

ПРАВОТО НА СЕМЕЕН ЖИВОТ И НУЖДАТА ОТ ВЪВЕЖДАНЕ НА ОБОРИМА ПРЕЗУМПЦИЯ ЗА СПОДЕЛЕНОТО РОДИТЕЛСТВО

Пламен Борисов*

Въведение

Постоянно увеличаващото се равнище на лична свобода промени драматично семейните отношения през последния половин век в западния свят. Живеем по-дълго и се движим все по-свободно, все по-лесно, все повече и все по-бързо.

Индустриалната революция постепенно разгради патриархалното семейство и го замени с нуклеарно (майка, баща и деца). Съвременната епоха (както и да я наречем) заради увеличената лична свобода вече променя нуклеарното семейство по начин, отговарящ на нуждите на променените обществени отношения.

Съвременното семейно право трябва да намери адекватен отговор на променените нужди на съвременната все по-свободна личност и специално правото на семеен живот между родители и деца.

Българското семейно право в сегашния му вид урежда предимно отношенията на сплотената родителска двойка и децата. Обществената нужда налага да се уреди по адекватен начин функционирането на разделената родителска двойка, защото независимо дали ни харесва или не, налага се да приемем факта, че по голямата част от децата сега и за в бъдеще ще бъдат отглеждани от разделени родители.

Към момента в България няма статистика за броя и положението на децата на разведени или разделени родители. От наличната статистика за броя на ражданията, броя на разводите и броя семейства, състоящи се от родител и дете/деца, може да се стигне до извода, че децата на разведени или разделени родители са не по-малко от 300 000, а може би дори и половината от всички деца в България¹. Председателят на Държавната агенция за закрила на детето (ДАЗД) по време на националната конференция „Насилието и детето на 21 век“ огласи данни за броя на децата, поставени в риск от родителски конфликти –

* Хоноруван преподавател по право на ЕС в програма „Право“, Нов български университет, адвокат, Пернишка адвокатска колегия.

¹ Dnes.bg, 16.10.2017 г., в материала „12% от децата – на гурбетчии, гледат ги по скайп“ авторът цитира изнесени от председателя на Синдиката на българските учители към КНСБ данни, според които 51% от децата в България живеят в непълни семейства, <https://www.dnes.bg/obrazovanie/2017/10/16/12-ot-decata-na-gurbetchii-gledat-gi-po-skaip.356378>

17 000². Това прави положението на децата след развода на родителите им един от значимите социални проблеми, който заслужава особено внимание и грижа. Тези деца са с нарушена семейна среда и са деца в риск по смисъла на Закона за закрила на детето (ЗЗДт, § 1, т. 11 ДР на ЗЗДт). При конфликт между родителите, те остават без грижата на единия от тях, отглеждани са в условията на повишен риск от бедност и крайна бедност³, лишени са от подходящ контрол и постоянен надзор, отпадат от училище⁴, често стават жертва на злоупотреба от страна на отглеждания родител и развиват синдром на родителско отчуждение.

Еволюция на правната уредба в материята

През вековете съдържанието на понятието „упражняване на родителски права“ и това на кого от родителите са били присъждани тези права, се е променяло. Като се започне от абсолютната власт на бащата, преминавайки през доктрината *tender years*⁵ и презумпцията, че майката е по-подходящият родител, докато се стигне до стандарта за „най-добрите интереси на детето“ (член 3 от Конвенцията за правата на детето).

Във времената, когато се е наложил моделът за осъществяване на лични отношения (в рамките на два уикенда и част от ваканцията), обичайно бащата е бил този, който е работел и е носил доход в семейството, а майката се е грижила за децата. През XIX век по света, а и в България, често работният ден е превишавал 10 – 11 часа при шестдневна работна седмица. В България шестдневната работна седмица е отменена чак през 70-те години на XX век, а шестдневната учебна седмица за децата се запазва и до 90-те години. Затова, ако изобщо се е стигало до раздяла на родителите, този несполучлив режим се е прилагал въпреки всичките си недостатъци. Като правило отглежданият родител е била майката, а бащата е получавал – режим⁶ на свиждания, който довежда до явлението

² „24 часа.bg“, 23.11.2017 (<https://www.24chasa.bg/region/article/6568719>)

³ Оценките на бедността в зависимост от типа на домакинството показват, че най-висок е относителният дял на бедните сред едночленните домакинства с лице на възраст над 65 години, самотните родители с деца, както и домакинствата с три и повече деца. НСИ „Индикатори за бедност и социално включване през 2016 г.“ (www.nsi.bg)

⁴ „При децата с разведени или разделени родители, както и при децата от непълни семейства съществува риск от отпадане от образователната система“, Изследване, проведено от Витоша Рисърч през 2006 г. [с. 37], (www.vitosharesearch.com/fileSrc.php?id=2121).

⁵ Доктрината *Tender years* е теория в семейното право, възникнала през 19 век в Англия, по време на индустриалната революция, според която майката е по-подходящият родител да отглежда малки деца (до 4 години). Въз основа на тази теория при развод съдът по презумпция присъжда родителските права на майката.

⁶ Липсва достоверна статистика за това в колко случаи майката е била предпочетена като отглеждащ родител. Изводи за приблизителния брой могат да се направят от косвени данни: статистиката на НСИ за

„неделен татко“ или „неделна майка“.

