

# ПЕРІОДИЧНІ ЗМІНИ У ПОГЛЯДАХ СТОСОВНО ПИТАННЯ ОПІКИ НАД ДИТИНОЮ: ДОСЯГНЕННЯ БАЛАНСУ ІНТЕРЕСІВ ДІТЕЙ<sup>1</sup>



**Л. Д. ЕЛРОД**  
*почесний професор права Школи права  
(Вошбернський університет, США),  
директор Центру прав дітей  
та сім'ї, редактор журналу  
«Family Law Quarterly»*



**М. Д. ДЕЙЛ**  
*кандидат психологічних наук*

## **І. ЗМІНЮЮТЬСЯ ЧАСИ, ЗМІНЮЮТЬСЯ СІМ'Ї ТА ДІТИ У ПРОЦЕСІ КОНФЛІКТУ**

У цій статті досліджується п'ятдесятирічний досвід законодавства про опіку над дітьми, яке відображає зрушення у поглядах стосовно того, чи відповідає зміна місця проживання дитини «найкращим інтересам дитини». У 1958 р. розлучені та незаміжні матері мали виключне право опіки над дітьми. Сьогодні ж обоє батьків рівною мірою мають право на опіку над дітьми відповідно до погоджених планів догляду за дитиною. Проте коли батьки не можуть домовитися про план догляду, судді повинні приймати рішення про опіку в найкращих інтересах дитини, а батьки часто вдаються до довготривалих та шкідливих дій. Фахівці з

<sup>1</sup> Деякі ідеї цієї статті були вперше опубліковані у: *Paradigm Shifts and Pendulum Swings in Child Custody: the Interests of Children in the Balance* // *Family Law Quarterly*. — 2008. — № 42. — С. 381–418.

права та психіатрії, які працюють у сфері захисту дітей, стикаються в результаті з надскладними завданнями.

Сучасні спори про опіку є прикладом радикальних трансформацій американських правових, культурних, соціальних та економічних умов, які надихнули на дебати, в результаті яких діти виявилися заручниками ситуації. Сучасне законодавство про опіку почало формуватися з неспокійних 1960-х рр. Це був час винаходу протизаплідних пігулок, прийняття законів про громадянські права, обмеження розлучень, гендерної рівності та захисту прав позашлюбних дітей, поряд із В'єтнамською війною та боротьбою з бідністю в країні.

Тоді панувала «надмірність федеральних законів, рішень Верховного суду та міжнародних договорів...», що призвело до федералізації різних аспектів сімейного права»<sup>1</sup>. Рішення Верховного суду США вплинули майже на всі аспекти сімейного права. Конгрес США авторитарно втрутився у сфери сімейного права, які традиційно контролювалися штатами, щоб знайти рішення серйозних проблем, які штати не бажали самі вирішувати або були неспроможні це зробити. Сімейне право набуло також міжнародного характеру в результаті участі таких організацій, як Організація Об'єднаних Націй (ООН) та Гаазька конференція з міжнародного приватного права, яка оприлюднила 11 конвенцій, що стосувалися прав дітей. Сполучені Штати Америки ратифікували дві конвенції — Гаазьку конвенцію про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 1980 р. та Гаазьку конвенцію про співпрацю між країнами у питаннях міжнародного всиновлення дітей 1993 р.<sup>2</sup>

Сімейне право ставало більш уніфікованим на території всієї країни тією мірою, як штати законодавчо закріплювали уніфіковані закони з метою усунення можливості пошуку зручних судів. Національна конференція юристів, яка займається уніфікацією державного права, вперше пропагувала у 1968 р. Уніфікований закон про опіку над дітьми з метою співпраці між штатами та запобігання випадкам викрадення дітей. Усі 50 штатів законодавчо прийняли цей акт. У 1997 р. Уніфікований закон про опіку та правозастосування замінив Уніфікований закон про опіку над дітьми та доповнив його положеннями про практичну реалізацію прав. Його законодавчо прийняли 49 штатів. Новий Уніфікований закон про запобігання викраденню дітей також має на меті запобігти викраденню дітей та усуненню можливості пошуку зручного суду.

Динамічні зміни відбулися також у структурі американської сім'ї, оскільки кількість розлучень зростала, неодружені батьки вигравали судові справи про батьківський догляд, і все більше гетеростатевих та одностатевих пар приймали рішення проживати разом та мати дітей, не вступаючи в шлюб. Розпад таких стосунків та визнання «батьківських прав» за людьми, які не пов'язані з дитиною ні біологічно, ні чи через механізм шлюбу, призвело до такої ситуації, коли сучасні діти все частіше і частіше потрапляють у конфлікт між дорослими.

---

<sup>1</sup> Elrod L. H. Epilogue: Of Families, Federalization, and a Quest for Policy // Family Law Quarterly. — 1999. — Vol. 39. — P. 843, 846.

<sup>2</sup> Після того як була опублікована ця стаття, США ратифікували Гаазьку конвенцію про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інші форми сімейного утримання і готуються ратифікувати Гаазьку конвенцію 1996 р. про захист дітей.

