om vold efter Straffelovens § 244.⁵⁹

I byretten kom retten frem til, at tiltalte havde begået legemsangreb i overensstemmelse med Straffelovens § 244. Retten finder, at skaderne, der er blevet påført pigens arm, var inden for § 244s anvendelsesområde. Retten finder ikke, at volden er begået under formildende omstændigheder dog findes de fysiske skader at være af mindre karakter. Byretten fandt ikke, at det var nødvendigt at fuldbyrde dommen og der blev givet en betinget dom og 40 timers samfundstjeneste.⁶⁰

Dommen blev anket til landretten. Med hensyn skyldspørgsmålet tiltrådte Vestre Landsret, at der var tale om et legemsangreb efter Straffelovens § 244. Landsretten fandt ikke, at tiltaltes forklaring af situationen kunne understøtte, at denne alene fastholdte pigens i overensstemmelse med reglerne for lovlig magtanvendelse. En af betingelserne for lovligt at kunne anvende magt over for børn og unge, betingelsen er i øvrigt ikke ændret og findes stadig i den nugældende Lov om voksenansvars § 9, er at dette skal gøres med det formål at forhindre skader på enten barnet eller den unge selv eller andre personer i nærheden af vedkommende. Retten fandt ej heller, at de omkringværende omstændigheder kunne føre til, at der havde været tale om en magtanvendelse inden for det lovlige område.⁶¹

Med denne begrundelse stadfæstede Vestre Landsret byrettens dom om, at tiltalte blev fundet skyldig i overtrædelse af Straffelovens § 244.⁶²

Vedrørende straffastsættelsen anførte landsretten, at denne skulle fastsættes til 30 dages fængsel, men ligesom byretten fandt landsretten, at der var grundlag for at gøre denne betinget. Der idømmes yderligere vilkår om samfundstjeneste.⁶³

⁵⁸ Lovforslag nr. L 162, Folketinget 2015-16, fremsat den. 30. marts 2016 af social- og indenrigsministeren (Karen Ellemann), Punkt 3.2.5.2, s. 37

⁵⁹ Tfk.2017.179/1, s. 1, 1. spalte

⁶⁰ Tfk.2017.179/1, s. 2, 1. spalte

⁶¹ Tfk.2017.179/1, s. 2, 2. spalte

⁶² Tfk.2017.179/1, s. 2, 2. spalte

⁶³ Tfk.2017.179/1, s. 3, 1. spalte

Dommen illustrerer til en vis udstrækning, hvor grænsen mellem lovlig magtanvendelse og vold skal drages. Dette på trods af, at retsgrundlaget ikke længere er magtbekendtgørelsen § 2, men Lov om voksenansvars tilsvarende § 9 vedrørende fastholdelse. Da grundprincipperne for en lovlig magtanvendelse ikke er blevet radikalt ændret. Det er til stadighed en betingelse, at barnets eller den unges adfærd skal kunne føre til skader på egen person eller andre børn/unge eller personalet på institutionerne. Fordi vurderingen i de mange magtanvendelsessituationer er en korrekt og individuel sag, er det ikke nærmere muligt, at fastslå præcist, hvor grænsen mellem magtanvendelse og vold går.

2.2 Grænsen mellem omsorg og fysisk magt

At trække en streg i sandet mellem magtanvendelse og omsorg, kan i nogle tilfælde være svært. Det er i forbindelse med undersøgelsen af grænsedragningen vigtigt at nævne, at der først er tale om magtanvendelse i det øjeblik barnet eller den unge yder modstand. Hvis barnet for eksempel verbalt eller stiltiende samtykker til handlingen vil der ikke foreligge en magtanvendelsessituation. Dog må samtykket aldrig være fremkaldt ved tvang eller personalets stærke magtposition i forhold til barnet eller den unge.⁶⁴

En udtalelse fra et medlem, Stine Jørgensen, af magtanvendelsesudvalget viser, at det i forbindelse med en undersøgelse af området altid har været i fokus, at magtanvendelse altid skal være den sidste løsning på en problematik og at socialpædagogisk omsorg er at foretrække til at løse problemer i institutionerne;

*”Tvang er samtykkets retlige modstand. ... Børns og unges ret til omsorg vil kun i ganske særlige situationer kunne danne grundlag for et indgreb i retten til selvbestemmelse.”*⁶⁵

Når grænsen mellem magtanvendelse og omsorg undersøges kan *Tapedommen* inddrages. I U.2004.1186V havde to lærere i forbindelse med at en elev udvist voldsom adfærd, fastholdt denne på gulvet og sat flere stykker tape over munden på eleven. Begge blev tiltalt for overtrædelse af Straffelovens § 244 om legemsangreb.⁶⁶

I byretten kom domsmandsretten frem til og lagde vægt på, at eleven på trods af tapen var i stand til at trække vejret og at dennes mundvige var frie for tape. Derudover lagde retten i vurderingen af sagen vægt på, at tapen alene var anbragt for elevens mund i omkring 1 minut. Domsmandsretten fandt afslutningsvist ikke, at forholdet faldt ind under § 244 og frifandt derfor de to tiltalte. Der var dissens. Et af rettens medlemmer mente, at forholdet faldt ind under § 244 og finder de tiltalte skyldige i overensstemmelse med den rejste tiltale. Der

⁶⁴ Betænkning om magtanvendelse over for børn og unge, der er anbragt uden for hjemmet, Betænkning nr. 1551, marts 2015, s. 107

⁶⁵ Betænkning om magtanvendelse over for børn og unge, der er anbragt uden for hjemmet, Betænkning nr. 1551, marts 2015, s.108

⁶⁶ U.2004.1186V, s. 1, 1. spalte

blev afsagt dom efter flertallet. De to tiltalte blev frifundet i byretten. Dommen blev imidlertid anket til landsretten.⁶⁷

Landretten indledte deres begrundelse for afgørelsen med at fastslå, at eleven på tidspunktet for fastholdelsen opførte sig så voldsomt og aggressivt, at de tiltalte var berettiget til at fastholde vedkommende. Retten kom ydermere frem til, at det var nødvendigt at aflede elevens opmærksomhed og dermed få ham ud af den tilstand han befandt i på hændelsestidspunktet.⁶⁸

Det blev tillagt stor betydning for sagens afgørelse, at de to tiltalte havde deres fulde opmærksomhed retten mod eleven i hele det tidsrum, hvor tapen var placeret over munden på eleven. Samt at de ud fra vidne og deres egen forklaringer havde fuld kontrol over situationen og ikke var ophidsede eller på anden måde var aggressive.⁶⁹

Vestre Landsret bemærkede, at såfremt handlingen var foretaget under andre omstændigheder end de foreliggende i sagen, ville der være tale om en overtrædelse af Straffelovens § 244, da handlingen medførte en vis fare, der dog var afhængig af tapens placering og varigheden af tapens placering på det risikofyldte sted. Sagens omstændigheder sammenholdt med, at de to tiltalte ikke havde forsæt til at begå vold efter § 244 medfører, at landsretten frifandt dem for tiltalen.⁷⁰

Dommen viser, at der i hvert fald i byretten var delte meninger om, om hvor grænsen mellem omsorg og ulovlig magtanvendelse/vold ligger.

At kortlægning af grænse mellem magtanvendelse og omsorg er svær at fastlægge ude i institutionerne kan læses ud af social – og indenrigsminister Karen Ellemans svar på spørgsmål nr. 8 til ministeren fra d. 3. maj 2016. Tvivlen om hvor grænsen skal lægges er et udtryk for, at der ude i institutionerne opstår tvivl, når barnets eller den unges behov for støtte støder sammen med den selvbestemmelsesret, der til alle tider er gældende i forhold til børnene eller de unge. Denne tvivl har ministeren forsøgt at udrydde ved at komme med et lovforslag om vedtagelsen af en voksenansvarslov (L 162).⁷¹

Det fremgår af vejledningen til Voksenansvarsloven, at denne lov alene skal anses for at være den overordnede ramme for, hvor grænserne i forhold til magtanvendelser ligger. Heri pointeres det ligeledes, at det i nogle tilfælde er vanskeligt at vurdere, om det er tale om en omsorgshandling eller, om det er magtanvendelse. Lidt firkantet kan det opstilles på følgende måde;

⁶⁷ U.2004.1186V, s. 1, 2. spalte

⁶⁸ U.2004.1186V, s. 1, 2. spalte

⁶⁹ U.2004.1186V, s. 1, 2. spalte

⁷⁰ U.2004.1186V, s. 1, 2. spalte, samt s. 2, 1. spalte

⁷¹ Svar på spørgsmål nr. 8 til ministeren fra folketingets Social- og indenrigsudvalg, d. 03-05-2016, sagsnr. 2016 – 3093, s. 1

Det er en omsorgshandling, når barnet ikke på nogen måde udøver modstand, så snart barnet eller den unge aktivt eller på anden måde udviser modstand, er det magtanvendelse. Undtaget er dog nødværge og nødretshandlinger.⁷²

Ydermere kan udtalelsen fra ombudsmanden med nummeret 2013-28 fra d. 7. oktober være relevant at inddrage. Denne omhandler en institutions praksis med at anvende ”refleksionstid” over for de anbragte børn og unge.

På trods af at udtalelsen ikke tager højde for reglerne i Voksenansvarsloven, kan den alligevel anvendes til at undersøge grænsen mellem omsorg og magtanvendelse. Da reglerne for dette ikke er væsentlig ændret ved vedtagelsen af Voksenansvarsloven. Magtanvendelse forudsætter ikke altid, at der fra barnet eller den unges side udvises en eller anden form for modstand. Ombudsmanden fastslog ved sin udtalelse, at den hidtidig anvendte definition vedrørende magt på institutionen ikke var tilstrækkelig præcis, da lederen af institutionen alene mente, at der var tale om magt, hvis personalet skulle anvende en vis fysisk magt for at gennemføre indgrebet.⁷³

Refleksionstiden foregik ved, at de unge blev bedt om at tage plads på en sofa for at tale med de ansatte om den episode, der havde givet anledning til, at personalet fandt det nødvendigt med refleksionstid.⁷⁴ Nogle gange modsatte de unge sig, at de skulle sidde på sofaen og personalet forsøger at overtale de unge til at sætte sig. Herefter vil de unge blive fastholdt og lagt ned på gulvet, indtil de indvilligede i at sætte sig på sofaen.⁷⁵

Magtanvendelse må som tidligere nævnt aldrig erstatte omsorg. Desuden er det en forudsætning for anvendelse af magt, at barnet eller den unges adfærd udgør en fare for dem selv eller andre. Ved en vurdering af refleksionstidens udførelse, kan det fastslås, at refleksionstiden udgør en magtanvendelse. For at det kan være berettiget at udføre et indgreb, skal der være en fare. Det er altid en konkret vurdering af situationen. Derudover skal magten overholde proportionalitetsprincippet. Det vil sige, at magten ikke må stå på længere end, hvad der er nødvendigt for at stoppe faren. At fastholde unge på en sofa, så personalet kan snakke med dem mod deres vilje vil være at gå ud over, hvad der i de fleste tilfælde kan anses for at være proportionalt.

3. Grænsen mellem § 8 og § 9

For at undersøge hvori grænsen mellem mulighederne for fastholdelse og føren er i forhold til selvbestemmelsesretten, skal der foretages en afgrænsning til § 8 der omhandler muligheden for kortvarig fastholdelse. En mere passende betegnelse for § 8 er afværgehjælp.