В наши дни начинът на живот на хората е коренно променен. Разликата в равнището на заетост между мъжете и жените постоянно намалява, както и разликата в заплащането на труда⁷. Безспорен и известен факт е, че в индустриалните държави в някои сектори на икономиката жените вече са доминиращата работна сила⁸, а бащите все по-често вършат всичко, което някога е било запазена територия за майките, освен износването и раждането на детето⁹.

Съгласно изследване на Европейския съд по правата на човека (ЕСПЧ), цитирано по делото Буш срещу Швейцария, жалба № 9929/12, Решение от 27 май 2014¹⁰, направено сред законодателствата на 30 държави членки на Съвета на Европа – във всички тях е предвидена възможност за споделено родителство, в случай че двамата разделени родители го поискат или съдът реши да го наложи. В 16 от тези страни съдилищата предпочитат споделеното родителство, в случай че двамата родители го поискат.

На 2.10.2015 г. Парламентарната асамблея на Съвета на Европа прие Резолюция № 2079 (2015) „За равенството, споделената родителска отговорност и ролята на бащите“, в която призовава всички страни членки, които още не са въвели напълно принципите на споделеното родителство, да го направят в най-кратък срок¹¹.

Постепенно обществата са стигнали до извода, че децата са не обекти, а субекти на

броя самотни майки и бащи (приблизително 80% към 20%), Доклад на омбудсмана за 2012 г., в който се посочва, че 80% от жалбите за нарушаване на право на лични отношения с дете са подадени от бащи.

⁷ Статистически данни за заетостта, Eurostat/statistics-explained (<http://ec.europa.eu>).

⁸ Списание „Economist“ 2–8 януари 2010 г. „What happens when the women are over half the workforce. The rich world’s quiet revolution: women are gradually taking over the workplace“ <https://www.economist.com/node/15174489>

⁹ Eurostat, EU-SILC Share of children cared for by formal arrangements.

¹⁰ Case of Buchs v. Switzerland (Application no. 9929/12) „22. The Court has examined the national laws of a selection of twenty-nine Member States of the Council of Europe other than Switzerland. It appears that all twenty-nine Member States provide for shared parental authority by divorced parents if they have submitted a joint request or if the domestic courts have so decided“.

¹¹ Equality and shared parental responsibility: the role of fathers <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=22220&lang=en>

5. В светлината на тези съображения Асамблеята призовава държавите членки:

[...]

5.3. – да гарантират, че родителите имат еднакви права по отношение на техните деца съгласно техните закони и

административна практика, която гарантира на всеки родител правото да бъде информиран и да има право на глас във важните решения, засягащи живота и развитието на детето, в неговия най-добър интерес;

[...]

5.5. да въведат в своите закони принципа на споделено местоживееие след раздяла на родителите, ограничавайки всяко изключение до случаите на насилие или negliжиране, или домашно насилие, като времето, през което детето живее с всеки от родителите се коригира според нуждите и интересите на детето.

правото и фокусът се е изместил от правата на родителите към правата на децата. Обстоятелствата, определящи интересите на детето, също са се променяли. За първи път у нас те са примерно изброени в Постановление № 1 от 12.XI.1974 г. по гр. д. № 3/74 г., Пленум на ВС (Възпитателски качества на родителите; Морален лик на родителите; Грижи и отношение на родителите към децата; Желанието на родителите; Привързаност на децата към родителите; Полът на децата; Възраст на децата; Помощта на трети лица; Социално обкръжение; Жилищно-битови и други материални условия на живот; Вината за дълбоко разстройство на брака). Тези критерии са преповторени в голяма степен чл. 59, ал. 4 от Семейния кодекс (СК, 2009 г.) и са фокусирани предимно върху фактите от миналия живот на семейството. Критериите би трябвало да служат за определяне на по-подходящия родител, на когото съдът да възложи упражняването на родителските права, преценявайки всички обстоятелства в съвкупност от гледна точка интересите на детето, без оглед на пола на родителя. Но в два от критериите (пол и възраст на детето) продължава да присъства житейската презумпция, че майката е по-подходящия родител, поради което презумпцията, че майката е по-подходящия родител, продължава да се прилага и досега.

Както се вижда от този висш тълкувателен акт, и законодателят и правоприложителят разглеждат като „обективна“ необходимост детето да остане грижа само на единия от родителите и имплицитно, дори не намира необходимост да разглежда хипотезата за споделяне на родителската отговорност по друг начин освен с плащането на издръжка.

Въпреки това Постановлението от 1974 г. поне на книга признава, че двамата родители продължават да са титуляри на родителските права, което поставя въпросът за правното съдържание на понятието „възлагане на упражняването на родителските права“.

Голям проблем е, че не става ясно, какви решения по отношение на детето родителят може да взема самостоятелно и как това се повлиява от присъждането на упражняването на родителските права на единия родител.

Съдържанието на правата и задълженията е очертано по най-общ начин в разпоредбата на чл. 125, ал. 1 СК, а определение какво включва понятието „упражняване на родителските права“ е дадено в ППВС № 1 от 1974 г. – „Под упражнение на родителските права се разбира тяхното ежедневно осъществяване, както и действията по закрилата, защитата и представителството на децата“. Също там се посочва и, че: „По

смисъла на закона представя се само упражняването на правата, защото задълженията на родителя, комуто не се предоставя упражнението на родителските права, се запазват и при развод“.

