

OBJAVLJENO* U:
THE JOURNAL OF LAW AND FAMILY STUDIES
VOL. 1, BR. 2 (1999.), STR. 123-150
SVEUČILIŠTE UTAH, PRAVNI FAKULTET

RODITELJSKA PRAVA I ZAKONOM PROPISANI POSTUPAK

Donald C. Hubin
Katedra za filozofiju
Columbus, OH 43210
614-292-7914
hubin.1@osu.edu

Autorska prava © 1999., Donald C. Hubin

Napomena: Ovaj je rad zaštićen autorskim pravom. Molim kontaktirajte autora za dozvolu za objavljivanje. Dozvola se brzo i besplatno izdaje nekomercijalnim, neprofitnim organizacijama koja zagovaraju zajedničko skrbništvo ili druge politike koje osiguravaju prava djece na potpune odnose s oba roditelja nakon razvoda.

* http://familyrights.us/bin/white_papers-articles/parental_rights_and_due_process.htm

"RODITELJSKA PRAVA I ZAKONOM PROPISANI POSTUPAK" – UVODNI SAŽETAK

Vrhovni sud SAD-a roditeljska prava smatra temeljnim pravima. Zbog takva bi statusa svaki pravni postupak koji izravno ili bitno utječe na ostvarivanje roditeljskih prava trebao biti podvrgnut strogom nadzoru. Upravo obrnuto, usprkos njihovom statusu temeljnog ljudskog prava, roditeljska se prava rutinski obustavljaju ili ukidaju kao rezultat postupaka koji ne udovoljavaju ni minimalnim standardima zakonom propisanih postupaka postupovnog i materijalnog prava. Ovo rutinsko i olako lišenje roditeljskih prava događa se u kontekstu razvoda, gdje se tijekom trajanja parnice jednoga roditelja rutinski lišava značajnih roditeljskih prava bez ikakvih dokaza o državnom interesu koji se ne bi mogao postići na neki manje restriktivan način. U značajnom kontrastu s našom sadašnjom praksu, tretiranje roditeljskih prava kao temeljnih prava zahtijeva pretpostavljanje fizičkog i pravnog zajedničkog skrbništva nakon razvoda i tijekom trajanja brakorazvodne parnice. Ovu se pretpostavka može nadvladati, ali samo jasnim i uvjerljivim dokazima da je zajedničko skrbništvo štetno za djecu.

Roditeljska prava i zakonom propisani postupak

DONALD C. HUBIN*

Zaboravite na trenutak naslov ovoga rada. Zamislite da je naslov "Zakonom propisani postupak i lišenje prava". Sad razmotrite neko nespecificirano pravo, **P**, koje je "temeljno pravo zaštićeno Prvim, Petim, Devetim i Četrnaestim amandmanom".¹ Pretpostavite da se to pravo smatra "daleko dragocjenijim od imovinskih prava"² i da Vrhovni sud označava **P** kao "ključno" pravo³ koje štiti bitni interes koji "nesporno zahtijeva da ga se poštuje i štiti, osim u slučaju jakih protuinteresa".⁴ Zamislimo da ga se "ne može onemogućiti a da se ne prekrše oni temeljni principi slobode i pravde koji su u temelju građanskih i političkih institucija"⁵ i da zato "mora postojati uvjerljivo opravdanje za uplitanje države"⁶ u **P**.

Ti aspekti prirode **P** određuju, zamišljajte dalje, da naš pravni sustav aktivno funkcionira kako bi obustavio ili uskratio to pravo doslovce desecima tisuća puta godišnje – da se to radi otvoreno i pod plaštom državnog zakona. Pretpostavite da se obustava, a ponekad i oduzimanje **P** provodi temeljem nedovoljnih ili nepostojećih dokaza o bilo kakvom interesu države. Zamislite da, u tim slučajevima obustave ili uskrate prava, ne postoji dokaz, a često ni optužba, da je **P** bilo zlorabljeno, ni da je vjerojatno da će biti, ni da bi zadržavanje **P** od strane određenog pojedinca bilo štetno za legitimne interese bilo koje druge osobe. Pretpostavite dalje da je čak i privremena obustava ovoga prava prenijela teret dokaza na onoga tko je bio nositelj prava kako bi pokazao da obustava ne bi trebala postati trajna uskrata.

Da postoji takvo pravo i da ga se talo olako tretira, što bi bila naša reakcija? Nasilje? Zaista!

No, postoji li pravo koje može zamijeniti **P** i učiniti da sve navedene pretpostavke budu istinite? Apsolutno. Ali to nije ni pravo na imovinu (i ne naprosto zato što ona ne može biti važnija od prava), ni pravo na slobodu. Iako često postoje pravne prijetnje ovim pravima, ona u cjelini dobijaju značajnu zaštitu sudova.

* Želim izraziti zahvalnost onima koji su mi pomogli s ovim projektom. Ronaldu K. Henryju koji me je velikodušno opskrbio vrijednim istraživačkim materijalom; Nedu Foleyju, Michaely Hillu, Vitoriu Hosleu, Wolfgangu Hirczy, Kathleen Cook i Danielu Farellu za korisne komentare nacrtu ovog rada; i Juliji Carpenter-Hubin kako za korisne komentare tako i za stalnu podršku. Također potvrđujem utjecaj onih osoba koje su, iako to nisu željele, izazvala moj interes za ova pitanja.

¹ *Doe protiv Irwin*, 441 F. Supp. 1247 1251 (D. Mich. 1977.).

² *May protiv Anderson*, 345 U.S. 528, 533 (1953.).

³ *Meyer protiv Nebraska*, 262 U.S. 390, 399 (1923.).

⁴ *Stanley protiv Illinois*, 405 U.S. 645 (1971.).

⁵ *Irwin* 441 F. Supp. Na 1251.

⁶ *Isto*. Na 1249.

Postoji samo jedno pravo koje ima gore opisanu važnost, a tako je malo zaštićeno. To je pravo na skrb o svojoj djeci – skupina prava označena kao 'roditeljska prava'.⁷

Gore navedeno nekomu bi moglo zazvučati kao neukusna hiperbola. Dokidanje roditeljskih prava ne obavlja se ovako nasumično kako sam opisao.⁸ Od države *se zahtijeva*, neki bi kritičar mogao primijetiti, da prije dokidanja roditeljskih prava⁹, pokaže "jasnim i uvjerljivim dokazima" da je u pitanju ključni državni interes. I on to *ponekad* i jest. Ali postoji kontekst u kojem se roditeljska prava obustavljaju s premalo ili apsolutno bez ikakvih dokaza o tome da je uključen bilo kakav državni interes. Taj je kontekst razvod. Iako taj kontekst očito utječe na naše reakcije na nasumične postupke kojima obustavljamo ili dokidamo roditeljska prava (inače bi se očekivao javni protest zbog ove prakse), to ne umanjuje argumente protiv takvih postupaka. Postupci razvoda braka rutinski uključuju nezamisliva kršenja minimalnih zahtjeva zakonite zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda.¹⁰

Tu tezu zastupam u nastavku ovoga rada. Počinjem raspravom o nekim odlikama roditeljskih prava i državnom interesu u skrbništvu nad djecom. Sljedeće, preispitujem vrste razmatranja o zakonom propisanim postupcima koja su nastala u kontekstu dokidanja roditeljskih prava izvan konteksta razvoda. Nakon toga opisujem uobičajene procedure u sudskim postupcima radi određivanja skrbništva tijekom trajanja brakorazvodne parnice (*pendente lite*). Postupci tijekom trajanja parnice iznimno su važni zato što uspostavljaju *status quo* koji utječe na ono što je razumno činiti u odnosu na organizaciju djeteta/roditelj u konačnoj sudskoj odluci i, što je još važnije, zbog izravnog učinka koji imaju na dugoročni odnos roditelj-dijete. (Potpuno objašnjenje razloga fokusa na postupke određivanje privremene mjere, nasuprot trajnom skrbništvu, bit će dato kasnije.) U pretposljednem dijelu, izravno zastupam tezu da ovaj postupak uključuje privremenu uskratu temeljnih prava bez zakonom propisanog postupka. Na kraju, od apstraktne rasprave o prirodi i temelju zakonskih prava prelazim na raspravu stvarnih interesa koje ta prava štite.

⁷ Francis McCarthy (1988.) osporio je tvrdnju da su roditeljska prava temeljna u ustavnom smislu riječi. Za svrhu ovoga rada, prihvatit ću doktrinu Vrhovnog suda da jesu. Da su osporavanja McCarthyja bila uspješna, država bi samo trebala dokazati da postupci za uskraćivanje roditeljskih prava imaju razumnu osnovu, a ne da služe ključnom interesu države. Ne vjerujem da to može proći čak i blaži test, ali to nije predmet moje rasprave.

⁸ U najmanju se ruku ne pretpostavlja da bi se obavljalo nasumično kako sam opisao. Usprkos pravnim postupcima za koje se pretpostavlja da štite protiv neovlaštenog uplitanja države u odnos roditelj/dijete, stvarna praksa izgleda uključuje previše uplitanja, previše nasumično nadziranog (Wald, 1976; i Becharov, 1985.).

⁹ Santosky protiv Kramer, 102 S. Ct. 1388 (1982.).

¹⁰ Lee Bombria *i sur.* (1988.) potvrđuju ovo stajalište. Ellen Canacakos (1981.) i Holly L. Robinson (1985.) opsežno ga zastupaju.

Pitanje roditeljskih prava i zakonom propisanih postupaka nisu sterilna ni knjiška; roditeljska prava jednako štite vitalne interese roditelja i djece. Naše olako pravno postupanje prema njima neoprostivo je zbog stvarne ljudske devastaciju koju izaziva.

NEKI ASPEKTI RODITELJSKIH PRAVA I INTERES DRŽAVE U SKRBNIŠTVU NAD DJECOM

Roditeljska prava: 'Skrbnništvo' kao izraz dovodi u zabludu, zato što pretpostavlja nešto jedinstveno, a zapravo se odnosi na skupinu prava i odgovornosti. U tom smislu, on je kao 'vlasništvo'.¹¹ Oboje su prikladne oznake za skupinu prava koja su tradicionalno na istoj hrpi temeljem društvene prakse i u našem razmišljanju. Postoji velika opasnost od "zabluda pogrešne dihotomije" kad ovakve oznake koristimo nedovoljno oprezno. U odnosu na vlasništvo, npr., često mislimo da, u odsustvu nekih posebnih aranžmana, neka osoba mora ili posjedovati nešto u strogom smislu u kojem posjedujemo osobnu imovinu, ili to mora biti nešto nad čim osoba nema pravo vlasništva. To je, dakako, pogrešno, ali je pogreška razumljiva zbog naše sklonosti da o vlasništvu nad imovinom razmišljamo kao o situaciji sve ili ništa. Moramo se čuvati ovih konvencionalnih kategorija – posebice kad nam je zadatak propitati same konvencije. Moramo se zapitati jesu li dijelovi unutar skupine spornih prava neodvojivi, je li poravnanje za svaki dio isto, i tako dalje. Kako bih to naglasio, većim ću dijelom govoriti o roditeljskim pravima, umjesto o skrbništvu.

