

ОХОРОНА ДИТИНСТВА В ІСПАНЬСЬКОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ. ОСОБЛИВА УВАГА ДО ЖОРСТОКОГО ПОВОДЖЕННЯ (ЗАГАЛЬНА ЧАСТИНА)

АВТОР ІСААК РАВЕЛЛАТ БАЛЛЕСТЕ́

Асоційований професор з цивільного права Юридичного факультету Барселонського університету

Викладач-тьютор Національного університету дистанційної освіти

Викладач Університетської школи соціальної роботи і соціальної освіти Пере Тарреса

Дослідник в Інституті дитинства та міського середовища (СІМУ / КІДМС)

Анотація: Дискримінація дітей, їхня економічна експлуатація та явище жорстокого поводження з дітьми в усіх його проявах постійно мали місце в нашій історії. Це дослідження присвячене явищу жорстокого поводження з дітьми та засобам правового захисту, що передбачені нашим законодавством. Так, наразі Закон надає можливість використання двох підходів до поведінки, що може спричинити жорстоке поводження: покарання винного у кримінальному законодавстві та захист через надання допомоги та покращення становища неповнолітньої жертви – у цивільному.

Ключові слова: діти/дитинство, жорстоке поводження, безпорадність, соціальний ризик/соціальна загроза

Abstract: Discrimination against children, their exploitation, and the maltreatment of minors in all its forms has been a recurrent theme throughout history. This paper focuses on the ill-treatment of children and the protection and remedies that our legal system sets forth in this area. There are two possible legal approaches with regards to behaviours that may cause ill-treatment: criminal law tends to punish the offending party, while private law concentrates on protection and seeks to help the underage victim overcome the situation.

Зміст: 1. ДИТИНСТВО ЯК СОЦІАЛЬНА КАТЕГОРІЯ. 1.1.Початкові міркування. 1.2.Еволюція впродовж віків. 2. КОНВЕНЦІЯ ПРО ПРАВА ДИТИНИ. 2.1.Передумови. 2.2.Конвенція про права дитини: генеза і характер. 3.ОХОРОНА ДИТИНСТВА В ІСПАНЬСЬКОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ. 3.1.Вступ. 3.2.Конституція 1978 року. 3.2.1.Загальний характер та підхід до прав дитини у тексті Конституції. 3.2.2.Нормативна компетентність у сфері охорони дитинства. 3.2.3.Конституційна модель захисту сім'ї та неповнолітніх. 3.3.Закони, що реформували право особистості та сім'ї у період 1981-1987 рр. 3.4.Органічний закон 1/1996 від 15 січня «Про правовий захист дитини». 4.БІБЛІОГРАФІЯ

1. ДИТИНСТВО ЯК СОЦІАЛЬНА КАТЕГОРІЯ

1.1. ПОЧАТКОВІ МІРКУВАННЯ

Дитинство у нашому теперішньому концептуальному сприйнятті, без сумніву, є значущим періодом. Воно складається з групи вразливої вікової категорії, яку необхідно захищати. Об'єкт цього захисту та його організація залежать, окрім іншого, від його соціального розуміння.

Поняття дитинства далеко не є об'єктивним або універсальним. По-перше, тому що кожне суспільство, кожна культура, кожний спосіб життя явно чи неявно визначає, що саме слід розуміти під дитинством, якими є його характеристики, а й відповідно, які періоди життя воно охоплює. По-друге, історики та інші науковці¹ показали нам, як у різні історичні моменти однієї й тієї ж культури змінювався зміст цього поняття².

Вищенаведене спонукає нас стверджувати, що, незважаючи на природну основу, поняття *дитина* не є ані природним, ані культурним, ані історичним, і тому його сприйняття відрізняється в культурному вжитку³. Отже, не варто вважати суто природним те, що є, у кращому випадку, нормальним у нашій власній культурі суспільно-історичним продуктом.

Зрештою, ми розуміємо, що немає якоїсь нематеріальної реальності, яку ми могли б асоціювати з терміном «дитина» або з поняттям «дитинство», з самою істотою та станом існування, що мають бути відкриті, визначені й усвідомлені, як, наприклад, коли ми можемо спитати себе і сказати іншим «ось як діти, це дитинство». І навпаки, існує безліч дітей та дитинств, кожне з яких побудовано, розроблено й інтерпретовано «нашими власними уявленнями про дитинство і про те, що таке діти або чим мали б бути».

Відповідно до цього, протягом усієї історії людства уявлення людей про хлопчиків і дівчаток еволюціонувало. Так, те поняття дитинства, яке ми маємо зараз та яке нам здається очевидним і незаперечним, аж ніяк не існувало впродовж усього часу, а навпаки, є нещодавно створеним та остаточно виниклим після промислової революції. Наприклад, ідею того, що хлопчик або дівчинка є суб'єктом права, не буде відображено у

¹ У Франції варто виділити працю Філіппа Ар'єса, одного з перших сучасних авторів, який здійснив поглиблене дослідження появи та подальшої еволюції поняття дитинства (vid. ARIES, Philippe, «El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen», versión castellana de Naty García Guadilla, Ed. Taurus, Madrid, 1987 / AP'EC Філіпп, «Дитина та сімейне життя за Старого порядку», версія кастильською Наті Гарсія Гуаділья, Вид. Таурус, Мадрид, 1987). В англосаксонському середовищі вирізняється внесок Ллойда Демоса, північноамериканського психолога, який поставив під сумнів теорії Філіппа Ар'єса (vid. DEMAUSE, Lloyd, «Historia de la Infancia», Ed. Alianza Universidad, Madrid 1982 / ДЕМОС Ллойд, «Історія дитинства», Вид. Альянса Універсітад, Мадрид 1982). Нарешті в Іспанії, такі автори, як Буенавентура Дельгадо, Долорс Ренау і Манен, Монтсеррат Поіг, Хосе Леаль Рубіо і Педро Вольтес, зробили свій невеликий внесок у спеціалізовану бібліографію з цього питання.