Следователно може да се направи извод, че правата на родителите са не само правна възможност, чиято реализация зависи от волята на титуляря им, а едновременно са задължение тези права да бъдат упражнявани и то с нормативно предписаното им съдържание, само в интерес на детето.

Какви решения родителят, комуто е възложено от съда упражняването на родителските права, може да взима самостоятелно?

Този въпрос няма ясен отговор, нито в теорията, нито в практиката. Според теорията „Родителят на когото не е поверено детето, не е лишен от родителски права, нито освободен от родителски задължения. А предпочетеният родител не става изключителен притежател на същите“¹².

В чл. 85 от Закона за лицата и семейството е бил заложен принципът, че родителските права и задължения се упражняват от двамата родители само „през траенето на брака“. Този принцип не е възпроизведен в следващото семейно законодателство. В СК от 1968 г. и 1985 г. съответният текст гласи: „Родителските права и задължения се упражняват от двамата родители заедно и поотделно“. Съгласно чл. 123, ал. 1 СК 2009 г., родителските права и задължения се упражняват от двамата родители заедно и поотделно по общо съгласие и в интерес на детето. **Обективното българско право предвижда родителски права и задължения, които двамата родители са длъжни да упражняват само съвместно**, и това не се повлиява от развода или раздялата на родителите, като законът презумира, че такъв е интересът на детето. В тази група попадат някои от най-важните решения за детето като: издаване на паспорт на дете според чл. 23 на Правилника за издаване на българските лични документи, промяна на името на дете по Закона за гражданската регистрация, съгласие за осиновяване, пътуване на дете в чужбина и най-важното – местоживеенето на детето.

От това може да се направи **изводът**, че законодателят, макар и непоследователно и докрай, с годините все повече възприема принципа, че най-важните решения за детето трябва да бъдат вземани съвместно от двамата родители независимо от развода или

¹² Ненова, Л. Семейно право на Република България. С: Софи-Р, 1994 г., стр. 405.

раздялата.

С времето както в чужбина, така и у нас все повече родители започват доброволно да експериментират различни форми на споделено родителство. Този авангарден начин на функциониране на разделената родителска двойка бавно и сигурно се практикува все повече, защото удовлетворява две (на пръв поглед) несъвместими човешки потребности: потребността от повече лична свобода и потребността да си присъстващ родител в живота на детето си. Споделеното родителство няма алтернатива, защото дава елегантно решение на изключително важен проблем, обявен за невъзможен за решаване от доктрината *tender years*.

Досегашната уредба дава шанс за присъствие в живота на детето само на един от родителите, а другият се превръща в номинален наблюдател. Това кара родителите да водят война един срещу друг, защото победител може да е само един от тях.

Споделеното родителство дава шанс и на тримата участници: детето печели, защото има двама присъстващи в живота си родители, а родителите печелят освен истинско присъствие в живота на детето си, също така и време за личностно развитие.

Споделеното родителство има и противници, но това не е предмет на разглеждане в настоящото изследване.

Пред нарастващата маса на противоречива съдебна практика Върховният касационен съд (ВКС) направи несполучлив опит да въведе порядък с Тълкувателно решение № 1 от 3.7.2017 г. по т. д. №1/2016 г. по описа на Общото събрание на гражданска колегия (ОСГК). По мое мнение този опит е крайно неуспешен и се налага намесата на законодателя.

Вместо да направи задълбочено телеологическо тълкуване на съществуващите правни норми и да отговори на обществените потребности, ВКС зае една средна позиция, като предпочете едно консервативно и незащитимо граматическо тълкуване на чл. 59, ал. 2 и чл. 127 ал. 2 от СК.

Чл. 59, ал. 2 СК

„Ако не се постигне споразумение по ал. 1, съдът служебно постановява **при кого от** (потъмняването мое) родителите да живеят децата, на кого от тях се предоставя упражняването на родителските права, определя мерките относно упражняването на тези права, както и режима на личните отношения между децата и родителите и издръжката на децата“.

Чл. 127, ал. 2 СК

„Ако родителите не постигнат споразумение по ал. 1, спорът се решава от районния съд по настоящия адрес на детето, който се произнася относно местоживеенето на детето, упражняването на родителските права, личните отношения с детето и издръжката му съгласно чл. 59, 142, 143 и 144. Решението може да се обжалва по общия ред“.

При съпоставката на двата идентични текста от СК може да се направи обоснован извод, че употребата на израза „при кого от“ в единия от тях е чиста случайност и не съдържа императив, че непременно детето трябва да живее при единия от родителите си. Ако сравним текста на ал. 1 на чл. 127 от новия СК със съответния текст от предишния СК от 1985 (чл. 71, ал. 2), става видно, че в новия текст думите „при кого от“, присъстващи в стария кодекс, вече отсъстват и тази липса не изглежда случайна. Тя е израз на приоритета, който новият СК отдава на споразумението между родителите.

От формулата „при кого от“ на чл. 59, ал. 2 СК не следва задължителен извод за алтернативност на избора на единия от родителите при липса на споразумение между тях.

Както се вижда при почти същата по съдържание норма на чл. 127, ал. 2 от СК няма и намек за такава алтернативност.

Според мен висшата съдебна инстанция пропусна чудесен шанс да реши задоволително обществената потребност от споделено родителство и предпочете да остави това чувствително досие на законодателя.