Ne znam za postojanje potpunog popisa skupine roditeljskih prava koja u pravilu povezujemo sa skrbništvom nad djecom. Sljedeća se prava, od kojih su samo neka relevantna za ovaj rad, uobičajeno smatraju uključenima u skupinu:

- pravo na fizičko posjedovanje djeteta;
- pravo da se djetetu usade moralni i etički standardi, uključujući pravo na discipliniranje djeteta;
- pravo na kontrolu i upravljanje zaradom i imovinom malodobnog djeteta;
- pravo da dijete nosi ime roditelja;
- pravo spriječavanja posvojenja djeteta bez roditeljskog pristanka;¹²
- pravo na donošenje odluka koje se tiču medicinskih tretmana, obrazovanja, vjerskog odgoja i drugih aktivnosti malodobnog djeteta; i,
- pravo na informacije potrebne za odgovorno ostvarivanje navedenih prava.

¹¹ Vidi A. M. Honoré (1961.).

¹² Prava koja su ovdje nabrojena navedena su u BLACK'S LAW DICTIONARY, (5th ed. 1979.).

Roditeljska prava nisu ni apsolutna, ni neograničena. Ona su ne-apsolutna u smislu da mogu, u određenim slučajevima, biti ukinuta zbog drugih okolnosti. Npr., roditeljsko pravo da odlučuje o obrazovanju svojeg djeteta može biti ukinuto zbog potrebe da se djeci pruže točne informacije temeljem kojih će odgovorno sama odabrati. Roditeljska su prava ograničena u smislu da bi potpuno i točno izvršavanje istih sadržavalo ograničavajuće klauzule. Tako roditelj nema pravo, čak ni nadvladano pravo, disciplinirati dijete fizičkim mučenjem.

Možda je važnije to da su roditeljska prava fiducijarna prava.¹³ Roditelji imaju zakonsko pravo donositi određene odluke koje se tiču malodobne djece *u najboljim interesima djece*. Ova karakteristika roditeljskih prava objašnjava neke od ograničenja prava, i može rasvijetliti zašto i pod kojih uvjetima ova prava mogu biti ukinuta. Štoviše, činjenica da je roditelj povjerenik znači da, čak i kad roditelj djeluje unutar okvira svojih prava i u situaciji u kojoj ova prava nisu ukinuta, roditeljske odluke trebaju biti vođene najboljim interesima djece.

Ono što je do sad rečeno o prirodi roditeljskih prava nije ni početak odgovora na sva važna pitanja o tim pravima. Za puno razumijevanje tih prava, mora se puno više reći o filozofskim temeljima, sadržaju i ograničenjima takvih prava. Srećom, razlozi koji su ovdje iznijeti ne zahtijevaju da predstavimo i obranimo nešto kao potpunu teoriju prirode i temelja roditeljskih prava. Radije ćemo nastaviti na osnovi široko prihvaćenih, razmatranih uvjerenja o sadržaju roditeljskih prava u očekivanju da će bilo kakva razumno prihvatljiva teorija temelja roditeljskih prava uspjeti obuhvatiti sadržaj koji pretpostavljamo. Iako ćemo se vratiti na prirodu roditeljskih prava nakon što raspravimo osnove državnoga interesa u skrbi i podizanju djece, nastaviti ćemo se baviti pitanjem implikacija roditeljskih prava bez obrane neke specifične moralne teorije koja bi bila u temelju tih prava.

Interes države: Parens Patriae doktrina je prema kojoj država navodi interes u skrbi i skrbništvu nad djecom (i nad drugima koji nemaju sposobnosti skrbiti o vlastitim interesima). Ova je doktrina, koja doslovce tvrdi da je kralj (ili vlada) roditelj čitave države, formulirana u Engleskoj u trinaestom stoljeću kako bi objavila ulogu države kao skrbnika nad mentalno nesposobnima. Ideja da je kralj (ili vlada) roditelj čitave države čudna je; objava da država ima ključni interes u skrbi, odgoju i podizanju djece sve je samo ne to. Kako bismo trebali tumačiti moć *parens patriae* na način da izbjegnemo čudno i zadržimo valjani uvid?¹⁴

¹³ Ovaj izraz koristim u prilično ne-tehničkom smislu, kao Locke, koji je smatrao da su prava države fiducijarna prava. Izvrsno preispitivanje i razvijanje ideje roditeljskih prava kao fiducijarnih prava učinjeno je u Scott i Scott (1995.).

¹⁴ Za potpuniju raspravu o tome kako se doktrina tumači i kako se tumačenje mijenjalo tijekom stoljeća, vidi Venable (1966.) i Hershkowitz (1985.).

Jedno tumačenje, koje ću nazvati 'klasično tumačenje', drži da je temeljno pravo određivanja brige i skrbištva nad djecom *državno, a ne roditeljsko*. Prema tom tumačenju, skupinu prava koja se nazivaju roditeljskim država delegira roditeljima djeteta (najčešće), koji se ponašaju kao povjerenici državnih interesa. Budući da je temeljni nositelj prava, država je ovlaštena određivati ciljeve i svrhe ostvarivanja roditeljskih prava i uskratiti ih kad se ostvaruju na način protivan željama države.

Drugo tumačenje, koje nazivam 'suvremeno tumačenje', doktrinu shvaća samo kao potvrdu interesa države u brizi i podizanju djece. Ovo tumačenje ne izvodi prava i ovlasti bioloških roditelja i posvojitelja iz interesa države, iako drži da se interes države može prizvati radi zaštite djece od roditelja zlostavljača.

Ovisno o detaljima tumačenja, praktične implikacije ova dva pristupa mogu biti istovjetne.¹⁵ Zbog toga je pitanje može li biti ikakvih uvjerljivih temelja za odabir jednog tumačenja nad drugim? Temelji za takvu preferenciju ne mogu ležati samo u logičnim implikacijama tumačenja. Ali ipak mogu biti temelji za takvu preferenciju; možda postoje jaki *teoretski* temelji za preferenciju jednoga od ovih tumačenja.

Klasično tumačenje, npr., može izgledati kao da uživa podršku zbog činjenice da su prava roditelja nad djecom ograničena, da ih se potencijalno može ukinuti, da su fiducijarna prava. Jer, pretpostavimo da su, *ab initio*, ova prava sadržana u državi sukladno doktrini *parens patriae* i da ih država povjerava biološkim roditeljima ili posvojiteljima. Ovo lijepo objašnjava fiducijarni aspekt tih prava, zašto su ona ograničena i zašto država zadržava pravo prosudbe kad su roditelji prekršili povjerenje. Država je, u ovom smislu, povjerenik. Kao takva, država može postaviti uvjete i ograničenja odnosa povjere, odrediti ciljeve radi kojih je taj odnos stvoren, i zadržati pravo da ga ukine kad je prekršen.

¹⁵ Zamislamo, npr., da je privatna zaklada investirana u biološke roditelje ili posvojitelje takva da je zaštićena značajnim osiguranjem. Ovo bi učinilo implikacije klasičnog tumačenja sličnim onima koje bismo, *prima facie*, povezali sa suvremenim tumačenjima. S druge strane, ograničenja prava i ovlasti bioloških roditelja i posvojitelja prema suvremenom tumačenju mogla bi se smatrati toliko restriktivnima da država počinje sličiti na vlasnika roditeljskih prava.

Ali to nije dobar razlog za prihvaćanje klasičnog tumačenja. Kao prvo, ako bi naš jedini razlog za prihvaćanje tumačenja bio uvjerenje da je nužno objasniti ograničeni i ne-apsolutni fiducijarni aspekt prava bioloških roditelja i posvojitelja u odnosu na svoju djecu pozivanjem na fundamentalnija prava države da odredi brigu i skrbništvo nad djecom, ne bismo na zadovoljavajući način mogli objasniti činjenicu da je pravo države u odnosu na brigu i skrb i samo ograničeno, ne-apsolutno i po prirodi fiducijarno. Navedena bi činjenica, naravno, mogla biti osporavana, i neću je ovdje naširoko argumentirati, ali su implikacije osporavanja teško prihvatljive. Zar država nema, sukladno doktrini *parens patriae*, odgovornost ostvarivanja roditeljskih prava radi dobrobiti djece? Može li država, za razliku od roditelja, ne griješiti u ostvarivanju svoje *parens patriae* vlasti? Zar toj vlasti nema granica? Vjerujem da je država bar jednako obvezna uzeto u obzir interes djeteta kao što su to roditelji. Pravo države nad djecom jednako je ograničeno i ne-apsolutno, kao i roditeljsko pravo.

Ako je to točno, ništa ne dobivamo nastojeći objasniti ove karakteristike prava roditelja pozivajući se na klasično tumačenje *parens patriae* doktrine, zato što ćemo morati naći objašnjenje za ograničenja i fiducijarni aspekt prava države. Kad to učinimo, onda smo našli objašnjenje koje zastupnik suvremenog tumačenja može upotrijebiti da bi objasnio ove karakteristike prava bioloških roditelja i posvojitelja.

Drugo, ako vjerujemo da je pozivanje na neku vrstu neograničenog i nekvalificiranog prava svojstvenog državi potrebno za objašnjavanje ograničenja prava građana ili zašto država može imati ovlasti određivati jesu li ta ograničenja prekršena, idemo korak prema neslobodnom, totalitarnom stajalištu. Naša najsvetija prava imaju ograničenja i podliježu kontroli države. Mi nikako ne želimo raći da su prava slobode govora ili vjerska prava utemeljena na apsolutnim i neograničenim pravima inherentnim državi – pravima koje država izabire povjeriti, na ograničen i ne-apsolutni način, pojedincima.

Tako je očigledna objasnidbena moć klasičnog tumačenja samo vanjska pojavnost, a vanjska je pojavnost opasna ako želimo zadržati pretpostavke liberalne demokracije. To uklanja potencijalni razlog za favoriziranje tog tumačenja i, štoviše, pruža valjan razlog za njegovo odbacivanje. Ako je ikad postojao odnos koji nije bio utemeljen na društvenoj konvenciji, političkoj instituciji i zakonu, odnos roditelj/dijete upravo je takav.¹⁶

¹⁶ Ovdje i u cijelom radu, govorim o odnosu roditelj/dijete u smislu koji ne pretpostavlja, niti je osiguran, biološkom vezom. Odnos roditelj/dijete je odnos koji se u pravilu manifestira između bioloških roditelja i njihove djece. On se također pokazuje u uobičajenim odnosima posvojenja. Tužno je da se ponekad ne pokazuje između djece i njihovih bioloških roditelja; i ključno je za argumentaciju u ovom radu, da je ponekad sama država ta koja se upliće u održavanje ovoga odnosa kad ga i biološki roditelj i njegova djeca jako žele održati.

Ovaj je odnos paradigma prirodnog odnosa – daleko više od odnosa koji netko ima prema imovini ili prema drugima temeljem ugovora.¹⁷ To naravno ne znači da je odnos roditelj/dijete bez utjecaja društvenih uvjeta. Kad bi bilo tako, vrijednost dokazivanja bi u ovom radu bila vrlo oslabljena. To prije znači da odnos nije tvorevina države; on nije u vlasništvu države.