⁷² Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 17, punkt. 42, 2. spalte

⁷³ Ombudsmandens udtalelse 2013-28, s. 1

⁷⁴ Ombudsmandens udtalelse 2013-28, s. 3

⁷⁵ Ombudsmandens udtalelse 2013-28, s. 4

§ 8 har følgende ordlyd;

*”Personalet på anbringelsesstedet har efter § 66, stk. 1, nr. 5 og 6, i lov om social service og kommunale plejefamilier, der er godkendt som generelt egnede efter § 66, stk. 1, nr. 2, jf. § 66 a, stk. 1, nr. 1, i lov om social service, kan kortvarigt fastholde eller føre et barn eller en ung væk fra en situation, når det er nødvendigt for at afværge, at barnet eller den unge ødelægger eller beskadiger ting i et ikke ubetydeligt omfang.”*⁷⁶

For at forstå hvor i grænsen mellem afværgehjælpen og den fysiske magtanvendelse efter § 9, er det vigtigt at finde formålet med § 8. Afværgehjælpen har det primære formål at forhindre, at barnet eller den unge ødelægger eller beskadiger andres eller egne genstande, hvis økonomiske værdi er af et ikke ubetydeligt omfang eller at ødelæggelsen omfatter et ikke ubetydeligt antal genstande. Det er ikke kun enkelttilfælde af ødelæggelse eller beskadigelse, der er omfattet af bestemmelsen, gentagne tilfælde er ligeledes omfattet.⁷⁷

Som ved anvendelsen af § 9 er der ligeledes betingelser for anvendelsen af afværgehjælpen efter § 8. Den vigtigste og mest afgørende er, at der i den pågældende situation foreligger en reel fare eller risiko for ødelæggelse eller beskadigelse af i det omfang der er nævnt i ovenstående afsnit.⁷⁸ Som ved anvendelsen af magt efter § 9 skal der også ved § 8 foretages en konkret vurdering af faren eller risikoen for skade. Skade er både skade på genstande i normal forstand, som inventar men også dyr, da disse i de fleste tilfælde i juridisk forstand skal anses for at være genstande.⁷⁹

Efter § 8 kan personalet foretage en kortvarig fastholdelse. Det er ikke i hverken lovgivning eller den juridiske retspraksis afgrænset hvor lang tid en kortvarig fastholdelse er. Der har ikke været lovgivers formål med reguleringen at fastsætte en øvre grænse for, hvad en kortvarig fastholdelse er.⁸⁰ Det vil derfor være en konkret og individuel vurdering af situationen, der viser, om det har været en kortvarig fastholdelse. Vurderingen skal inddrage barnets eller den unges alder, modenhed og funktionsevne. Som ved fastholdelse og føren efter § 9 skal proportionalitetsprincippet også inddrages i vurderingen af situationen.⁸¹

Ligesom proportionalitetsprincippet finder anvendelse ved afværgehjælpen, skal skånsomhedsprincippet ligeledes iagttages. Ydermere skal de generelle principper nævnt i § 7 også overholdes. Hvis det er muligt at

⁷⁶ Lovbekendtgørelse nr. 507 af 02/05/2017, § 8

⁷⁷ Lovforslag nr. L 162, Folketinget 2015-16, fremsat den. 30. marts 2016 af social- og indenrigsministeren (Karen Ellemann), Punkt 3.2.5.2, s. 36

Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 25, punkt. 62, 2. spalte

⁷⁸ Lovforslag nr. L 162, Folketinget 2015-16, fremsat den. 30. marts 2016 af social- og indenrigsministeren (Karen Ellemann), Punkt 3.2.5.2, s. 36

Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 25, punkt. 62, 2. spalte

⁷⁹ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 25, punkt. 63, 2. spalte

⁸⁰ Svar på spørgsmål nr. 1 til social – og indenrigsministeren, d. 03-05-2016, doknr. 345202, s. 2

⁸¹ Lovforslag nr. L 162, Folketinget 2015-16, fremsat den. 30. marts 2016 af social- og indenrigsministeren (Karen Ellemann), Punkt 3.2.2.3, s. 25

Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 25, punkt. 64, 2. spalte og s. 26, punkt 64, 1. spalte

nedtrappe eller afværge skaden på en mindre indgribende måde end ved anvendelse af § 8, skal den mindre indgribende metode anvendes. Det vil dermed ikke være lovligt at anvende afværgehjælpen i den pågældende situation.⁸²

Betingelsen om at fastholdelsen alene kan være af kortvarig karakter hænger sammen med, at afværgehjælpen er begrænset til kun at omfatte materielle skader modsat Voksenansvarslovens § 9 der giver hjemmel til fastholdelse og føren i tilfælde, hvor der er risiko for personskade. Afgrænsningen mellem §§ 8 og 9 handler dermed i grundessensen om der kan opstå en materiel skade eller en personskade.⁸³ At det kun er en kortvarig fastholdelse, der er tilladt, er rettet mod personalets handling og ikke mod varigheden af den handling, som barnet eller den unge udfører.

En situation, hvor afværgehjælpen efter § 8 finder anvendelse kan dog udvikle sig til at blive en situation, der er omfattet af § 9. For at springet mellem §§ 8 og 9 kan foretages, skal barnet eller den unge yde modstand mod den kortvarige fastholdelse. Modstanden skal være af ikke ubetydelig størrelse. Situationen skal være af en sådan alvor, at den ville kunne udvikle sig til et egentlig slagsmål af mindre voldelig karakter mellem personalet og barnet eller den unge.⁸⁴

4. Grænsen mellem §§ 6 og 9

For at undersøge hvori grænsen mellem mulighederne for fastholdelse og føren er i forhold til selvbestemmelsesretten, skal der foretages en afgrænsning til § 6 der omhandler muligheden for fysisk guidning.

§ 6 har følgende ordlyd;

”Personalet på anbringelsessteder efter § 66, stk. 1, nr. 5 og 6, i lov om social service og kommunale plejefamilier, der er godkendt som generelt egnede efter § 66, stk. 1, nr. 2, jf. § 66 a, stk. 1, nr. 1, i lov om social service, kan fysisk guide et barn eller en ung.

Stk. 2. Der er en betingelse for fysisk guidning efter stk. 1, at det vurderes at være nødvendigt af hensyn til anbringelsesstedets ansvar for at varetage den daglige omsorg efter § 3 eller af hensyn til tryghed og trivsel på anbringelsesstedet i tilfælde, hvor barnet eller den unge generer eller udøver chikane over for de øvrige anbragte børn eller unge, personalet, den kommunale plejefamilie eller andre, der opholder sig på anbringelsesstedet.”⁸⁵

⁸² Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 26, punkt. 64, 1. spalte

⁸³ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 25, punkt. 64, 2. spalte

⁸⁴ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 26, punkt. 64, 1. spalte

⁸⁵ Lovbekendtgørelse nr. 507 af 02/05/2017, § 6

Den fysiske guidning går ud på, at personalet kortvarigt kan fastholde barnet eller den unge eller bortvise denne fra de fællesarealer, hvor denne opholder sig. Som ved anvendelsen af § 8 handler begrebet kortvarigt ikke om den handling, som barnet eller den unge udfører, men på guidningen, som personalet udfører. Ydermere har det som ved § 8 ikke været et ønske fra politisk side lovgivningsmæssigt at fastsætte en øvre grænse for, hvad en kortvarig fastholdelse er.⁸⁶

Ydermere er det en betingelse for anvendelsen af § 6, at barnet eller den unge generer eller udøver chikane mod enten de andre anbragte børn og unge, personalet eller andre der på det pågældende tidspunkt opholder sig på anbringelsesstedet. Chikanen skal have en sådan karakter, at personalet vurderer, at det er nødvendigt at gribe ind for at varetage det ansvar, som anbringelsesstedet er blevet pålagt efter Voksenansvarslovens § 3.⁸⁷

Der er et stort sammenfald med hensyn til hvilke betingelser, der skal være opfyldt for at anvende fysisk guidning og de betingelser, der er angivet for anvendelsen af afværgehjælp. Som ved § 8 er det efter § 6 ligeledes proportionalitetsprincippet og nødvendighedskravet, der er i højsædet. Det er en forudsætning for fysisk guidning, at denne er nødvendig for at personalet kan varetage det ansvar, som de er givet efter Voksenansvarslovens § 3, der omhandler den daglige omsorg for barnet eller den unge. Deri ligger et beskyttelseshensyn. Dette beskyttelseshensyn er dog af varierende styrke i forhold til barnet eller den unge. Det betyder, at adgangen til at foretage indgreb er større ved mindre børn. F.eks. vil det være muligt at fastholde et 3-årigt barn og iføre hende en flyverdragt. Det samme vil ikke kunne ske med en normaludviklet 15-årig pige, da hun er klar over konsekvenserne ved at gå ud uden passende overtøj på.⁸⁸

Det er en forudsætning for, at der er tale om fysisk guidning efter § 6, at barnet eller den unge ikke yder fysisk modstand mod personalet fastholdelse eller føren bort fra det fællesområde, hvor episoden er under udvikling. Ydes der modstand, skal guidningen øjeblikkeligt ophøre, da den fysiske guidning ikke skal være en magtanvendelse. Guidningen kan dog fortsætte, hvis situationen udvikler sig til at være omfattet af § 9 og at betingelserne for denne slags magtanvendelse er opfyldte.⁸⁹

⁸⁶ Lovforslag nr. L 162, Folketinget 2015-16, fremsat den. 30. marts 2016 af social- og indenrigsministeren (Karen Ellemann), Punkt 3.2.5.2, s. 33

Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 23, punkt. 56, 1. spalte

⁸⁷ Svar på spørgsmål nr. 1 til social – og indenrigsministeren, d. 03-05-2016, doknr. 345202, s. 1

⁸⁸ Lovforslag nr. L 162, Folketinget 2015-16, fremsat den. 30. marts 2016 af social- og indenrigsministeren (Karen Ellemann), Punkt 3.2.5.2, s. 34

Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 23, punkt. 57, 1. spalte

⁸⁹ Lovforslag nr. L 162, Folketinget 2015-16, fremsat den. 30. marts 2016 af social- og indenrigsministeren (Karen Ellemann), Punkt 3.2.5.2, s. 34

Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 23, punkt. 58, 2. spalte

Grænsen mellem §§ 6 og 9 trækkes dermed af om der i episoden ydes fysisk modstand fra barnet eller den unges side. Modstanden er den afgørende faktor, der bestemmer, om der er tale om fysisk guidning efter § 6 eller, om der er tale om magtanvendelse i form af fastholdelse eller føren efter § 9.