Коли судді приймають рішення про «опіку», універсальним стандартом є «у найкращих інтересах дитини». Проте дорогі, довготривалі та змагальні судові процеси не сприяють вирішенню гостроконфліктних справ про опіку, які тримають батьків та дітей у постійній напрузі. Такі спори перевантажують судові реєстри, забирають надзвичайно багато часу, а також вичерпують кадрові та фінансові ресурси. На додаток до цього, судді виявилися погано підготовленими, щоб передбачити, хто з батьків краще задовольнить потреби дитини в майбутньому, оскільки багатьох суддів не навчали динаміці міжособистих стосунків та змінам потреб дитини в процесі їх зростання. Усе частіше і частіше судді зверталися за консультаціями до фахівців у галузі психіатрії та соціальних працівників. Результати досліджень соціальної науки свідчать, що життя дітей змінюється навіть за найбільш дружніх розлучень, і що конфлікт між батьками має найбільш руйнівний вплив на дитину.

#### **А. Проблеми, спричинені новими визначеннями поняття «сім'я»**

«Середньостатистична» американська сім'я вже більше не існує у тому вигляді, в якому вона була у 1950-х рр. Якщо колись поняття сім'ї визначалося в межах шлюбу чи біологічного зв'язку, то тепер це поняття різко змінилося з причини постійного зростання рівня розлучень, збільшення кількості народження позашлюбних дітей, а також кількості дітей, які живуть з особами, що не входять до традиційної нуклеарної (природної) сім'ї. Сьогодні менше, ніж одна сім'я з чотирьох відповідають вимогам формату, де один із батьків заробляє на сім'ю, а двоє дітей та інший член сім'ї залишається вдома. Оскільки більше половини з розлучених осіб одружуються знову, діти можуть бути змушені спілкуватися з цілим рядом відчимів, братів та сестер по лінії одного з батьків та іншими особами. Один із трьох дітей народжується неодруженими матерями.

Рідні батьки мають першочергове право на виховання, опіку та контроль за своїми дітьми, проте змішані та одностатеві шлюби, а також поява на світ осіб у результаті застосування репродуктивних технологій розширюють зміст поняття «батьківства». Відносини між батьками та дітьми більше не формуються тільки на підставі народження у шлюбі або всиновлення, але також виникають за участі репродуктивних технологій між одруженими, неодруженими, в одностатевих шлюбах тощо. У міру того, як все більше осіб підпадають під визначення «батьки» і все більше родичів-опікунів забезпечують дітей доглядом, суди повинні захищати інтереси дітей у новому контексті нетрадиційних сімей.

#### **Б. Захист дітей у гостроконфліктних судових справах**

*«Гостроконфліктні судові справи, які стосуються опіки над дітьми, характеризуються відсутністю довіри між батьками, високим рівнем гніву та бажанням розпочати повторний судовий розгляд. Гостроконфліктні судові справи, які стосуються опіки, можуть виникати через будь-кого (або всіх) з учасників спору про опіку — батьків..., адвокатів..., фахівців у сфері психіатрії... або судову систему...»<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> *Wingspread Conferees, High-Conflict Custody Cases: Reforming the System for Children // Family Law Quarterly.* — 2001. — Vol. 34. — P. 589. Американська асоціація юристів, яка займається підготовкою розділу сімейного права, спонсорувала конференцію у Вінгспреді у вересні 2000 р., яка збрала разом міжнародну та міждисциплінарну

Розлучення спричиняють нервові напруження та порушення життя однаковою мірою як для батьків, так і для дітей. Через два-три роки більшість розлучених батьків та їхніх дітей повертаються до видимо «нормального» життя. На жаль, невелика, проте все-таки значна кількість батьків розпочинають «партизанську війну», постійно звертаючись із позовними заявами, переобтяжуючи цим суди та завдаючи шкоду своїм дітям. Гострі конфлікти шкодять дитині, незалежно від того, розпочинаються вони батьками чи підігруються іншими особами в змагальній судовій системі. Ступінь конфлікту між батьками, як вважається нині, є найбільш важливим фактором під час адаптації дитини після розлучення і найвпливовішою причиною негативного результату. Гостроконфліктні судові справи, які стосуються опіки над дітьми, підривають та деформують розвиток дітей, підвищують вірогідність ризику виникнення депресій та психічних розладів, проблем у навчанні, відчуженість від батьків та зловживання наркотиками. Діти, які стали свідками насилля та гострих конфліктів, перебувають у зоні підвищеного ризику повторення циклу конфліктних та образливих ситуацій, коли вони намагатимуться створювати свої сім'ї. Ці діти часто побоюються інтимних стосунків, і у них немає здатності управляти конфліктами. Існує потреба зрозуміти динаміку конфлікту, щоб встановити, що є причиною конфлікту — домашнє насильство, особисті негарязди; це може бути спір між двома гарними батьками або один з батьків, що є конфліктним, створює хаос. Судові справи про зміну місця проживання є гостроконфліктними справами, у яких в кінцевому результаті «ніхто не виграє». Право одного з батьків на зміну місця проживання конфліктує з законним бажанням іншого з батьків залишатися географічно близько до дитини. Інтереси дитини можуть конфліктувати з правами обох батьків<sup>1</sup>.