John Locke je cijenio ovaj aspekt prirode odnosa roditelj/dijete, iako izražava svoju svijest o tome na način koji može ne biti potpuno prihvatljiv suvremenom čitatelju. Locke vidi roditeljsku moć kao oblik prirodne vlasti (§170, *Drugi ogled*) u kojem je roditeljska moć bazirana na dužnosti koja leži na roditeljima "da skrbe o svojim potomcima tijekom nesavršenog stanja djetinjstva" (§57, *Drugi ogled*). "Svi [su] roditelji prema zakonima prirode, u prirodnoj obvezi štiti, podizati i obrazovati djecu koju su začeli..." (§56 *Drugi ogled*, kurziv u originalu). Ova dužnost i moć koja iz nje proizlazi ni na koji način nisu tvorevina države. I, kao što Locke kaže, "To pokazuje razlog da se tako zbiva, da roditelji u društvima, kojima su oni sami podređeni, zadržavaju moć nad svojom djecom i imaju isto onoliko pravo podređivanja, koliko imaju i oni koji se ravnaju prema prirodnom stanju stvari" (§71, *Drugi ogled* kurziv u originalu).

Bruce Hafen je možda eksplicitniji:

"Običajno pravo već dugo priznaje roditeljska prava kao ključni koncept, ne samo za specifične svrhe zakona o obiteljskim odnosima, već kao temeljnu kulturalnu pretpostavku o obitelji kao o temeljnoj društvenoj, ekonomskoj i političkoj cjelini. Zato i engleski i američki suci vide podrijetlo roditeljskih prava kao fundamentalnije od prava vlasništva. Roditeljska prava skrbništva i kontrole malodobne djece na razne su načine opisivana kao 'sveta', kao stvar 'prirodnog prava', i kao 'inherentna prirodna prava, zbog čije je zaštite, jednako kao i zbog zaštite prava pojedinca na život, slobodu i potragu za srećom, naša država i stvorena.' *Ovaj izbor riječi sudstva implicira da je odnos roditelj-dijete stariji od države u prilično istovjetnom smislu kao što se u američkoj političkoj filozofiji smatra da su prirodna prava pojedinca starija od države.*"¹⁸

¹⁷ Vjerujem da je *odnos* roditelj/dijete "prirodan" i da ta njegova osobina (koju uglavnom ne analiziram) svakako pruža razloge za ograničenje uplitanju države u taj odnos. Međutim, moji se argumenti ne oslanjaju na Lockeovu procjenu prirodnih prava, bar ako se takva procjena razumijeva u značenju da su prirodna prava dana od Boga, očigledna ili moralno primarna. Odnos je taj za koji se tvrdi da je prirodan, a ne pravo.

¹⁸ Hafen, (1976.), str. 615-616 (kurziv dodan, modifikacija u originalu, bibliografski podaci ispušteni).

Mnoga bi se razmatranja o prirodi i osnovi roditeljskih prava mogla navesti, a ovdje, ja niti branim niti podržavam bilo koje od njih. To neće zadovoljiti one koji traže odgovore o osnovama. Također se može prigovoriti da se ova argumentacija ne može nastaviti bez opredjeljenja za specifičnu moralnu teoriju iz koje bi se izvela roditeljska prava. Na koncu, argumentacija nije potpuno nezavisna od sadržaja roditeljskih prava i, ako ne razumijemo temelje tih prava, ne možemo biti sigurni u njihov sadržaj. Ali je to "prioritiziranje" naivno. Dok je sigurno istinito da će sadržaj roditeljskih prava ovisiti o moralnoj teoriji na kojoj su utemeljena, također je istinito da su neka od naših uspostavljenih vjerovanja o prirodi roditeljskih prava određena od bilo kakvih moralnih teorija, dijelom zbog ispitivanja njihovih implikacija svjetovnijim moralnim prosudbama. To da ropstvo koje se provodilo u predratnom Jugu krši prava pojedinca na slobodu i samoodređenje, može se prihvatljivo i pouzdano ustvrditi prije nego što odgovorimo na prilično apstraktno filozofsko pitanje jesu li ta prava prirodna i temeljna, ili se temelje na nekom društvenom ugovoru, ili na društvenoj korisnosti, ili poštovanju pojedinaca, ili čemu drugom.

Iako puno toga može biti kontroverzno kad se radi o prirodi roditeljskih prava, pretpostavljam da jedan aspekt svake adekvatne teorije takvih prava nastaje na temeljima prikaza Lockeja i Hafena. Taj je da se roditeljska prava ne treba promatrati kao prava države delegirana roditeljima. Roditeljska prava štite interese roditelja i djece u odnosu koji je prirodan i ne ovisi o postojanju države; i, neprilično uplitanje države u ovaj odnos, jedna je od stvari od kojih ona štiti te interese. Ključno za doktrinarnu svrhu, ovo tumačenje Vrhovnog suda koje izgleda da to prihvaća, smatrajući da je "bitno u nas da skrbništvo, briga i podizanje djeteta leže prvo na roditeljima, čija primarna funkcija i sloboda uključuju pripremu za obveze koje država ne može izvršavati ni ometati."¹⁹

"Standard najboljeg interesa" naspram *"Standarda štetnosti"*: Smatra se da država ima interes u dobrobiti malodobne djece (i drugih koji se o sebi nisu sposobni skrbiti). Kako je gore navedeno, također je istina da roditelji imaju temeljna i neizvedena prava i odgovornosti u odnosu na podizanje svoje djece. S ovim sukobljenim interesima na vagi, pitamo: što se mora pokazati, *prema kojem standardu dokazivanja*, da bi se opravdalo uplitanje države u roditeljska prava?

¹⁹ Prince protiv Massachusetts, 321 U.S. 158, 166 [1944.]. U ovom sam dijelu razmatrao samo dva stajališta o samo jednom aspektu prirode roditeljskih prava i njihova odnosa prema doktrini *parens patriae*. Odlučio sam se za viđenje roditeljskih prava koje ova prava ne smatra pravima izvedenim iz *parens patriae* doktrine putem delegiranja državne moći. Ali, mnoga pitanja ostaju za razmatranje. Jesu li roditeljska prava prirodna prava u Lockeovom smislu, ili ih treba izvoditi iz društvene korisnosti ili hipotetskog ugovora među članovima društva? Jesu li roditeljska prava temeljna prava. Iako odbijam izvođenje iz državne moći *parens patriae*, nisam iznosio argumente protiv intrigantnog stajališta na koje me je navodio Vittorio Hosle (u razgovoru), da su roditeljska prava izvedena iz prava djece—možda bi ih trebalo promatrati kao ovlasti i odgovornosti u služanju tim pravima. Ovo je vrlo privlačno stajalište, ali na njemu treba još raditi. Pozdravio bih takav razvoj očekujući da će argumentacija ovoga rada biti bar jednako snažna u tumačenju roditeljskih prava.

Imajući na umu da država mora pokazati opravdanje za uplitanje u roditeljska prava, može izgledati da postoji samo jedno razumno objašnjenje: Država ima opravdanje za intervenciju kad god može pokazati da to čini u najboljem interesu djeteta.²⁰ Standard najboljeg interesa ima tu vrlinu da očito podržava našu društvenu sliku o sebi kao onima koji djecu stavljaju na prvo mjesto.²¹ 'Najbolji interes djeteta' lako se uklapa u 'materinstvo' i 'pitu od jabuka' – s 'istinom', 'pravdom' i 'Američkim stilom'. Teško se suprotstaviti najboljem interesu djeteta; i ne trebamo. Najbolji bi interes djeteta trebao biti najvažniji. Međutim, iz toga ne slijedi da bi *standard* najboljeg interesa trebalo prihvatiti.

Prihvatanje najboljeg interesa djeteta kao primarnog, ili čak *jedinog* cilja našeg prihvaćanja državne politike ne sadržava prihvaćanje politike državnog djelovanja baziranog na standardu najboljeg interesa. Dozvolite da ovo ilustriram dobro poznatim primjerom – izvučenim iz filozofske literature o slobodi. John Stuart Millova obrana njegova slavnog principa slobode na koncu se pretvara u ono što ću nazvati "argument najbolje politike":

Najjači od svih argumenata protiv uplitanja javnosti u čisto osobno ponašanje jest da kad se uplete, sva je prilika da se upliće pogrešno i na pogrešnome mjestu.²²

Mill ovdje ne poriče da mogu postojati državna djelovanja koje krše princip slobode koji bi unaprijedio društvenu korisnost koju "smatram... ultimativnim prizivom na sva etička pitanja"²³ Takvih djelovanja svakako može biti. Ali, ne možemo državi povjeriti da se upliće u slobodu u ispravna vremena i na ispravan način. Tako slijedimo društvenu korisnost postavljajući ograničenja moći države u potrazi za društvenom korisnosti.

²⁰ Ellen Canacakos (1981.) odbacuje standard najboljeg interesa u slučajevima lišenja roditeljskih prava u kontekstu razvoda. Njezini se argumenti temelje na sukladnosti slučajevima lišenja roditeljskih prava roditelja u braku. Ovo je zdrav argument ako se zdravi argumenti mogu davati za odbacivanje standarda najboljeg interesa u ovom drugom. Ako takve argumentacije nema, sukladnost se može zadovoljavajuće postići na bilo koji od dva načina. (*Sukladnost znači da će se u oba slučaja uzimati, ili se u oba slučaja neće uzimati u obzir najbolji interes djeteta - op. prev.*)

²¹ Ovo je češće retorika nego zbilja. Suci i političari sjede u klimatiziranim uredima s mramorom obloženim podovima i proglašavaju najbolji interes djece koja se znoje u starim, ruševnim, loše ventiliranim učionicama s previše djece u razredu dok sva djeca koriste zastarjele udžbenike.

²² Vidi Mill (1968.) str. 198.

²³ *Isto.* na 130.

Jednako kako je Mill vjerovao da se zbroj koristi za pojedinca može promicati postavljanjem zahtjeva državnoj moći da čini ono što, prema vlastitom shvaćanju, promiče društvenu korist, tako ja vjerujem da se cilj promicanja najboljih interesa djece najbolje postiže postavljanjem zahtjeva državnoj moći da čini ono što, prema vlastitom shvaćanju, promiče najbolji interes djece. Ti su zahtjevi prava pojedinca – ovdje, roditeljska prava. Tako kažemo da država ima interes u promicanju društvene koristi, ali *u interesu društvene koristi*, ne garantiramo državi pravo da na bilo koji način čini ono što vjeruje da će promicati društvenu korist. Mislim da država ima interes promicanja dobrog govora, ali ne bi bilo mudro, *sa stajališta promicanja dobrog govora*, dati državi pravo uplitanja u govor koji ne smatra dobrim. Država ima interes u promicanju dobrobiti djece, ali tvrdim da *sa stajališta promicanja dobrobiti djece*, država ne bi smjela imati moć djelovati u najboljem interesu djece, na bilo koji način na koji smatra da treba. Najbolja je strategija za promicanje interesa djece postavljanje granica moći države u promicanju najboljeg interesa djece.

