

การเลือกใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า

จากการศึกษาถึงลักษณะโดยทั่วไปของอำนาจปกครองบุตรจากบทที่ 2 เห็นได้ว่า บิดามารดามีอิทธิพลอย่างมากต่อการอบรมสั่งสอนและเลี้ยงดูบุตรให้เป็นพลเมืองที่ดีของประเทศ และเมื่อมีการหย่าร้างบุตรจะเป็นผู้ได้รับผลกระทบมากที่สุด ในแต่ละประเทศจึงต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายในการคุ้มครองประโยชน์และความผาสุกของเด็กภายหลังการหย่าร้างของบิดามารดา ดังกล่าวมาในบทที่ 3 โดยทั่วไปลักษณะของการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า มักจะทำให้บุตรต้องขาดจากชีวิตร่วมของบิดามารดาซึ่งเป็นผลเสียต่อบุตร จึงทำให้เกิด แนวความคิดที่จะลดผลเสียที่เป็นผลกระทบต่อเด็กในครอบครัวหย่าร้าง โดยพยายามให้เด็กคงอยู่ในสภาพแวดล้อมเหมือนดังเช่นขณะที่บิดามารดา ยังคงสมรสกันอยู่ คือการปกครองบุตรร่วมกัน ภายหลังการหย่า (joint custody) โดยให้เป็นทางเลือกอีกทางหนึ่งนอกเหนือจากหลักเดิม ที่ให้บิดาหรือมารดาปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว (sole custody) ซึ่งแนวความคิดนี้เป็นที่ยอมรับ และใช้ได้ผลอย่างดียิ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยได้มีการศึกษาและนำวิธีการดังกล่าวมาใช้ อย่างจริงจัง ผู้เขียนจึงจะศึกษาถึงแนววิธีการเลือกใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า ในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอันดับแรก และจะนำเสนอถึงวิธีการเลือกใช้ในประเทศต่าง ๆ เป็นการสนับสนุนแนวความคิดนี้

1. การเลือกใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าในประเทศสหรัฐอเมริกา

1.1 ประวัติและแนวความคิดเรื่องอำนาจปกครองบุตรตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอำนาจปกครองบุตรของสหรัฐอเมริกานั้น ได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมายโรมัน และหลักกฎหมายอังกฤษ¹ กล่าวคือ

¹ Ann M. Haralambie, Handling Child Custody Cases (USA : Library of Congress Cataloging in Publication Data, 1983), pp. 1-2.

(1) หลักกฎหมายโรมัน

ภายใต้หลักกฎหมายโรมันนั้น ถือว่าอำนาจปกครองบุตร เป็นของบิดาตามหลัก "Patria Potestas" กล่าวคือ ตามหลักกฎหมายดังกล่าวถือว่าบุตรเป็นทรัพย์สินของบิดา บิดามีสิทธิที่จะขายหรือแม้กระทั่งฆ่าบุตรของตนเอง ในหลักกฎหมายนั้นมิได้กล่าวถึงในเรื่องการให้การศึกษารือการเลี้ยงดูบุตรไว้โดยตรงแต่อย่างใด

ส่วนมารดานั้นไม่มีสิทธิที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองได้เลย ซึ่งรวมถึงบุคคลภายนอก แม้กระทั่งรัฐเองก็ไม่สามารถเข้าแทรกแซงที่จะปกป้องคุ้มครองเด็กได้ แนวความคิดนี้จึงไม่คงอยู่ เนื่องจาก เป็นแนวความคิดที่เป็นการกระทำผิดและละเมิดต่อเด็ก แนวความคิดดังกล่าวไม่ได้ทำให้สิทธิส่วนบุคคลใด ๆ แก่เด็ก ๆ เลย ทั้ง ๆ ที่เป็นมนุษย์เช่นเดียวกัน

(2) หลักกฎหมายอังกฤษ

หลักกฎหมายอังกฤษมีอิทธิพลต่อกฎหมายในเรื่องอำนาจปกครองบุตรของสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างมาก ประเทศอังกฤษได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน เช่นเดียวกัน ตามหลัก "Patria Potestas" ซึ่งถือว่าบุตรเป็นเพียงทรัพย์สินของบิดาเท่านั้น

ในศตวรรษที่ 19 แนวความคิดนี้เริ่มเปลี่ยนไปโดยเริ่มเห็นว่า บิดาเป็นผู้ไม่สมควรจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร ในคตินักกวีชาวโรมัน ชื่อ "Percy Busshe Shelly" Shelly ได้ถูกถอนอำนาจปกครองบุตรภายหลังจากที่ภริยาของเขาได้ตายลง เพราะการไม่นับถือในพระเจ้า และเป็นผู้ประพฤติผิดศีลธรรม ฉะนั้น บิดาอาจจะถูกปฏิเสธในการที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรได้ หากเขาขาดคุณสมบัติทางด้านศีลธรรมหรือทางด้านการเงินในการที่จะเลี้ยงดูเด็ก ศาลเริ่มที่จะสันนิษฐานว่าชอบเขตอำนาจของศาลนั้นขึ้นอยู่กับการคำนึงถึงประโยชน์สุขของเด็ก ซึ่งอยู่ภายใต้แนวความคิดในเรื่องรัฐเป็นบิดามารดาของประเทศชาติ (Parens Patriae) ซึ่งทำให้รัฐเกิดอำนาจพิเศษที่จะปกป้องคุ้มครองผู้เยาว์ให้พ้นจากภัยอันตรายหรือความเสียหายใด ๆ ²

ในปี 1893 ประเทศอังกฤษได้ออกกฎหมายซึ่งเรียกว่า "Talfourd's Act" โดยให้ศาลมีอำนาจที่จะตัดสินให้อำนาจปกครองบุตร ซึ่งอายุไม่เกิน 7 ปี อยู่กับมารดา กฎหมายฉบับดังกล่าวได้กลายเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมาย (Tender Years Presumption) ที่บุตร

² David J. Miller, "Joint Custody," Family Law Quarterly Vol. 13 no.3 (1979) : 351-352.