5. Costello – Roberts vs. The United Kingdom

Ligeså vel som det er relevant at undersøge grænsegangene mellem Voksenansvarslovens §§ 6, 8 og 9 og § 8 i forhold til voldsbestemmelsen i Straffeloven. Skal det ligeledes undersøges, hvor langt beskyttelsen efter Menneskerettighedskonventionen går. Dette kan vises ved en analyse af Costello-Roberts vs. The united kingdom afgørelsen fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

5.1 Sagens omstændigheder

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol skulle tage stilling til om Menneskerettighedskonventionens artikel 3 og/eller artikel 8 var overtrådt i forbindelse med en fysisk afstraffelse på en britisk kostskole. Sagen der gav anledning til forelæggelsen for den europæiske menneskerettighedsdomstol var som følger;

Den 7-årige Jeremy Costello-Roberts var blevet anbragt på en kostskole af dennes mor. Moren havde ikke forinden denne anbringelse adspurgt skolen om dennes afstraffelsespolitik. Skolen havde den praksis, at alle elever fik et maksimum på 5 anmærkninger førend der ville ske fysisk disciplinering. Jeremy Costello-Roberts fik i løbet af kort tid 5 anmærkninger, samt 3 advarsler fra rektoren, derefter valgte skolen, at der skulle ske fysisk disciplinering af Jeremy Costello-Roberts. Den blev udmålt til at være 3 ”rap” med en gymnastiksko med en gummisål på den beklædte ende. Jeremy blev informeret om skolens beslutning 3 dage inden afstraffelsen skulle finde sted. Straffen blev udført af rektoren selv og der var ikke andre tilstede end ham og Jeremy.⁹⁰

Jeremy påstod, at afstraffelsen skulle anses som nedværdigende behandling efter artikel 3 i Menneskerettighedskonventionen. Ligeledes blev der fra dennes side nedlagt en påstand om, at artikel 8 vedrørende retten til privat og familieliv, var blevet overtrådt.⁹¹

5.2 Menneskerettighedsdomstolens afgørelse og begrundelse

Den påståede overtrædelse af artikel 3

I deres vurderingen af hvorvidt der er sket en overtrædelse af artikel 3 henviser domstolen til sagen Tyrer vs. The United Kingdom fra 1978, hvori det fandtes at være en overtrædelse af artikel 3, da den behandling Tyrer var blevet udsat for ansås til at ligge inden for begrebet nedværdigende behandling. Den Europæiske

⁹⁰ Costello-Roberts v. The United Kingdom, 13134/87, s. 3, pkt. 8 – 9

⁹¹ Costello-Roberts v. The United Kingdom, 13134/87, s. 10, pkt. 29

Menneskerettighedsdomstol anfører i deraf, at der skal trækkes en grænse mellem den form for nedværdigende behandling, der er omfattet af artikel 3 og den form for straf eller behandling der ikke er.⁹²

Jeremy Costello-Roberts var en dreng, der blev afstraffet i overensstemmelse med skolens disciplinære regler. Tyrer derimod, var en ung mand, der blev idømt 3 slag med et spanskrør af birk på sin bare ende, ved den lokale ungdomsdomstol. Tyrers straf blev udført tre uger senere og foregik ved, at to politibetjente fastholdt ham og en tredje udførte slagene med spanskrøret. Røret brækkede efter det første slag. Domstolen lægger deraf vægt på, at der skal være en eller anden form for alvorlighed i behandlingen.⁹³

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fandt ikke, at der i den pågældende situation havde været alvorlige eller permanente skader, som følge af afstraffelsen og fandt deraf ikke, at der forelå en overtrædelse af artikel 3.⁹⁴

Den formodede overtrædelse af artikel 8

Domstolen fremfører i den forbindelse argumentet, at der ikke kan udelukkes, at artikel 8 kan finde anvendelse situationer vedrørende disciplinære handlinger, der ikke er omfattet af artikel 3. Dog fandt domstolen, at det faktum, at Jeremy var blevet anbragt på en kostskole betød, at der under alle omstændigheder ville være et vist indgreb i privatlivet. Domstolen fandt ikke, at der forelå omstændigheder der gav anledning til, at forbuddet i artikel 8 fandt anvendelse.⁹⁵

Den europæiske menneskerettighedsdomstol fandt deraf ikke, at der forelå overtrædelser af hverken artikel 3 eller 8 i Menneskerettighedskonventionen. Der var dog dissens og ved spørgsmålet om overtrædelse af artikel 3 var stemmerne fem til fire. Der var dermed tale om en sag, hvor der ikke var enstemmighed mellem dommerne. En af dommerne udtaler, at han mente, at det var tale om et grænsetilfælde.

De dissenterende dommere mente, at det faktum, at afstraffelsen blev udført uden morens samtykke, samt den blev udført tre dage efter, at Jeremy var blevet underrettet om beslutningen, førte til at der forelå en overtrædelse af artikel 3. Da dette kunne anses for at være nedværdigende behandling.

Det kan af dommen udledes, at der for en overtrædelse af artikel 3 skal være en vis form for alvorlighed ved den udførte behandling af barnet eller den unge. En indikation for, at der foreligger en overtrædelse kan være, at der er permanente skader til følge. Derudover kan det sluttet, at afstraffelsen skal gå ud over, hvad der kan anses for at være almindelig disciplinering af et barn eller en ung.

⁹² Costello-Roberts v. The United Kingdom, 13134/87, s. 10, pkt. 30

⁹³ Costello-Roberts v. The United Kingdom, 13134/87, s. 11, pkt. 31

⁹⁴ Costello-Roberts v. The United Kingdom, 13134/87, s. 11, pkt. 32

⁹⁵ Costello-Roberts v. The United Kingdom, 13134/87, s. 12 – 13, pkt. 36

6. Delkonklusion

Anvendelsen af § 9 forudsætter, at der foreligger en adfærd fra barnet eller den unge, der er til fare for enten barnet eller den unge selv, personalet eller andre der måtte være tilstede. Ydermere skal den farlige handling eller adfærd være igangværende eller nærtforestående. For at finde anvendelsesområdet for Voksenansvarslovens § 9 har det været nødvendigt at foretage flere afgrænsninger i forhold til andre paragraffer af betydning blandt andet Voksenansvarslovens §§ 6 og 8, samt Straffelovens § 244 og endeligt en afgrænsning i forhold til, hvad der kan anses for at være almindelig omsorg fra personalets side.

Afgrænsningen mellem §§ 6 og 9, hvor § 6 omhandler fysisk guidning, består i alt sin enkelthed i om barnet eller den unge yder modstand mod den handling personalet anvender til at fjerne barnet eller den unge fra fællesarealerne. I forhold til § 8 ligger forskellen i, at ved § 8 er tingsskade af omfattende karakter, der ønskes undgået ved anvendelsen af § 9 er det personskade.

Fælles for både §§ 6, 8 og 9 er at proportionalitetsprincippet spiller en afgørende rolle i vurderingen af om indgrebet kan anses for at ligge inden for rammer givet i de forskellige bestemmelser. Derudover skal indgrebene altid udøves så skånsomt så muligt, så indgrebet ikke bliver mere krænkende for barnet eller den unge end det er i forvejen.

Det er svært klart at definere grænsen mellem fysisk magt og den omsorg, som personalet på en institution er forpligtet til at udvise over for de anbragte børn og unge. *Tapedommen* kan dog være med til at vise, hvor nogle juridiske dommere mener, at grænsen ligger. To lærere udøvede ikke vold mod en elev, da de fastholdt eleven på gulvet og placerede flere stykker tape over elevens mund. Vestre Landsret kom frem til, at det ikke var vold, men omsorg for eleven, da handlingen var foretaget med henblik på at berolige eleven. Ydermere vurderer retten, at lærerne ikke havde forsæt til at udøve vold i overensstemmelse med Straffelovens § 244.

Det vigtigste der skal udledes af denne undersøgelse af grænsen mellem magt og omsorg, er at magt aldrig må erstatte omsorg. Samt at såfremt der skal anvendes fysisk magt må denne ikke gå ud over, hvad der er tilstrækkeligt til at opnå det ønskede mål. Det vil sige en fastholdelse skal ophøre øjeblikkeligt, når barnet eller en unge ikke længere udviser den farlige adfærd.

Afgrænsningen til Straffelovens § 244 er ligeledes vigtig. Hvis der på en institution foretages en fastholdelse efter § 9 og det senere viser sig, at fastholdelsen er gået udover, hvad der er lovligt efter § 9, vil der være tale om vold efter Straffelovens § 244. Dommen TfK.2017.179/1 viser, at hvis betingelserne i § 9 ikke kan anses for at være opfyldte, er der tale om vold, hvis indgrebet har været alvorligt nok. Det er også i disse situationer, hvor nødværge og nødret kommer til at spille en rolle.

Kapitel 5. Straffrihedsbestemmelserne

Som et led i at undersøge mulighederne for magtanvendelse efter Voksenansvarslovens §§ 9 og 16, skal der laves en afgrænsning i forhold til under hvilke omstændigheder der kan anvendes nødværge eller nødret. Det vil sige i hvilke situationer, er der tale om ulovlig magtanvendelse, der bliver straffri efter Straffelovens §§ 13 og 14, da der foreligger så farlige eller omfattende skader på enten personer eller gods.

1. Nødværge

Straffelovens § 13 har den følgende udformning;

”Handlinger foretagne i nødværge er straffri, for så vidt de har været nødvendige for at modstå eller afværge et påbegyndt eller overhængende uretmæssigt angreb og ikke åbenbart går ud over, hvad der under hensyn til angrebets farlighed, angriberens person og det angrebne retsgodes betydning er forsvarligt.

Stk. 2. Overskrider nogen grænserne for lovligt nødværge, bliver han dog straffri, hvis overskridelsen er rimeligt begrundet i den ved angrebet fremkaldte skræk eller ophidselse.

Stk. 3. Tilsvarende regler finder anvendelse på handlinger, som er nødvendige for på retmæssig måde at skaffe lovlige påbud adlydt, iværksætte en lovlig pågribelse eller hindre en fanges eller tvangsanbragt persons rømning.”⁹⁶

Nødværgeretten går i grundessensen ud på, at medarbejderne på institutionerne i nogle tilfælde har mulighed for at afværge et overhængende farligt angreb på enten egen person eller andre. Der skal være tale om et uretmæssigt angreb af så farlig karakter, at den overskridelse af legalitetsprincippet, der ellers gælder på området, kan anses for at være af mindre betydning. Ydermere skal der være tale om et påbegyndt angreb og såfremt angrebet ikke er påbegyndt, skal der være tale om et angreb, der er umiddelbart truende på en sådan måde, at det er nødvendigt at gribe ind på trods af det aktuelle angreb endnu ikke er påbegyndt.⁹⁷ For at anvende nødværge skal der være tale om fysiske angreb, nødværgen finder ikke anvendelse ved verbale trusler og lignende. Derudover kan nødværge ikke anvendes på et angreb, der er afsluttet. Dog skal det nævnes, at der er en mulighed for at gribe ind efter et afsluttet angreb, hvis det vurderes ud fra et konkret skøn, at der er en mulighed for at begrænse skaden eller skaderne.⁹⁸

⁹⁶ Lovbekendtgørelse nr. 977 af 09/08/2017, § 13

⁹⁷ Magtanvendelse overfor anbragte børn og unge, Hanne Hartoft, s.432 – 433

⁹⁸ Magtanvendelse overfor anbragte børn og unge, Hanne Hartoft, s. 433

Det er vigtigt at nævne, at nødværge alene kan anvendes over for den person, der udøver det uretmæssige angreb. Der er ingen aldersgrænse i forhold til, hvem der kan anvendes nødværge overfor. Dette betyder, at nødværge ligeledes kan anvendes overfor børn under den kriminelle lavalder.⁹⁹

Betingelser for anvendelse af nødværge

Der er en række betingelser, der skal være opfyldte for at nødværgeren der bliver anvendt kan anses for at være i overensstemmelse med de lovgivne grænser der er givet i Straffelovens § 13. Det er en forudsætning for lovlig nødværge, at handlingen der udføres kan anses for at være både nødvendig og forsvarlig set i forhold til de påbegyndte eller nært forestående angreb. Nødværgehandlingen vurderes at være nødvendig, når den er det, der skal til for afværge angrebet. Nødvendighedskravet samt forsvarlighedskravet kan anses for at være et udtryk for, at der skal foretages en proportionalitetsvurdering ved den afværgende handlingens udførelse. Dermed sagt, at såfremt angrebet kunne være afværget med mindre indgribende midler, er kravet om forsvarlighed ikke opfyldt.¹⁰⁰