Jedan, ali samo jedan, izvor pogreške države uključuje previđanje fenomena kojeg je Mill bio vrlo svjestan. Uplitanje, podsjeća nas on²⁴, ima vlastitu cijenu i rizike. Oni koji zagovaraju uplitanje u slobodu, kao i oni koji zagovaraju uplitanje u roditeljska prava, čini se to ponekad zaboravljaju. Iako je istina da pojedinci često čine izbore koji su protivni njihovim najboljim interesima (ili najboljim interesima njihove djece), iz toga ne slijedi da će uplitanje države kako bi silom osigurala željeni tijek biti u najboljem interesu pojedinca (ili djeteta). Slobodni izbor karijere u medicini mogao bi biti u najboljem interesu pojedinca koji, ne-mudro, umjesto toga želi karijeru na filmu. Po definiciji, država se ne može na silu uplitati u ovaj izbor da bi se ostvario *slobodni izbor* karijere u medicini. Tako je odluka države uvijek između, s jedne strane, prisile na tijek djelovanja, koji bi, ako ne bi bilo prisile, bio optimalan a s druge, dozvoljavanja pojedincima da slijede ne-optimalni tijek djelovanja. Prisila je, očito, sama po sebi loša;²⁵ štoviše, prisilno djelovanje obično ne dovodi do rezultata koji su jednako dobri kao oni koji su rezultat slobodnog izbora istog tijeka djelovanja. Rezultat je taj, da je prisilno djelovanje na nešto što bi, da je slobodno izabrano, bilo najbolji tijek djelovanja često neopravdano kad se razmotri cijena prisile. Ova se poanta često previđa u ozbiljnom nastojanju postizanja vrijednih ciljeva. Iako roditelji često mogu donositi odluke koje nisu u najboljim interesima njihove djece, to zasigurno ne znači da je u najboljem interesu djece da se netko prisilno upliće u roditeljsku odluku. Država mora kročiti polagano i uplitati se oprezno upravo zato što je inherentno nespretna i nosi dugi štap; uporaba toga štapa ima posljedice i osim onih ponašanja koja su postignuta prisilom. Nigdje ovo nije istinitije nego u intenzivno privatnom području odnosa roditelj-dijete.²⁶

²⁴ Isto. na 198-99.

²⁵ Ovo naravno ne podrazumijeva da je prisila uvijek loša, jedino da je prisilni aspekt nekog djelovanja uvijek moralni deficit.

²⁶ Goldstein, i sur. (1973.); i Scott & Scott (1995.) str. 2417, 2430

Tako je ne samo sukladno liberalnoj političkoj teoriji, već ista i predlaže kao prihvatljivo da roditeljska prava (i prava djece) služe kao granica državnim interesima promicanja najboljih interesa djece – a ta se uloga države može opravdati upravo zato što služi najboljim interesima djece. Ako je naš cilj najbolji interes djece, mogli bismo to sasvim racionalno nastojati postići, ograničavajući moć države u postizanju najboljeg interesa djece. Zbog toga, vjerujem, ne prihvaćamo standard najboljeg interesa u određivanju neželjenog oduzimanja roditeljskih prava u intaktnim brakovima; zato ne dopuštamo državno uplitanje sa specifičnim odlukama o roditeljskoj skrbi na temelju standarda "najboljeg interesa djeteta".²⁷ Zbog toga ne bismo to trebali činiti u neželjenom oduzimanju roditeljskih prava u kontekstu razvoda.

S druge strane roditelji nekad u odnosu na svoju djecu čine izbore koji su tako jasno i ozbiljno štetni za djecu da bilo kakvo smisljeno tumačenje doktrine *parens patriae* mora dopustiti uplitanje. Točan se izričaj prikladnog standarda može osporavati, kao što se može i tumačenje bilo kakvog izričaja koji je opravdan. Predložio bih nešto u smislu standarda štetnosti na koji bi se uplitanje države u roditeljska prava pozivalo u intaktnim obiteljima²⁸, i pretpostavit ću takav standard tijekom cijele rasprave koja slijedi.

Standard dokaza: Priznavajući da država može oduzeti roditeljska prava zbog svojeg interesa za dobrobit djece nakon što se pokaže da je zadržavanje tih prava štetno za dijete, ostaje odrediti prema kojem se standardu dokaza to mora dokazati. Iako u vezi s ovim postoje polemike, oprez nalaže da je danas prihvaćen standard "jasnih i uvjerljivih" dokaza razborit.²⁹ Uplitanje u temeljna prava trebalo bi državi biti teško.

²⁷ Goldstein, Freud i Solnit (1973.) naglašavaju važnost stabilne roditeljske figure u životima djece. Ovo podrazumijeva da, čak i kad bi država mogla naći boljeg odraslog skrbnika da skrbi o djetetu, to ne mora biti u najboljem interesu djeteta prekinuti veze s postojećim sub-optimalnim roditeljem-skrbnikom da bi bilo smješteno na skrb boljem skrbniku. Roditelji nisu zamjenjiva roba i ogromne se emocionalne cijene nameću djetetu kad se skrbnici mijenjaju. Ovo nas podsjeća da promjene imaju cijenu i da ono što bi inače izgledalo kao najbolja situacija ne mora biti najbolji ishod za nas imajući na umu cijenu "stizanja odavde tamo". Millova obrada slobode ukazuje na različit problem. Primjenjena na ovo pitanje standarda za uplitanje države u odnos roditelj/dijete, Millovi uvidi idu dalje od citiranja potencijalno zanemarenih troškova. On daje obrazac za argument pri spriječavanju agenta (ovdje, države) u izravnom postizanju cilja (najboljeg interesa djeteta) zato što se taj cilj bolje može postići ako se agentu ne dopusti da ga izravno postigne.

²⁸ *Vidi* Parham protiv J.F., 442 U.S. 584, 604-05 (1979); Quilloin protiv Walcott, 434 U.S. 246, 255 (1978.); Stanley protiv Illinois, 405 U.S. at 652-53 (1972.).

²⁹ *Santosky*, 102 S. Ct. 1388.

Nastavit ćemo sa sljedećom pretpostavkom: roditeljska su prava temeljna, a ne izvedena iz moći ili interesa države; iako država ima interes dobrobiti djece, ona ima moć uplitanja u roditeljska prava izravno i značajno samo nakon što na temelju jasnih i uvjerljivih dokaza pokaže da je uplitanje nužno radi spriječavanja štete za djecu, i da je učinjeno uplitanje u roditeljska prava najmanje restriktivno dostupno sredstvo za spriječavanje te štete.

ZAKONOM PROPISANI POSTUPAK U DOKIDANJU RODITELJSKIH PRAVA

Fokus ovoga rada je razmatranje zakonom propisanog postupka u uskrati roditeljskih prava – osobito tijekom parnice – u kontekstu razvoda. Međutim rasprava o okolnostima zakonom propisanog postupka u ovom kontekstu nije onoliko široka koliko bismo htjeli. Manjak pisanih radova o ovoj temi je jedan od razloga za traženje u drugim kontekstima. Možda argumenti koji su izloženi u tim kontekstima mogu malo rasvijetliti pitanja koja nas ovdje zanimaju. Nadalje, kao što je predloženo, postoje razlozi za dosljedno traženje u drugim kontekstima: zbog nedostatka opravdanja za različite standarde i postupke koji se koriste u različitim kontekstima, čini se razumnim pretpostaviti da bi uskrata roditeljskih prava trebala biti predmetom istih postupaka zaštite. U sljedećem ćemo poglavlju vidjeti da nije. U ovom ćemo poglavlju ispitati razmatranja zakonom propisanih postupaka koji nastaju u vezi s dokidanjem roditeljskih prava u kontekstima ne-razvoda. To bismo trebali učiniti pazeći na određivanje ima li razloga misliti da su argumenti za ova postupanja osjetljivi na razlike između konteksta razvoda i drugih konteksta.

I dok se polemizira oko pitanja postupanja i standarda dokaza za potpuno i trajno dokidanje roditeljskih prava, Josephine Fiore daje koristan sažetak tumačenja Vrhovnog suda kao u *Santosky protiv Kramer*, 455 U.S. 745 (1982.).

U *Mathews protiv Eldridge*, Vrhovni sud Sjedinjenih država sačinio je test tri čimbenika kako bi odredio jesu li ispunjeni zahtjevi zakonom propisanog postupka. Prvi je čimbenik kojeg treba ispitati osobni interes na koji će službeno djelovanje utjecati. Drugo, rizik pogreške koji postoji unutar postojećih postupanja uspoređuje se s vjerojatnom vrijednosti bilo kojih dodatnih osiguranja. Na koncu, interes države procjenjuje se usporedo s mogućnosti bilo kakvih dodatnih troškova ili administrativnih opterećenja koje bi nametnulo mijenjanje postojećih postupanja.

Pravo roditelja da podižu svoju djecu temeljno je i spada u interes slobode koji je definiran petim i četrnaestim amandmanom. Roditeljski interesi koji se odnose na podizanja svoje djece imaju pravo na ustavnu zaštitu. Na zaštitu zakonom propisanih postupaka poziva se kad djelovanje države prijete roditeljskim pravima skrbništva nad djecom. Roditelje se ne smije lišiti prava da podižu svoju djecu ako nema jakog interesa države.

Država, kao *parens patriae*, ima interes u dobrobiti svoje djece. Međutim, interes države sekundaran je u odnosu na roditeljski interes. Država može intervenirati samo ako su roditelji neuspješni u svojoj odgovornosti brige za svoju djecu³⁰. (Fiore, 1982., str. 141-42, bibliografski podaci ispušteni.)

Razmatrajući važnost interesa zaštićenog roditeljskim pravima i rizik pogreške, u slučaju Santosky Sud je poništio odluku nižeg suda koja je bila zasnovana na pravičnoj prevazi dokaza i smatrao je da su "jasni i uvjerljivi dokazi minimalni ustavni standard za dokidanje roditeljskih prava".³¹

Naša argumentacija u vezi s postupanjima za obustavu ili dokidanje roditeljskih prava u kontekstu razvoda pratit će gore navedenu argumentaciju. Smatram da je gornja argumentacija primjenjiva i u tom kontekstu. Posljedica je ta da su postupci koji obustavljaju ili uskraćuju roditeljska prava u ovom kontekstu, bez zahtjeva pokazivanja jasnih i uvjerljivih dokaza da se takvim djelovanjem služi interesu države i da se taj interes ne može zadovoljiti bilo kakvim manje restriktivnim djelovanjem, neustavni i krše temeljna ljudska prava.

POSTUPAK RAZVODA BRAKA I USKRATA RODITELJSKIH PRAVA

Iako detalji postupka razvoda braka variraju od jedne do druge sudske nadležnosti, ono što slijedi, vjerujem, nije neuobičajeno. Kad jedna stranka preda tužbu za razvod braka, zahtijevajući skrbništvo nad malodobnom djecom, a druga stranka odgovori također zahtijevajući skrbništvo, postoji mogućnost da se stranke dogovore oko skrbništva tijekom perioda vođenja parnice. Ako se stranke ne mogu složiti u vezi sa skrbništvom nad djecom tijekom perioda pravnog postupka, sud (sudac ili od suca ovlaštena osoba), temeljem kratkog saslušanja ili izjave uzete na zapisnik, dodjeljuje privremeno skrbništvo.

³⁰ Fiore (1982.) str. 141-42 (bibliografski podaci ispušteni).

³¹ *Isto.* Na 146 (bibliografski podaci ispušteni).

Izraz "dodjeljuje skrbništvo" sadrži čudno iskrivljenje stvarnosti u kontekstu razvoda, raspada obitelji i većine drugih sukoba oko skrbništva između bioloških roditelja/posvojitelja. Svaki se od tih roditelja, u pravilu, pojavljuju pred sudom od samoga početka, s punim roditeljskim pravima.³² Nikome se ne *dodjeljuju* prava; jednog se roditelja *lišava* prava. "Dodjela" skrbništva u takvim slučajevima nije ni potvrda prava, ni prijenos prava; ona je uskrata prava. A privremena "dodjela" skrbništva je zapravo obustava (privremeno lišenje) prava. Mislim da je važno da se podsjetimo na ovo kako bismo ispitali postupanja koja primjenjujemo u ovom postupku razmjerno skeptičnim okom.