Оскільки кожна із судових справ суттєво залежить від обставин, сьогодні не існує уніфікованих стандартів, вірогідність конфлікту є значною, і це зменшує можливість компромісу. Думки соціологів розділилися при розгляді такого питання: чи віддавати перевагу праву батька/матері, з яким проживає дитина, на вільний вибір місця проживання, або праву іншого з батьків, який не переселяється і хоче підтримувати відносини з дитиною.

## **II. ПОШУКИ ЗАКОНОДАВСТВА ДЛЯ ЗАДОВОЛЕННЯ НАЙКРАЩИХ ІНТЕРЕСІВ ДИТИНИ**

### **A. Від презумпцій до складання планів батьківського догляду за дитиною**

Переговори про розлучення відбуваються з усвідомленням того, що може трапитися, коли батьки почнуть судитися. Саме тому презумпції, або їх відсутність, відіграють вирішальну роль. Протягом століть патріархальна структура сім'ї вважала дітей власністю їхніх батьків. Така пробатьківська презумпція дала поштовх до виникнення стандарту «найкращих інтересів» ще в ХХ ст. При при-

---

групу суддів, адвокатів, та експертів-психологів, для розробки «білої книги» на покращення системи для дітей. Див. *Elrod L. D. Reforming the System to Protect Children in High Conflict Custody Cases // William Mitchell Law Review.* — 2001. — Vol. 28. — P. 495.

<sup>1</sup> Див. *Elrod L. D. A Move in the Right Direction? Best Interest of the Child Emerging as the Standard for Relocation Cases // Journal of Child Custody.* — 2006. — Vol. 3. — P. 29.

йнятті рішень судді використовували презумпцію, що бути під опікою матері є в найкращих інтересах дитини, особливо в «молодші роки».

У 1970-х рр. розпочалося усунення законодавчого та судового домінування матерів у цьому плані. Члени сім'ї ставали все більше рівноправними, коли рекордна кількість матерів почала працювати, а батьки набували більше батьківських обов'язків. Надання неодруженим батькам права на батьківство, спрощені розлучення за взаємною згодою та усунення презумпції переваги матерів на опіку дитини змінили ставлення суспільства до поняття «найкращі інтереси дитини». Стандарт у найкращих інтересах дитини нейтральний стосовно статі, що надає суддям право приймати судові рішення без презумпцій. Судді і раніше виконували державну функцію нагляду за правами дітей, новим стало те, що зникли презумпції, з ким залишити дитину. Рішення судів стали непередбачуваними. Визначення найкращих інтересів конкретної дитини є кінцевою метою в процесі вивчення питань «як» і «чому» у відносинах між батьком та матір'ю, відносинах між батьками та дітьми, а також щодо психологічних характеристик розвитку дітей. Порівнюючи стандарт «у найкращих інтересах дитини» з юридичними презумпціями, які він замінив, цей стандарт виявляється невизначеним та непередбачуваним, і це надає суддям свободу у прийнятті рішень. За останні декілька десятиліть ми стали свідками формувань різного роду нових презумпцій, преференцій та цілої низки різних факторів.

У 1970 р. Національна конференція юристів зі створення уніфікованого права штатів прийняла Уніфікований закон про шлюб та розлучення (*Uniform Marriage and Divorce Act, UMDA*), який мав п'ять гендерно-нейтральних факторів: а) бажання батьків дитини; б) бажання дитини; в) взаємодія та взаємовідносини дитини з батьками, братами і сестрами та іншими особами, які можуть значно вплинути на найкращі інтереси дитини; г) адаптація дитини до свого дому, до школи та громади та г) психічне та фізичне здоров'я всіх сторін. Уніфікований закон про шлюб та розлучення застерігав суди не враховувати тієї поведінки батьків, яка не впливала на відносини з дитиною. Багато законодавців розпочинали з п'яти факторів цього Закону, потім додавали інші фактори. У деяких штатах судова практика створювала нові фактори.

Проте фактори, виписані з добрими намірами, можуть мати зворотний бік. Наприклад, багато штатів законодавчо закріпили положення про «дружнього батька/мати», щоб захиститися від несанкціонованого використання відведеного часу для батьків та безпідставних заяв про насильство чи недобросовісне виконання батьківських обов'язків. Проте це положення може перешкоджати вирішенню питання про невідповідну чи сумнівну практику виконання батьківських обов'язків, якщо така практика визнається як «недружня». Особлива проблема виникає при розгляді справ, що стосуються домашнього насильства. Усвідомлення тривалого руйнівного впливу на дітей, спричиненого домашнім насильством, змусило всі штати віднести юридичне визначення подружнього насильства до категорії факторів, що впливають на вирішення питання, з ким із батьків буде проживати дитина. Результати деяких досліджень свідчать, що у 60 % судових справ про визначення місця проживання дитини згадується домашнє насильство. Особи, які застосовують насильство, можуть оспорювати опіку для

того, щоб покарати, контролювати або завдати болю жінці та її дітям. Якщо судді не враховують заяву матері про випадки домашнього насильства або порушення прав дитини при розгляді справ про опіку (незважаючи на те, що більшість звинувачень виявляються обґрунтованими), жертви насильства можуть втікати з того чи іншого штату. Положення про дружнє батьківство несправедливо карає жертву, яка намагається захистити себе та дитину.