Все пак ВКС даде зелена светлина на споделеното родителство при споразумение между родителите, с което записа голямо вътрешно противоречие в собственото си тълкувателно решение. Не мога да се съглася, че, ако родителите се споразумеят по въпросите за отглеждането и възпитанието на децата, съдът трябва да приеме споделеното родителство, а ако родителите не успеят да се споразумеят – съдът трябва да избере един от тях, на когото да възложи упражняването на родителските права без да му се налага да прави преценка дали това е в най-добър интерес на детето.

Всъщност ВКС принципно приема правната възможност за споделено носене на родителските отговорности, като прави уточнението, че това може да стане само при съгласие между двамата родители.

Поставянето на условие за съгласие между спорещите родители лишава от практическа стойност правото на детето на семеен живот с всеки един от двамата му родители. Писаният закон трябва да защитава правдата. Детето и родителите му се нуждаят от добро правосъдие при наличието на правен спор. Противоправно е липсата

на разбирателство между родителите да легитимира отказ от правосъдие. Това дава неограничено поле за злоупотреби и недоброе съвестно поведение. ЕСПЧ във всяко свое решение, в което разглежда правото на семеен живот между родител и дете отбелязва, че **възможността на родител и дете да се радват на взаимната си компания е основен елемент от семейния живот и е защитен по силата на член 8 от ЕКПЧ**¹³. Изборът на един родител, при когото детето да живее постоянно, намалява драстично възможността на детето и на другия родител да се радват на взаимната си компания и затова накърнява сериозно правото им на семеен живот.

Възприетата от ВКС теза, че споделено родителство е възможно само при съгласие на двамата родители, защото граматическото тълкуване на някаква разпоредба от вътрешното ни законодателство не позволявала това, не може да бъде подкрепена. Телеологическото тълкуване задължава съдилищата да съобразяват решенията си първостепенно с най-добрите интереси на детето. Не бива да се оставя най-добрите интереси на детето да пострадат, само защото двамата родители не постигат съгласие. Работата на съда е да въздаде правосъдие, а не да се съобразява с факта, че двама възрастни хора се карат. Съдът трябва да провери дали е в най-добър интерес на детето да разпoredи споделено родителство независимо от волята на родителите. Така трябва да бъде, ако наистина най-добрият интерес на детето е първостепенно съображение, а не хлъзгава формула за удобно тълкуване.

Затова смятам, че споделеното родителство е най-доброто решение на първо място за детето и след това – и за неговите родители. Не мога да се съглася с тезата, че изборът на един отглеждащ родител слага край на конфликта – тъкмо напротив. Вместо мир – такова едно решение предполага продължаване на семейните битки чак до навършването на пълнолетие на детето. Затова тъкмо споделеното родителство ликвидира конфликтната среда.

Илюстративен пример и доказателство за факта, че споделеното родителство потушава родителските конфликти, е Швеция, където то е въведено с оборима законова презумпция преди повече от 20 години. Ето го и резултатът: повече от $\frac{3}{4}$ от шведските деца живеят в сплотени нуклеарни семейства – т. е. родителите им не се разделят. От останалата една четвърт половината разделени родители практикуват споделено

¹³ Вж. *Monory v. Romania and Hungary, Iosub Caras v. Romania, W. v. the United Kingdom*, стр. 27, § 59; *McMichael v. the United Kingdom*, 24 февруари 1995 г., § 86, Серия А, *Hoffmann v. Austria*, решение от 23 юни 1993 г., Серия А, 29; *Palau-Martinez v. France*, 4927/01, § 30, ЕСПЧ 2003-ХІІ.

родителство. Изводът е, че със самото си съществуване презумпцията за споделено родителство предотвратява родителските конфликти. Родителите знаят предварително, че ако се разделят, ще се разделят и с половината от времето си с детето. Това ги мотивира да преодоляват противоречията си с компромиси¹⁴.

Специално изследване по поръчка на шведското правителство през 2016 г. показва, че децата, отглеждани при режим на споделено родителство, не се оплакват повече от психологически проблеми, отколкото техни връстници, отглеждани от нуклеарни семейства. Обаче децата, отглеждани в монопарентални (само от един родител) семейства, са първенци по оплаквания от психологически проблеми¹⁵.

Всъщност споделеното родителство и сега е норма в българското законодателство. Никъде законът не указва колко време трябва да прекарва детето при всеки от разделените си родители, нито пък по някакъв начин ограничава юридически родителската отговорност на единия или другия от родителите. ВКС обаче не пожела да се възползва от тази свобода да преценява и върна въпроса за решаване на законодателя.

Правната теория и практиката сякаш упорито отказват да разглеждат въпроса за юридическото значение на израза „използван на няколко места в Семейния кодекс и включително в чл. 59, ал. 2: **„предоставя упражняването на родителските права, определя мерките относно упражняването на тези права“**“. Без да се впускам в задълбочен научен анализ на значението на „предоставянето на упражняването на родителските права“, достатъчно е да се отговори на един единствен и най-важен от всички въпроси: **Означават ли предоставянето на упражняването на родителски права на единия от родителите отнемане на същите права от другия?** Отговор на този въпрос се опитва да даде ВКС в Тълкувателно решение 3 от 10.7.2017 г по т. д. № 3/2015 г. на Общото събрание на гражданска и търговска колегии „Със съдебното решение, с което правото на упражняване на родителските права се предоставя на единия родител, другият **не се лишава от тези права. Той остава техен титуляр, но не може да ги упражнява в пълен обем**“ (потъмняването мое).