Det er som tidligere nævnt muligt at udøve nødværge over for børn og unge og at forsvarsmidlerne skal være afpasset efter angrebets karakter. Man skulle tro at proportionalitetsvurderingen, der skal foretages af forsvarligheden var ensartet og ikke afhang af, hvem der udførte angrebet. Dette er imidlertid ikke korrekt. Det er af stor betydning for vurderingen om angriberen er et barn eller en ung eller en voksen mand. Den objektive vurdering, der skal foretages af proportionaliteten vil blive præget af angriberens alder.¹⁰¹

Dette kan illustreres af dommen TfK.2013.90/2, hvori en medarbejder, der arbejdede som lærer i en specialklasse bed en elev på 11 år i fingeren. Hændelsesforløbet op til hændelsen kan kort forklares, som at eleven løber hen til læreren med den ene hånd formet som en pistol. Eleven placerer sig i lærerens inderste personsfære og fægter med armen. Læreren forsøger at skubbe eleven væk, men denne vil ikke flytte sig. Læreren bider derefter spontant eleven i fingeren.¹⁰²

I byretten påstod anklagemyndigheden, at der var tale om vold efter Straffelovens § 244. Tiltalte nægtede sig skyldig med en subsidiær påstand om anvendelse af Straffelovens § 13, stk. 2. Der som tidligere nævnt er nødværgebestemmelsen i Straffeloven. Stk. 2 går nærmere bestemt ud på, at nødværge ligeledes finder anvendelse, hvis den pågældende person overskrider grænserne for lovlig nødværge, hvis denne overskridelse sker fordi angrebet fremkaldte skræk eller ophidselse.¹⁰³ Tiltalte havde ydermere nedlagt påstand om, at

⁹⁹ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 13, punkt. 29, 1. spalte

¹⁰⁰ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 13, punkt. 29, 1. spalte

¹⁰¹ Magtanvendelse overfor anbragte børn og unge, Hanne Hartoft, s. 434

¹⁰² TfK.2013.90/2, s. 1

¹⁰³ Strafferettens almindelige del I Ansvarslæren, Knud Waaben, 5. revideret udgave ved Lars Bo Langsted, s. 139 – 140

principperne, der fremgår af Straffelovens § 82, nr. 3 og nr. 5 og § 83 ville indgå ved straffeudmålingen. Straffelovens §§ 82 og 83 vedrører mulighederne for straffenedsættelse.¹⁰⁴

Domsmandsretten kom frem til, at tiltalte skulle frifindes. Denne afgørelse blev begrundet med, at der forud for hændelsen (biddet) havde været en tilspidset situation og eleven havde udvist overordentlig grænseoverskridende adfærd overfor læreren. Desuden fandt domsmandsretten ikke, at anklagemyndigheden havde ført tilstrækkeligt bevis for, at læreren havde haft forsæt til at begå vold efter Straffelovens § 244. Deraf skulle tiltalte frifindes.¹⁰⁵

Anklagemyndigheden ankede sagen til landsretten. Vestre landsret kom frem til det modsatte resultat, at tiltalte uanset omstændighederne havde forsæt til at begå vold efter § 244. De fandt, at anklagemyndigheden havde ført tilstrækkeligt bevis for, at læreren havde forsæt til volden. Desuden bemærkede de, at på trods af optakten til biddet, var der ikke anledning til at anvende den udvidede mulighed for nødværge efter § 13, stk. 2 og ej heller anvendelse af § 83.¹⁰⁶

Det kan dermed læses ud af dommen, at anvendelsen af nødværgebestemmelsen i situationer overfor børn i høj grad afhænger af barnet alder og udviklingstrin. Samt at det generelle princip om proportionalitet selvfølgelig ligeledes spiller en rolle i vurderingen af om nødværge har været tilpasset det angreb, der søges afværget.

2. Nødret

Nødretsbestemmelsen, § 14, i Straffeloven har følgende ordlyd;

*”En handling, der ellers ville være strafbar, straffes ikke, når den var nødvendig til afværgelse af truende skade på person eller gods, og lovovertrædelsen måtte anses for at være af forholdsvis underordnet betydning.”*¹⁰⁷

Efter Straffelovens § 14 er der mulighed for straffrihed, hvis den strafbare handling skete med det formål at afværge truende skade på person eller gods. § 14 finder dog næsten udelukkende anvendelse i de situation, hvor anvendelsen af § 13 ikke er mulig. Det er som ved nødværge en forudsætning for straffri nødret, at den udførte handling har været af ganske underordnet betydning.¹⁰⁸

Der er dog den forskel på nødværge og nødret, at handlingen i § 14 kan være rettet mod tredjemands person eller gods.¹⁰⁹ Som ved anvendelsen af nødværge skal der foretages en nødvendigheds – og

¹⁰⁴ TFK.2013.90/2, s. 1

¹⁰⁵ TFK.2013.90/2, s. 1

¹⁰⁶ TFK.2013.90/2, s. 2

¹⁰⁷ Lovbekendtgørelse nr. 977 af 09/08/2017, § 14

¹⁰⁸ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 13, punkt. 29, 1. og 2. spalte

¹⁰⁹ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 13, punkt. 29, 2. spalte

forsvarlighedsvurdering. Det vil sige, at handlingen skal være proportional i forhold til den skade på person eller gods, der ønskes afværget.¹¹⁰

Afgrænsningen mellem nødværge/nødret og magtanvendelse efter Voksenansvarsloven går dermed ud på at vurdere i første omgang, om der er anvendt magt, der kan anses for at ligge inden for den hjemmel, der er givet i §§ 8, 9 eller 16 i Voksenansvarsloven. Derefter skal der foretages en vurdering af om denne magt kan anses for at være lovlig. Hvis magten enten ikke er lovlig efter Voksenansvarsloven eller ligger uden for denne lov, kan det overvejes om Straffelovens §§ 13 eller 14 kan finde anvendelse og dermed legitimere det indgreb i barnet eller den unges person, der er foretaget.

¹¹⁰ Magtanvendelse overfor anbragte børn og unge, Hanne Hartoft, s.437

Kapitel 6. Undersøgelse af person og opholdsrum

1. Voksenansvarslovens § 16

Børn og unge har som alle voksne borgere i Danmark ligeledes ret til et privatliv. Grundlovens § 72 og Menneskerettighedskonventionens artikel 8 finder selvfølgelig anvendelse uanset, om der er tale om et barn/en unge eller en myndig borger det vil sige en person over 18 år. Da der er tale om en så grundlæggende rettighed, der er beskyttet både af Grundloven og Menneskerettighedskonventionen, er der deraf et krav om en klar lovhjemmel til at foretage indgreb i barnet eller den unges privatliv.¹¹¹ Denne lovhjemmel er givet i Voksenansvarslovens § 16.

Det var formålet med § 16 at udvide personalets og dermed institutionernes muligheder for at foretage person og opholdsrum undersøgelser. Det var tidligere alene muligt at undersøge de anbragte børn og unges opholdsrum efter servicelovens § 123a, stk. 1. Lovgiver ville med § 16 udvide personalets muligheder ved at give en hjemmel til personundersøgelser.¹¹² Dog var det en forudsætning for denne udvidelse, at der blev udarbejdet præcise og grundlæggende retningslinjer for, hvordan de pågældende undersøgelser skulle udføres. Retningslinjerne skulle have det formål, at barnets eller den unges integritet blev bevaret.¹¹³

Der er efter § 16 to muligheder for at foretage indgreb. Det er derfor relevant at undersøge hvilke betingelser, der skal være tilstede ved de to muligheder.

Voksenansvarslovens § 16, stk. 1 og 2 har følgende ordlyd;

”§ 16 Lederen af et anbringelsessted efter § 66, stk. 1, nr. 5 og 6, i lov om social service eller den, der bemyndiges dertil, kan uden retskendelse beslutte, at der skal foretages en undersøgelse af et anbragt barns eller en anbragt ungs person eller opholdsrum, hvis der er bestemte grunde til at antage, at barnet eller den unge er i besiddelse af effekter, og besiddelsen medfører, at ordens- eller sikkerhedsmæssige hensyn ikke kan iagttages, jf. dog stk. 2

Stk. 2. Ud over tilfælde nævnt i stk. 1 kan lederen af en sikret døgninstitution eller en særligt sikret afdeling efter § 66, stk. 1, nr. 6, i lov om social service eller den, der bemyndiges dertil, uden retskendelse besluttet, at der skal foretages undersøgelse af, hvilke effekter et barn eller en ung, der er anbragt i afdelingen eller på

¹¹¹ Lovforslag nr. L 162, Folketinget 2015-16, fremsat den. 30. marts 2016 af social- og indenrigsministeren (Karen Ellemann), Punkt 3.1.3.1, s. 12

¹¹² Lovforslag nr. L 162, Folketinget 2015-16, fremsat den. 30. marts 2016 af social- og indenrigsministeren (Karen Ellemann), Punkt 3.2.5.2, s. 28

¹¹³ Betænkning om magtanvendelse over for børn og unge, der er anbragt uden for hjemmet, Betænkning nr. 1551, marts 2015, s.15

døgninstitutionen har i sin besiddelse på sin person eller i sit opholdsrum, hvis en sådan undersøgelse er nødvendig for at sikre, at ordens- eller sikkerhedsmæssige hensyn iagttages.”

1.1 Indgrebsindikatorerne for indgreb efter stk. 1

For at fortage et indgreb efter stk. 1 er der en række betingelser, der skal være opfyldte førend indgrebet kan anses for at være berettiget. Derudover er det en selvfølge, at de generelle principper for magtanvendelse og andre indgreb i barnets eller den unges selvbestemmelsesret skal være overholdt.¹¹⁴ Det er en forudsætning for at lave en undersøgelse af enten barnets eller den unges opholdsrum eller person efter stk. 1, at der er bestemte grunde til at antage, at denne er i besiddelse af genstande, som truer de sikkerheds – og ordenshensyn, der skal iagttages på institutionen. Bestemte grunde til at der kan foretages indgreb kan være, at barnet eller den unge er enten påvirket af euforiserende stoffer eller alkohol. Det kan ligeledes være, hvis der mangler for eksempel knive, sakse eller andre skarpe genstande fra institutionens fællesarealer. Det er alene et krav, at de førnævnte genstande kan anvendes som våben mod sig selv, de andre børn eller unge eller personalet på institutionen.¹¹⁵ En anden form for bestemt grund der muliggøre for lederen af institutionen at besluttet, at der skal foretages en undersøgelse efter stk. 1, er hvis personalet har gjort sig observationer, som sandsynliggør, at barnet eller den unge er i besiddelse af genstande af den ovenfor nævnte karakter det vil sige våben, alkohol eller euforiserende stoffer.¹¹⁶

Ydermere er det muligt for lederen af en institution at foretage en undersøgelse af barnet eller den unges person, samt opholdsrum for at håndhæve ordensbestemmelserne i institutionens husorden.¹¹⁷

Det er ikke en forudsætning for at indlede en undersøgelse efter stk. 1, at der foreligger en retskendelse. Det er alene tilstrækkeligt, at lederen eller den der er bemyndiget på en lignende måde beslutter, at en undersøgelse af barnet eller den unges person eller opholdsrum skal igangsættes.¹¹⁸