ผู้ยังอ่อนเยาว์ควรจะมีมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง สืบเนื่องจากหลักดังกล่าวได้มีกฎหมายอีกฉบับหนึ่งคือ "The Guardianship of Infants Act of 1886" บัญญัติให้บิดาและมารดาทั้งสองคนมีสิทธิเท่าเทียมกันในการใช้อำนาจปกครองและความคุมดูแลบุตร

ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาในศตวรรษที่ 19 นั้น สิทธิของบิดาในเรื่องอำนาจปกครองบุตรนั้นมีลักษณะ เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ คือบิดาจะมีผู้เดียวที่ได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร ข้อสันนิษฐานที่ว่าบิดาเป็นผู้สมควรจะเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรมากกว่ามารดานั้น หากพิสูจน์ได้ว่าบิดาเป็นผู้ไม่เหมาะสมหรือหากให้บุตรผู้เยาว์ไปอยู่กับบิดาแล้วจะขัดต่อประโยชน์สุขของบุตร เช่นนี้ บิดาก็จะไม่มีสิทธิในการใช้อำนาจปกครองบุตรอีกต่อไป

ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา เริ่มที่จะคำนึงถึงประโยชน์สุขและการดูแลเด็กเป็นพิเศษ และมองว่าบิดามารดาต้องมีความรับผิดชอบต่อบุตรของตนเองมากกว่าจะเห็นว่าบุตรเป็นทรัพย์สิน การที่ศาลคำนึงถึงประโยชน์สุขของเด็กดังกล่าว ถือเป็น การเริ่มต้นที่ทันสมัยที่ศาลจะคำนึงและวิเคราะห์ในเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลัก

การที่กฎหมายในเรื่องอำนาจปกครองบุตรได้เปลี่ยนแปลงไปในศตวรรษที่ 19 นั้น อาจกล่าวได้ว่ามีปัจจัยจำนวนมากที่ชี้ให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายในเรื่องนี้³ คือ สภาพของสังคม เมืองและสภาพของสังคมอุตสาหกรรมมีอิทธิพลต่อบิดาที่จะต้องทำให้ออกไปทำงานนอกบ้าน และมารดาจะเป็นผู้เลี้ยงดูบุตร การเปลี่ยนแปลงของระบบสังคมทำให้บุตรจะต้องได้รับการสนับสนุนในด้านเงินทองและการเลี้ยงดูที่ดีจากมารดา ในที่สุดความเคลื่อนไหวดังกล่าวทำให้สิทธิของมารดาเปลี่ยนแปลงไป ดูเหมือนว่าปัจจัยเหล่านี้ทำให้กฎหมายอ่อนคลายลง และทำให้กลับหลักการจากข้อสันนิษฐานในเรื่องอำนาจปกครองบุตรต้องเป็นของบิดา โดยในปี ค.ศ. 1941 ศาลสูงของรัฐ Florida ได้ตัดสินยืนยันว่า "แนวความคิดที่ให้บิดามีสิทธิเหนือมารดาในเรื่องอำนาจปกครองบุตร ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่มีมายาวนานและทันสมัย สมควรที่จะสิ้นสุดลงเช่นเดียวกับกฎหมายยุคเก่า ๆ หลักเกณฑังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งที่แยกมาจากกฎหมายโบราณของคอมมอนลอว์ ที่ได้ถูกนำมาใช้ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง แต่ในสมัยปัจจุบันหลักเกณฑังกล่าวเป็นสิ่งที่ยอมรับว่าล้มเหลวไปเสียแล้ว"

³ Ibid., p. 352.

ต่อมาในศตวรรษที่ 20 ข้อสันนิษฐานที่ให้อ่านาจปกครองบุตรตกอยู่แก่ฝ่ายมารดา เป็นที่นิยมแทนที่ข้อสันนิษฐานที่ให้อ่านาจปกครองบุตรตกอยู่แก่บิดา โดยใน ค.ศ. 1920 ข้อสันนิษฐานนี้เป็นหลักเกณฑ์ในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลได้เขียนถึงความสัมพันธ์ระหว่างมารดา และบุตรว่า " เป็นแดนที่อยู่ระหว่างความรักของแม่และบรรยากาศของสวรรค์ (There is but a twilight zone between a mother's love and the atmosphere of heaven) และทุก ๆ สิ่งเป็นสิ่งที่เสมอภาคกัน ไม่มีบุตรคนไหนที่จะถูกกีดกันจากมารดาของตน เว้นแต่ว่าจะมี เหตุผลพิเศษหรือ เหนือกว่าธรรมดาสำหรับการกระทำเช่นนั้น"