Інша проблема із застосуванням поняття дружнього батьківства виникає, коли один із батьків звинувачує іншого в «підбурюванні» дитини та відмовляє в спілкуванні або звинувачує в отруєнні свідомості дитини. Теорія, яка називається «синдром батьківського відчуження», зобразила мстивого, вороже налаштованого батька/матір, який систематично програмує дитину на сприйняття іншого з батьків як злого, небезпечного або непотрібного. Реакція на цю теорію виявилась негайною та була надто поляризованою. Дехто назвав цю теорію «утиль наукою», у той час як інші висловлюють думку, що коли існують відчужені діти, відсторонення одного з батьків може стати результатом багатьох причин, включаючи можливі прояви насильства над дитиною, домашнє насильство або неналежне виконання батьківських обов'язків відстороненим батьком, а також сімейний конфлікт<sup>1</sup>. У будь-якому випадку дитина опиняється всередині конфлікту. Або один із батьків, який програмує дитину, використовує її як шахового пішака, або інший батько/мати ігнорує індивідуальність дитини, і сприймає її як пішака в руках іншого з батьків.

Фактори для визначення місця проживання дитини, встановлені на рівні закону або судової практики, виростили як гриби після дощу, і деякі штати мали їх 11 і навіть більше. Незважаючи на те, що ці фактори мають на меті звернути увагу судді на специфічні батьківські вміння, широке різноманіття незважених факторів все ще дозволяє суттєву свободу суддівського розсуду при прийнятті рішень. Рішення в судових справах про опіку над дитиною залишаються важко передбачуваними.

### *1. Спільна опіка — від спільного прийняття рішень до розподілу часу проживання дитини з кожним із батьків*

Виконання обов'язків опікуна одним із батьків було нормою до 1970-х рр. Поняття гендерної рівності, поява все більшої кількості працюючих жінок, прийняття багатьма чоловіками на себе батьківських обов'язків, а також віра в те, що діти виграють більше при продовженні стосунків з обома батьками, призвело до виникнення руху за спільну опіку. Спільна юридична опіка, яка дозволяє обом батькам залишати за собою право на прийняття рішень, вирішує проблему «переможців та переможених» для суддів. Усі штати законодавчо закріпили це до середини 1980-х рр. Багато батьків почали вимагати спільної фізичної опіки або розподілу часу проживання дитини з кожним із батьків. Незважаючи на те, що суди встановили, що не існує «конституційного права» на рівний розподіл часу, у деяких штатах важають, що спільне батьківство є в найкращих інтересах

---

<sup>1</sup> Див. *Bruch C. S. Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation: Getting it Wrong in Child Custody Cases // Family Law Quarterly.* — 2001. — Vol. 35. — P. 527; *Kelly J. B., Johnston J. R. The Alienated Child: A Reformulation of Parental Alienation Syndrome // Family Court Review.* — 2001. — Vol. 39. — P. 249, 255–256.

дитини. Спільна опіка, юридична чи фізична, не стала панацеєю для дітей, оскільки це насправді вимагає вищого рівня батьківської співпраці. Коли батьки вирішують спільно виконувати батьківські обов'язки, це, як правило, їм вдається. Коли спільна опіка нав'язується проти волі однієї зі сторін, кількість судових спорів залишається майже такою, як і коли тільки один із батьків є опікуном. Якщо батьки конфліктують, як свідчать результати дослідження, діти страждають більше у випадках зі спільною опікою. Ні спільна юридична, ні спільна фізична опіка не повинні нав'язуватися у справах з гострими конфліктами або у справах з проявами домашнього насильства.

Рішення суду про спільну опіку, які призводять до зменшення матеріальної допомоги дітям, можуть створити фінансові проблеми для дитини та одного з батьків, що проживає з нею. Проте такі скорочення матеріальної допомоги не спричиняють зменшення витрат першочергового опікуна. Такі проблеми заго-струються, коли один із батьків не виплачує аліменти, або частину витрат на дитину.

### *2. Головний піклувальник згідно з правилом наближення*

Суддя з штату Західна Вірджинія запропонував, що рішення у справах про опіку стануть більш передбачуваними, якщо будуть існувати презумпції або преференції для «головного піклувальника, тобто особи, яка виконує першочергову роль у виконанні батьківських обов'язків»<sup>1</sup>. Незважаючи на те, що декілька штатів визнають одного з батьків головним піклувальником, суди продовжують брати до уваги постійність та тривалість піклування. *Принципи закону про розпад сім'ї*, підготовлені Американським інститутом права, містять концепцію «правил наближення», згідно з якою батьки повинні проводити з дитиною, переважно, стільки ж часу після розлучення, скільки вони проводили до розлучення чи окремого проживання<sup>2</sup>. Теоретично правило наближення не вимагає ні експертів, ні оцінок складних емоційних стосунків. Оскільки це правило має більшу визначеність, воно пропонує більш передбачуваний, відносно простий в адмініструванні процес, від якого через послаблення конфліктів можуть виграти діти. З іншого боку, правило наближення виглядає як повернення до надання переваги матері, що навряд чи послабить конфлікт.