² CYRULNIK, Boris, «Los patitos feos. La resiliencia: una infancia infeliz no determina la vida», Ed. Gedisa, Barcelona, 2002 / ЦИРЮЛЬНИК, Борис, «Гидкі каченята. Стійкість: нещасне дитинство не визначає життя», Вид. Хедіса, Барселона, 2002, с. 112, стверджує, що культури впродовж життя змінюються, а коли не змінюються, вони вмирають.

³ LINAZA, Josetxu, «Desarrollo, educación y derechos de la infancia», en Infancia y Sociedad, n.º 27-28, Octubre 1994, pág.45 / ЛІНАЗА, Хосечу «Розвиток, освіта та права дітей» у Інфансія і Сос'єдад, №27-28, жовтень 1994, с.45 відстоює те, що саме поняття дитинства є соціальним винаходом для досягнення кращої адаптації людини до дуже різноманітних факторів.

нормах міжнародного права до затвердження Генеральною Асамблеєю ООН Конвенції про права дитини 20 листопада 1989 року.

Зміни у підходах та інституціях, пов'язаних з дитинством, не відбувались якось відокремлено або випадково; скоріше, навпаки, їх слід розуміти як результат більш широких соціальних процесів економічного та політичного характеру.

1.2. ЕВОЛЮЦІЯ ВПРОДОВЖ ВІКІВ

Поняття дитинства як психологічної категорії починає чітко окреслюватися в середині XVI століття, але не набуде сили аж до середини XVIII століття, коли вдасться встановити причинно-наслідковий зв'язок між можливістю виживання дитини та піклуванням про неї⁴.

Таке визнання дитинства тісно пов'язане зі створенням сучасної сім'ї – інституту, заснованого загалом на ідеї подружнього кохання, на диференціації ролей батьків і дітей, на встановленні спадкового права як гарантії передачі особистого майна та на турботі про здоров'я та освіту її членів.

Для французького історика Філіппа Ар'єса перехід від байдужості та емоційної відстороненості у стосунках з дітьми до емоційного зв'язку та турботи про їхню долю, більш характерних для сучасного життя, базувався на ще одній суттєвій соціальній зміні: відокремленні приватного життя від публічного. У міру того, як сімейні стосунки розвивалися у приватній атмосфері дому, який перестав бути відкритим місцем і продовженням суспільного життя на вулиці, змінювалися стосунки між членами сім'ї, а отже, між батьками та дітьми.

До кінця XIX століття дітей продавали, ув'язнювали, катували, використовували для дуже важкої праці у шахтах і на заводах, що було наслідком процесу індустріалізації. Саме тоді виникає уявлення про дитину, як про суб'єкт, гідний захисту. У цьому досягненні важливу роль відіграли здобутки соціальних наук, особливо психології, педагогіки та соціології.

А втім, треба буде дочекатися XX століття, аби дитинство почало вважатися дитинством як таким. Найбільш визначною подією, що сталася протягом минулого століття, без сумніву, стало затвердження Організацією Об'єднаних Націй у 1989 році Конвенції про права дитини, яка бере свій початок у Декларації прав дитини 1959 року та у Женевській декларації 1924 року. Порівняно з двома попередніми документами Конвенція 1989 року внесла дві великі новації. По-перше, це вже не просто декларативний текст про загальні принципи, яких у Женевській декларації зазначено п'ять, а у Декларації 1959 року - десять, а документ, що має обов'язкову юридичну силу; по-друге, винятково захисна концепція замінюється новою й інакшою, яка стверджує, що дитина є суб'єктом

⁴ У цьому зв'язку COTS і MONER, Jordi, «La Declarado Universal deis Drets de l'infant», Estudis Rosa Sensat, Edicions 62, Barcelona, 1979, pág. 33 / KOTC і МОНЕР, Жорді, «Загальна декларація прав дитини», Естудіс Роса Сенса, Едісьонс 62, Барселона, 1979, с.33 стверджує, що у XVIII столітті починають формуватися зміни у ставленні до дитини. І потім додає, що Жан-Жак Руссо та його педагогічний трактат «Еміль, або Про виховання» (опублікований у 1792 році) є символом цих змін.

права. Згідно з Конвенцією, при тому, що дитина є суб'єктом, який перебуває у стадії розвитку, вона, проте, є суб'єктом права, причому має не тільки пасивні права, як, наприклад, отримання виплат від дорослих, але й активні: такі як свобода совісті, думки та релігії, свобода вираження поглядів та поширення інформації, свобода зборів і асоціацій або право участі у них. Іншими словами, можна сказати, що Конвенція кладе край тому старому уявленню про дитину, де вона розглядається як *ще-не* – ще-не доросла, ще-не відповідальна, ще-не здатна, ще-не компетентна, ще-не надійна, ще-не з такими ж правами, ще-не гідна бути почутою проти категорії дорослих, яка послуговується ідеєю *вже-так*⁵.

2. КОНВЕНЦІЯ ПРО ПРАВА ДИТИНИ

З огляду на вищенаведене, далі йтиметься про найважливіші аспекти норми, яка явила собою позитивний поворотний момент у правовому ставленні до дитинства. В першу чергу буде висвітлено передумови з тим, аби потім підкреслити основні характеристики зазначеного міжнародного документа.

2.1. ПЕРЕДУМОВИ

Перші спроби створення міжнародного об'єднання з охорони дитинства з'явилися у 1913 році, але тоді Перша світова війна стала на перешкоді його консолідації, яка нарешті відбулася у 1921 році в Брюсселі. У 1920 році у Женеві Червоний Хрест створив Міжнародну спілку допомоги дітям, з особливою увагою до часів війни, а 24 вересня 1924 року проголосив Декларацію прав дитини (підписану і відому як Женевська декларація).