รัฐส่วนมากของสหรัฐอเมริกา มีบทบัญญัติในเรื่องการพิจารณาในเรื่องการกำหนด อ่านาจปกครองบุตร โดยบัญญัติให้บิดาและมารดามีสิทธิเท่าเทียมกันในการจะเป็นผู้มีอ่านาจปกครอง บุตร แต่ในทางปฏิบัติแล้วในคดีที่เกี่ยวข้องกับ เรื่องอ่านาจปกครองบุตรส่วนมากศาลจะให้มารดาเป็นผู้ มีอ่านาจปกครองบุตร ต่อมาสภาวะการเปลี่ยนแปลงไปมารดาต้องออกไปทำงานนอกบ้าน เช่นเดียวกับ บิดา คุณพินิจของศาลจึงเริ่มเปลี่ยนแปลงที่จะตัดสินใจ ให้บิดาเป็นผู้มีอ่านาจปกครอง โดยจะ คำนึงถึงลักษณะส่วนบุคคลว่าเหมาะสมเพียงไร แทนที่จะคำนึงถึงข้อสันนิษฐานในเรื่องเพศ เช่นใน ช่วงแรก

จากข้อสันนิษฐานดังกล่าว⁴ ไม่ว่าจะให้บิดาเป็นผู้มีอ่านาจปกครอง หรือในกรณี ให้มารดาเป็นผู้มีอ่านาจปกครอง มิใช่สิ่งที่ศาลจะนำมาใช้ในการตัดสินหรือยึดติดได้ยาวนานในการ พิจารณาถึงความเหมาะสมในเรื่องอ่านาจปกครองบุตร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีบิดามารดา ไม่สามารถตกลงกันว่าใครจะเป็นผู้มีอ่านาจปกครองบุตร ศาลพบว่ากรณีเช่นนี้เป็นสิ่งที่ทำให้ศาล สับสนในการที่จะชี้ขาดด้วยเพียงข้อมูลรายละเอียดที่จำกัดและการยืนยันที่ไม่สอดคล้องต่อกัน โดยที่ทั้งคู่ คือบิดาและมารดาเป็นบุคคลที่สมควรจะเป็นผู้มีอ่านาจปกครองและเลี้ยงดูผู้เยาว์ให้ เติบโต

⁴ Jay Folberg, Custody Overview, quoted in Jay Folberg, Joint Custody and Shared Parenting (U.S.A. : The Bureau of National Affairs, Inc. 1984), p. 5.

ดังนั้น ในปี 1957 North Carolina ได้ตราบทบัญญัติที่จะให้มีการปกครองบุตรร่วมกัน สำหรับบิดามารดาภายหลังที่มีการหย่าร้าง (joint custody) ถ้าแสดงได้ชัดว่าตั้งอยู่บนประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the best interest of the child) และ 22 ปี ต่อมาได้มีประกาศเกี่ยวกับนโยบายของรัฐที่เกี่ยวกับบทบัญญัติของรัฐแคลิฟอร์เนียสนับสนุนในการที่ให้บิดาและมารดาร่วมกันรับผิดชอบและแบ่งสิทธิในการติดต่อกับบุตรภายหลังการสมรสสิ้นสุดลง และในช่วงหลายปีที่ผ่านมาบทบัญญัติในเรื่องอำนาจปกครองบุตรร่วมกันเป็นที่สนใจของรัฐต่าง ๆ เป็นอย่างมาก รัฐ 30 กว่ารัฐของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันหรือการแบ่งปันสิทธิและหน้าที่ในความเป็นบิดามารดา (joint custody of shared parenting laws) โดยบทบัญญัติของรัฐแต่ละรัฐนั้นส่วนมากจะมีแนวคิดมาจากบทบัญญัติของรัฐแคลิฟอร์เนีย

1.2 ลักษณะและการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า

ตามบทบัญญัติของกฎหมายและตามแนวคำพิพากษาของศาลได้อธิบายถึงลักษณะของการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ดังนี้⁵

(1) การกำหนดให้บิดาหรือมารดาเพียงฝ่ายเดียวเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตร

(Sole Custody) โดยปกติแล้ว เมื่อการสมรสสิ้นสุดลง อำนาจปกครองบุตรย่อมมอบให้แก่บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้มีอำนาจปกครองเพียงฝ่ายเดียว ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งผู้ซึ่งมิได้เป็นผู้ปกครอง (the non custodial parent) ย่อมมีสิทธิเยี่ยมเยียน แต่อาจมีข้อตกลงโดยมิเป็นทางการ (by informal agreement) ว่าให้บิดาหรือมารดาผู้ซึ่งมิได้ปกครองบุตรมีสิทธิในการที่จะตัดสินใจในสิ่งที่สำคัญเกี่ยวกับบุตรของตน แต่อย่างไรก็ตามการควบคุมและความรับผิดชอบทางกฎหมายคงอยู่กับบิดาหรือมารดาผู้ที่มีอำนาจปกครองบุตร (the custodial parent)

(2) การกำหนดให้บิดาหรือมารดาผลัดกันใช้อำนาจปกครองบุตร (divided custody)

กล่าวคือ บิดาหรือมารดาจะอยู่ร่วมกับบุตรโดยกำหนดเป็นช่วงระยะเวลา เช่น สัปดาห์, เดือน หรือปี ส่วนบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งบุตรมิได้อาศัยอยู่ด้วยก็จะมีสิทธิเยี่ยมเยียนตามข้อตกลงที่ได้กำหนดไว้ และในช่วงระยะเวลาที่บุตรได้อาศัยอยู่กับบิดาหรือมารดาคนใด บิดาหรือมารดาผู้นั้นก็มีสิทธิและหน้าที่อย่างสมบูรณ์ในการควบคุมและใช้อำนาจปกครองเหนือบุตร

⁵ Ibid., pp. 5-6.