Postupci za "dodjelu" skrbništva tijekom parnice ne zahtijevaju dokaze, čak ni izjavu, da je osoba čija su roditeljska prava sužena zlorabila ili da postoji mogućnost da će zlorabiti svoja roditeljska prava. Oni ne zahtijevaju dokaze da bi zadržavanje roditeljskih prava od strane obiju stranaka bilo štetno za djecu ili čak protivno njihovom najboljem interesu. Oni ne zahtijevaju dokaze da bi zadržavanje roditeljskih prava od strane obiju stranaka negativno utjecalo na interes bilo kojeg od roditelja. Oni ne zahtijevaju dokaze da postoji ikakav interes države uopće u obustavi roditeljskih prava jedne od stranaka. Postupci vode izravnoj i značajnoj uskrati roditeljskih prava bez ikakvih zahtjeva za dokazima da nema manje restriktivnih načina za postizanje bilo kojeg legitimnog interesa države koji bi mogao postojati, zaista bez bilo kojeg standarda zaštite zakonom propisanog postupka.

Trebalo bi primijetiti da određivanje ekskluzivnog skrbništva jednog roditelja, bilo da je privremeno ili stalno, ne uključuje potpunu obustavu ili dokidanje svih prava i odgovornosti roditelja koji nema skrbništvo. Očito, mnoge roditeljske odgovornosti u pravilu ostaju, uključujući, naravno, obvezu financijskog doprinosa. Slično tomu, ostaju i neka prava. Npr., na snazi ostaje pravo spriječavanja posvojenja. Obično postoji pravo ograničenog druženja s djecom putem "posjeta", iako su mehanizmi za primjenu ovoga prava slabi.

³² Canacakos (1981., str. 790-91) uvjerljivo tvrdi da navedena prava pripadaju pojedincima u svojstvu njih samih. Uz poante koje ističe, stajalište da navedena prava ne pripadaju pojedincima na taj način zahtijeva neke intelektualne akrobacije. Npr. pretpostavimo da netko smatra da roditeljska prava pripadaju "braku". Svaki pojedini roditelje djeluje kao izvršitelj ovog korporativnog vlasnika prava dok je brak intaktan, ali, nakon razvoda, država mora odrediti gdje će investirati nova, pojedinačna roditeljska prava. Ovo stajalište nameće najmanje dva problema: kako je brak i dalje intaktan sve do odluke o razvodu, mora se objasniti zašto roditeljska prava koja su u vlasništvu braka prestaju tijekom parnice, dok brak još postoji; još je problematičnije to što mora objasniti zašto ako neki od roditelja umre ili napusti drugoga, preostali roditelj zadržava sva roditeljska prava bez bilo kakvog sudskog rješenja. Ovo problemi nisu nerješivi za nekoga tko je zaokupljen tezom da roditeljska prava nisu prava pojedinog roditelja. Pravne su fikcije brojne i nove se mogu stvarati po volji. Ali ako se netko odluči za ovaj smjer, postoje mrlje koje treba prikriti, a rezultat će izgledati čudno i ad hoc.

Činjenica da sva roditeljska prava i odgovornosti ne prestaju s privremenim ili trajnim gubitkom skrbništva ne bi trebala sakriti činjenicu da je to oduzimanje prava one vrste koja je opisana u uvodnom odlomku. Kad su prava "grupirana" u intimne pakete (kao što su to roditeljska prava), nije potrebno obustaviti ili opozvati cijelu grupu prava da bi došlo do ozbiljnih povreda nečijih prava. Zadržavanje nekih roditeljskih prava nije u suprotnosti s tvrdnjom da su roditeljska prava obustavljena ili dokinuta u postupku razvoda braka.

Ozbiljnost situacije nije značajno umanjena činjenicom da se ovdje, većim dijelom, bavimo privremenom obustavom prava tijekom trajanja sudskog postupka razvoda braka. (Zaista, kao što će postati jasno, izbor momenta privremene sudske odluke čini je krajnje važnom za zaštitu odnosa roditelj/dijete.) Kao što oni koji su uključeni u praksu obiteljskog prava znaju, 'trajanje parnice' može se odnositi na period od više mjeseci, često i godina, a ponekad i puno godina. Pri lišenju prava u odnosu na djecu, čak i pri lišenju bilo kojih prava "odgođena pravda je uskraćena pravda". Kratko vrijeme djetinjstva ne može se vratiti. Uskrata roditeljskog odnosa s vlastitom djecom tijekom bilo kojeg značajnog perioda vremena trajna je i nepovratna uskrata roditeljske skrbi nad djecom tijekom toga dragocjenog perioda njihova života.³³ I, trebalo bi upamtiti, čak i kad period parnice ne izgleda posebno dug prema standardima odraslih, izgledat će vrlo dug *djetetu* lišenog značajnog kontakta i odnosa s jednim od svojih roditelja. Nadalje, čak i u odsustvu pravnih pretpostavki u tom smislu, privremene odluke uspostavljaju *status quo* u odnosu na skrbništvo nad djecom koji sudovi nisu skloni mijenjati osim ako nema pouzdanih dokaza o negativnom utjecaju na djecu.

³³ Naravno, biti privremeno u zatvoru trajno je i nepovratno lišenje slobode *tijekom toga perioda vremena*. (Ne čini se da se nekome vrijeme može vratiti.) I biti privremeno lišen svoje imovine znači biti trajno i nepovratno lišen te imovine za taj period vremena. Izgleda mi da postoje dvije istaknute točke distinkcije između roditeljstva i tih drugih slučajeva. prvo, osim ako je lišenje u ovim drugim slučajevima tijekom značajnog perioda vremena, jedan period vremena vrlo je sličan drugom. Ovo nije slučaj u roditeljskoj skrbi o djetetu. Drugo, ove druge vrste lišenja, ponovno, osim ako nisu tijekom vrlo dugog perioda vremena, čine se nadoknadivim na prilično standardne načine. Ne znam kako se kompenzira roditelj, koji je nepravedno lišen prava da podiže svoje dijete čak i tijekom kratkog perioda vremena. Ne znam kako se djetetu kompenzira nepravedno lišenje prava roditeljske skrbi od jednoga roditelja čak i tijekom kratkog perioda vremena.

Uhićenje i zatvor roditelja malodobnog djeteta uključuje, kao sekundarni učinak, upravo jednako lišenje vremena s djecom. Naravno, zakon zahtijeva da postoji vjerojatnost krivnje koja opravdava ovakva lišenja, i, osim u vrlo neobičnim slučajevima, optuženici zadržavaju svoju slobodu tijekom sudskog postupka. (Zahvalan sam Juliji Carpenter-Hubin zato što mi je skrenula pažnju i na sličnosti i na razlike.)

Konačno i ne manje važno, izgleda da čak i privremena obustava roditeljskih prava može toliko narušiti roditeljski odnos da on biva trajno oštećen. Citirajući Judih Wallerstein i Joan Kelly (1980.), Edward Kruk kaže:

Postoji kritični period koji snažno utječe na prirodu odnosa otac-dijete nakon razvoda: period tranzicije od točke . . . [razlaza] do oko šest mjeseci do jedne godine nakon toga, što je vrijeme višestrukih stresova i prilagodbi koje uzimaju danak na svim članovima obitelji, *pravni postupci imaju svoj najveći utjecaj, a obrasci pristupa djetetu uspostavljeni su i konsolidirani.*³⁴

Daleko od toga da sud tu odluku smije olako donositi zato što je "samo privremena", određivanje skrbništva tijekom trajanja parnice jedna je od najozbiljnijih odluka koje se donose u slučajevima razvoda, upravo zato što određuje kvalitetu odnosa roditelj/dijete tijekom "tog kritičnog perioda". Ona zahtijeva više brige i pozornosti nego što dobiva.

Postoji i daljnja tragična ironija u našoj suvremenoj praksi. Kako su u pravilu (vjerojatno u više od 90% slučajeva) majke one koje dobijaju privremeno skrbništvo, očevima se općenito uskraćuju roditeljska prava i, ovisno o odluci majke koja ima skrbništvo, odnos roditelj/dijete koji treba tim pravima biti zaštićen. Krukovo istraživanje pokazuje, tragično, da su upravo oni očevi koji su najviše uključeni u život svoje djece i svakodnevno vođenje kućanstva, najčešće oni koji će biti silom otjerani iz života svoje djece "obrascima pristupa djeci... uspostavljenim i konsolidiranim" tijekom brakorazvodne parnice.

Očevi koji sebe opisuju kao prije relativno jako uključene i privržene svojoj djeci i dijelili su obiteljske radne zadatke tijekom braka, češće su gubili kontakt sa svojom djecom nakon razvoda, dok su oni koji su prije bili na periferiji života svoje djece češće ostajali u kontaktu... Sad-isključeni očevi dosljedno su bili na vrhu svih mjerenja angažmana prije razvoda, privrženosti i utjecaja.³⁵

Period brakorazvodne parnice vrijeme je kad je *najvažnije* ne prekinuti odnos roditelj/dijete više nego što je nužno. To je period tijekom kojeg bi trebalo postojati, ako ništa drugo, pojačano temeljito analiziranje zahtjeva da se jednog roditelja liši roditeljskih prava. Činjenica da je to samo "privremeno skrbništvo" može nas navesti na površno razmišljanje o ovim odlukama. Ali istraživanja pokazuju da ovaj privremeni period dolazi u vrijeme kad je održavanje stvarnog roditeljskog odnosa između djeteta i oba roditelja apsolutno ključno. "Privremeno skrbništvo" nije stvar o kojoj se u postupcima razvoda braka treba olako odlučivati. Puno je na kocki.

³⁴ Kruk (1994.) str. 21 (bibliografski podaci ispušteni, kurziv dodan).

³⁵ *Isto.* na 20 (bibliografski podaci ispušten).

ZAKONOM PROPISANI POSTUPAK I RODITELJSKA PRAVA U RAZVODU

Uobičajeno je često gotovo nevidljivo – najčešće nepravde najteže je vidjeti. Nepravda rasne segregacije, tako očigledna nekome tko nije odrastao u društvu rasne segregacije, često je skrivena od onih koji su udobno smješteni u takvom društvenom okruženju. Ljudi koji su odrasli u društvu segregacije, čak i oni koji su inače ljudi od savjesti, često se bore da bi vidjeli nepravdu takvog aranžmana. Feministi/ce su opetovano tražile povlačenje iz poznatih institucija i "podizanje svijesti" da bi se spolno diskriminatorne institucije moglo vidjeti novim očima – da bi se iznova moglo sagledati ono što je prije bilo nevidljivo zato što je bilo sveprisutno. Ako sam u pravu, propuštamo vidjeti veliku nepravdu današnjih postupaka za određivanje skrbništva nad malodobnom djecom u razvodu samo zato što to previše vidamo.

Ako je tako, prvi korak prema svijesti je pogledati praksu onako kako bi to mogao neki antropolog izvanzemaljac. Onda ćemo vidjeti tipičnu spornu situaciju skrbništva kao onu gdje dvije osobe, koje oboje vole, brinu i skrbe za svoju malodobnu djecu, ulaze u sudnicu, svatko od njih tražeći da onaj drugi bude lišen najvažnijih roditeljskih prava. Tijekom perioda parnice oko te nesuglasice, sud privremeno lišava jednu od stranaka ovih važnih roditeljskih prava na temelju premalo ili nikakvih dokaza, često i bez ikakvog izgovora u vezi s nekim interesom države u takvoj odluci, ni u vezi s interesima bilo koje druge osobe (naročito djece) koji bi trpjeli ako ta prava ne bi bila obustavljena. Privremena situacija postaje *status quo* i kao praktična stvar, bez pravnih presumpcija, premješta teret dokaza na osobu čija su prava obustavljena, da ista pokaže zašto lišenje prava ne bi trebalo biti trajno.