Женевська декларація була плодом особистої праці англійки Еглантайн Джебб, яка 1919 року заснувала англійську організацію Save the Children Fund (SCF), а за рік стала організатором Міжнародної спілки допомоги дітям (МСДД) / Union Internationale de Secours aux Enfants (UISE).

Декларація складається з написаного чіткою мовою короткого, простого документа, який відображає найпервинніші потреби дітей.

Потенційне майбутнє Женевської декларації було зірвано початком Другої світової війни. Після закінчення цього конфлікту з його драматичними наслідками Організація Об'єднаних Націй розробила Загальну декларацію прав людини (1948 р.).

Також після закінчення Другої світової війни, ООН мала бажання скласти власну Дитячу хартію, і 20 листопада 1959 року Генеральна Асамблея ООН ухвалила Загальну декларацію прав дитини – Резолюція 1386 (XIV) Генеральної Асамблеї ООН від 20 листопада 1959 року. Ця декларація, хоча й є частиною раніше прийнятих у Женевській декларації принципів, все ж більш прогресивна за своїм змістом, і не тільки тому, що відображає значну еволюцію, що відбувалася у сфері охорони дитинства з 1924 року, але

⁵ V E R H E L L E N , Eugene, «Convention on the Rights of the Child», Garant Publishers, Gent, 1997, pág.16 / ВЕРХЕЛЛЕН, «Конвенція про права дитини», Гарант Паблішерс, Гент, 1997, с.16 зібрані у нашому середовищі CASAS, Ferran, «Infancia: perspectivas psicosociales», Ed. Paidós, Barcelona, 1998, pág.33 / КАСАС, Ферран, "Дитинство: психосоціальні перспективи", Видавництво Паїдос, Барселона, 1998, с.33.

й тому, що її було доповнено іншими принципами, які перетворили цей документ на справжній статут ООН.

2.2. КОНВЕНЦІЯ ПРО ПРАВА ДИТИНИ: ГЕНЕЗА І ХАРАКТЕР

20 листопада 1989 року Генеральна Асамблея ООН одностайно прийняла Конвенцію про права дитини, яка стала відкритою для підписання 20 січня 1990 року і набула чинності 2 вересня того ж року.

Текст, підготовлений на основі пропозицій польського уряду, складається з трьох частин: Преамбули, в якій викладені основні базові принципи; статей, які визначають зобов'язання держав-учасниць та, нарешті, положення про виконання, які встановлюють, на додаток до умов набрання чинності, порядок перевірки та сприяння дотриманню Конвенції. Загалом, можна стверджувати, що найвизначнішими характеристиками Конвенції є такі:

Це документ з обов'язковою юридичною силою. Так, ратифікуючи Конвенцію, держава автоматично зобов'язується дотримуватися її змісту. Слід розуміти, що обов'язковий характер тісно пов'язаний з тим, аби розглядати дитину як самостійну істоту: той факт, що документ, який закріплює її права, є саме юридичним документом, а не декларацією добрих намірів, вказує на те, що вимоги, які можуть виникнути у дітей щодо захисту їхніх прав, не тільки цікавлять людство загалом, але й мають обов'язкову силу для держав-підписантів Конвенції. Останній пункт доповнюється розглядом цього міжнародного договору як норми *self-executing* - що негайно набуває чинності. Отже, пряме застосування норм Конвенції в іспанському законодавстві відбувається без необхідності вжиття заходів з розробки нормативних актів.

Конвенція пропонує нам глобальний образ дитинства. На відміну від того, що ми бачили у Женевській декларації 1924 року та у Загальній декларації прав дитини 1959 року, міжнародних документах, які обмежувались питаннями, що стосувались дітей, які перебувають у загрозливій ситуації, Конвенція ООН 1989 року спрямована на всіх дітей, як на загальну соціальну групу, і встановлює права, що допомагають їм у різних сферах.

Дитина повністю визнається справжнім «суб'єктом права». З точки зору соціальної психології вважається, що текст Конвенції встановлює так званий принцип трьох «П*»: захист (**protección*), забезпечення (**provision*) і участь (**participación*)⁶.

До ухвалення Генеральною Асамблеєю ООН цього міжнародного документа дитина розглядалася лише як «об'єкт» (пасивний) захисту, оскільки вважалося, що втручання є необхідним, тільки якщо ставало очевидним, що відбувається щось негативне. Отже, ми рухались всередину сфери «захисту» або так званих «прав на виживання».

⁶ Цей принцип запроваджено Верхелленом, а у нашій країні його притримується Ферран Касас. VERHELLEN, Eugene, «Convention on the Rights of the Child», Garant Publishers, Gent, 1997, págs. 80-81. CASAS, Ferran, «Infancia: perspectivas psicosociales», Ed. Paidós, Barcelona, 1998, pág. 219 / ВЕРХЕЛЛЕН «Конвенція про права дитини», Гарант Паблішерс, Гент, 1997, с.80-81. КАСАС, Ферран, "Дитинство: психосоціальні перспективи", Видавництво Пайдос, Барселона, 1998, с. 219.

Те, що діти набувають повного соціального статусу як суб'єкти права, означає глибоку зміну поглядів; вони не тільки мають право на захист, піклування та увагу до своїх проблем і потреб, але вони також мають громадянські та політичні права, які чітко пов'язані з основними свободами та сприяють якості життя.

Ще одна важлива концепція, яку запроваджує Конвенція, і яка вже несміливо зазначалась у Загальній декларації прав дитини, полягає у тому, що всі заходи, які провадяться щодо дітей, мають ґрунтуватися на врахуванні «найвищих інтересів дитини», перетворюючись на керівний принцип, що має спрямовувати всі дії на користь забезпечення добробуту дітей – стаття 3.