(3) การกำหนดให้บิดาหรือมารดามีอำนาจปกครองบุตรโดยการแบ่งบุตร (split custody) การกำหนดอำนาจปกครองบุตรโดยการแบ่งบุตรนั้นมีลักษณะทำนองเดียวกับการตกลงให้บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว (sole custody) โดยจะมีลักษณะที่จะแบ่งบุตรแยกกันปกครอง เช่น แบ่งลูกชายให้บิดา และแบ่งลูกสาวให้มารดา โดยแต่ละคนย่อมมีสิทธิและหน้าที่อย่างเต็มที่ในการใช้อำนาจปกครองเหนือบุตร โดยไม่ต้องแบ่งช่วงเวลา

แต่โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายโดยทั่วไปแล้วปรารถนาที่จะให้พี่น้องอยู่ร่วมกันเนื่องด้วย "การหย่าของบิดามารดาย่อมทำให้สภาพความเป็นครอบครัวเลวร้ายลง และการที่จะแบ่งเด็กออกจากพี่น้องย่อมเป็นการเพิ่มสภาพความเลวร้ายให้แก่เด็กเพิ่มขึ้นอีก (a family unit is struck a vile blow when parents divorce ; and is struck an additional one where children are separated from each other) ดังนั้นศาลมักจะปฏิเสธในการที่จะแบ่งแยกบุตร (split custody) เพราะไม่ต้องการแยกพี่น้องดังกล่าวมา แต่ศาลก็จะคำนึงถึงด้วยว่าบิดาหรือมารดาผู้ที่จะปกครองบุตรนั้นจะมีความสามารถเลี้ยงดูบุตรได้ทั้งหมดหรือไม่

(4) การกำหนดให้บิดาและมารดามีอำนาจปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody) ลักษณะของข้อตกลงในเรื่องอำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าร้างนั้นจะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับการใช้อำนาจปกครองบุตรและการควบคุมดูแลบุตรในระหว่างสมรส แต่ในระหว่างสมรสการใช้อำนาจปกครองหรือควบคุมดูแลบุตรของบิดามารดานั้นมักจะไม่ค่อยมีการพิจารณาในศาลมากนัก เนื่องด้วยศาลมักจะไม่ว่างเข้ามาแทรกแซงในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นระหว่างสมรส

อำนาจปกครองบุตรของบิดามารดาระหว่างสมรสได้มีการให้คำจำกัดความในบทบัญญัติหรือในคำพิพากษาของศาลเสมอ ๆ โดยให้หมายรวมถึงสิทธิและหน้าที่ ซึ่งหน้าที่ของบิดามารดาก็คือการปกป้องและดูแลเลี้ยงดูบุตร ควบคุมและอบรมสั่งสอนบุตร ให้การดูแลรักษาพยาบาล ตลอดจนการตัดสินใจทางด้านการศึกษาและการนับถือศาสนาของบุตร หน้าที่และความรับผิดชอบที่มีต่อบุตรในระหว่างบิดามารดานั้น โดยทั่วไปไม่มีความแตกต่างกันอย่างใด แม้ว่าในระยะแรกบิดาจะเป็นผู้มีความรับผิดชอบเลี้ยงดูบุตร แต่ในคำพิพากษาศาลและบทบัญญัติในปัจจุบันได้มีแนวโน้มที่จะให้บิดามารดามีหน้าที่ร่วมกันในการเลี้ยงดูบุตรและในด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับบุตร

เมื่อการสมรสสิ้นสุดลง ศาลจะเป็นผู้พิจารณาตัดสินถึงอนาคตในการดูแลและการปกครองบุตรผู้เยาว์ ซึ่งจะเห็นได้ว่าสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดานั้นไม่มีความแตกต่างไปจากขณะที่ครอบครัวยังคงอยู่เลย ศาลมักจะสับสนเสมอ เมื่อมีการพิจารณาว่าบิดาหรือมารดาผู้ใดเหมาะสมจะเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตร ซึ่งตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้นบิดาและมารดามีสิทธิที่จะเรียกร้องที่จะปกครองบุตรได้เท่าเทียมกันในศาล

การปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าอาจเกิดจากการตกลงของบิดามารดา (stipulated joint custody) โดยทำข้อตกลงเสนอต่อศาลว่าทั้งคู่ยินยอมพร้อมใจที่จะปกครองบุตรร่วมกัน พร้อมทั้งแผนในการที่จะร่วมกันปกครองบุตร ในบางรัฐของสหรัฐอเมริกา ศาลมีคำสั่งให้มีการปกครองบุตรร่วมกันได้แม้ว่าไม่มีคู่กรณีฝ่ายใดร้องขอหรือร้องขอแต่เพียงฝ่ายเดียว (court-ordered joint custody) แต่ในคำสั่งของศาลในกรณีนี้ยังเป็นที่โต้แย้งกันอยู่ อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่มีข้อตกลงกันของบิดามารดาหรือคำสั่งศาลในการปกครองบุตรร่วมกัน ในทางปฏิบัติบิดามารดาอาจจะรับผิดชอบบุตรร่วมกันได้แม้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเป็นผู้ปกครองบุตร (de facto joint custody) โดยการตกลงกันอย่างไม่เป็นทางการ ผู้พิพากษาในรัฐ Oregon ได้ให้ความเห็นในกรณีดังกล่าวว่า "การปกครองบุตรร่วมกันควรจะเป็นสิ่งที่คงอยู่ตลอดไป บิดามารดาควรที่จะดำเนินการร่วมกันในการปกครองบุตร แม้ว่าจะไม่มีคำสั่งของศาลในกรณีดังกล่าว คำสั่งของศาล เป็นเพียงความต้องการของคู่กรณีในการยืนยันข้อตกลงของทั้งคู่ แต่ในบางคดี แม้จะไม่มีคำสั่งของศาลคู่กรณีก็สามารถจัดการดูแลเด็กร่วมกันได้เป็นอย่างดี"⁶