¹⁴Shared parenting in Sweden and elsewhere – are kids different?
<https://sharedparenting.wordpress.com/2016/03/23/57-2/>

¹⁵ Multiple regression modelling showed that children in joint physical custody did not report higher levels of psychological complaints than those in nuclear families, while children in sole parental care reported elevated levels of complaints compared with those in joint physical custody. Adding socioeconomic variables and parental ill-health only marginally attenuated the coefficients for the living arrangement groups. Low parental education and parental worry/anxiety were however associated with higher levels of psychological complaints.
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/26553250>

Не е нужно човек да има юридическо образование, за да стигне до извода, че като не можеш да упражняваш едно право в пълен обем – това право или не съществува или практически ти е отнето. Тъй като става въпрос за акт на съда, с който се предоставя упражняване на право, и това предоставяне има за последица отнемане на някакъв обем от това право от другия титуляр (родител), не съществува тълкувателен способ, с помощта на който да се стигне до друг извод, освен че възлагането на родителски права на единия родител води до загубата им от другия.

Този резултат – отнемането на родителски права – обаче е явно противозаконен.

Семейният кодекс е отделил специална уредба на ограничаването и на лишаването на родител от родителските му права (чл. 131 и чл. 132 от СК). Докато не се проведе такова специално производство, всеки от родителите е титуляр на родителските права в пълен обем и никакво възлагане (каквото и да означава възлагане) на такива права само на единия от родителите не може да има за правна последица лишаването от права на другия родител.

ЕСПЧ в постоянната си практика отстоява принципа, че защитените от ЕКПЧ права, каквото е и правото на семеен живот, трябва да бъдат тълкувани и прилагани по начин, който прави тези права практични и ефективни, а не теоретични и илюзорни¹⁶.

Всякакви словесни еквилибристики за повече или по-малко пълен обем от родителски права са неуместни и противоправни.

Далеч по ясен е ВКС в Тълкувателно решение № 1/2016 г. на ОСГК в един единствен пасаж от това решение: „[...] под упражняване на родителските права съдът има предвид

¹⁶ Цветелин Петков срещу България: „31. Освен това Конвенцията има за цел да гарантира права, които не са теоретични или илюзорни, а такива, които са практични и ефективни (вж. *Multiplex* срещу Хърватия, № 58112/00, § 44, 10 юли 2003 г.). Например, в контекста на гаранциите за справедлив процес е установено, че принципът на равнопоставеност на страните – в смисъл на „справедлив баланс“ между страните – изисква на всяка страна да бъде предоставена достатъчна възможност да представи своето възражение при условия, които не я поставят в значително неблагоприятно положение спрямо опонента си (вж., наред с други органи, *Dombo Beheer B.V.* срещу Холандия, 27 октомври 1993 г., § 33, серия А, № 274). Този принцип ще бъде лишен от съдържание, ако една от страните по делото не е била уведомена за гледането по такъв начин, че да има възможност да присъства, в случай, че страната реши да упражни правото си да се яви, установено в националното законодателство (вж. *Загородников* срещу Русия, № 66941/01, § 30, 7 юни 2007 г.). Това е така, особено когато съдебните органи трябва да определят фактическите въпроси и в случаите, когато искът на жалбоподателя е, по своята същност, до голяма степен основан на личния му опит (вж. *Саломонсон* срещу Швеция, № 38978/97, § 39, 12 ноември 2002 г.; *Ковалев* срещу Русия, № 78145/01, § 37, 10 май 2007 г.). В допълнение, в контекста на оплаквания, разгледани в съответствие с чл. 8 от Конвенцията, Съдът е постановил, че същият трябва да се увери, че процесът на вземане на решения, водещи до приемането на разглежданите мерки от страна на националните съдилища, е справедлив и позволява на заинтересованите лица да представят своя случай в неговата пълнота, и че интересите на детето са били защитени (вж. *X* срещу Латвия [GC], № 27853/09, § 102, ЕСПЧ 2013; *A. Л.* срещу Полша, № 28609/08, § 72, 18 февруари 2014 г.).“

„тяхното ежедневно осъществяване, както и действията по закрилата, защитата и представителството на децата“.

Явно незаконосъобразни са мотивите в същото тълкувателно решение, че при липса на съгласие между родителите „законът сочи, че следва да **бъде предпочетен един от родителите**, при когото детето да живее, и той да е **носител** на родителските права. [...] **задължавайки и най-вече вменявайки отговорност на „по-добрия“** (с оглед интересите на детето) родител да се грижи за тяхното непосредствено отглеждане и възпитание, до постигането на общо съгласие относно упражняването на родителските права“ (потъмняването мое).

Не мога да се съглася, че въвличането на родителите в едно такова състезание кой е „по-добрият“ родител отговаря на интересите на детето. Тъкмо това безумно състезание е причината за най-големите страдания на децата на родители в конфликт, защото е първопричината за този конфликт. Децата на враждуващи родители имат нужда от добро правосъдие, а не от живот при „по-добрия“ си родител, спечелил най-безумното състезание на света, в което, за да останеш близо до детето си, трябва да докажеш, че другият е по-лош. ВКС опровергава сам себе си по въпроса „кой е носител на родителските права?“ със същото тълкувателно решение, с което признава, че за пътуване на дете в чужбина е необходимо съгласието на двамата родители и правомощията на съда да замести това съгласие са силно ограничени в пространството и времето.