3. ОХОРОНА ДИТИНСТВА В ІСПАНЬКОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

3.1. ВСТУП

Наша правова система чутлива до змін, які відбуваються на міжнародному рівні. Так, простий огляд іспанських правових норм після Конституції 1978 року демонструє, що виникле за нашим кордоном, чинило вплив на наше законодавство, як на державному, так і регіональному рівнях. Цей законодавчий рух збігся у часі з підйомом та розширенням прав автономних спільнот, які значною мірою визначили свою «політику» стосовно політики щодо дитинства через свою парламентську діяльність.

Можна сказати, що, запровадивши демократичну систему після франкіського режиму, Іспанія пройшла три основні етапи⁷ з точки зору правового захисту неповнолітніх: 1) Конституція 1978 року; 2) реформи Цивільного кодексу, започатковані у 1981 році та впроваджені до 1987 року; 3) Органічний закон 1/1996 від 15 січня «Про правовий захист дитини»; окрім нещодавніх важливих норм щодо захисту неповнолітніх в автономних спільнотах⁸.

3.2 КОНСТИТУЦІЯ 1978 РОКУ

Аналіз джерел правового режиму щодо неповнолітніх осіб в Іспанії має обов'язково починатися з нашого основного закону, оскільки він містить, як і щодо решти правових питань, свої твердження або основні принципи.

Загалом можна зазначити два великих змісти, що стосуються конституційно-правового режиму дитинства в Іспанії. З одного боку, перелік основних прав у тому, як вони застосовуються щодо дітей та підлітків. З іншого – розподіл повноважень між різними територіальними утвореннями, головним чином державою та автономними спільнотами – статті 148, 149 Конституції. Все це також є частиною положення про соціальну державу, яке визначає нашу нинішню політичну систему – положення, що набуває особливого значення, коли йдеться про захист і права дітей.

⁷ Три етапи, виділені Маріано АЛОНСО ПЕРЕСОМ

ALONSO PÉREZ, Mariano, «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», en Actualidad Civil, nº2, Enero 1997, págs. 20-22 / АЛОНСО ПЕРЕС, Маріано, «Правове становище неповнолітніх в Органічному законі 1/1996 від 15 січня «Про правовий захист дитини», про поправки до Цивільного кодексу і до Закону про цивільне судочинство: світло і тіні» в Актуалідад Сівіль, №2, січень 1997, с. 20-22.

⁸ Додана таблиця з чинними регіональними правовими нормами щодо охорони дитинства.

3.2.1. ЗАГАЛЬНИЙ ХАРАКТЕР ТА ПІДХІД ДО ПРАВ ДИТИНИ У ТЕКСТІ КОНСТИТУЦІЇ.

Перше міркування, яке слід зробити, полягає у тому, що регуляторні норми, які містяться у Конституції 1978 року з цього питання, розокремлені. Отже, не існує жодних приписів або блока положень, призначених для встановлення основних принципів правового режиму для неповнолітніх, але ж буде необхідно передивитися текст Конституції, аби скласти разом різні основні норми, що формують передумови правового регулювання цієї сфери.

Якщо ми зупинимось на конституційному переліку основних прав та публічних свобод, – Частина перша II Глави I Розділу – то побачимо, що текст Конституції не містить якогось явного посилання на суб'єктів вказаних основних прав – окрім відмінності між громадянами та іноземцями –. Незважаючи на це, є достатньо ознак, які підтверджують, що права, загальновизнані для "всіх", слід розуміти у такий же спосіб для дітей та підлітків і вважати їх особистостями.

Що стосується конкретної згадки про дітей, то текст Конституції містить лише три чіткі цитати щодо цього. Стаття 39.4, яка встановлює, що «діти користуються захистом, передбаченим міжнародними угодами, які забезпечують їхні права», стаття 20.4, яка передбачає обмеження свободи на висловлення поглядів «захистом молоді та дітей», та стаття 27.1, що посилається на право на освіту, яке, очевидно, адресоване неповнолітній особі як зразковому суб'єкту – хоча саме про це нічого не сказано –. Той факт, що «всі мають право на освіту» та що особи, які кількісно найбільш користаються цим правом, це діти – пам'ятаймо, що обов'язкова безкоштовна шкільна освіта сьогодні триває з шести до шістнадцяти років – повністю підтверджує те, що неповнолітні є основними носіями цього права.

Зрештою, Конституція, на додаток до того, що сприяє значним реформам сімейного права, робить дитину власницею низки конституційних прав, підсилює її самооцінку як особистості та визначає її як творчу та заохочену до участі істоту. Окрім цього, текст Конституції, як і міжнародні документи з захисту прав неповнолітніх у цілому, та Конвенція про права дитини зокрема, покладають на батьків основну відповідальність за виховання та розвиток дітей, і лише у допоміжний спосіб держава бере на себе зобов'язання та витрати, які передбачає допомога та освіта неповнолітніх – стаття 39 Конституції Іспанії.

3.2.2. НОРМАТИВНА КОМПЕТЕНТНІСТЬ У СФЕРІ ОХОРОНИ ДИТИНСТВА. НА ШЛЯХУ ДО АВТОНОМНОГО ПРОГРЕСИВНОГО ПІДХОДУ.

Другий великий блок аспектів, пов'язаний зі статусом дитини, який містить Конституція, стосується розподілу повноважень між різними територіальними рівнями. Такий розподіл впорядкований, головним чином, статтями 148 та 149 Конституції Іспанії, хоча треба враховувати й інші положення тексту Конституції.

Так, залишаючись у межах Конституції, слід підкреслити, як після початкового етапу, у значній кількості статутів автономій (на початку вісімдесятих років) сферу

охорони дитинства було вирішено розглядати як підрозділ або додаток до регуляторного сектору соціальних служб, чим відтворювалася панівна модель кінця XIX століття. В свою чергу, нині тенденція поступово змінилась так, аби розглядати це питання з особливої й індивідуальної точки зору.