1.2 Indgrebsindikatorerne for indgreb efter stk. 2

Efter stk. 2 i § 16, kan lederen eller den, der er bemyndiget i samme omfang beslutte, at der skal foretages en person – eller opholdsroomsundersøgelse vedrørende et barn eller en ung. Formålet med undersøgelsen er den

¹¹⁴ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 48, punkt. 114

¹¹⁵ Betænkning om magtanvendelse over for børn og unge, der er anbragt uden for hjemmet, Betænkning nr. 1551, marts 2015, s. 48

Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 48, punkt. 114, 1.spalte

¹¹⁶ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 48, punkt. 114, 1. spalte og 2. spalte

Lovforslag nr. L 162, Folketinget 2015-16, fremsat den. 30. marts 2016 af social- og indenrigsministeren (Karen Ellemann), Punkt 3.2.5.2, s. 42

¹¹⁷ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 48, punkt. 114, 2. spalte

¹¹⁸ Betænkning om magtanvendelse over for børn og unge, der er anbragt uden for hjemmet, Betænkning nr. 1551, marts 2015, s.48

Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 48, punkt. 114, 1. spalte

samme som ved stk. 1, at sikre at ordens – eller sikkerhedshensynene, som institutionen skal overholde ikke bringes i fare. Ved stk. 2 er der dog et nødvendighedskrav, som ikke er nævnt i stk. 1. desuden er der i stk. 2 en opremsning af i hvilke situationer, lederen kan træffe beslutning om, at der skal foretages en undersøgelse. Opremsningen er udtømmende.¹¹⁹

Undersøgelsen kan foretages; før eller efter besøg, når barnet eller den unge anbringes eller; før eller efter fravær. Disse er de eneste muligheder lederen på en sikret institution eller særligt sikret afdeling har for at undersøge barnet eller den unges person og opholdsrum.¹²⁰

Det var formålet med stk. 2 at udvide adgangen for at foretage en undersøgelse af barnets/den unges person eller opholdsrum til ligeledes at omfatte sikrede institutioner eller særligt sikrede afdelinger. Undersøgelsen efter stk. 2 kan på samme måde som efter stk. 1 foretages uden, at der er indhentet en retskendelse.¹²¹

Der er dog den store forskel på stk. 1 og stk. 2, at undersøgelsen efter stk. 2 kan ske rutinemæssigt, hvor undersøgelsen efter stk. 1 alene kan ske, hvis der er bestemte grunde at lederen kan antage, at den er nødvendig for at overholde orden – eller sikkerhedshensyn. Betingelsen om bestemte grunde gælder ikke for en undersøgelse efter stk. 2.¹²²

1.3 Nærmere om personundersøgelsen

Det er vigtigt at forstå, at der ved en personundersøgelse ikke må ske nogen form for indtrængen i barnets eller den unges legeme. Beføling af barnet eller den unge er heller ikke tilladt. Personundersøgelsen foretages ved, at der klappes uden på tøjet. Personalet kan dog bede barnet eller den unge om at tage sko, hovedbeklædning og overtøj af. Dette er hensigtsmæssigt, at det i et tænkt eksempel ikke ville være muligt at mærke en kniv, der er stukket ned i bukselindingen, hvis den unge har en stor dynejakke på.¹²³

Ydermere skal undersøgelsen foretages og overværes af personale af samme køn, som barnet eller den unge. Der må desuden ikke være andre anbragte børn eller unge tilstede ved undersøgelsen. Dette er et krav, da det kan virke grænseoverskridende for barnet eller den unge at få foretaget et så omfattende indgreb foran andre. Hvis det ikke er muligt at finde medarbejdere af samme køn som barnet eller den unge, er det muligt at foretage undersøgelsen med personale af det modsatte køn.¹²⁴

¹¹⁹ Lovforslag nr. L 162, Folketinget 2015-16, fremsat den. 30. marts 2016 af social- og indenrigsministeren (Karen Ellemann), Punkt 3.2.5.2, s. 43

Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 48, punkt. 115, 2. spalte

¹²⁰ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 48, punkt. 115, 2. spalte

¹²¹ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 48, punkt. 115, 2. spalte

¹²² Lovforslag nr. L 162, Folketinget 2015-16, fremsat den. 30. marts 2016 af social- og indenrigsministeren (Karen Ellemann), Punkt 3.2.5.2, s. 43

Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 48, punkt. 115, 2. spalte

¹²³ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 48, punkt. 116, 2. spalte

¹²⁴ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 49, punkt. 116, 1. spalte

1.4 Nærmere om undersøgelsen af opholdsrum

Personalet har mulighed for at undersøge barnets eller den unges opholdsrum. Opholdsrum omfatter værelser, skabe eller andre rum, som barnet eller den unge har adgang til og råder over. Undersøgelsen giver personalet mulighed for at lave en gennemgang af de genstande, som barnet eller den unge er i besiddelse af. Inden undersøgelsen indlede, skal barnet eller den unge rådgive om muligheden for, at denne kan overvære undersøgelsen eller umiddelbart efter undersøgelsen er foretaget kan få gennemgået resultaterne af denne. Denne rådgivning kan ske skriftligt.¹²⁵

1.5 Generelle retningslinjer for undersøgelsen af person eller opholdsrum

Som ved al anden magtanvendelse og indgreb i barnets eller den unges selvbestemmelsesret ved tvang, skal barnet eller den unge først forsøges nået med en opfordring til at samarbejde og samtykke til den ønskede handling. Dette betyder, at personalet inden, lederen eller den er bemyndiget i samme omfang, har forsøgt at få barnet eller den unge til frivilligt at opgive og aflevere de genstande, der kan være til fare for orden – eller sikkerhedshensynene.¹²⁶

Antallet af personel, der skal være tilstede ved undersøgelsen er mindst 2. Der kan dog opstå situationer, hvor det alene er muligt, at en medarbejder kan være tilstede. Dette kræver, at der er særlige omstændigheder ellers vil dette ikke være i overensstemmelse med retningslinjerne.¹²⁷

Ved en undersøgelse efter Voksenansvarslovens § 16, skal de generelle principper for magtanvendelse overholdes. Dette betyder, at undersøgelsen skal foretages så skånsomt, som overhovedet muligt, for at barnet eller den unge oplever, at kränkelsen har det mindst mulige omfang.¹²⁸

Derudover skal det altid gældende proportionalitetsprincip overholdes, så indgrebet ikke overstiger det formål, der ønskes opnået med dette.¹²⁹

Ombudsmandens udtalelse 2017-13 kan med fordel nævnes. Den giver ikke et klart udgangspunkt for anvendelsen af § 16, men den giver dog læseren en idé om, hvor vigtigt det er, at der altid er en hjemmel til det indgreb, som medarbejderne på institutionerne foretager og at denne hjemmel skal være klar og præcis. Til at illustrere hvor langt institutionernes hjemmel til at foretage indgreb af denne karakter går kan ombudsmandens udtalelse 2017-13 med fordel nævnes. Ved et besøg på en institution blev ombudsmanden klar over, at denne institution havde som praksis at vaske barnets eller den unges tøj ved ankomst til

¹²⁵ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 49, punkt. 117, 1. spalte

¹²⁶ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 49, punkt. 118, 1. spalte

¹²⁷ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 49, punkt. 118, 1. spalte

¹²⁸ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 49, punkt. 118, 1. spalte

¹²⁹ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 49, punkt. 118, 2. spalte

institutionen. Formålet med denne tøjvask var dette ville ødelægge eller som minimum forringe kvaliteten af gemte euforiserende stoffer, som barnet eller den unge havde bragt med tilbage til institutionen.¹³⁰

Institutionen mente, at de havde hjemmel til at foretage tøjvasken efter arten af anstaltsforholdet og de medfølgende ulovbestemte retsgrundsætninger. Dette erklærede ombudsmanden sig uenig i, da han ikke mente, at de ikke lovbestemte retsgrundsætninger om anstaltsbetragtninger kunne rumme denne form for indgreb, der kunne sammenlignes med kropsvisitation og ransagning.¹³¹ Det skal nævnes, at ombudsmanden fastslog, at der var tale om et indgreb af tvangsmæssig karakter på trods af, at institutionen havde forklaret, at tøjvasken var en frivillig ordning. Ombudsmanden fremførte det argument, at frivillighed indeholder, at barnet eller den unge har givet sit informerede samtykke til dette specifikke indgreb.¹³²

Ombudsmanden konkludere, at institutionens praksis for tøjvask ikke har tilstrækkelig hjemmel i hverken den gældende lovgivning eller de ulovbestemte retsgrundsætninger om anstaltsbetragtninger. Han henstiller derfor til, at tøjvasken ophører øjeblikkeligt.¹³³ Desuden kan det ud af udtalelsen udledes, hvilken form for indgreb, der vil være ransagning og ikke kun en personundersøgelse eller en undersøgelse af opholdsrum, der er hjemmel til i § 16. Ombudsmandens udtalelse giver dermed en vejledning til, hvad der kan anses for at være et indgreb i barnets eller den unges grundlæggende rettigheder.

Ud over ombudsmandens stillingtagen til spørgsmålet om personundersøgelser i overstående udtalelse, har social- og indenrigsministeren på tidspunktet for Voksenansvarslovens vedtagelse ligeledes taget stilling til i hvilke situationer, det er rimeligt at foretage en kropsvisitation uden, at der foreligger en konkret mistanke om, at det anbragte barn eller ung er i besiddelse af effekter, der kan true de ordens- og sikkerhedsmæssige hensyn, der er på institutionen. Ministeren fremfører, at der alene kan foretages undersøgelser af den ovennævnte art i de situationer, der er oplistet i § 16. Derudover mener ministeren, at der er et større behov for at anvende indgrebsmulighederne i § 16 på de sikrede institutioner eller særligt sikrede afdelinger, da de anbragte børn eller unge primært er anbragt der som følge af en dommerkendelse.¹³⁴

1.6 De fundne effekter

Ud over at undersøge, hvad et indgreb efter Voksenansvarslovens § 16, stk. 1 eller 2 indebærer, er det ligeledes interessant at undersøge, hvad personalet må gøre i de tilfælde, hvor de finder genstande, der kan true ordens- eller sikkerhedshensyn eller euforiserende stoffer. Efter stk. 4 i § 16 er det muligt for lederen af en institution at tilbageholde de effekter, der er blevet fundet ved en person- eller opholdsrumundersøgelse.¹³⁵

¹³⁰ Ombudsmandens udtalelse, 2017-13, d. 10. maj 2017, s. 1

¹³¹ Ombudsmandens udtalelse, 2017-13, d. 10. maj 2017, s. 10

¹³² Ombudsmandens udtalelse, 2017-13, d. 10. maj 2017, s. 9

¹³³ Ombudsmandens udtalelse, 2017-13, d. 10. maj 2017, s. 10

¹³⁴ Svar på spørgsmål til ministeren, sagsnr. 2016-3093, doknr. 345202, dato 03-05-2016, spørgsmål 2, s. 1

¹³⁵ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 49, punkt. 119

Ud fra et synspunkt om, at undersøgelserne bliver foretaget for at opretholde sikkerheden og orden på institutionerne er det fornuftigt, at personalet kan tage de fundne genstande fra barnet eller den unge. Dog skal institutionen udfærdige en liste over de genstande, der er blevet taget fra barnet eller den unge og udlevere en kopi af denne til barnet eller den unge, samtidigt med, at denne bliver informeret om tilbageholdelsen.¹³⁶

2. Delkonklusion

Ved anvendelsen af § 16 foretages der et forholdsvist intenst indgreb i barnets eller den unges grundlæggende rettigheder til privatliv og boligens ukrænkelighed. Da bestemmelsens udformning og ordlyd giver en ret løs og upræcis indikation om, hvad der ligger i en personundersøgelse eller en undersøgelse af et opholdsrum, har det været nødvendigt i vejledningen til Voksenansvarsloven at præcisere, hvad der ligger i en personundersøgelse. På trods af at paragraffen giver en udtømmende liste over situationer, hvor § 16 kan anvendes, har det været nødvendigt at præcisere. For eksempel, at der ved en personundersøgelse ikke må være nogen form for penetration, at det så vidt muligt skal være en af samme køn som barnet eller den unge, der foretager undersøgelse. Den bemyndigelse der er givet i Voksenansvarslovens § 16 bliver dermed præciseret og skærpet i de supplerende retskilder.