Уредбата на пътуването на детето в чужбина е най-яркото доказателство за споделено упражняване на родителските права: за да напусне едно дете страната, е необходимо формално изразено съгласие на двамата родители или решение на съда, заместващо липсващото родителско съгласие. Това право на всеки от родителите е ефективно, защото държавата е взела адекватни мерки за спазването му. Гранична полиция проверява дали има съгласие на родителите при всяко напускане на страната. Хубаво е законодателят да въведе ефективен контрол за спазването и на другите важни родителски решения, като избора на местоживееене на детето, избор на име, избор на религия, избор на училище, важни медицински интервенции и др.

Няма никаква причина, след като споделеното родителство е възможно със споразумение между родителите, да не е възможно такова и при липса на споразумение, защото няма причина децата на враждуващи родители да бъдат дискриминирани спрямо връстниците си, чиито родители съумяват да постигнат съгласие.

Тълкуването на ВКС подхранва и една друга дискриминация по признак „пол“, за

която всички знаят, че съществува, но всички старателно избягват да коментират: известен факт е, че делата за родителски права, независимо от доказателствата по делото, почти винаги се възлагат от съдилищата на майките. Тази дискриминация е вредна за всички и със сигурност за майката, която почти винаги печели родителските права. Всъщност това, което със сигурност печели майката, е 100% от родителската тежест, 24 часа в денонощието и 7 дни в седмицата постоянна грижа за детето. Радващ е фактът, че вече има феминистки движения, които се борят за споделено родителство, защото са убедени, че то е по добро и за майките¹⁷.

Въпреки че на теория и двамата родители остават титуляри на родителските права, на практика за този, на когото не е присъдено упражняването, остават само задълженията и получава едни теоретични и илюзорни права. Да не говорим, че често е лишен от възможността дори да изпълнява задълженията си, предвидени в Конституцията и СК: „да се грижи за физическото, умственото, нравственото и социалното развитие на детето, за неговото образование и за неговите лични и имуществени интереси, да го отглежда, да формира възгледите му и да осигурява образованието му“.

По тази причина, ако и двамата родители желаят да останат в живота на детето си и не могат да се споразумеят за това, те са принудени да воюват за родителските права. Тази война влошава често и без това лошите им отношения, като има отрицателно въздействие преди всичко върху децата. Множество изследвания по света доказват, че най-травмиращ за децата е конфликтът между родителите, съответно намаляването на конфликта се отразява положително на благосъстоянието на децата след развода.

Мерки за подобряване на правната уредба

Намаляването на конфликтите между родителите би могло да стане чрез въвеждане на система от мерки, които предлагам да бъдат обсъдени и приети от законодателя, както следва.

– Въвеждане като основополагащ критерий за висок родителски капацитет – кооперативността на родителя да гарантира на детето си редовни преки контакти (по всички комуникационни начини) с другия родител и с членовете на разширеното семейство. В ТР 1/2016 г. ВКС посочва, че намесата на съда има единствената цел да бъде дадена защита на интересите на ненавършилите пълнолетие деца, засегнати от

¹⁷ Leading Women for Shared Parenting is an organization whose supporters recognize Children Need Both Parents. <http://lw4sp.org/>

родителския спор. Едва ли може да има спор, че с оглед интересите на детето този от родителите, който може да надмогне личното си отношение към другия и да постави детето и нуждите му на първо място, е по-добрият родител.

– Въвеждане на оборима презумпция за физическо споделено родителство (т. е. при липса на споразумение между родителите съдът е длъжен да определи местоживеенето на детето при всеки един от двамата родители, на равни периоди от време, освен ако много важни причини не позволяват това). Присъждайки този режим, за съда отпада необходимостта да прави избор между родителите. Няма губеща и спечелила страна. Печелят всички, най-вече децата, които могат да получат в равна степен любовта и грижата и на двамата си родители и не стават свидетели на родителската война. Държавата по-този начин дава ясен знак и стимул за споразумяване на спорещите родители, защото ако не постигнат споразумение помежду си, това е нормата, която съдът ще приложи, за да гарантира правата на всички и преди всичко на детето. Всички усложнения пред практикуването на споделено родителство са преодолими. Най-често сочените са: ранна детска възраст, голяма географска отдалеченост на жилищата на разделените родители и високата степен на родителския конфликт. Заради особените и маргинални случаи обаче, не трябва да се прави генерален извод за абсолютна невъзможност и неприложимост на споделеното родителство. То винаги ще бъде съобразено с особеностите на конкретния случай, но никога не бива да бъде жертвано правото на семеен живот нито на детето, нито на майката, нито на бащата.

– Въвеждане на задължително обучение на всички родители, участващи в развод, спор за родителски права или за режим на лични отношения относно последиците от развода за децата и за самите тях. Голяма част от родителите, улигани в спора помежду си, забравят или въобще не си дават сметка за последиците, които ще има поведението им върху децата. Други имат нереалистични представи за изхода от спора. Много хора и досега са убедени, че детето е нещо като собственост на майката и това ѝ право е записано в закона. Подобно обучение би могло да става чрез създаване на подходящи социални услуги, мрежа от доставчици и насочване на страните от съда към ползването ѝ.