Трансформація та розвиток конституційних положень, щойно нами згаданих в статутах автономій різних автономних спільнот, наводять нас на виділення трьох великих груп статутних норм, через які встановилась законодавча техніка, що застосовується для набуття та підвищення компетенції у сфері уваги та захисту прав дітей⁹.

Перша група характеризується відсутністю специфічної компетентної юрисдикції, яка б наділяла автономну спільноту повноваженнями у сфері розробки нормативних вимог щодо уваги до дітей та підлітків, натомість, без якихось чітких відмінностей, використовуються загальні терміни про допомогу, соціальний добробут, соціальні служби, соціальну допомогу та розвиток спільноти. У загальному підсумку, ця сфера передбачає та охоплює загальну політику допомоги і соціального добробуту, у такий спосіб забезпечуючи виконання вже згадуваної статті 148.1.20 Конституції Іспанії. У цю групу напочатку¹⁰ входили такі автономні спільноти як Ла-Ріоха, Кантабрія, Астурія, Мурсія, Арагон, Естремадура, Мадрид, Кастилія-і-Леон та Галісія. З усіх них наразі лише Галісія повністю зберігає цей загальний та претензійно всеохопний підхід щодо соціальної діяльності. Решта автономних спільнот, долаючи вже так зване перше покоління норм щодо соціального захисту, внесли через відповідні поправки до своїх статутних нормативно-правових актів особливі згадки про сферу охорони дитинства для того, аби фрагментувати та розкласти цю ідею загальної політики, унітарної системи, якою було проникнуте все соціальне законодавство до того часу.

Друга група охоплює ті автономії, які висувають охорону дитинства у широке та загальне поле, змішане з іншими концепціями. Це стосується Валенсійського співтовариства та Кастилії-Ла-Манчі, які посиляються на соціальну допомогу, соціальні служби та державні органи захисту і допомоги неповнолітнім, молоді, емігрантам, людям похилого віку, людям з особливими потребами та решті груп або громадських секторів, що потребують особливої допомоги, в тому числі такої, як створення центрів з захисту, реінтеграції та реабілітації. Також очевидно, що у такому разі все це має узгоджуватися зі статтею 148.1.20 Конституції Іспанії.

Наостанок, третя група – це автономні статuti, які у конкретний та єдиний спосіб визначають розподіл повноважень у сфері уваги та захисту дітей та підлітків. Йдеться про Країну Басків, Каталонію та Андалусію.

⁹ GIMÉNEZ SALINAS, Esther, «Protección de menores» en «Comentarios del Estatuto de Autonomía de Cataluña», Vol. II, Ed. Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 1990, págs. 188-189 / XIMÉNEC САЛІНАС, Естер, «Захист неповнолітніх» у «Коментарі до Статуту Каталонської автономії», т. II, Вид. Інститут автономних досліджень, Барселона, 1990, с.188-189.

¹⁰ Порівняльне дослідження первинних положень стосовно набуття повноважень у сфері соціальної допомоги та соціальних служб у різних статутах автономій можна знайти у МІНІСТЕРСТВІ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ, «Estatutos de Autonomía por materias» Ed. Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991, págs. 572-574 / «3 питань статутів автономій», Вид. Міністерство державного управління, Мадрид, 1991, с.572-574.

3.2.3. КОНСТИТУЦІЙНА МОДЕЛЬ ЗАХИСТУ СІМ'Ї ТА НЕПОВНОЛІТНІХ

Стаття 39 нашої Конституція затверджує систему охорони сім'ї та захисту неповнолітніх, яка кваліфікується як *змішана* або частково публічна доктрина, що заснована на співпраці між приватною та публічною сферами¹¹, у тому сенсі, що результат досягається державою – системи соціального забезпечення, соціальні служби, державні органи охорони дитинства – та приватними особами – аліменти між родичами, власні зобов'язання, що виникають через батьківство, виплати у разі розлучення або розірвання шлюбу.

Так, чотири пункти вищезгаданої статті 39 Конституції Іспанії окреслюють конституційну програму, яка спрямована на забезпечення всебічного й належного розвитку всіх неповнолітніх, залучаючи при цьому два види сили: приватну – через зобов'язання, які Конституція накладає на сім'ю, та публічну – через розвиток комплексного захисту, що гарантується дітям і тим, хто має сприяти його ефективному досягненню.

Отже, дії держави розуміються як механізм, що гарантує основні права громадян, і тому органи публічної влади не можуть стояти осторонь деяких проблем, а навпаки мають забезпечити їхнє вирішення і не допустити, аби ці проблеми були вирішені безпосередньо приватними особами. Тому і вони, і держава повинні тісно співпрацювати, аби досягнути відповідного рівня добробуту¹². Так, сімейне право вже не може розглядатися як система, що впливає винятково на приватні інтереси, натомість, воно поступово набуло сильного публічного змісту, аспекти якого стосуються імперативності норм, що регулюють процеси, пов'язані з питаннями сімейного права, в якості соціальної допомоги усіх видів, яку має надати публічна влада.