### *3. погодження планів про батьківський догляд*

Батьки найкраще знають, що потрібно їхнім дітям, їхні потреби, бажання та графік життя. У деяких штатах вважається, що такі батьківські угоди відображають найкращі інтереси дитини. Батьків тепер заохочують (або вимагають від них) розробити план догляду за дитиною перед тим, як звертатися до суду. Такі плани батьківського догляду є встановленням розкладу та порядку занять дитини з кожним із батьків. Більшість таких планів становлять неформальні угоди між батьками, які гнучко співпрацюють один з одним. Для тих батьків, які продовжують конфліктувати і не можуть досягти згоди, плани батьківського догляду

<sup>1</sup> *Garska v. McCoy*, 278 S.E.2d 357 (W. Va. 1981). Див. *O'Kelly M. Blessing the Tie That Binds: Preference for the Primary Caretaker as Custodian // North Dakota Law Review*. — 1987. — Vol. 63. — P. 481.

<sup>2</sup> *American Law Institute, Principles of the Law of Family Dissolution* § 2.08, § 2.10 (2002).

повинні мати вигляд більш формальних, детальних письмових документів, які затверджуються рішенням суду. Батьківські плани з догляду за дітьми, як правило, стосуються питань юридичної та фізичної опіки, дозволу відвідування під час канікул та свят, спілкування між батьками та обміну інформацією, положення про співпрацю та взаємодопомогу, піклування про здоров'я, вирішення шкільних питань, а також порядку внесення змін до плану.

### **Б. Визнання «прав» за дітьми**

Конвенція про права дитини передбачає всеохоплюючі рамки для визнання та захисту прав дітей. Декілька європейських ініціатив однозначно визнали права дітей — Європейська конвенція про здійснення прав дітей 1996 р., Хартія основних прав Європейського Союзу та Конвенція про контакт з дітьми. Пошук захисту прав дитини у США пройшов нелегкий шлях<sup>1</sup>. У Конституції нічого не вказано про права дітей або їхніх сімей, а Верховний суд США не мав особливого бажання встановити перелік фундаментальних прав дітей. Ті, хто бажав захистити права дитини, не могли визначитися, до якого типу належать ці права та який обсяг цих прав.

#### *1. Право бути почутим*

Одне з найважливіших прав для дитини під час розгляду судової справи про опіку — це право бути почутим. Незважаючи на те, що дитина не вважається «стороною» під час розгляду справи про опіку, результат цієї справи впливає на майбутню турботу про дитину та її добробут. Хоча більшість законодавчо встановлених переліків факторів «найкращих інтересів дитини» включають преференції дитини, думки суддів розділилися при розгляді питань, чи варто вислуховувати думку дитини про її преференції, як це робити і яку вагу ці преференції матимуть. Результати досліджень вказують на те, що діти бажають бути вислуханими з питань, які будуть впливати на них, і що вони розуміють різницю між висловленням думки та прийняттям рішень. Стаття 12 Конвенції про права дитини закликає вислухати думку дитини у всіх справах, які впливають на умови її опіки.

#### *2. Право на адвоката*

За останні 40 років юристи закликали до того, щоб діти мали адвокатів з метою бути вислуханими. Багато хто вважає, що дитина, яка має здібність керувати тим, хто її представляє в суді, повинна мати змогу це робити. Верховний суд прийняв рішення, що дитина має право на адвоката під час розгляду справи про дітей, коли йдеться про їхню свободу, проте в жодних інших випадках. Питання, коли і як надавати слово дитині, викликало значні суперечки і привело до цілого ряду стандартів та принципів для адвокатів, які призначалися для представництва дітей у суді. Декілька штатів все ж спеціально прийняли рішен-

---

<sup>1</sup> Див. *Elrod L. D. Client-Directed Counsel for Children: It's the Right Thing to Do // Pace Law Review. — 2007. — Vol. 27. — P. 869, 876–880* (вказані причини повільного усвідомлення важливості прав дітей: 1) відсутність чітко вираженої конституційної гарантії позитивних прав; 2) нератифікація Конвенції про права дитини; 3) складнощі у визначенні, що таке «права»; 4) начебто нездатність дітей реалізувати свої права та 5) побоювання того, що права дітей розширяться за рахунок прав батьків).



ня призначати адвоката чи захисника в суді (як правило, адвоката) для дітей у судових справах про розлучення. Деякі штати віддають перевагу традиційному представництву клієнта в суді, при якому адвокат виступає від імені дитини «як носія права», чії бажання представляються та розглядаються в суді. Інші штати вбачають потребу у наявності адвоката для захисту «кращих інтересів дитини», незалежно від бажань дитини.