– Въвеждане на времеви минимум за режим на лични отношения. Психолозите са установили, че за поддържане на нормална връзка с детето е необходимо времето, прекарано с родителя, да не бъде по-малко от 35% на годишна база¹⁸. По-новите

¹⁸ Warshak R A.: After divorce, shared parenting is best for children's health and development. Statnews, 26.5.2017.

изследвания отхвърлят старите схващания, че качеството на връзката дете–родител е по-важно от количеството време заедно с детето. Те доказват, че има пряка зависимост между количеството време и качеството на връзката¹⁹.

– Разделяне на решенията за детето на важни решения (местоживеене, лечение, образование и др.) и на ежедневни решения. Провеждане докрай на принципа, че важните решения винаги се взимат по общо съгласие, освен ако правата на единия родител не са ограничени или е лишен от родителски права.

– Насочване на страните към споразумение, в това число и чрез алтернативни методи за решаване на спорове, като медиация. Решаването на спора чрез споразумение прави много по-малко вероятно повторното връщане на страните в съда. Освен това хората са много по-склонни доброволно да изпълняват нещо, за което сами са се договорили.

– Промяна на терминологията, използвана в СК. Сегашната терминология е остатък от минали времена и дава грешни послания на родителите. Терминът „родителски права“ създава усещането за собственост и права върху детето. Много по-подходящо е този термин да бъде заменен с вече широко използвания в Европа – „родителски отговорности“.

Едва ли е случайно, че в много от развитите страни по света и в Европа е въведено или се въвежда споделеното родителство като основен модел. В Европа – по данни на федерация „Колибри“ – в 23 страни е въведено споделеното родителство. От тях в 8 при споразумение между родителите, в 15 по решение на съда, въпреки възражението на единия родител и в 2 – оборима презумпция за споделено родителство.

Очаквани положителни резултати от въвеждането на посочените мерки

1. Подобряване на адаптацията на децата след развода

Редица проучвания²⁰ сочат, че децата се приспособяват много по-успешно в

¹⁹ William V. Fabricius, Sanford L. Braver, Priscila Diaz & Clorinda E. Velez, Custody and Parenting Time: Links to Family Relationships and Well-Being After Divorce, in *The Role of the Father in Child Development* 2011. p 231 („In the typical family, more parenting time than the traditional alternating weekend visitation is required to achieve the well-recognized benefits of two involved parents, each with a close relationship to the child. An emerging consensus is that a minimum of one-third time is necessary to achieve this criterion and that benefits continue to accrue as parenting time reaches equal (50-50) time.”).

²⁰ Wallerstein J S, & Kelly J B. *Surviving The Breakup: How Children and Parents Cope With Divorce*. Basic Books, New York (1980); Lund M. *Research On Divorce and Children*. 14 *Family Law* (1984) pp 198–201; Mitchell A. *Children In The Middle: Living Through Divorce*. Tavistok Publications, London & New York (1985); Kelly J B. *Longer-Term Adjustment In Children of Divorce: Converging Findings and Implications For Practice*. 2 *Journal of Family Psychology* (1988a) pp 119–140; Warshak R A. *Father Custody and Child Development: A*

непосредствения период след развода, когато поддържат силна положителна връзка и с двамата си родители. Ясно е, че по-силна връзка и с двамата родители е много вероятно да има при споделено родителство, когато нито един от родителите няма възможност да преустанови контактите между детето и другия родител. В този смисъл присъждането на правата на единия родител, нарушава правата на детето – да познава и обича и двамата си родители в ежедневието, както и правата на неотглеждащите родители и на бабите и дядовците.

2. По-голямо участие на бащите в отглеждането на децата

Споделеното родителство позволява на децата и бащите да запазят нормална връзка. При сегашния модел предимно майката е отглеждащ родител и връзката между децата и бащата става непълноценна. Всеизвестно е, че и двата пола имат своя роля във възпитанието на децата и не са напълно взаимозаменяеми. Децата, и момчетата и момичетата, имат нужда от бащиния модел за правилното си възпитание.

3. Препимущества за майките

Възлагането на основната грижа за децата оцетява и дискриминира майките. Те са лишени от свободно време, от възможности за кариерно развитие, обречени са на риск от бедност и крайна бедност. Това се отразява негативно на емоционалното и психическото им състояние, а оттам – и на благосъстоянието на децата. Включването на бащата по-пълноценно в грижите за децата осигурява на майките повече свободно време и възможности.

4. Намалване на повторните дела между родителите

Намалването на конфликтността води до по-малко повторни дела. Това ще се отрази благоприятно както на родителите, които ще харчат по-малко време и пари за нови дела, така и косвено на децата, а и на съдебната система. Изследване в Калифорния²¹ показва, че партньори, които упражняват споделено родителство, се съдят повторно в 16% от случаите, докато в случаите на един отглеждащ родител – в 32% от случаите.

Review and Analysis of Psychological Research. 4 Behavioural Science and the Law (1986) pp 185–202; Warshak R A. The Custody Revolution: The Father Factor and The Motherhood Mystique. Simon & Schuster, New York (1992).

²¹ Ifeld F, Ifeld H, & Alexander J. Does Joint Custody Work? A First Look At Outcome Data of Relitigation. 138 American Journal of Psychiatry (1982) pp 62–68.