¹¹ Para ROCA i TRIAS, Encama, «El nuevo derecho catalán sobre la familia», Revista Jurídica de Cataluña, n.º1, 1999, pág. 10 / POKA i TRIAC, Енкама, «Нове каталонське право з питань сім'ї», Юридичний журнал Каталонії, №1, 1999, с.10, у конституційному контексті, стаття 39 Конституції Іспанії, встановлює систему, яка кваліфікується як змішана. Це означає, що економічний, соціальний та навіть правовий захист сім'ї не обмежується органами публічної влади, для цього також залучаються зацікавлені сторони, головним чином, через зобов'язання, які виникли через батьківські права, опіку та аліменти між родичами. У тому ж сенсі ROCA i TRIAS, Encama, «Familia, familias y Derecho de la familia», Anuario de Derecho Civil, n.º4, 1990, pág. 1056 / POKA i TRIAC, Енкама, «Сім'я, сім'ї та сімейне право», Щорічник цивільного права, №4, 1990, с.1056. Також ROCA i TRIAS, Encama: «Familia y cambio social (De la casa a la persona)», Ed. Cuadernos Cívitas, Madrid, 1999, pág. 33, 66-68 y 222 / POKA i TRIAC, Енкама, «Сім'я та соціальні зміни (від дому до особи)», Вид. Куадемос Сівітас, Мадрид, 1999, с. 33, 66-68 i 222 відстоює те, що іспанське право базується не на протистоянні приватного та публічного секторів, а навпаки – на їхній співпраці, через це основні цілі будуть досягнені шляхом надання кожному з секторів специфічних функцій, саме це отримало назву змішана система.

¹² BORRAS RODRIGUEZ, Alegría, «El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado», Revista Jurídica de Cataluña, n.º4, 1994, pág. 965 / БОРРАС РОДРІГЕС, Алегрія, «Інтереси неповнолітніх як фактор розвитку та уніфікації міжнародного приватного права», у своєму виступі в Академії юриспруденції та законодавства Каталонії, Юридичний журнал Каталонії №4, 1994, с.965, вважає, що у цьому питанні очевидно подолання відмінностей між публічним і приватним (посилаючись на права дітей). Для цієї авторки важливий той факт, що наразі справа не в суворій царині під назвою «приватна», а у сильному впливі публічної діяльності, що спричинила еволюцію цієї сфери. Так, питання, що традиційно належить до сімейної сфери, а саме захист неповнолітніх, зараз має широкий суспільний резонанс, особливо з урахуванням принципу найкращого забезпечення інтересів дитини і у такий спосіб виходить за межі сімейного кола. Такого висновку дійшов FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique, «Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España», Actualidad Civil, n.º19, mayo, 1998, págs. 427-428 / ФЕРНАНДЕС МАСІЯ, Енріке, «Державні установи та захист неповнолітніх іноземців у Іспанії», Актуалідад Сівіль, №19, травень 1998, с.427-428, з огляду на те, що форми захисту неповнолітніх в останні десятиліття зазнали глибокої трансформації, здебільшого відображаючи посилення акценту на публічному вимірі порівняно з чисто приватним у більшості правових систем.

Зрештою, у чинній системі відповідальність розподіляється між сім'єю та державними органами. У цьому сенсі, стаття 39 тексту Конституції покладає і на батьків, і на органи публічної влади відповідальність за надання допомоги та захисту неповнолітнім. З одного боку, органи державної влади несуть відповідальність за розробку та реалізацію державної політики і національних планів щодо дітей, це має гарантувати повне забезпечення їхніх персональних і громадських прав у сфері сім'ї, здоров'я, освіти, правосуддя, культури, споживання або дозвілля. З іншого боку, наше законодавство переважно покладає на батьків обов'язок забезпечувати виконання в межах сім'ї певних функцій, які спрямовані на реалізацію основних прав неповнолітніх.

Так, незважаючи на те, що у цій сфері співіснують два різні правові порядки – які, окрім цього, відповідають антагоністичним у багатьох випадках принципам – слід підкреслити допоміжний характер публічних дій щодо обов'язків, які, найперше, стосуються тих, хто має під своєю опікою неповнолітніх. Однак, органи публічної влади не зовсім далекі від цієї приватної задачі, оскільки вони залишають за собою зобов'язання співпрацювати з сім'єю з метою сприяти та зробити все можливе, аби батьки, опікуни або піклувальники виконували свої обов'язки щодо дітей та підлітків.

До того ж, співпрацюючи з сім'єю у здійсненні функцій допомоги та захисту неповнолітніх, органи публічної влади зобов'язані забезпечити ефективність цих дій. Лише у разі невиконання ними – батьками, опікунами або піклувальниками – своїх зобов'язань стосовно неповнолітніх, застосовуватимуться правові заходи з захисту населення¹³.

3.3. ЗАКОНИ, ЩО РЕФОРМУВАЛИ ПРАВО ОСОБИСТОСТІ ТА СІМ'Ї У ПЕРІОД 1981-1987 РР.

За останнє десятиліття сім'я як така зазнала безперервних реформ, на які частково вплинула справедлива вимога щодо прав дітей. Закон від 13 травня 1981 року реформував Цивільний кодекс у царині батьківських прав, визнаючи за дитиною здатність здійснювати права особистості та розширюючи участь дітей у різних сімейних та договірних аспектах, у той же час цей закон подолав різницю між законним і незаконним походженням та запровадив встановлення батьківства. Закон від 7 липня 1981 року (відомий як «Закон про розірвання шлюбу»), в свою чергу, запровадив слухання неповнолітніх, «якщо вони мають достатньо міркувань», але, у будь-якому разі, у віці старше 12 років.

Отже, ми стикаємося з новою правовою схемою відносин батьків і дітей, заснованій на сімейній моделі участі та на принципі найвищих інтересів дитини. Так, все

¹³ DE PALMA DEL TESO, Ángeles, «La protección de los menores por las administraciones públicas», Revista Jurídica de Cataluña, n.º 2, 2004, pág. 41 / ДЕ ПАЛЬМА ДЕЛЬ ТЕСО, Анхелес, «Захист неповнолітніх органами публічної влади», Юридичний журнал Каталонії №2, 2004, с.41 вважає, що захисні адміністративні дії керуються принципом прогресивної субсидіарності, тобто масштаби та інтенсивність втручання органів публічної влади повинні бути обумовлені ступенем нехтування або відсутністю захисту, які зазнає дитина у своїй сім'ї. ALBERDI, Inés, «La nueva familia española», Ed. Taurus, Madrid, 1999, págs. 56 y 68-71 / АЛЬБЕРДІ, Інесс, «Нова іспанська родина», Вид. Таурус, Мадрид, 1999, с.56, 68-71, сім'я вже не є єдиною відповідальною за дітей інституцією, соціальні служби у допоміжний спосіб беруть на себе цю відповідальність у разі припинення існування сім'ї або невиконання нею своїх обов'язків.