1.3 หลักในการพิจารณาอำนาจปกครองบุตร⁷

(1) หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child)

คำตัดสินของศาลสูงเกี่ยวกับอำนาจปกครองทั้งหลายแสดงให้เห็นว่าศาลจะคำนึงถึง "ประโยชน์สูงสุดของเด็ก" (the best interests of the child) คำว่า "ประโยชน์สูงสุดของเด็ก" นั้น เป็นสิ่งที่ยากจะเข้าใจได้ว่าเป็นอะไร จึงเป็นดุลพินิจของศาลโดยแท้ อย่างไรก็ตามก็ได้มีความพยายามที่จะให้แนวทางในการพิจารณาเรื่อง "ประโยชน์สูงสุดของเด็ก" แก่ศาลดังนี้

⁶ Ibid., pp. 8-9.

⁷ Ann M. Haralambie, Handling Child Custody Cases, p. 24.

"ประโยชน์สูงสุดของเด็ก" หมายความว่ารวมถึงการวิเคราะห์ถึงสภาวะแวดล้อม (environment) ความต้องการทางกายภาพ (physical needs) การกระตุ้นทางสติปัญญา (intellectual stimulation) แหล่งการเงิน (financial resources) การพัฒนาทางศีลธรรม (moral development) ความต้องการทางอารมณ์ (emotional needs) และการสร้างครอบครัว (family make-up) ซึ่งจะต้องพิจารณาพร้อม ๆ กันไป พร้อมทั้งสภาพการณ์ของเด็กและของบิดามารดา เพื่อดูว่าอะไรจะอำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก ดังนั้น บิดามารดาฝ่ายที่ร่ำรวยไม่จำเป็นที่จะเป็นผู้ได้เปรียบกว่าบิดามารดาที่มีฐานะทางการเงินต่ำกว่า แต่มีความเหมาะสมต่อเด็ก ฐานะทางการเงินที่ต่างกันสามารถประสานกันได้โดยคำสั่งให้ฝ่ายที่ร่ำรวยสนับสนุนการเงินแก่เด็ก

หลักในเรื่อง "ประโยชน์สูงสุดของเด็ก" เป็นสิ่งแรกที่ศาลจะต้องคำนึงถึง ศาลไม้อาจจะตัดสินให้อ่านาจอปกครองโดยพิจารณาจากการกระทำผิดเกี่ยวกับการสมรสที่ไม่มีผลต่อเด็กหรือไม่อาจให้อ่านาจอปกครองเพื่อเป็นการทำโทษบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่ง ในหลักดังกล่าว ศาลจะต้องเป็นผู้ตัดสินในเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็ก คู่กรณีไม่อาจนำข้อตกลงระหว่างกันเอง มาผูกมัดศาลในเรื่องเกี่ยวกับอ่านาจอปกครองได้

(2) องค์ประกอบทั่วไปในการตัดสินให้อ่านาจอปกครอง

การจะกำหนดว่าอะไรจะอยู่ในประโยชน์สูงสุดของเด็ก จะต้องนำองค์ประกอบหลาย ๆ ประการมาวิเคราะห์ และจะไม่ตัดสินเพียงองค์ประกอบเดียว สิ่งแรกที่จะต้องนำมาพิจารณาคือ การประเมินความต้องการของเด็ก ตลอดจนความสามารถและความประสงค์ของบิดามารดาแต่ละฝ่ายที่จะสนองความต้องการของเด็ก

กฎหมายในหลาย ๆ มลรัฐ ได้กำหนดองค์ประกอบที่จะต้องนำมาพิจารณาในการตัดสินในเรื่องอ่านาจอปกครอง องค์ประกอบดังกล่าวเช่น

- ความประสงค์ของบิดามารดา
- ความประสงค์ของเด็ก
- ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดา
- ตัวของเด็ก
- ญาติพี่น้องของเด็ก
- การปรับตัวของเด็กในบ้าน โรงเรียน และชุมชน
- สุขภาพทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ

กฎหมายในบางรัฐได้กำหนดให้ศาลพิจารณาถึงความสามารถของบิดามารดาในการให้ความรัก ความเอาใจใส่ คำแนะนำ และการศึกษาสำหรับเด็ก หรือการจัดหาอาหาร เสื้อผ้า และการดูแลรักษาพยาบาลสำหรับเด็ก

ในบางรัฐจะไม่นำความประพฤติของบิดามารดาประกอบการพิจารณา หากว่าความประพฤตินั้นไม่ได้เป็นผลกระทบต่อความสัมพันธ์ของบิดามารดาและบุตร และเห็นว่าการดูแลเลี้ยงดูอย่างต่อเนื่อง เป็นองค์ประกอบสำคัญอันดับแรกที่จะต้องนำมาพิจารณา