Det kan ligeledes udledes, at der ved anvendelsen af § 16, uanset om det er efter stk. 1 eller 2, kan udvises en respekt for proportionalitetsprincippet og princippet om, at indgrebet skal foretages så skånsomt så muligt. Man kan henledes til at konkludere, at skånsomhedsprincippet især skal spille en afgørende rolle ved personundersøgelser, da disse klart udgør et intenst indgreb i både barnets eller den unges personsfære og deres grundlæggende rettigheder vedrørende privatliv.

Ombudsmandens udtalelse 2017-13 fastslår, at indgreb af den karakter, som § 16 indeholder kræver en klar hjemmel i lov. Det skal ikke være muligt for en institution at kunne angive anstaltsbetragtninger som hjemmel ved et indgreb, der efter ombudsmandens vurdering mest af alt havde ransagningslignende karakter.

Personalet har i forbindelse med undersøgelsen mulighed for at tilbageholde de effekter, som de finder, hvis de anses for at kunne bryde de orden- eller sikkerhedshensyn, som der er opstillet i § 16, stk. 1 eller stk. 2. Dette er med til at understøtte hele formålet med undersøgelsen, da det ikke ville give megen mening, hvis personalet ikke kunne tage farlige genstande fra barnet eller den unge, men alene havde hjemmel til at finde dem ved en person- eller opholdsroomsundersøgelse.

¹³⁶ Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge, s. 49, punkt. 119

Kapitel 7. Vurderingen af problemstillingen

1. Vurdering af muligheden for at foretage indgreb i selvbestemmelsesretten efter §§ 9 og 16 i Voksenansvarsloven

Det er som udgangspunkt forældrene til et barn eller en ung, der skal drage omsorg for barnet eller den unge. Dette udgangspunkt ændres dog i det øjeblik barnet eller den unge bliver anbragt på en institution uden for hjemmet. Den daglige omsorg, samt opdragelsen af barnet eller den unge overgår i en sådan situation til institutionen og dennes medarbejdere.

Voksenansvarslovens § 3 er med til at fastslå denne overdragelse af pligter fra forældrene til institutionerne. Af § 3 fremgår det helt bestemt, at institutionerne bliver pålagt et ansvar for efter bedste evne, at drage omsorg for barnet eller den unge. Medarbejderne på institutionerne gives som led i dette en mulighed for at foretage indgreb overfor børnene eller de unge, hvis dette er nødvendigt for at sikre børnene eller de unges interesser. Interesserne kan blandt andet være fysiske eller psykiske behov.

Denne mulighed for at foretage indgreb i barnets eller den unges selvbestemmelsesret har dannet grundlag for Voksenansvarslovens §§ 9 og 16 vedrørende fastholdelse og undersøgelse af enten person eller opholdsrum.

Voksenansvarslovens § 9 har det til fælles med andre indgreb i selvbestemmelsesretten, at det er vigtigt, at de generelle principper for sådanne indgreb overholdes. Det vil sige, at indgrebet altid skal afstemmes i forhold til omgivelserne. Ligeledes skal principperne om proportionalitet, nødvendighed og så videre altid overholdes.

Hvornår en handling kan defineres til at være vold og hvornår der er tale om en opdragelseshandling enten fra forældrenes eller medarbejderne på institutionernes side er interessant af den enkel grund, at den er vanskelig at fastlægge. Forældre og deraf medarbejderne, der har ansvaret for opdragelsen af børnene og de unge, har forholdsvis vide rammer til at opdrage børnene og de unge på en omsorgsfuld måde. Opdragelse kan i nogle tilfælde nødvendiggøre, at medarbejderne enten fastholder børnene eller de unge, så disse ikke skader enten sig selv eller andre.

Grænsedragningen mellem fastholdelse efter § 9 i Voksenansvarsloven og voldsbestemmelsen i Straffeloven illustreres bedst ved at foretage en analyse af dommen TfK.2017.179/1, hvori en pædagog tog hårdt fat i en 7-årig piges arm med mærker til følge. Landsretten fandt, at tiltaltes forklaringer ikke var i overensstemmelse med reglerne for lovlig magtanvendelse. Det vil sige, at fastholdelsen skulle ske med det formål at forhindre skade på enten barnet eller andre personer, som opholdte sig i nærheden.

Dommen viser, hvor langt opdragelseshandlinger kan gå førend de betragtes, som vold. Forældre skal gives et vist spillerum til at opdrage deres børn og unge til senere at kunne indgå i samfundet, som normalt fungerende

mennesker, der forstår andres grænser og samfundets normer. Der skal dog altid være en klar og proportional sammenhæng mellem det der ønskes at opnå med magten og hvilken form for magt, der anvendes. Magten må deraf ikke gå mere vidt end, hvad der er nødvendigt for at opnå målet med magthandlingen.

Det kan klart konkluderes, at vold aldrig må anvendes som en afstraffelsesmetode, da revselsesretten blev afskaffet i 1997. Hvor det tidligere har været en formildende omstændighed, at forældrene begik vold overfor deres egne børn, har det nu udviklet sig til at være en skærpende omstændighed, at forælderen på en vis måde bryder det omsorgs/tillid/tryghedsforhold, der er mellem børn eller unge og deres forældre eller de fagpersoner, der er ansat på institutionerne, der varetager samme omsorgsrolle, som forældre.

Det er af flere fagfolk for eksempel socialpædagoger, almindelige pædagoger i en børnehave og lignende, der til daglig arbejder med magtanvendelser blevet fremført, at det kan være svært at trække en definitiv streg mellem magtanvendelse og omsorg. Magtanvendelse forudsætter, at der fra barnet eller den unges side udvises en eller anden form for modstand. Det skal understreges, at modstanden sagtens kan være, at der ikke er indhentet samtykke fra barnet eller den unge.

Grænsedragningen mellem magt og omsorg er helt central for børn og ungeområdet på trods af, at det ikke er muligt definitivt at fastlægge, hvor grænsen skal trækkes. Da der er usikkerhed på området var det nødvendigt for Magtanvendelsesudvalget, der senere afgav betænkning nr. 1551 vedrørende magtanvendelse over for anbragte børn og unge, at få foretaget en undersøgelse af praksis. Deraf opstod Rambøll-rapporten. Der skulle hjælpe udvalget i deres arbejde ved at fungere som konsulentbistand.

Rambøll rapporten viser, at næsten alle anbringelsessteder anvender magt over for de på stederne anbragte børn og unge. Desuden er magtanvendelse et indgreb der foretages ofte på en institution, der er ikke kun tale om enkelte årlige tilfælde. Undersøgelsen viser, at der på 52 % af døgninstitutionerne anvendes fysisk magt månedligt eller oftere.¹³⁷

Grænsedragningen mellem omsorg og magtanvendelsen vises i *Tapedommen (U.2004.1186V)*, hvor to lærere i forbindelse med en elevs voldsomme opførsel havde fastholdt denne og sat et stykke tape over munden på denne. Landsretten finder, at der er tale om en lovlig magtanvendelse, da elevens opførsel var så voldsom i situationen, samt at de to lærere under hele episoden havde deres fulde fokus på eleven.

Det er i dag en regel, at når der foretages en magtanvendelse ude på institutionerne, skal denne indberettes til myndighederne. Denne praksis har mange praktikere tidligere ment stod i vejen for opdragelsen og muligheden for at drage omsorg for børnene eller de unge. Det fremgår af Rambøll-rapporten, at disse førnævnte praktikere ønskede færre og mere slækkede krav til indberetning.¹³⁸

¹³⁷ Rambøll-rapporten, s. 8

¹³⁸ Rambøll-rapporten, s. 10

Mange føler dermed, at magtanvendelsesregler i et vist omfang begrænser dem i at udføre deres arbejde og drage omsorg for barnet eller den unge, fordi der måske er tale om en situation, hvor en magtanvendelse ville være ulovlig, men hvis der ikke foretages noget, vil det være omsorgssvigt.

Da der som tidligere ikke er meget retspraksis til at fastlægge, hvor præcis grænsen mellem magt og omsorg ligger, der udtalelser fra ombudsmanden vigtige, da ombudsmanden tager stilling til en række problemstillinger og vurdere, hvor disse ligger på skalaen i forhold til magt eller omsorg.

Navnlig ombudsmandens udtalelse vedrørende refleksionstid (2013-28) giver et godt indblik i, hvad der kan anses for at være magt og ikke omsorg. Heri fremgår det, at det altid er en konkret vurdering af situationen. Ved denne vurdering skal proportionalitetsprincippet bringes i spil. Ombudsmanden fandt, at det faktum, at de unge på institutionen blev fastholdt indtil de satte sig på sofaen til ”refleksionstid” ikke var i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Der skal være en fare førend der kan foretages en magtanvendelse, hvis den unge allerede er stoppet i sin adfærd kan magtanvendelsen ikke fortsættes indtil den unge indvilliger i at sætte sig på sofaen.

Det nævnes også i udtalelsen fra ombudsmanden, at institutionen havde en forkert forståelse af magtanvendelsesbegrebet. Netop dette kan være den fejl i fundamentet der er alle steder ude på institutionerne og er årsagen til, at mange praktikere er i tvivl om grænsen mellem magt og pligten til at drage omsorg for barnet. Det er nødvendigt grundigt at undervise medarbejderne på f.eks. døgninstitutionerne i magtanvendelsesreglerne og give dem værktøjer til at håndtere en magtanvendelsessituation, så der ikke er den tvivl; er det magt eller omsorg? Samt hvor ligger grænserne for, hvad er omfattet af bestemmelserne og hvad er ikke.

Da det er formålet med afhandlingen at undersøge mulighederne for at anvende magt efter §§ 9 og 16 i Voksenansvarsloven, har det været nødvendigt, at foretage en afgrænsning i forhold til de paragraffer og nødretsgrundsætninger, der ligger tæt op ad særligt § 9.

Den største forskel på §§ 8 og 9 er, at i § 8 finder afværgehjælpen alene anvendelse på tingsskade og ikke personskade. Formålene med bestemmelserne er deraf forskellige. Såfremt der skal afværges skade på person vil det være en situation omfattet af § 9 eller nødværge/nødretten, hvis § 9 ikke finder anvendelse. Der kan kun efter § 8 foretages en kortvarig fastholdelse. Begrebet kortvarigt er ikke defineret i lovgivningen eller den tilhørende vejledning. Det har ikke været lovgivers mening, at definere begrebet og deraf er det en konkret vurdering ved hver situation. Der findes desuden ikke praksis på området, som der i andre tilfælde gør, hvor et tidsbegreb ikke er defineret endeligt i lovgivningen og dermed kan fungere som en retningsgiver for hvor lang tid, det kan være. Ved anvendelsen af § 8 spiller proportionalitetsprincippet derfor en væsentlig rolle, når der skal foretages en vurdering af om indgrebet har været kortvarigt og dermed ikke går ud over, hvad der kan

anses for at være omfattet af dette ikke definerede tidsbegreb. Ydermere skal skånsomhedsprincippet anvendes i vurderingen.