ще впливова концепція *батьківських прав* замінюється концепцією *батьківської відповідальності*.

Громадська думка щодо залишення неповнолітніх також значно змінилась. Закон 21/1987 від 11 листопада (з невдалою назвою «Закон про усиновлення») зчинив революцію у цьому питанні. Закон замінює поняття залишання набагато ширшим та повнішим – безпорадністю. Також запроваджується процедура «автоматичної опіки *ex lege*» з боку публічної влади, що допускає адміністрування охорони дитинства в Іспанській державі. У цьому сенсі слід висвітлити доктринальну суперечку, що порушила питання про те, чи заздалегідне втручання влади позбавляє необхідного судового захисту такого основного права, як батьківські права. Цей аспект пізніше прояснив Органічний закон 1/1996 від 15 січня «Про правовий захист дитини» через запровадження такого наслідку автоматичної опіки як просте тимчасове позбавлення батьківських прав.

Закон 21/1987 також виділяється тим, що вперше включає у наш Цивільний кодекс форму прийомної сім'ї, яка додається до переліку заходів, спрямованих на захист дітей, які перебувають у безпорадному становищі та тим, що регулює весь новий режим усиновлення.

Зрештою, варто підкреслити правове положення про те, що всі рішення, ухвалені публічною владою під час виконання нею своїх повноважень щодо захисту неповнолітніх (адміністративні рішення), можуть бути переглянуті судами загальної юрисдикції (судові рішення), а також важливу роль, що надається Генеральній прокуратурі як основному стовпу соціально-правового захисту неповнолітніх в усіх його проявах.

З огляду на це, стає зрозумілим, що дух Закону змінився у чомусь принциповому; асистенціалістський [характеризується гіперопікою держави та покладанням на публічні установи – прим. перекладача] характер, що притаманний попередньому законодавству, тут втрачено. Стаття 172 Цивільного кодексу у новій редакції прямо зазначає, що перша мета опікунського органу автономної спільноти – домагатися повернення дитини до її сім'ї походження. Йдеться не лише про запобігання ризику або відокремлення дитини від важкої ситуації, в якій вона може опинитися, а скоріше про ситуацію, коли, компенсувавши шкоду, яку їй можуть заподіяти, дитина робить вибір, ставлячи за пріоритет своє повернення у сім'ю походження, а якщо це неможливо, то йде шляхом прийомної сім'ї або всиновлення.

3.4. ОРГАНІЧНИЙ ЗАКОН 1/1996 ВІД 15 СІЧНЯ «ПРО ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ ДИТИНИ»

Нарешті останньою сходинкою цього маршруту навколо прав дитини є ухвалення іспанським законодавцем суперечливого Органічного закону 1/1996 від 15 січня.

Новий дух, який переважає у попередніх нормах, стисло викладено у статті 2.2 Органічного закону 1/1996 від 15 січня: «Обмеження правоздатності неповнолітніх слід тлумачити вузько», принцип не позбавлений складності. Саме те, що має промовисту назву: «протиріччя між патерналізмом і лібералізмом». По-перше, тому що, з одного боку, загалом правоздатність дитини визнається, а неправоздатність трактується вузько, по-друге, тому що обмежується ця свобода та накладаються обмеження на правоздатність у тих аспектах, у які, на думку законодавця, керованого протекціоністським завзяттям,

повинні втручатися органи публічної влади, навіть усупереч волі як дитини, так і самого законодавця. Ця невідповідність простежується у статтях закону¹⁴.

Можна стверджувати, що Органічний закон 1/1996 від 15 січня «Про правовий захист дитини» поглибився у принципи комплексного захисту дитини та її вищих інтересів, відповідно до нової філософії, виниклої з Конвенції ООН про права дітей від 30 листопада 1989 року¹⁵, яка залишила слід не лише у міжнародному полі, але й у соціальній та освітній політиці щодо дітей всередині деяких європейських країн. Зокрема, іспанське законодавство визнає неповнолітніх власниками низки прав, серед яких: «право бути почутим» в усіх адміністративних чи судових процесах, які можуть мати для них наслідки.

Стаття 9 має велике значення, оскільки захищає інтереси дитини, які не завжди збігаються з інтересами дорослих та регламентує її право бути почутою не тільки всередині сім'ї, але й у будь-якому адміністративному чи судовому впровадженні, яке може мати для неї наслідки. Незважаючи на визнання категорії права на інтерес дитини бути почутою, законодавець у парадоксальний спосіб додає до пункту 3 цієї статті те, що дитину може бути позбавлено цього права, хоча й він сам клопотав про його виконання, при цьому погоджуючись встановити гранично обережну міру, яка полягає у тому, що у такому разі відмову «буде обґрунтовано та повідомлено про неї Генеральній прокуратурі».

Закон 1996 року також вперше у нашій правовій системі запроваджує відмінність у ситуаціях соціальної незахищеності дітей: між загрозливою ситуацією (стаття 17) і безпорадним становищем (стаття 18), які обумовлюють різний ступінь втручання органу публічної влади.

¹⁴ Показовим зразком є право на об'єднання неповнолітніх (стаття 7), про яке було сказано, що невідомо чи мають вони правоздатність та у якій сфері. NÚÑEZ MUÑIZ, C., «Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», en la Ley n.º4135, Octubre 1996 / НУНЬЕС МУНЬІС, К., «Деякі міркування щодо Органічного закону 1/1996 від 15 січня «Про правовий захист дитини» у Ла Лей №4135, жовтень 1996.