### **ІІІ. РОЛЬ СУДІВ У РОЗВИТКУ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ: ВІД ВИЗНАЧЕННЯ ВИННИХ ДО ВИКОНАННЯ РОЛІ ПОСЕРЕДНИКА ПРИ УКЛАДАННІ МИРОВОЇ УГОДИ**

Зі зміною характеристик американських сімей ми дізнаємося все більше про потреби дітей, роль суду у вирішенні справ про опіку еволюціонує від змагальницької судової моделі до моделі більш реабілітаційної, зорієнтованої на надання послуг. Роль суду змінювалася від строго порівняльних задач визначення кращого з батьків до сприяння виробленню планів спільного виховання і, коли це потрібно, судового затвердження планів батьківської опіки. Це стало наслідком того, що з'явилося помітне незадоволення змагальницькою моделлю.

Гостроконфліктні сім'ї спричинили значне збільшення справ із сімейних питань, які заносилися в списки для судового слухання. Визнання того, що деякі справи будуть вимагати більше часу для слухання, ніж інші, примусило суди прийняти принципи диференційованого розгляду справ, які поділяють судові справи про опіку на малоконфліктні, середньоконфліктні та гостроконфліктні. Різні реєстри можна створити для різних судових справ, залежно від рівня складності, потреби дослідження доказів, надання послуг, захисту дитини та інших факторів. Для того, щоб заохотити сторони до примирення, щоб зробити процес менш формальним та менш коштовним, суди ввели допоміжні інструменти альтернативного вирішення судових спорів, такі як медіація; забезпечення навчальними програмами, які надаються судом; концепції диференційованого вирішення судових справ, включаючи координаторів; а також запропонували створення єдиних судів у сімейних справах.

Філософією медіації є те, що самі батьки повинні визначати найкращі інтереси дитини. Результати досліджень підтверджують ефективність медіації у полегшенні тиску на суди та покращанні батьківських стосунків із дітьми. Медіація, незалежно від того, чи є вона оціночною або сприяючою, може допомогти сторонам навчитися спілкуватися та більше зосередитись на інтересах дітей. Медіація розпочалася як добровільний вибір для батьків. Незважаючи на те, що основою медіації є добра воля батьків на її застосування, медіація швидко стала судовим примусом, як один із засобів зменшення навантаження на суди. Результати досліджень свідчать, що коли батьки шляхом медіації складають плани батьківської опіки чи вирішують спори про опіку, вони досягають мирової угоди у 50–85 % випадків, незалежно від того, чи це добровільна медіація, чи призначена судом<sup>1</sup>. Проте призначена судом медіація може бути невідповідною, навіть

<sup>1</sup> Emery R. E., Sbarra D., Grove T. Divorce Mediation: Research and Reflections // Family Court Review. — 2005. — Vol. 43. — P. 22, 25.

шкідливою при розгляді гостроконфліктних справ, у яких дисбаланс повноважень є занадто високим, коли одна зі сторін є обмеженою в дієздатності або є жертвою домашнього насильства, або постає питання про розлучення. Програми навчання батьків знайомлять їх із ризиками та шкодою, яку можна заподіяти дітям під час розлучення та конфліктів. Ці програми надають загальну інформацію про психологічні складнощі розлучення, потреби дітей під час та після розлучення, а також спільне виконання батьківських обов'язків. Досвід співпраці судів із навчальними програмами виявився загалом успішним, проте ці програми не покращують відносин між батьками і суттєво не впливають на вирішення судових справ. За останні десять років ми стали свідками появи більш спеціалізованих, заснованих на виробленні вмінь, програм для батьків, які застосовуються у найбільш гостроконфліктних судових справах.

Гостроконфліктні судові справи можуть вимагати повсякденного контролю над діями батьків нейтральною стороною, яку називають координатором батьків, арбітром, або менеджером справи. Після того, як батькам не вдається домовитися під час підготовки повторних подань до суду або вони вдаються до деструктивної поведінки, суд може призначити третю нейтральну сторону, яка, як правило, називається координатором батьків. Координатор батьків, який спеціально підготовлений для того, щоб захищати дітей або управляти тривалими судовими справами, допомагає обом сторонам створити, підтримати, та контролювати виконання судових наказів та планів із батьківського піклування. Координатори батьків можуть вирішувати відповідним чином другорядні проблеми, проте можливість надання юридичних повноважень третій нейтральній стороні залишається суперечливою. У більшості юрисдикцій нейтральна сторона не може приймати зобов'язуючі рішення, за виключенням випадків, коли прокурор разом із судом складуть відповідні детальні положення, або суд затвердить таке рішення під час судового розгляду.

Концепція створення єдиного суду у сімейних справах була запропонована як спосіб, який би задовольнив інтереси батьків та дітей. У 1993 р. Американська асоціація юристів підготувала звіт, де вказувалось, що «нам потрібно змінити спосіб, у який суд розглядає справи про сімейні спори для того, щоб судді та допоміжний персонал змогли приділити кожній справі дитини стільки уваги, скільки потрібно...»<sup>1</sup>. Серед рекомендацій було створення єдиного суду у сімейних справах, який би розглядав усі справи, що стосуються сім'ї та дітей. Один спеціально підготовлений суддя займається всіма юридичними спорами стосовно певної сім'ї. Повністю зосереджуючись на проблемах однієї сім'ї, можна координувати судові процеси та надання послуг соціальними службами згідно з юридичними, персональними, емоційними та соціальними потребами кожної сім'ї. Незважаючи на те, що розповсюдження у всіх штатах концепції єдиних судів у сімейних справах виявилось надзвичайно повільним, такі суди створені хоча б у декількох юридичних округах у більшості штатів.