1.4 คำจำกัดความ "อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า" (joint custody)

ในเรื่องคำจำกัดความ "อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า"

มีนักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาหลายท่านได้ให้คำจำกัดความไว้ดังนี้

เนื้อหาของการใช้**อำนาจปกครองบุตรร่วมกัน**⁸ (joint custody) หมายถึง การที่บิดามารดาทั้งคู่ได้มีส่วนร่วมกันที่จะมีความรับผิดชอบและหน้าที่ต่อบุตรของตน ซึ่งรวมไปถึง การที่บิดามารดาจะต้องปรึกษาหารือกันและตกลงกันในการตัดสินใจในเรื่องสำคัญที่มีผลกระทบต่อบุตร การตัดสินใจร่วมกันเช่นนี้จะทำให้ความสัมพันธ์ในครอบครัวขนาดเล็กยังคงอยู่ (nuclear family) บิดามารดาที่ใช้**อำนาจปกครองบุตรร่วมกัน**โดยช่วยกันตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ของบุตร ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ของบุตร เรื่องต่าง ๆ นั้นได้แก่ การเลี้ยงดู การให้การศึกษา การนับถือศาสนา และการให้การสนับสนุนในด้านการเงินต่อบุตร รวมถึงการรักษาพยาบาลและช่วยเหลือทางด้านจิตวิทยา และหากจำเป็นก็รวมถึงการร่วมกิจกรรมในหลักสูตรของโรงเรียนและการสมาคมต่าง ๆ เช่น พาบุตรไปท่องเที่ยวในวันหยุดของโรงเรียน หรือร่วมอยู่พักแรมในฤดูร้อน เป็นต้น การตัดสินใจในเรื่องที่พิเศษเหล่านี้บิดามารดาต้องตัดสินใจด้วยตัวของตนเอง และในสายตาของกฎหมายบิดามารดาทั้งคู่ก็มีสิทธิเท่าเทียมกันเสมอ

การใช้**อำนาจปกครองบุตรร่วมกัน**ของบิดามารดาภายหลังการหย่า โดยพื้นฐานแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ

1. อำนาจปกครองบุตรร่วมกันโดยนิติบัญญัติ (joint legal custody) การใช้**อำนาจปกครองบุตรร่วมกันโดยนิติบัญญัติ** คือ การที่บิดามารดา**ร่วมกันตัดสินใจ**ในเรื่องสำคัญ ๆ ทั้งหมดที่มีผลกระทบต่อบุตร (all major decisions affecting the children) กล่าวคือ

⁸ David J. Miller, "Joint Custody," p. 360.

เป็นกรณีที่มีบิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองโดยพฤตินัย และบิดาหรือมารดาผู้นั้นมีสิทธิที่จะตัดสินใจในเรื่องกิจวัตรประจำวันของบุตรผู้เยาว์ในแต่ละวัน แต่ในส่วนที่สำคัญ ๆ ที่เกี่ยวกับตัวบุตรผู้เยาว์ บิดามารดาทั้งคู่ต้องตัดสินใจร่วมกัน

2. อำนาจปกครองบุตรร่วมกันโดยพฤตินัย (joint physical custody)

การใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันโดยพฤตินัย เป็นการที่จะแบ่งปันกันในการที่จะให้บุตรอาศัยอยู่กับบิดาหรือมารดา บุตรจะต้องอาศัยอยู่กับบิดาหรือมารดาแต่ละคนเสมอภาคกัน ในแต่ละช่วงเวลาของแต่ละคน บิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครองโดยพฤตินัยมีสิทธิในการตัดสินใจในเรื่องกิจวัตรประจำวันของบุตร เช่น การกิน การนอน การให้ทำงานบ้าน เป็นต้น

นอกจากนี้ Peter D. Axelrod, Craig A. Everett and Ann M. Haralambie⁹ ได้ให้คำจำกัดความว่า แนวความคิดในการปกครองบุตรร่วมกัน (Joint custody) มีความหมายกว้างและหลากหลาย อย่างไรก็ตาม คำจำกัดความตามเนื้อหา หมายถึง การร่วมกันของบิดามารดาทั้งคู่ในการที่จะตัดสินใจในเรื่องสำคัญ ๆ อันจะมีผลกระทบต่อชีวิตของบุตร การตัดสินใจที่สำคัญ ๆ ดังกล่าวอาจจะรวมถึงการศึกษา การนับถือศาสนา การรักษาพยาบาล และด้านระเบียบวินัย แต่คำจำกัดความที่กว้างกว่าความหมายข้างต้นของการปกครองบุตรร่วมกันอาจรวมถึงลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) บิดามารดาทั้งคู่ได้รับการสันนิษฐานว่าจะมีความรับผิดชอบร่วมกันสำหรับบุตรทางด้านอารมณ์ หรือทางศีลธรรมที่จะพัฒนาและปรับปรุงตัวของบุตร
- (2) บิดามารดาทั้งคู่ร่วมกันตัดสินใจในสิ่งที่จะมีผลกระทบโดยตรงต่อบุตร
- (3) บุตรจะมีความสัมพันธ์อย่างต่อเนื่องกับบิดามารดาแต่ละฝ่าย

ในบทความเรื่อง Criteria for Deciding Child Custody¹⁰ ได้กล่าวถึง การปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody or shared custody) ว่าประกอบไปด้วย 2 ลักษณะ คือ ผู้ใช้อำนาจปกครองโดยพฤตินัย (physical custody) และผู้ใช้อำนาจปกครองโดยนิตินัย (legal custody) ซึ่งในทั้งสองลักษณะนั้นสามารถใช้แยกกันหรือร่วมกันก็ได้

⁹ Ann M. Haralambie, Handling Child Custody Cases, pp. 50-51.