Argument protiv ove prakse neobično je jednostavan. Roditeljska su prava temeljna, ustavom garantirana prava.³⁶ Postupci za određivanje privremenog skrbništva u postupku razvoda braka u principu rezultiraju izravnim i značajnim lišenjem tih prava bez bilo kakvog prikaza postojanja državnog interesa u takvom lišenju. Kao što ću uskoro ukazati, lišenje navedenih prava nameće pretjerano opterećenje onima čija su prava prekršena. Time ovi postupci lišavaju građane temeljnih prava bez zakonom propisanog postupka. Oni su, zato, neustavna lišenja osnovnih ljudskih prava.³⁷

³⁶ Osim citata na početku ovoga rada, vidi *Wisconsin protiv. Yoder*, 406 U.S. 205, 213-14 (1972.), *Ginsberg protiv New York*, 390 U.S. 629, 639 (1968.), i *Cleveland Bd. of Educ. protiv LaFleur*, 414 U.S. 632 (1974.).

³⁷ Ovo je samo kostur argumenta, potpuni i detaljni argument usko će slijediti rezoniranje Suda u *Santosky*.

Usput vrijedi reći par riječi o drugačijem tijeku opravdavanja dodjele skrbništva jednom roditelju. Ponegdje postoji interes za vraćanje na sustav razvoda koji se "temelji na pogrešci". Iako većina današnjih tužbi za razvod uključuje pogrešku partnera samo u slučaju kad razvod nije dogovoren među strankama, može se zamisliti neka ekstremna verzija sustava koji bi dopuštao razvod (bar između roditelja malodobne djece) nakon što se utvrdi da je jedna od stranaka zgriješila. Onda bi se moglo tvrditi da je ta stranka, stranci koja nije zgriješila³⁸ predala roditeljska prava kao neku vrstu globe. Kakve god bile vrline ovakvog ekstremnog sustava razvoda baziranog na pogrešci (smatram da mane jako pretežu), problemi koji nastaju uporabom ovakvog sustava za određivanje roditeljskih prava nakon razvoda očiti su i teški. Prvo, sukob među strankama koje se razvode bio bi jako povećan – dok svaka od stranaka strahuje od gubitka odnosa roditelj/dijete nakon što je uhvaćena u pogrešci. Drugo, ovaj sustav teško da može tvrditi da je "usmjeren na dijete", jer je stranka koja je pogriješila možda upravo stranka koja je u stanju bolje skrbiti o djeci i zadovoljavati njihove potrebe. U svakom slučaju, izuzevši presumpciju pogreške tijekom parnice za razvod braka, čak ni prihvaćanje sustava baziranog na pogrešci ne bi imalo utjecaja na pitanje primarnog interesa ovdje – u postupcima za odlučivanje o privremenoj mjeri – zato što tijekom trajanja parnice za razvod braka nije nađena pogreška. Naravno, mogla bi postojati presumpcija pogreške tijekom trajanja postupka, ali bi se o osnovi za takvu presumpciju trebalo pažljivo promišljati i uvjerljivo je braniti zbog važnosti održavanja roditeljskog kontakta tijekom perioda parnice.

INTERESI KOJE RODITELJSKA PRAVA ŠTITE

Interesi roditelja: Počeo sam s različitim zakonskim očitovanjima u vezi s važnosti roditeljskih prava. Tvrdio sam da određeni uobičajeni postupci za određivanje skrbništva nad malodobnom djecom tijekom trajanja parnice za razvod braka (i možda postupaka za određivanje trajnog skrbništva) u slučajevima razvoda krše poštovanje zakonom propisanog postupka. Neki smatraju da je kršenje zakonom propisanog postupka uvijek stvar od istinske važnosti. Drugi mogu smatrati da je to samo od teoretskog interesa osim ako zakonom zajamčeno pravo štiti neki važan interes i ako kršenje zakonom propisanog postupka rezultira stvarnom štetom. Ja sam uz prvu skupinu i spreman sam se suprotstaviti izazovu koji postavlja druga skupina.

³⁸ Zahvalan sam Vittoriu Hosle zato što mi je ukazao na ovaj mogući tijek argumentacije.

Roditeljska prava štite vitalne ljudske interese i obustava ili dokidanje tih roditeljskih prava koja se gube kad netko izgubi skrbništvo u postupku razvoda braka uzrok je stvarne psihološke i fizičke štete. Dokazi za ovu tvrdnju su uvjerljivi.³⁹ Ipak, važno je podsjetiti se da tradicionalno lišenje skrbništva sadrži lišenje mnogih prava grupiranih u skupni koncept *roditeljskih prava*. Rezultat je da ovom prilikom nije moguće odrediti koje loše posljedice gubitka skrbništva rezultiraju iz lišenja kojeg roditeljskog prava. S povećanjem učestalosti situacija zajedničkog pravnog ali pojedinačnog fizičkog skrbništva, nastaje mogućnost odvajanja pitanja vremena s djecom od pitanja drugih zakonskih prava i odgovornosti. Međutim, upitno je ima li zajedničko pravno skrbništvo veliko značenje u praktičnom vođenju i odgoju djece na dnevnoj osnovi, ako se nekome uskraćuje značajno fizičko skrbništvo nad djecom.⁴⁰ Prava samo pravnog skrbništva često su apstraktna, teško se ostvaruju i od male su praktične važnosti.

Kao praktična stvar, studija učinaka lišenja roditeljskog prava mora se odvijati promatranjem dostupne populacije koja je tradicionalno: ona s opsežnim fizičkim kontaktom i standardna "skupina" roditeljskih prava podvedenih pod izrazom "skrbništvo" te onih s relativno malo (ili bez) fizičkog kontakta i ekstremno ograničenim roditeljskim pravima. Rastuća popularnost zajedničkog fizičkog i pravnog skrbništva (ili "podijeljenog skrbništva") stvorila je novu skupinu populacije za novije i buduće studije usporedbe s prethodne dvije

Radi uspostave konteksta, važno je prepoznati da mentalna i fizička dobrobit očeva (koji su u oko 90% slučajeva "roditelji koji nemaju skrbništvo") puno više ovisi o odnosu sa svojom djecom nego što se obično smatra. "Život muškarca kao oca je centralna, a ne periferna stvar za njegovo zdravlje."⁴¹ Problemi fizičkog zdravlja muškaraca (uključujući umor, nesanicu, probleme s kralješnicom itd.) povećavaju se s brigama o svojoj djeci i njihovim roditeljskim odnosom sa svojom djecom. Njihov je osjećaj samopoštovanja slično pogođen. I, možda iznenađuje, briga za djecu i njihov roditeljski odnos s djecom pokazali su se kao veća prepreka funkcioniranja na poslu muškaraca nego žena.⁴² Očito, muškarci su pokazali manje sposobnosti od žena da "kategoriziraju u izdvojena područja", ostavljajući svoje

³⁹ Vidi, npr., Stewart (1984.) i Greif (1988.).

⁴⁰ Kelly (1991., str. 23) izvještava da "nije nađeno da je zajedničko *pravno* skrbništvo... značajno povezano s povećanjem uključenosti očeva u odlučivanje ili provođenje vremena s djecom, niti utječe na povećanje plaćanja doprinosa za uzdržavanje djece, nakon kontrole prihoda" (kurziv u originalu).

⁴¹ Rivers i Barnett (1993.).

⁴² Deater-Deckard, Scarr, McCartney i Eisenberg (1994.) našli su da očevi izvještavaju o sličnim razinama separacijske tjeskobe kao i majke i nešto višim razinama brige za djecu ostavljenu u predškolskoj ustanovi. Očevi su bili skloni precjenjivati brigu svojih supruga i autori ove studije misle da bi to mogao biti rezultat činjenice da je "društveno prihvatljivije da majke" brinu više od očeva, nego da očevi 'više brinu od majki'. Očevi znaju kako su sami tjeskobni i mogu prilagoditi svoju percepciju brige svojih supruga kao veće od svojih, bez obzira na majčinu "stvarnu razinu tjeskobe" (str. 345).

brige o djeci izvan ureda.⁴³ Temeljem svega ovoga, ne bi trebalo biti iznenađujuće da lišenje muškaraca roditeljskog odnosa sa svojom djecom – lišenje roditeljskih prava zajedništva i skrbi – na njih negativno djeluje. A to je upravo ono na što nailazimo. J. W. Jacobs izvještava da su očevi koji se razvode najviše zabrinuti za nastavak kontakta i odnosa sa svojom djecom.⁴⁴ Dr. Robert Fay, liječnik, izvještava da je tipični "otac [s kojim dijete ne živi] također pogođen osjećajim tuge, gubitka, ljutnje i neuspjeha, doživljava rastući očaj i počinje shvaćati dubinu bezdana (fizičkog i psihičkog) koji sad postoji i širi se između njega i njegove djece".⁴⁵ Debra Umberson i Christine Williams ističu da "razvedeni očevi pokazuju višu stopu ponašanja štetnog za zdravlje nego druge skupine roditelja"⁴⁶ i "pokazuju više stope psihološkog stresa, zloporabe alkohola i mortaliteta."⁴⁷ Zaključuju da je "napetost povezana s roditeljskom ulogom možda jedan od najvažnijih čimbenika koji pridonose stresu razvedenih očeva."⁴⁸ Razmišljajući iz kvalitativnih aspekata njihove studije da je jedan od razloga za to percipirani gubitak kontrole nad djecom povezano sa dodjeljivanje statusa posjetitelja svoje djece, primjećuju da "značajna količina literature navodi da percipirani gubitak osobne kontrole značajno pridonosi psihološkom stresu."⁴⁹

Geoffrey Greif i Mary Pabst zaključuju da:

Očito, mnogi očevi, kao i majke, nevoljko odustaju od skrbništva... i osjećaju se prema tome ambivalentno. Teško im je odvojiti se od svoje djece, iako je to obrazac. Možda trebamo ponovno razmisliti o mnogim normativnim stajalištima koja imamo o muškarcima kao o onima koji pate manje od žena kad su odvojeni od svoje djece. Samo zato što ih njihov status da nemaju skrbništvo stavlja u prilično veliku skupinu s drugim očevima, to ne znači da je to ugodna uloga za mnoge od njih.⁵⁰

⁴³ Postoji puno opsežnih istraživanja koja podupiru zaključak da je muškarčevo zadovoljstvo svojom roditeljskom ulogom ključno za njegovu fizičku i emocionalnu dobrobit. Vidi Barnett, Marshall i Pleck (1992.), Rivers i Barnett (1993.), i Barnett i Marshall (1993.).

⁴⁴ Jacobs (1982.).

⁴⁵ Fay (1989.) str. 415.

⁴⁶ Umberson i Williams (1993.) str. 378-79.

⁴⁷ Isto na 378.

⁴⁸ Isto na 397.

⁴⁹ Isto na 398 (bibliografski podaci ispušten).

⁵⁰ Grief i Pabst (1988.) str. 203. [Fusnota neispravna u originalno objavljenom tekstu.]