---

<sup>1</sup> *America's Children at Risk: A National Agenda for Legal Action.* — Chicago : ABA, 1993. — P. 53, 54.

#### ІV. РОЗВИТОК МІЖДИСЦИПЛІНАРНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА

##### А. Використання експертів для зменшення кількості конфліктів

Коли юридичний стандарт у найкращих інтересах дитини став гендерно нейтральним, судді звернулися до експертів за допомогою. Спеціалісти з психології спочатку запропонували теорію, яка задовольняла вимоги юридичної системи — право опіки потрібно надавати психічно здоровому з батьків. Тільки батько/мати, з яким проживала дитина, мали повноваження приймати рішення стосовно дитини. Якщо часто виникають конфлікти, тоді потрібно заборонити дитині контакти з тим із батьків, якого позбавили права опіки<sup>1</sup>. Робилося припущення, що діти з розлучених сімей та сімей, які розпались, не мали проблем. У 1980 р. шокуючі результати досліджень соціологів показали, що у дітей були значні проблеми<sup>2</sup>. Діти батьків, які розлучилися чи проживали окремо, потребували допомоги.

Нині «успішне вирішення» судової справи про розлучення означає, що батьки задовольнили найкращі психологічні інтереси кожної дитини індивідуально, згідно узгодженого плану догляду за дитиною, та вироблення «дружніх» відносин з окремо проживаючим батьком/матір'ю, який має рівні права на батьківство. Еволюція ролі судів до більш реабілітаційної, зорієнтованої на надання послуг моделі відображає вплив фахівців з психології при розгляді судових справ про опіку, оскільки ми тепер знаємо про потенційні «результати» розлучення.

Експерти з опіки у ранньому дитячому віці провели оцінку опіки, яка певною мірою відрізнялася від традиційних клінічних оцінювань. Експерти часто ставали членами змагальницької системи, відіграючи роль «найманої зброї», свідчення якої потрібно було збалансовувати чи нейтралізувати іншою найманою зброєю під час «битви експертів». Судді, які побоювались адвокатів, просто делегували широкі повноваження з прийняття рішень експертам з судових справ з опіки над дітьми.

Пошуки відповіді на питання, як визначати та регулювати подібні практики, привели до декількох спроб стандартизування практики оцінки дитячої опіки. Національні професійні організації розробили теоретичні рамки, стандарти та етичні принципи. З'явилися фундаментальні дослідження про оцінювання опіки над дітьми, в яких визначалися основні правила та механізми збору даних. Сучасні експерти з опіки над дітьми виконують високоспеціалізоване судово-психологічне завдання, яке вимагає практичних знань сучасної системи оцінювання та літератури про результати впливу розлучень на дитину. У рамках того, що називається «судова модель», експерти наголошують на розробці специфічних, психолого-юридичних питань для проведення оцінювання, надійних методів оцінювання, а не клінічних висновків, та збору даних із різних джерел інформації для підтвердження чи спростування специфічних гіпотетичних від-

---

<sup>1</sup> Goldstein J., Freud A., Solnit A. J. Beyond The Best Interest of the Child. — New York : The Free Press, 1973. — P. 37–38, 98.

<sup>2</sup> Wallerstein J. S., Kelly J. B. Surviving the Breakup: How Parents and Children Cope With Divorce. — New York : Basic Books, 1980.

повідей на психолого-юридичні питання. У результаті з'явилося все більше рівнів спеціалізації та вдосконалення методів оцінювання та складання протоколу.

Суди також використовували експертів з опіки та інших фахівців із психології для запобігання та зменшення кількості конфліктів. Тепер суди все частіше передають судові справи, які юристи не змогли улагодити, в яких посередники не змогли досягти мирової угоди, на розгляд більш дієвих механізмів втручання. Таке втручання може включати оцінювання опіки, поточні консультації батьків, арбітраж, координацію дій батьків, посередництво, а також різного роду плани відвідувань та доступ до дітей під наглядом. Суди можуть вимагати від експертів надавати рекомендації про специфічні способи втручання у сімейні відносини, готувати протоколи для відбору професійних фахівців, які володіють знаннями та вміннями, що відповідають вимогам справи, та підготовки процесів співпраці і координації зусиль.

### **Б. Оцінювання опіки над дитиною: допустимість**

«Кінцевим питанням» під час спорів залишається: чи повинен оцінювач надавати специфічні рекомендації стосовно опіки та планів догляду батьків за дитиною. Специфічні рекомендації стосовно опіки та батьківських планів догляду допустимі згідно з правилами отримання доказів у всіх штатах. Оскільки юридичний стандарт кращих інтересів дитини не є психологічним фактором, дехто з фахівців вважає, що специфічні рекомендації експерта з психології можуть неправомірно порушити межу між функціями психолога та судді, і, таким чином, психолог вийде за дозволені межі наукової експертизи. Проте більшість адвокатів та суддів бажають мати специфічні рекомендації<sup>1</sup>. Юристи все більше звикають до оцінювання звітів та свідчень оцінювачів опіки над дітьми, використовуючи комбінацію норм права, принципів та професійних стандартів.