¹⁰ "Criteria for Deciding Child Custody," Family Law Quarterly Vol.18 no.1 (1983) : 36-37.

ในส่วนของการปกครองบุตรร่วมกันโดยพฤตินัย (joint physical custody) หมายถึง การที่บิดามารดาทั้งคู่ใช้เวลาพิเศษกับบุตรและแบ่งปันกันในแต่ละช่วงเวลาที่จะเลี้ยงดูบุตร (in day to day) บิดามารดาทั้งคู่จะได้ใช้เวลาในช่วงกลางวันและกลางคืนกับบุตร โดยไม่มีขอบเขตจำกัดว่าจะต้องเป็นเพียงช่วงวัน หรือเพียง 2 ถึง 3 สัปดาห์ในช่วงภาคฤดูร้อน เท่านั้น อีกลักษณะหนึ่งคือการปกครองบุตรร่วมกันโดยนิตินัย หมายถึงการที่บิดามารดาทั้งคู่มีสิทธิเท่าเทียมกันที่จะตัดสินใจในเรื่องที่สำคัญที่มีผลกระทบต่อบุตร ซึ่งรวมถึง เรื่องการศึกษา การนับถือ ศาสนาและการรักษาพยาบาล

Paula M. Raines ได้ให้คำจำกัดความของการปกครองบุตรร่วมกันว่ามี 2 นัย คือ¹¹ การปกครองบุตรโดยพฤตินัย (physical custody) และการปกครองบุตรโดยนิตินัย (legal custody) การปกครองบุตรโดยพฤตินัย คือการที่บิดาหรือมารดาจะได้รับอนุญาตให้ควบคุมดูแลกิจวัตรประจำวันของบุตร พร้อมทั้งให้ที่อาศัยแก่บุตร การปกครองบุตรร่วมกันจึงเป็นการแบ่งปันเวลาในการดูแลบุตร โดยบุตรจะได้รับการติดต่อและพบปะบิดามารดาทั้งคู่เป็นประจำ หรือบ่อยครั้งอย่างต่อเนื่อง ส่วนการปกครองบุตรทางนิตินัย หมายถึง สิทธิของบิดามารดาในการที่จะตัดสินใจในด้านสุขภาพอนามัย การศึกษา และประโยชน์สุขของบุตร ดังนั้น การปกครองบุตรร่วมกันโดยนิตินัย (joint legal custody) เป็นกรณีที่บิดาและมารดาได้รับสิทธิของบิดามารดาอย่างเต็มที่และมีความรับผิดชอบในความสัมพันธ์ในตัวบุตรของตนเอง และร่วมกันปรึกษาหารือในการตัดสินใจในเรื่องสำคัญที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สุขของบุตร

ฉะนั้น อาจสรุปความหมายของ "อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าร้าง" (joint custody) ได้ว่าเป็นความต้องการของบิดาและมารดาที่ตกลงจะใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกัน โดยมีการแบ่งสิทธิ ความรับผิดชอบในการดูแลบุตร และบิดามารดาแต่ละคนก็สามารถที่จะติดต่อกับบุตรของตนได้อย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่อง พร้อมทั้งทั้งคู่ยังคงเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรดั้งเดิม

¹¹ Paula M. Raines, "Joint Custody and The Right to Travel : Legal and Psychological Implications," Journal of Family Law . Vol.24 (1985-1986) : 626-627.



1.5 ข้อเกิดในการเลือกใช้การปกครองบุตรร่วมกัน

1.5.1 สภาพการหย่าร้างในสหรัฐอเมริกา

อัตราการหย่าร้างของบิดามารดาในแต่ละครอบครัวได้เพิ่มสูงขึ้นจนกลายเป็นสิ่งที่ไม่น่าเชื่อผู้เชี่ยวชาญได้ประเมินว่า¹² ในปี ค.ศ. 1979 ในทุก ๆ คู่สมรสสามคู่จะมีการหย่าร้างหนึ่งคู่ ในแต่ละปีที่ผ่านมาอัตราการหย่าร้างเพิ่มสูงขึ้นจนเป็นปกติธรรมดา ในปี ค.ศ. 1950 สำหรับทุก ๆ 1,000 คู่ จะมีการหย่าร้างกันร้อยละ 2.6 ส่วนในปี 1975 ก็มีการหย่าร้างเพิ่มขึ้นเกือบประมาณสองเท่า คือร้อยละ 4.8 และต่อมาในปี 1979 มีคู่สมรสที่หย่าร้างเพิ่มขึ้นมากกว่าหนึ่งล้านคู่ในทุก ๆ ปี และในคู่สมรสที่หย่าร้างกันประมาณร้อยละ 60 ถึง 75 จะมีบุตรเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ดังนั้น เด็กมากกว่าหนึ่งล้านคนจึงต้องประสบกับการที่บิดามารดาหย่าร้างกัน ซึ่งการที่บิดาและมารดาต้องแยกออกเป็นสองครอบครัวเป็นเรื่องที่น่าเศร้าหมองอย่างเห็นได้ชัด เป็นเหตุให้มีเสียงสนับสนุนในการปรับปรุงโครงสร้างของสังคมในสหรัฐอเมริกา ในเชิงวิชาการผลกระทบที่เกิดจากการหย่าร้างอาจแบ่งได้ 3 ลักษณะ คือ¹³