Ved grænsedragningen mellem §§ 6 og 9 vedrørende henholdsvis fysisk guidning og fastholdelse er det afgørende om der fra barnets eller den unges side ydes modstand. Ved vurderingen af om § 6 er lovlig anvendt skal de generelle principper om proportionalitet og nødvendighed inddrages. Ligeledes ligger der i § 6 et beskyttelseshensyn, der går ud på at der er videre mulighed for at anvendelse § 6 overfor mindre børn, der ikke selv kan overskue konsekvenserne af deres handlinger end der mulighed for at anvende fysisk guidning overfor ældre børn.

Da der er tale om indgreb i så grundlæggende rettigheder og beskyttelsesværdige hensyn, som børns ret til privatliv, beskyttelsen mod nedværdigende behandling efter Menneskerettighedskonventionen, samt Børnekonventionens bestemmelser om beskyttelse af barnet og barnets bedste. Er det relevant, at undersøge, hvad Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har fremlagt at retspraksis på området. Denne praksis kan give den rettesnor for i hvilket omfang magt kan anvendes over for børn eller unge og hvornår det ikke længere er lovlig magtanvendelse men en overtrædelse af Menneskerettighedskonventionen.

Menneskerettighedskonventionen spiller dermed en rolle i afgrænsningen af mulighederne for indgreb i selvbestemmelsesretten og hvorvidt alvorligt et indgreb kan være. Dette kan ses i sagen Costello-Roberts vs. The United Kingdom, hvori EMD skulle tage stilling til om en fysisk afstraffelse af en 7-årig dreng var en overtrædelse af Menneskerettighedskonventionens artikel 3 eller 8.¹³⁹

EMD fandt ikke, at der var en overtrædelse af artikel 3, da der i den pågældende situation ikke var opstået alvorlige skader eller permanente mén, som følge af afstraffelsen. Der skulle være en eller anden form for alvorlighed, der ikke kunne anses for at foreligge i en situation, hvor den pågældende 7-årige var blevet slået med en sko med gummisål tre gange i enden.

Det var dog en opsplittet domstol, da flere af dommerne mente, at der var en overtrædelse af artikel 3. En dommer udtaler, at der i hvert fald var tale om et grænsetilfælde.

Det kan dermed slutes, at det er nødvendigt for at en magtanvendelse er konventionsstridig, at der er en vis alvorlighed i indgrebet, dette kan være permanente skader og varige mén og at for eksempel afstraffelsen, som var handlingen, der skulle vurderes i ovenstående sag, går ud over, hvad der kan anses for at være proportionalt i en lignende situation. Det er dog også for EMD svært at vurdere, hvornår der er tale om en overtrædelse af

¹³⁹ Den formodede overtrædelse af artikel 8: EUD fandt ej heller, at der var en overtrædelse af artikel 8, da de fandt, at det faktum, at den pågældende var anbragt på en kostskole medførte en eller anden form for indgreb i familie og privatlivet.

artikel 3 i Menneskerettighedskonventionen, da det som tidligere nævnt, var en splittet dommerstabel. Denne usikkerhed kan afhjælpes ved, at flere af de problemstillinger, der er i forhold til indgreb i selvbestemmelsesretten ved brug af magt, forelægges for både Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og de danske domstole.

Som alle andre borgere i Danmark, har børn og unge, der er anbragt på en institution ligeledes ret til et privatliv. Det er dog i nogle tilfælde i modstrid med det faktum, at medarbejderne på institutioner er forpligtet til at skabe rammer for børnene og de unge, der giver dem en nogenlunde normal hverdag.

Det er denne grundlæggende ret til privatliv, som § 16 er et indgreb i. Indgrebet der kan foretages efter Voksenansvarslovens § 16 er en nedskrivning af en ret til at fratage børn og unge farlige genstande eller euforiserende stoffer, som det fleste forældre ville gøre, hvis det var deres egne børn eller unge.

Indgreb efter Voksenansvarslovens § 16 foretages stort set aldrig på en almindelig døgninstitution. Dog anvendes indgrebsformen mere regelmæssigt på de sikrede døgninstitutioner og særlig sikrede afdelinger. Hvor regelmæssigt indgrebene foretages på en sikret døgninstitution kan læses ud af Rambøll-rapporten, hvoraf det fremgår, at 71 % af de sikrede døgninstitutioner og særligt sikrede afdelinger foretager person og/eller værelsesundersøgelser ugentligt eller månedligt.¹⁴⁰

Et vigtigt moment i vurderingen af, om der er tale om en situation omfattet af § 16, er om personalet har forsøgt at få barnet eller den unge til at medvirke frivilligt. Ydermere lægges der stor vægt på om skånsomhedsprincippet er blevet overholdt. Et indgreb skal udføres på en sådan måde, at barnet eller den unge oplever den mindst mulige krænkelse. Derudover er proportionalitetsprincippet igen en vigtig faktor ved vurderingen af indgrebets lovlighed.

Ved en undersøgelse af omfanget af § 16 kan ombudsmandens udtalelse 2017-13 inddrages. En institution havde som praksis at vaske de unges tøj ved ankomst til institutionen. Dette fandt ombudsmanden, at der ikke var tilstrækkelig hjemmel til i hverken arten af anstaltsforholdet eller ulovbestemte retsgrundsætninger, som institutionen havde fremført som hjemmelsgrundlag. Ombudsmanden fandt ikke, at der var tale om en frivillig ordning, da denne kunne sidestilles med kropsvisitation og ransagning. Ombudsmanden argumenterede for, at frivillighed indeholder et krav om, at den unge har givet sit informerede samtykke til det specifikke indgreb.

Foruden afgrænsningerne til Voksenansvarslovens §§ 6 og 8, har det ydermere været relevant at undersøge i hvilke tilfælde nødværge eller nødret finder anvendelse over for børn og unge. Dette er interessant for at finde ud af om de tilfælde, hvor medarbejderne på en institution anvender magt, de mener ligger inden for Voksenansvarsloven, men som senere af myndighederne vurderes til at ligge uden for hjemlen i

¹⁴⁰ Rambøll-rapporten, s. 27

Voksenansvarsloven, kan være omfattet af Straffelovens §§ 13 eller 14. Kan ulovlig magtanvendelse efter Voksenansvarsloven blive straffri efter enten nødværge eller nødret?

Der er ikke en given aldersgrænse på hvem der kan udøves nødværge overfor. Det er dermed også muligt at anvende nødværge over for børn og unge. Det er dog vigtigt at nævne, at forsvarsmidlerne skal være afpassede efter angrebet karakter.

Man kan dermed forledes til at tro, at den proportionalitetsvurdering, der skal foretages af medarbejderen i forbindelse med angrebet er ensartet og ikke afhænger af hvem, der er angriberen. Det har dog en stor betydning for proportionalitetsvurderingen, om angriberen er en voksen mand eller et barn.

At proportionalitetsvurderingen bliver præget af angriberen alder og modenhed fremgår af dommen TfK.2013.90/2, hvori en lærer i en specialklasse bed en elev i fingeren. Landsretten kom frem til, at der var tale om vold og at nødværge ikke fandt anvendelse, da anklagemyndigheden havde ført tilstrækkeligt bevis for, at læreren havde forsæt til volden.

Modsat nødværge, hvor angrebet skal være rettet mod vedkommende selv, finder nødretten anvendelse på angreb rettet mod tredjemands person eller gods. Som ved nødværge skal der ved nødretten foretages en nødvendigheds – og forsvarslighedsvurdering.

Ved en magtanvendelse over for et barn eller en ung, skal det dermed først vurderes, om den anvendte magt ligger inden for Voksenansvarslovens §§ 8, 9 eller 16. Er dette ikke tilfældet vil der være tale om ulovlig magt og dette kan være vold hvis betingelserne for Straffelovens § 244 er opfyldte. Der er dog mulighed for straffrihed, hvis Straffelovens §§ 13 eller 14 finder anvendelse.

Kapitel 8. Konklusion

Selvbestemmelsesretten er et grundlæggende udgangspunkt for alle borgere, der er habile til selv at træffe beslutninger om deres liv og færden. Der er dog en række problematikker i forhold til børn og unge, der endnu ikke er fyldt 18 år, da disse er underlagt forældremyndighed. Forældremyndigheden giver indehaveren ret til at træffe beslutninger vedrørende barnet eller den unge til dennes eget bedste.

Der er på grund af disse modsætninger opstået delte meninger i litteraturen. Grundlæggende kan det udledes, at selvbestemmelsesretten har to betydninger. Den ene består i, at alle har ret til selv at træffe beslutninger uden indblanding fra anden side. Den anden består i, at alle har ret til selv at træffe beslutninger vedrørende egne forhold. Selvbestemmelsesrettens positive aspekter findes i Menneskerettighedskonventions artikler, blandt andet artikel 3 vedrørende forbuddet mod tortur og anden nedværdigende behandling.

Ud over denne beskyttelse kan selvbestemmelsesrettens elementer ligeledes findes i Grundlovens §§ 71 og 72. Selvbestemmelsesretten er dermed en rettighed for barnet, der er beskyttet på højeste retskilde niveau i dansk ret.

Udover Menneskerettighedskonventionen og Grundloven, har Børnekonventionens artikel 3 også betydning for institutionernes mulighed for at foretage indgreb i barnets eller den unges liv og selvbestemmelse. Artikel 3 angiver, at alle beslutninger vedrørende barnet eller den unge skal træffes med "barnets bedste" i mente. Barnets tarv skal dermed altid og uden undtagelse komme i første række ved valg af foranstaltning eller indgreb.

De materielle betingelser for at foretage et indgreb efter enten Voksenansvarslovens §§ 9 eller 16, er vigtig, når det skal undersøges, hvor vide rammer bestemmelserne giver uden at selvbestemmelsesretten forhindre indgrebet.

Magtanvendelse efter Voksenansvarslovens § 9 forudsætter, at barnet eller den unge udviser en adfærd, der er til fare for enten barnet/den unge selv, personalet på institutionen eller andre der måtte opholde sig i nærheden. Adfærden som barnet eller den unge udviser skal være nært forestående eller påbegyndt. Ved anvendelsen af § 9 skal de evigt gældende principper om proportionalitet, nødvendighed også videre altid være opfyldte.

Ved undersøgelsen af mulighederne for indgreb efter § 9 finder man en række grænsedragninger, der er interessante. For eksempel magtanvendelse selv i forhold til voldsbestemmelsen i Straffelovens § 244. Dommen TfK.2017.179/1, hvori en pædagog bliver dømt for vold mod en 7-årig pige, da pædagogen har fastholdt udover, hvad der var lovligt efter de på daværende tidspunkt gældende magtanvendelsesregler. Dermed kan det konkluderes, at der i tilfælde, hvor personalet på en institution anvender magt, der åbenbart går ud over hjemlen, der er givet i § 9, kan anses for at være vold efter Straffelovens § 244.

Medmindre der er tale om omsorgshandlinger. Dette er en undtagelse og kan læses ud af *Tapedommen*, hvori to lærere med henblik på at få en elev til at falde til ro fastholdt eleven på gulvet og satte flere stykker tape henover elevens mund. Retten angav i sin vurdering af sagen, at denne situation i alle andre tilfælde end dette ville have været vold i overensstemmelse med Straffelovens § 244. De eneste grunde til, at dette ikke var tilfældet i den pågældende situation, var at lærere for det første ikke havde forsæt til at udøve vold og for det andet havde de deres fulde opmærksomhed på eleven under hele hændelsen.