Робочий продукт оцінювачів справ про опіку над дітьми повинен відповідати вимогам, які пред'являються до надання свідчень експертами. Більшість судів штатів сьогодні розглядають дві позиції Верховного суду США у федеральних судових справах для визначення надійності та допустимості доказів при наданні свідчень експертами: тест Фрайе<sup>2</sup> та критерій Доберта<sup>3</sup>. В обох випадках визнається важливість відокремлення оцінювання кваліфікацій експерта від оцінювання обґрунтованості та надійності методів та процедур, які використовуються експертом. Фрайе покладається на наукову спільноту, як на арбітра допустимості використання оцінювання опіки. І навпаки, прихильники підходу Доберта надають суддям можливість оцінювати наукове підґрунтя методології та ідеї експерта. Ця модель розглядає звіт та свідчення експертів-психологів як продукт наукової праці. Незважаючи на те, що в останніх працях більший акцент робиться на підхід Доберта, багато штатів все ще працюють, використовуючи тест Фрайе.

---

<sup>1</sup> Див. *Bow J. N., Quinnell F. A. Critique of Child Custody Evaluations by the Legal Profession // Family Court Review. — 2004. — Vol. 42. — P. 115.*

<sup>2</sup> *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).

<sup>3</sup> *Daubert v. Merrill Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993).

Юристи повинні визначити та заперечувати допустимість доказів. Юристи можуть зробити перевірку або зустрічну перевірку одного або декількох з чотирьох елементів надання свідчень експертом: 1) кваліфікація експерта-свідка, 2) відповідність методології практичним професійним стандартам, 3) оцінювання емпіричних та логічних зв'язків між методами та висновками експерта і 4) встановлення зв'язку між висновками експерта та його поглядами.

## **V. 50 РОКІВ У ПОШУКАХ КОНСЕНСУСУ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ КОНФЛІКТІВ**

Судові справи про опіку є складними. Майбутнє буде вимагати від нас реформування сімейного права з метою мінімізації впливу боротьби за опіку на дітей та розробки правових систем, які б могли допомогти дітям та сім'ям у разі розлучення та розпаду сім'ї. Якби не траплялися зміни парадигми, якби не змінювалися часи, і якби домінуючі наукові та соціальні ідеї про дітей та сім'ї ми б не використовували, якщо нові підходи не послаблюють конфлікт, вони не будуть слугувати найкращим інтересам дітей.

**Елрод Л. Д., Дейл М. Д. Періодичні зміни у поглядах стосовно питання опіки над дитиною: досягнення балансу інтересів дітей**

*Анотація.* У цій статті досліджується п'ятдесятирічний досвід права у сфері опіки, що відображає зміни парадигм та періодичні зміни з урахуванням того, чи є зміна місця проживання дитини після розлучення або окремого проживання батьків у «найкращих інтересах» дитини. Стаття розкриває еволюцію права: спочатку дитина виступала в якості власності батька, потім доктрина надала перевагу у вихованні матері, нині діє стандарт найкращих інтересів. У статті робиться висновок, що тільки у випадку, коли судді ретельно аналізують кожну справу та враховують усі обставини, переселення буде відбуватись у найкращих інтересах дитини.

*Ключові слова:* найкращі інтереси дитини, опіка над дитиною, розірвання шлюбу, угоди сторін, спільна опіка.

**Елрод Л. Д., Дейл М. Д. Периодические изменения во взглядах по вопросу опеки над ребенком: достижение баланса интересов детей**

*Аннотация.* В этой статье исследуется пятидесятилетний опыт права в сфере опеки, отражающий изменения парадигм и периодические изменения с учетом того, является ли изменение места жительства ребенка после развода или раздельного проживания родителей в «лучших интересах» ребенка. Статья раскрывает эволюцию права: сначала ребенок выступал в качестве имущества отца, затем доктрина предоставила преимущество в воспитании матери, сегодня действует стандарт лучших интересов. В статье делается вывод, что только в случае, когда судьи тщательно анализируют каждое дело и учитывают все обстоятельства, переселение будет происходить в интересах ребенка.

*Ключевые слова:* наилучшие интересы ребенка, опека над ребенком, расторжение брака, соглашения сторон, общая опека.

**Elrod L. D., Dale M. D. Paradigm Shifts and Pendulum Swings in Child Custody: The Interests of Children in the Balance**

**Annotation.** This article explores five decades of child custody law which reflect paradigm shifts and pendulum swings in the views of what placement is in the “best interests” of a child when parents divorce or separate. The article shows the evolution of the law from the child as the property of the father through the maternal preference in the tender years doctrine to the currently used best interest standard. The article concludes that only if judges do a thorough case by case analysis of child-focused factors will a placement be in the child’s best interest.

**Key words:** best interest of the child, child custody, divorce, agreements of parties, joint custody.