5. Подобряване на изплащането на издръжката за деца

При споделено родителство хората са по-склонни за изпълняват доброволно задълженията си за издръжка. Изследвания, сравняващи честотата на плащане на издръжка от неотглеждащ родител и от родител в споделено родителство, показват, че вторите изпълняват задълженията си към децата много по-добре²².

6. По-малко разводи

Няколко изследвания, проведени в САЩ, показват връзка между споделеното родителство и намаляването на разводите²³. Резултатите показват, че в щатите, където процентът на родителите, носещи споделена отговорност за децата след раздялата, е над 30%, се наблюдава понижение на разводите, при сравнение с другите щати.

7. Равенство на половете

Сегашното положение възлага на майката стереотипната роля на домакиня и родител, който трябва да полага основната грижа за децата, а на бащата – ролята на финансов донор. Ако жената не приеме наложената ѝ роля, тя бива считана за лоша майка и непълноценна жена. По същия начин на самотния баща се гледа със съжаление. Това противоречи на съвременните разбирания за равенство на половете и на анти-дискриминационното законодателство.

8. Съответствие с относимото международно законодателство

В Решение от 10.2.2015 г. по делото Пенчеви срещу България (Жалба № 77818/12), Европейският съд по правата на човека прави анализ на относимите международни актове, свързани с принципа за „най-добрите интереси на детето“ – Декларацията за правата на детето от 20 ноември 1959 г., Конвенцията на ООН за правата на детето (КПД),

²² Hillary A G. The Case For Joint Custody. The Children's Rights Council, Washington D C (1985); Child Support, Custody, and Visitation: A Report To State Child Support Commission. Montana Child Support Advisory Council (July 1986); Pearson J & Thoennes N. Will This Divorced Woman Receive Child Support? Your Custody Decision May Determine The Answer. The Judges Journal. (Winter 1986); Lester G H. Child Support and Alimony 1989. A Report of The US Bureau of The Department of Commerce, Bureau of The Census. Current Population Reports, Consumer Income-Series P-60, No. 173. US Government Printing Office, Washington DC (September 1991).

²³ Kuhn R & Guidubaldi J. Child Custody Policies and Divorce Rates In The U.S. Paper presented at the 11th Annual Conference of the Children's Rights Council, Washington, DC (23–26 October 1997); Brinig M F & Buckley F H. Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories. 73 Indiana Law Journal (1998) p. 393.

Насоките за определяне най-добрите интереси на детето, издадени от Върховния комисариат на ООН за бежанците през 2008 г., Конвенцията за премахване на всички форми на дискриминация по отношение на жените, Хартата на основните права на Европейския съюз, Хагската конвенция от 25 октомври 1980 г. за гражданските аспекти на международното отвлечане на деца, Общите коментари на Комитета по правата на човека на ООН, Международния пакт за граждански и политически права.

Според член 18, параграф 1 КПД, държавите – страни по конвенцията, полагат всички усилия за осигуряване признаването на принципа, съгласно който двамата родители носят обща отговорност за отглеждането и развитието на детето. Според Ръководство за прилагане на КПД на Комитета по правата на детето на ООН, текстовете на член 7 (правото на детето да познава и да бъде отглеждано от родителите си) и член 18 налагат извода, че, освен ако не е доказано противното, трайното и продължаващо участие на двамата родители в живота на детето, дори и след развод или раздяла, отговаря на неговите най-добри интереси. Същото гласи и член 16, параграф 1, б. г) от Конвенцията за премахване на всички форми на дискриминация по отношение на жените: „еднакви права и задължения на мъжете и жените като родители независимо от тяхното семейно положение по въпроси, засягащи техните деца. Във всички случаи интересите на децата са преобладаващи“.

Комитетът по правата на детето също подкрепя споделеното родителство. Параграф 67 от Общ коментар № 14²⁴ гласи:

„Комитетът е на мнение, че **споделената родителска отговорност** в общия случай е в полза на най-добрите интереси на детето. При вземането на решения относно родителските отговорности обаче единственият критерий следва да бъде какво е в полза на най-добрите интереси на конкретното дете. Автоматичното предоставяне от закона на родителските отговорности на единия или двамата родители е в разрез с тези интереси. Когато оценява най-добрите интереси на детето наред с останалите елементи, имащи отношение по случая, съдията трябва да вземе под внимание правото на детето да запази взаимоотношенията си и с двамата родители“ (потъмняването мое).

²⁴ Комитет по правата на детето, шестдесет и втора сесия, Женева, 14 януари – 1 февруари 2013 г., ноември 2014 г. Общ коментар № 14 (2013) Най-добрия интерес на детето – първостепенно съображение https://www.unicef.bg/assets/CRC_Materials/GC_BG/GC_14_BG.pdf

Заключение

Необходимостта от реформа и въвеждане на оборима презумпция за споделено родителство е обоснована и належаща. По делото Анева и др. срещу България (Жалби № 66997/13, 77760/14 и 50240/15, Решение от 6 април 2017 г.) пред ЕСПЧ се прави пълна дисекция на проваления настоящ модел на правораздаване и правоприлагане в България по случаите на родителски конфликти. Фактът, че повечето осъдителни решения на ЕСПЧ срещу България са от жалбоподатели-майки (Анева и др., Михайлова, Минчева, Бевакуа, Мерейлес) разбива мита, че сегашната правна уредба привилегирова майките. Действащата лоша правна и правоприлагаща уредба е лоша за всички и преди всичко за децата и затова се нуждае от спешна реформа.