Rečeno na pozitivniji način, Joan Kelly izvještava o rezultatima brojnih studija koje pokazuju da "Očevi sa zajedničkim fizičkim skrbništvom sustavno izvještavaju o većem zadovoljstvu nego očevi koji imaju status posjetitelja."* Očeva roditeljska prava – uključujući kao važno, ali ne kao jedino – pravo zajedništva za svojom djecom, štiti vitalni ljudski interes. Uskrata toga prava ima ozbiljan negativni učinak na stvarna ljudska bića.

Do izvjesne mjere, gubici majki koje nemaju skrbništvo vjerojatno su veći, bar u nekom smislu. Kao da se očekuje da će majke dobiti skrbništvo nad djecom osim ako se dokaže da su nepodobne, na majke koje nemaju skrbništvo najčešće se gleda sa sumnjom. Ili je sud našao da su nepodobne ili su, što je možda još gore, dragovoljno prepustile skrbništvo. U svakom slučaju, vjerojatno će biti predmetom neke društvene stigme. Iako je prisilno odvajanje od svoje djece i lišenje stvarnog roditeljskog odnosa s djecom iznimno teško za većinu roditelja bilo kojeg spola, žene koje nemaju skrbništvo češće imaju veće probleme s osjećajem krivnje, s negativnim reakcijama drugih i s financijskim problemima.⁵¹

Šteta učinjena roditeljima lišenim roditeljskih prava izgleda devastirajuća za pojedinca u mnogim slučajevima i zasigurno je široko rasprostranjena. Roditeljska prava služe zaštiti odnosa roditelj/dijete i štiteći ga, štite i važan roditeljski interes. Vrijedno je usput napomenuti, iako to nema ulogu u ovdje prikazanim argumentima, da je ravnopravnija podjela roditeljskih prava i odgovornosti od one koja nastaje prema modelu skrbnik/posjetitelj također čini dobro i mnogima koji bi inače bili jedini roditelj skrbnik.⁵²

Dalje od roditeljskih prava i interesa – interesi djece: Vjerojatno se u umu čitatelja rodila sljedeća briga: puno je rečeno o roditeljskim pravima, o zakonom propisanom postupku i o interesima roditelja, ali iako se pitanje interesa djece pojavilo u raspravi o standardu za uplitanje države, nije se posvetila pažnja pitanju što *jest* interes djece. Po ovom pitanju u literaturi postoji ogroman konsenzus da je, u ogromnoj većini slučajeva, u najboljem interesu djece pri razvodu i raspadu bračne zajednice roditelja da nastave imati istinski odnos roditelj/dijete s oboje roditelja. Iako će se ovom pitanju vratiti i ponuditi potkrijepljenu argumentaciju, ovdje nije mjesto za dokazane argumente za ovaj zaključak. Ako sud ispravno odredi, zasnovano na jasnim i uvjerljivim dokazima (i slijedeći prikladne postupovne mjere zaštite) da je, u nekom posebnom slučaju, za djecu štetno da nastave imati istinski

* Kelly (1991.) str. 24 (bibliografski podaci ispušteni). [Fusnota ispuštena u originalno objavljenom tekstu.]

⁵¹ Greif and Pabst (1988.) str. 205-6.

⁵² Vidi, npr., Susan Steinman (1983.), Maccoby *i sur.* (1988.), Anne Mitchell (1992.) i Karen DeCrow (1994.).

odnos roditelj/dijete s oba roditelja, onda taj nalaz sam po sebi, sukladno doktrini *parens patriae* daje državi temelje za pravo na intervenciju uskraćivanjem roditeljskih prava jednome ili oboje roditelja. Umjesto ignoriranja interesa djece, pretpostavljam da upravo ti interesi mogu nadvladati roditeljska prava. Ali, kako su roditeljska prava temeljna prava, onda se mora donijeti odluka da je za djecu štetno da oboje roditelja zadrži potpuna roditeljska prava – to se mora obavljati na individualnoj osnovi i mora biti zasnovano na jasnim i uvjerljivim dokazima uz odgovarajuće postupovne mjere zaštite. Ako toga nema, nema odgovarajuće osnove za to da država uskrati roditelju njegova ili njezina roditeljska prava (i da istim potezom, djeci uskrati pravo na roditeljski odnos s oboje roditelja).

Moglo bi se tvrditi da su roditelji u spornim razvodima, upravo zbog ove činjenice, suprotstavljene strane. Svakako je razumno uspostaviti presumpciju da je u najboljem interesu djece da ih se od sukoba zaštiti što je više moguće. Dodjeljivanje privremenog skrbništva, naš bi protivnik mogao tvrditi, razumno je – možda čak i potrebno – sredstvo za postizanje ovoga vrijednog cilja. Ja smatram da nije.

Čak i da postoje dokazi (a ne postoje) da su, u većini slučajeva spornih razvoda, roditelji toliko uronjeni u sukob da je u najboljem interesu djece da se jednome roditelju obustave roditeljska prava, to ne bi opravdavalo pravnu presumpciju u korist takve obustave. Zato što su ta roditeljska prava ustavom zajamčena temeljna prava, takva bi državna politika trebala izdržati strogu sudsku analizu. To znači da bi se najmanje trebalo dokazati da nema manje restriktivnog načina zaštite interesa djece. Ali postoje manje restriktivni načini koji imaju za cilj zaštitu djece u konfliktnim razvodima u onim slučajevima gdje bi zadržavanje roditeljskih prava od strane oboje roditelja bilo štetno za djecu. To bi zahtijevalo specifično određivanje, zasnovano na dokazima, da je neka situacija baš takva. Nema sumnje, to bi uključivalo veće troškove nego što je paušalna pretpostavka da se roditeljska prava jednog roditelja moraju obustaviti u konfliktnom razvodu. Međutim, ne može se postaviti pravna presumpcija koja krši temeljna prava samo zato što je to administrativno učinkovitije i jeftinije nego odlučivanje u pojedinačnim slučajevima⁵³, a država ne može prihvatiti zakonsku regulativu koja pojedince lišava prava "bez pozivanja upravo na čimbenik kojeg sama Država smatra temeljem svoje zakonske regulative."⁵⁴

Da je u većini konfliktnih razvoda toliko puno neprijateljstva među strankama da bi za djecu bilo štetno kad bi oboje roditelja zadržalo roditeljska prava, imali bismo razloga očekivati da se većina ročišta o takvim pitanjima odlučuju na isti način. Ne bismo imali, za sad, nikakvih razloga uskratiti roditeljska prava bez

⁵³ Vidi, npr., *Stanley* 405 U.S. 645 (1972.), *Carrington protiv Rash*, 380 U.S. 89 (1965.), *Bell protiv. Burson* 402 U.S. 535 (1971.), *Reed protiv Reed*, 404 U.S. 71, 76 (1971.).

⁵⁴ *Bell*, 402 U.S. 535 (1971.).

nekoj specifičnoj nalazi. Zapravo, ipak, ne bismo trebali očekivati da bi većina ročišta rezultirala lišenjem roditeljskih prava tijekom trajanja parnice. Jasno je *pogrešan* princip da je za djecu u pravilu štetno ako oboje roditelja zadrži roditeljska prava i time i potpun roditeljski odnos s njima. Upravo je obrnuto. Sigurno je da ima dovoljno onih koji se još slažu da je zajedničko skrbništvo takav aranžman "kakav treba izbjegavati, kad je god moguće, kao zlo koje rađa destrukciju discipline, nepovjerenje i mentalni stres u djeteta."⁵⁵ Neki *suvremeni* autori možda se slažu sa suštinom ovoga, ako to i ne čine neumjerenim jezikom. Ali, većina suvremenih istraživača ima drugačije mišljenje.

Joan Kelly citira brojne studije koje pokazuju da "djeca opisuju gubitak kontakta s roditeljem kao primarni *negativni* aspekt razvoda."⁵⁶ "Zajedničko fizičko skrbništvo, čini se, rezultira češćim očuvanjem odnosa otac dijete..." Očevo 'ispadanje'... događalo se značajno češće u pojedinačnom skrbništvu nego u zajedničkom."⁵⁷

Robert Fay, sumirajući rezultate raznih studija, kaže "za stabilnost i mentalno zdravlje djece nakon razvoda roditelja glavna je trajna, bliska, česta i značajna interakcija s *oba* roditelja."⁵⁸ On naglašava da "bi dječje psihološke potrebe za toplim kontaktom s oboje roditelja trebale *odmah*, ne nakon 3 mjeseca, diktirati česte kontakte s tatom upravo sada, bez obzira na majčinu ljutnju, stanje uznemirenosti, osvetoljubivost."⁵⁹ Faye naglasak na potrebi za *održanjem* veza roditelj/dijete s oba roditelja (umjesto prekida tijekom trajanja parnice i nakon toga pokušaja da se ponovno uspostavi kad je parnica završena) posebno je opravdan u svjetlu prije citiranog istraživanja Wallerstein i Kelly i istraživanja Kruka koja pokazuju da je period parnice kritičan za uspostavljanje i konsolidaciju obrazaca zajedničkog vremena roditelja s djecom. Očito, obrasci koje uspostavljamo uz pretpostavku pojedinačnog privremenog skrbništva imaju katastrofalne učinke odvajajući od djece najviše uključene, privržene i utjecajne očeve. Što dijete može zaključiti temeljem toga? Što to mora značiti djetetu kad se dogodi da je roditelj koji je bio iznimno uključen u njegov ili njezin život iznenada nedostupan i više ne sudjeluje u važnim odlukama o njegovu ili njezinu životu?

⁵⁵ McCann protiv McCann, 173 A. 7 (1934.).

⁵⁶ Kelly (1991.) str. 16.

⁵⁷ *Isto* na 25. *Vidi* Andritti (1992., str. 192.): "Otkriće koje je pokazalo da očevi sa zajedničkim skrbništvom imaju više kontakata sa svojom djecom nego roditelji koji nemaju skrbništvo od naročito je interesa. . . . Rezultati multivarijantne analize ukazuju na to da status skrbništva *per se* čini se olakšava uključenost oca. Čak i kad su varijable koje se odnose na kvalitetu odnosa otac-dijete kontrolirane, pokazuje se da su očevi u zajedničkom skrbništvu ipak više uključeni u život svoje djece nakon razvoda."

⁵⁸ Fay (1989.) str. 415 (bibliografski podaci ispušteni).

⁵⁹ *Isto* na 412 (bibliografski podaci ispušteni).

Susan Steinman navodi tri očite dobrobiti koje zajedničko roditeljstvo ima za djecu razvedenih roditelja:

Prvo, dobijaju jasnu poruku da ih oboje roditelja voli i želi. Drugo, imaju osjećaj važnosti u svojoj obitelji i spoznaju da su njihovi roditelji uložili veliki trud da bi zajednički skrbrili o njima. Oba su čimbenika važna za njihovo samopoštovanje. Treće, imaju fizički pristup oboje roditelja i psihološku dozvolu da vole i bivaju s oboje roditelja.⁶⁰

Djeca su svjesna ovih dobrobiti. Kelly izvještava o rezultatima različitih studija kako slijedi:

Općenito su djeca izrazila više razine zadovoljstva sa zajedničkim fizičkim skrbrništvom nego s organizacijom pojedinačnog skrbrništva, navodeći dobrobit ostajanja bliskima s oboje roditelja. Nisu se borila s osjećajem gubitka i uskrate tako karakterističnima za djecu u skrbrništvu jednoga roditelja. Zajedničko skrbrništvo ne stvara nesigurnost ili zbunjenost u većine mladih ni u vezi sa samom organizacijom, ni u vezi s konačnosti razvoda te ne povećava sukob lojalnosti.⁶¹

Vjerujem da smo u sretnoj situaciji u kojoj je zakonito činjenje prave stvari – poštujući prava svih strana na pravnu raspravu – također, u pravilu, i moralno činjenje najbolje stvari. To je obično najbolje kako za roditelje tako i za djecu. Čak i da nema rasprave koja se temelji na pravima, ovo bi predstavljalo odličan argument zasnovan na politici uspostave pravne presumpcije u korist zajedničkog pravnog i fizičkog skrbrništva, kako tijekom parnice, tako i trajno.⁶²

⁶⁰ Steinman (1983.) str. 746-747.