Ud over *Tapedommen* har det vist sig vanskeligt at fastlægge, hvor grænsen mellem magt og omsorg går. En ting er dog fastslået flere steder, at magtanvendelse aldrig må erstatte omsorg. Ombudsmandens udtalelse med nummeret 2013-28 vedrørende ”refleksionstid” over for anbragte børn og unge viser til en vis grad, hvor langt et indgreb kan gå og vurdere til dels, hvor grænsen mellem magt og omsorg ligger. På anbringelsesstedet blev de anbragte børn og unge tvunget til at sidde på en sofa og reflektere over deres situation indtil personalet mente, at der var gået tilstrækkeligt med tid. Dette mente ombudsmanden gik ud over rammerne givet til magtanvendelse, da handlingen ikke var nødvendig for at afværge fare for hverken børnene/de unge selv eller andre i nærheden.

For at finde mulighederne for at magt efter § 9, skal der foretages en afgrænsning i forhold til de paragraffer i Voksenansvarsloven, der ligger tæt op ad denne. Afgrænsningen til § 8 kan konkluderes til ganske kort, at gå ud på, at § 8 omhandler materiel skade, hvorimod § 9 omhandler personskaade. Afgrænsningen i forhold til § 6, der omhandler muligheden for fysisk guidning ligger i om barnet eller den unge yder modstand mod personalets handling. Er der modstand vil det ikke længere være fysisk guidning efter § 6, men magtanvendelse.

Muligheden for at udøve indgreb efter § 9 skal desuden holdes op i mod Menneskerettighedskonventionen. Det skal således undersøges, hvornår et indgreb vil være konventionsstridigt. Til dette kan dommen *Costello-Roberts v. The United Kingdom* fra Den Europæiske menneskerettighedsdomstol anvendes. Domstolen kommer frem til, at det først er et brud på konventionen, når indgrebet har haft en eller anden form for alvorlighed eller der er opstået permanente skader, som følge af indgrebet. Domstolen fastslog, at 3 rap med en gummisålet sko på en beklædt ende ikke var et brud på Menneskerettighedskonventionens artikel 3, der forbyder tortur og nedværdigende behandling.

Ud over at der skal foretages afgrænsninger i forhold til §§ 6 og 8 i Voksenansvarsloven, Straffelovens § 244 og begrebet omsorg. Har det også været nødvendigt at foretage en undersøgelse af Voksenansvarslovens §§ 9 og 16 i forhold til nødværge og nødret i Straffelovens §§ 13 og 14, da det er interessant at finde ud af, hvilke muligheder er der, hvis indgrebet ligger uden for rammerne givet i §§ 9 og 16. Det kan konkluderes, at i et tilfælde af indgreb i barnets eller den unges selvbestemmelsesret, skal det vurderes, om indgrebet ligger inden for Voksenansvarslovens §§ 9 eller 16 og de rammer, som disse bestemmelser giver. Kan indgrebet ikke

lovliggøres efter enten §§ 9 eller 16, skal det vurderes om nødværge eller nødretsbestemmelserne i Straffeloven kan give medarbejderne straffrihed.

Ved bedømmelsen af om nødværge eller nødret finder anvendelse spiller proportionalitetsprincippet en afgørende rolle. Proportionalitetsvurderingen bliver præget af angriberens alder og modenhed. Dette fremgår blandt andet af dommen TfK.2013.90/2, hvor en lærer i en specialklasse bed en elev i fingeren. Dette kunne ikke anses for at være omfattet af nødværgebestemmelsen i Straffelovens § 13, da der af anklagemyndigheden blev ført tilstrækkeligt bevis for at læreren havde forsæt til volden. Forsvarsmidlerne skal dermed afpasses i forhold til hvem angriberen er. Dette gælder både for nødværge i § 13 og nødret i § 14.

Retten til et privatliv er gældende for alle danske borgere og dermed også for børn og unge. Der opstår dog i nogle tilfælde nogle problemstillinger mellem retten til privatliv og den pligt, som institutionen, hvor børnene eller de unge er anbragt, er blevet pålagt, hvorefter institutionen skal skabe rammer for børnene og de unge, der giver dem en normal hverdag set i forhold til den omstændighed, at de er anbragt.

Medarbejderne på institutionerne kan foretage indgreb i privatlivet med hjemmel i Voksenansvarslovens § 16. indgrebene efter § 16 kan ske enten hvis der foreligger bestemte grunde eller at det er en sikret institution eller særligt sikret afdeling, hvor indgrebene kan foretages rutinemæssigt.

Under udførelsen af et indgreb efter Voksenansvarslovens § 16 skal både proportionalitetsprincippet og skånsomhedsprincippet altid inddrages, da disse principper i sidste ende er vigtige momenter i vurderingen af indgrebet lovlighed.

Såfremt der skal foretages indgreb af arten nævnt i § 16 skal der være en klar hjemmel til dette. Det skal læses ud af ombudsmandens udtalelse 2017-13, hvori en institution havde som praksis at vaske de anbragte unges tøj, hvis de havde opholdt sig uden for institutionen for på den måde at ødelægge eller forringe eventuelt medbragte euforiserende stoffer. Ombudsmanden kom frem til at institutionen ikke havde hjemmel til denne ordning i hverken arten af anstaltsforholdet eller ulovbestemte retsgrundsætninger. Derudover foreslog ombudsmanden, at der var tale om en tvungen ordning på trods af, at institutionen påstå, at ordningen var frivillig.

Det skal dermed konkluderes, at mulighederne for indgreb efter Voksenansvarslovens §§ 9 og 16 indskrænkes af både de generelle principper, som proportionalitetsprincippet, skånsomhedsprincippet, samt de EU-retlige konventioner på området.

I afhandlingen er alle de materielle krav til magtanvendelse efter Voksenansvarslovens §§ 9 og 16 undersøgt med henblik på at give en vurdering af mulighederne for at anvende disse paragraffer uden, at selvbestemmelsesretten forhindre dette. Det er dog ligeledes interessant at undersøge, hvilke processuelle regler, der gælder efter en magtanvendelse er blevet foretaget på en institution og er blevet indberettet til de

rette myndigheder. Hvilke klagemuligheder har barnet og den unge? Er der behov for eventuelle klagemuligheder, når der er tale om klage over faktisk forvaltningsmyndighed?

Litteraturliste

Bøger

- Bønsing, Sten. (2014). *Almindelig Forvaltningsret* (3. udgave, 2. oplag). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Christensen, Jens Peter, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen. (2012). *Dansk Statsret* (1. udgave, 1. oplag). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Hartoft, Hanne. (2016). *Magtanvendelse over for anbragte børn og unge* (1. udgave, 1. oplag). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Munk-Hansen, Carsten. (2014). *Retsvidenskabsteori* (1. udgave 1. oplag). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Schultz, Trine, Hanne Hartoft, John Klausen & Nina von Hiemcrone. (2017). *Socialret – Børn og unge* (1. udgave, 1. oplag). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Waaben, Knud, revideret af Lars Bo Langsted. (2012). *Strafferettens almindelige del I Ansvarslæren*. (5. udgave, 2. oplag). Karnov Group Denmark A/S.
- Wilmoes, Grethe & Winnie Vestergård. (2013). *Forvaltningsrettens grundprincipper – Håndbog for børn og unge – området* (2. udgave, 1. oplag). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Lovgivning

Lovbekendtgørelse nr. 977 af 09/08/2017

Lovbekendtgørelse nr. 507 af 02/05/2017

Lovforslag nr. L 162, Folketinget 2015-16, fremsat den. 30. marts 2016 af social- og indenrigsministeren (Karen Ellemann). Folketingstidende.dk

Ministeriet for Børn, Ligestilling, Integration og Sociale forhold, Udevalget om magtanvendelse på anbringelsessteder for børn og unge (Magtanvendelsesudvalget). (2015). *Betænkning om magtanvendelse over for børn og unge, der er anbragt uden for hjemmet (nr. 1551)*. Rosendahls – Schultz Distribution. C

Vejledning 2016-12-21 nr. 10370 om voksenansvar for anbragte børn og unge (*Vejledning til Lov om voksenansvar for anbragte børn og unge samt bekendtgørelse om voksenansvar for anbragte børn og unge*). Karnov Group Denmark A/S.

Retspraksis og ombudsmandens udtalelser

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. 13134/87 Case of Costello-Roberts v. United Kingdom. Tre slag i bagdelen – efter en venteperiode på 3 dage på straffen – ansås ikke for at være totur.

Folketingets ombudsmand. (2013-28). *Magtanvendelse på socialpædagogisk opholdssted*. 7. oktober 2013.

Folketingets ombudsmand. (2017-13). *Manglende hjemmel til på sikrede institutioner at vaske de unges tøj for at ødelægge ulovlige stoffer*. 10. maj 2017.

TfK.2013.90/2. 10 dages betinget fængsel til lærer, der havde bidt 11-årig dreng, der gik i specialklasse, i fingeren.

TfK.2014.815V. Far, der havde begået § 244-vold ved et hårdt greb i armen på 7-årig søn, der var diagnosticeret med ADHD, og som havde været svær at styre i en svømmehal, straffet med 20 dages betinget fængsel.

TfK.2017.179/1. Pædagog på døgninstitution straffet for overtrædelse af Straffelovens § 244 ved at have taget hårdt fat i en knap 8-årig piges overarm for at få hende til at falde til ro, idet magtanvendelsen ikke var lovlig efter serviceloven.

U.2004.1186V. Frifindelse for tiltale for vold (Tapedommen).

Øvrigt materiale

Adolphsen, Caroline, Nicolaj Sivan Holst. (U.2015B.125). *Forældres magtanvendelse over for børn*. Karnov Group Denmark A/S.

Rambøll. *Konsulentbistand i relation til magtanvendelsesudvalget – afrapportering*. (Rambøll-rapporten). (November 2013)

Social- og Indenrigsudvalget (Karen Ellemann). (2016). *Endeligt svar på spørgsmål 1*. 03-05-2016, Sagsnr. 2016 – 3093, Doknr. 345202. Social- og Indenrigsministeriet.

Social- og Indenrigsudvalget (Karen Ellemann). (2016). *Endeligt svar på spørgsmål 2*. 03-05-2016, Sagsnr. 2016 – 3093, Doknr. 345202. Social- og Indenrigsministeriet.

Social- og Indenrigsudvalget (Karen Ellemann). (2016). *Endeligt svar på spørgsmål 8*. 03-05-2016, Sagsnr. 2016 – 3093, Doknr. 345202. Social- og Indenrigsministeriet.

Bilag

Bilag 1: TfK.2014.815V

Bilag 2: TfK.2017.179/1

Bilag 3: U.2004.1186V

Bilag 4: Case of Costello-Roberts v. The United Kingdom, 13134/87

Bilag 5: Forældres magtanvendelse over for børn U.2015B.125

Bilag 6: Endeligt svar på spørgsmål 8 til ministeren

Bilag 7: Ombudsmandens udtalelse 2013-28

Bilag 8: Endeligt svar på spørgsmål 1 til ministeren

Bilag 9: Ombudsmandens udtalelse 2017-13

Bilag 10: Endeligt svar på spørgsmål 2 til ministeren

Bilag 11: TfK.2013.90/2

Bilag 12: Skærmpoint af antal anslag