¹⁵ У цьому сенсі VÁRELA GARCÍA, Carlos, «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto», Actualidad Civil n.º12, marzo, 1997, pág. 266 / ВАРЕЛА ГАРСІЯ, Карлос, «Коментарі до Органічного закону 1/1996 від 15 січня «Про правовий захист дитини»: програмні принципи і колізійні норми», Актуалідад Сівіль №12, березень, 1997, с.266 проголошує, що Органічний закон 1/1996 від 15 січня визнає за неповнолітніми всі основні притаманні особистості права, не зашкоджуючи комплексному захисту, про який йдеться у Законі; зі свого боку NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen, «Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. La Ley, Vol. 5, n.º4135, octubre, 1996, pág. 1483 / НУНЬЕС МУНЬІС, К., «Деякі міркування щодо Органічного закону 1/1996 від 15 січня «Про правовий захист дитини» у Ла Лей, т.5, №4135, жовтень 1996, с.1483 стверджує, що Органічний закон 1/1996 від 15 січня робить ще один крок у цій еволюції – прав дітей – і намагається віддзеркалити відмінний соціальний статус дитини як послідовність соціально-культурних перетворень у нашому суспільстві; також LEAL PÉREZ OLAGU, M.^a Luisa, «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil», La Ley, Vol. 2, n.º3986, marzo, 1996, pág. 1310 / ЛЕАЛЬ ПЕРЕС ОЛАГУ, М. Луїса, «Коментарі до Органічного закону 1/1996 від 15 січня «Про правовий захист дитини», до часткової зміни Цивільного кодексу та до Закону про цивільне судочинство», Ла Лей, т.2, №3986, березень 1996, с.1310 відстоює те, що в Іспанії впродовж останніх років зріс суспільний запит на додання принципів Конвенції до нашого позитивного права, просуваючи правовий інструмент, який розглядає дитину як суб'єкт конституційно визнаних прав; нарешті, PICONTO NOVALES, Teresa, «La protección de la infancia. Aspectos sociales y jurídicos», Ed. Egido, Zaragoza, 1996, pág. 93 / ПІКОНТО НОВАЛЕС, Тереса, «Охорона дитинства. Соціально-правові аспекти», Вид. Едіго, Сарагоса, 1996, с.93 вважає, що Органічний закон 1/1996 від 15 січня поглибив принципи комплексного захисту та найвищих інтересів дитини, відповідно до нової філософії прав, що виникла у запалі Конвенції 1989 року.

БІБЛІОГРАФІЯ

- ALONSO PÉREZ, Mariano, «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», en *Actualidad Civil*, n.º2, Enero 1997.
- ARIES, Philippe, «El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen», version castellana de Naty García Guadilla, Ed. Taurus, Madrid, 1987.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, «El desamparo y la tutela automática de las Entidades Públicas», Ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- BORRAS, Alegría, «El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado», en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º4, 1994.
- CASAS, Ferran, «Infancia: perspectivas psicosociales», Ed. Paidós, Barcelona, 1998.
- COTS I MONER, Jordi, «La Declaració Universal deis Drets de l'Infant», *Estudis. Rosa Sensat*, Edicions 62, Barcelona, 1979.
- CYRULNIK, Boris, «Los patitos feos. La resiliencia: una infancia infeliz no determina la vida», Ed. Gedisa, Barcelona, 2002.
- DE PALMA DEL TESO, Ángeles, «La protección de los menores por las Administraciones Públicas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º2, 2004.
- DEMAUSE, Lloyd, «Historia de la Infancia», Ed. Alianza Universidad, Madrid 1982.
- FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique, «Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España», en *Actualidad Civil*, n.º19, Mayo 1998.
- GIMÉNEZ SALINAS, Esther, «Protección de Menores» en «Comentarios al Estatuto de Autonomía de Cataluña», Vol. II, Ed. Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 1990.
- GÓMEZ GRANELL, Carme (Dir.), «La infancia en cifras España», Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.
- LEAL PÉREZ OLAGU, M. Luisa, «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, Vol.2, n.º3986, 1996.
- LINAZA, Josetxu, «Desarrollo, educación y derechos de la infancia», en *Infancia y Sociedad*, n.º27-28, Octubre 1994.
- MELIÁ LLÁCER, Reyes, «La protección internacional de los Derechos de los Niños», *Revista General del Derecho*, n.º536, Volumen II, 1989.
- NEWELL, Peter y HODGKIN, Rachel «Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child», Ed. Unicef, New York, 1998.
- NÚÑEZ MUÑIZ, C, «Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», en *la Ley* n.º4135, Octubre 1996.
- PICONTÓ NOVALES, Teresa, «La protección de la infancia. Aspectos sociales y jurídicos», Ed. Egido, Zaragoza, 1996.
- ROCA TRIAS, Encarna, «Familia y cambio social (De la casa a la persona)», Ed. Cuadernos Civitas, Barcelona, 1999.

- ROCA TRIAS, Encarna, «El nuevo derecho catalán sobre la familia», en Revista Jurídica de Cataluña, n.º 1, 1999.
- VÁRELA GARCÍA, A., «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto», en Actualidad Civil, n.º12. Marzo de 1997.
- VEERMAN, P. E., «The rights of the child and the changing image of childhood», Ed. Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992.
- VERHELLEN, Eugene, «Convention on the Rights of the Child», Garant Publishers, Gent, 1997.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, «Infancia y legislación» en GÓMEZ GRANELL, Carme (Coord.), «La infancia y las familias a inicios del siglo xxi», Ed. Instituto de Infancia y Mundo Urbano, Vol. 5, Barcelona, 2002.