⁶¹ Kelly (1991.) str. 24 (bibliografski podaci ispušteni).

⁶² Drugo zanimljivo razmatranje politike u korist takve pravne pretpostavke tiče se utjecaja postupanja pri kojem se pregovara o pitanjima skrbrništva. Jasna pretpostavka o skrbrništvu čini da su stranke u razvodu manje sklone parnici. Jaka pretpostavka *očevog* skrbrništva, prije ranog perioda ovoga stoljeća, vjerojatno je odvrćala majke koje su željele dobiti skrbrništvo pravnim sredstvima. Jaka pretpostavka, *de jure* ili *de facto*, da će *majka* dobiti skrbrništvo od ranog perioda ovoga stoljeća do danas, odvrćala je očeve od traženja skrbrništva. Novi standard "najboljeg interesa djece" zamjenjuje jasnu pretpostavku i takav je da uključuje izrazito natjecateljski koncept i takav je da ga svaka strana ima razloga vidjeti različito. Ovo izgleda kao recept za poticanje parničenja. S druge strane, pretpostavimo da sudovi parovima koji se razvode kažu: osim ako dokažete da je za djecu štetno da svaka strana zadrži potpuna roditeljska prava, oboje ta prava zadržavate—sad sačinite detaljni plan kako ćete dijeliti roditeljska prava i odgovornosti koje promiču istinski roditeljski odnos između djece i oboje roditelja. Takva pretpostavka određuje pravi smjer pregovora za roditelje koji se razvode.

SAŽETAK I ZAKLJUČAK

Argumentacija koja je ovdje izložena, jednostavna je, ali je snažna. Temeljna ljudska prava, koja priznaje Ustav, ne trebaju, pravno ili moralno, biti obustavljena ni uskraćena bez pravog povoda i zakonom propisanog postupka. Ovo je naročito važno kad ta prava štite važne ljudske interese. Roditeljska su prava temeljna ljudska prava koja priznaje Ustav. Nadaje, ona štite važne ljudske interese i roditelja i djece. Ova se prava u pravilu i sustavno obustavljaju ili uskraćuju u postupcima razvoda braka. Uplitanje države u ova prava tijekom postupka razvoda braka zahtijeva strogo sudsko preispitivanje zato što postupci uključuju izravno i značajno lišenje temeljnih prava i postavljaju pretjerano opterećenje na jednog roditelja (i, vjerujem, često na djecu). Naši postojeći postupci za određivanje skrbništva nad djecom tijekom trajanja parnice za razvod braka propuštaju strogo preispitivanje koje zahtijevaju – ti postupci lišavaju pojedince temeljnih, ustavno priznatih ljudskih prava bez pravog povoda ili zakonom propisanog postupka.

Odanost i poštovanje Ustava i ljudskih prava koja on štiti zahtijeva promjenu naše prakse. Zahtijeva pretpostavku u korist ne samo zajedničkog pravnog skrbništva, već i približno ravnopravne podjele djetetova vremena među roditeljima. Očito je jedno od najvažnijih roditeljskih prava pravo na zajedništvo sa svojom djecom. Oboje roditelja ima na ovo jednaka prava i presumpcija suda trebala bi biti da se ova pogodnost i odgovornost ravnopravno dijele. Nadalje, učinkovito ostvarivanje mnogih drugih roditeljskih prava uključuje razumno fizičko skrbništvo nad djecom.

Svakako se ova pretpostavka može osporavati. Ali se mora osporavati jasnim i uvjerljivim dokazima da postoji neki važni interes države (poput dobrobiti djece) koji je u opasnosti, a ne može se postići nikakvim manje restriktivnim načinima nego što je obustava ili uskrata roditeljskih prava jednoj od strana. Kako se važni državni interes zaštite djece može postići bez *sustavne* politike lišenja jednoga roditelja temeljnih prava tijekom trajanja parnice, ta je praksa neopravdana.

Izvori

- Abraham, Jed H. (1995). Why Men Fight for Their Kids. 17 *Family Advocate* 1, 48-52, 56.
- Andritti, Joyce A. (1992). Differences Between Fathers with Joint Custody and Noncustodial Fathers. 62 *American Journal of Orthopsychiatry* 2, 186-195.
- Atkin, E. and Rubin, E. (1976). *Part-time Father: A Guide for the Divorced Father*. New York: The Vanguard Press, Inc.
- Barnett, Rosalind C., Nancy L. Marshall, and Joseph H. Pleck. (1992). Men's Multiple Roles and Their Relationship to Men's Psychological Distress. 54 *Journal of Marriage and the Family*, 358-67.
- Barnett, Rosalind C. and Nancy L. Marshall. (1993). Men, Family-Role, Job-Role Quality, and Physical Health. 12 *Health Psychology* 1, 48-55.
- Besharov, Douglas J. (1985). 'Doing Something' about Child Abuse: The Need to Narrow the Grounds for State Intervention. 8 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 3, 539-589.
- Black, Henry Campbell. (1979). *Black's Law Dictionary, Fifth Edition*. West Publishing Co. (St. Paul, Minn.).
- Bombria, Lee et al. (1988) *New Hampshire Men and Divorce: Impact of Divorce on Children and Families*. New Castle, NH: Fathers United for Equal Justice of New Hampshire and Coalition Organized for Parental Equality.
- Canacakos, Ellen. (1981). Joint Custody as a Fundamental Right. 23 *Arizona Law Review*, 785-800.
- Deater-Deckard, Kirby, Sandra Scarr, Kathleen McCartney, and Marlene Eisenberg. (1994). Paternal Separation Anxiety: Relationships With Parenting Stress, Child-Rearing Attitudes, and Maternal Anxieties. 5 *Psychological Science* 6, 341-346.
- DeCrow, Karen. (1994). Share and Share Alike. *New York Times*. January 5, 1994.
- Dominic, K.T. and B. Schlesinger. (1980, Spring). Weekend Fathers: Family Shadows. 3 *Journal of Divorce*, 241-247.
- Fay, Robert E. (1989). The Disenfranchised Father. 36 *Adv. Pediatr.*, 407-430.
- Fiore, Josephine. (1982). Constitutional Law: Burden of Proof—Clear and Convincing Evidence Required to Terminate Parental Rights. 22 *Washburn Law Journal*, 140-148. [Note: In the published version, this journal was incorrectly identified as the *Washburn Law Review*. DCH]
- Garrod, David K. Joint Custody as a Constitutional Right. [unpublished manuscript].
- Goldstein, Joseph, Anna Freud, and Albert J. Solnit. (1973). *Beyond the Best Interest of the Child*. New York: The Free Press.
- Greif, Geoffrey L. (1982). Dads Raising Kids. 25 *The Single Parent* 9, 17-25. Parental Rights and Due Process 149

- Greif, Geoffrey L. and Mary S. Pabst. (1988). *Mothers without Custody*. Lexington, MA: Lexington Books.
- Hafen, Bruce C. (1976). Children's Liberation and the New Egalitarianism: Some Reservations About Abandoning Youth to Their 'Rights.' *Brigham Young University Law Review*, 605-658.
- Hershkowitz, Susan B. (1985). Due Process and the Termination of Parental Rights. 14 *Family Law Quarterly*, 245-296.
- Honoré, A. M. (1961). Ownership. in *Oxford Essays in Jurisprudence*, A. G. Guest (ed.) Oxford: Clarendon Press. 107-147.
- Jacobs, J. W. (1982). The Effect of Divorce on Fathers: An Overview of the Literature. 139 *American Journal of Psychiatry*, 1235-1241.
- Kelly, Joan. (January, 1991). Children's Post-Divorce Adjustment: Effects of Conflict, Parent Adjustment, and Custody Arrangements. Presented to *The Association of Family and Conciliation Courts*, California Chapter meeting, Sonoma, CA.
- Keshet, H. F., and Rosenthal, K.M. (1978). Fathering after Marital Separation. 23 *Social Work*, 11-18.
- Kruk, Edward. (1994). The Disengaged Noncustodial Father: Implications for Social Work Practice with the Divorced Family. 39 *Social Work*, 15-25.
- Lamb, Michael E. and Abraham Sagi. (1983). *Fatherhood and Family Policy*. Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum Associates.
- Maccoby, Eleanor E. *et al.* (1988). Custody of Children Following Divorce. in *Impact of Divorce, Single-Parenting and Step-Parenting on Children*. E. Mavis Hetherington & Josephine D. Arastch (eds.) Hillsdale, NJ: Lawrence Earlbaum Associates.
- Mill, John Stuart. (1968). *On Liberty*. In *Selected Writings of John Stuart Mill*, Maurice Cowling (ed.) New York: Mentor Books.
- Mitchell, Anne. (1995). The Maternal Bond. 9 *American Journals of Family Law*, 125-33.
- Palmer, S. (1969). *Parents and Children in Divorce*. Ottawa: National Health and Welfare.
- Rivers, Caryl and Rosalind Barnett. (1993). Fathers Do Best: Why Dedicated Dads are Usually Healthier and Happier. *Washington Post* June 20, 1993: p. C5.
- Robinson, Holly L. (1985) Joint Custody: Constitutional Imperatives. 54 *Cincinnati Law Review*, 27-65.
- Scott, Elizabeth S. and Robert E. Scott. (1995). Parents as Fiduciaries. 81 *Virginia Law Review*, 2401-76.
- Stewart, James Roosevelt. (1984). *The Impact of Custodial Arrangement on Single-Parent Fathers' Adjustment to Divorce*. M.A. Thesis, The Ohio State University.

- Steinman, Susan. (1983). Joint Custody: What We Know, What We Have Yet to Learn, and the Judicial and Legislative Implications. 16 *U.C. Davis Law Review*, 739-748.
- Termination of Parental Rights: The Legal Aspects*. Springfield, IL: Center for Legal Studies, Sangamon State University.
- Umberson, Debra and Christine L. Williams. (1993). Divorced Fathers: Parental Role Strain and Psychological Distress. 14 *Journal of Family Issues* 3), 378-400.
- Venable, Gilbert T. (1966). The *Parens Patriae* Theory and its Effect on the Constitutional Limits of Juvenile Court Powers. 27 *University of Pittsburgh Law Review*, 894-914.
- Victor, Ira and Win Ann Winkler. (1977). *Fathers and Custody*. New York: Hawthorn Books.
- Wald, Michael S. (1976). State Intervention on Behalf of 'Neglected' Children: Standards for Removal of Children from Their Homes, Monitoring the Status of Children in Foster Care, and Termination of Parental Rights. 28 *Stanford Law Review*, 623-706.
- Wallerstein, J. S., and Joan Kelly. (1980). *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce*. New York: Basic Books.
- Wooley, P. (1979). *The Custody Handbook*. New York: Summit Books.