1. มีผลต่อพฤติกรรมของเด็ก เด็กจะมีลักษณะนิสัยที่ก้าวร้าวต่อต้านสังคมจนทำให้ไม่สามารถที่จะควบคุมพฤติกรรมของเด็กที่อยู่ในครอบครัวที่เกิดการหย่าร้างได้
2. มีผลต่อการเรียกร้องทางจิตใจของเด็ก กล่าวคือ การหย่าร้างเป็นสาเหตุทำให้เด็กรู้สึกที่ถูกทอดทิ้งและถูกปฏิเสธ เด็กที่อยู่ในครอบครัวที่เกิดการหย่าร้างจะต้องมีความอดทนเป็นสองเท่า เมื่อเทียบกับประชาชนโดยทั่วไป เนื่องด้วยการสูญเสียบิดาหรือมารดา ทำให้เด็กมีจิตใจอ่อนแอ เกิดความวิตกกังวลในการดำเนินชีวิตในเวลาต่อมา ในบางครั้งลักษณะจิตใจของเด็กที่ถูกทำร้ายนั้นจะติดตัวเด็กตลอดไป
3. การหย่ามีผลทำให้มีปัญหาทางการเงิน เพราะรายได้ของบิดามารดาจะถูกแยกออกไปใช้ในสองครอบครัว

สถาบันจิตวิทยาของรัฐมิชิแกน (Michigan Psychiatric Facility) ได้ศึกษาเด็กในครอบครัวหย่าร้าง และพบว่าเด็กที่อยู่ในครอบครัวที่บิดามารดาหย่าร้างกันจะมีประสบการณ์ที่ทำให้จิตใจไม่เข้มแข็ง แต่จะไม่ใช่ความจริงสำหรับเด็กที่ไม่เคยสัมผัสในความเป็นบ้าน

¹² David J. Miller, "Joint Custody," p. 347.

¹³ Ibid., pp. 348-349.

ประสบการณ์ของเด็กในครอบครัวที่เกิดการหย่าร้างย่อม เป็นสิ่งธรรมดาที่จะทำ ให้เด็กมีความรู้สึกอ่อนแอและกลายเป็นจุดอ่อนของเด็ก

อัตราการทำร้างที่เพิ่มขึ้นและผลที่ตามมาได้ทำลายสภาพครอบครัวลง อันก่อให้เกิดปัญหาที่น่าวิตก เด็กจำนวนนับล้านคนต้องได้รับความเจ็บปวดจากการที่บิดามารดาต้องหย่าร้างกันเสมอ ดังนั้น สังคมจึงไม่ควรให้เหตุการณ์นี้เกิดขึ้นอีกต่อไป ได้มีความคิดพื้นฐาน 2 ประการในการแก้ไข คือ

- การลดอัตราการทำร้าง
- การลดผลเสียของการหย่าร้าง

แต่ในวิทยานิพนธ์ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงลักษณะการลดผลเสียของการหย่าร้าง เท่านั้น

ในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา เมื่อบิดามารดาหย่าร้างกัน ศาลจะตัดสินให้บุตรอยู่กับบิดาหรือมารดาเพียงคนเดียวคนหนึ่งเท่านั้น (sole custody) การเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรนั้นก็คือ การที่จะต้องอยู่เป็นเพื่อนบุตร และมีสิทธิที่จะตัดสินใจในการควบคุมดูแลการศึกษา สุขภาพอนามัย และทางด้านศาสนา การตัดสินใจว่าจะให้ใครเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรนั้นจะต้องมีการพิจารณาอย่างรอบคอบและสมบูรณ์ ศาลจะต้องเลือกบุคคลที่เหมาะสมที่สุด ซึ่งเป็นการยากลำบากและสร้างความหนักใจต่อศาลเป็นอย่างมาก

สภาพสังคมที่จะต้องค้นหาวิธีการลดผลเสียของการหย่าร้าง ตลอดจนข้อกฎหมายที่ศาลจะต้องตัดสินให้บิดาหรือมารดาเพียงคนเดียวคนหนึ่งเท่านั้น เป็นผู้ที่มีอำนาจปกครองบุตร เป็นจุดก่อให้เกิดการเลือกใช้การปกครองบุตรร่วมกัน เพื่อลดผลเสียของการหย่าร้าง และเป็นการเพิ่มทางเลือกทางกฎหมายอีกทางหนึ่งที่มีบิดามารดาหรือศาลจะนำมาเลือกใช้ เพื่อประโยชน์สุขของเด็ก

1.5.2 ระบบการพิจารณาในการกำหนดผู้มีอำนาจปกครอง

ดังกล่าวมาในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาในเรื่องการกำหนดผู้มีอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าร้างนั้น ต้องพิจารณาให้บิดาหรือมารดาเพียงคนเดียวคนหนึ่งเท่านั้น เป็นผู้ที่มีอำนาจปกครองบุตร (sole custody) ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งจะมีเพียงสิทธิติดต่อเยี่ยมเยียน (visitation rights) ระบบการหย่าร้างที่ให้บิดาหรือมารดาแต่เพียงฝ่ายเดียวเป็นผู้ปกครองบุตรนั้น ก่อให้เกิดการปฏิบัติกันขึ้นระหว่างคู่สมรสที่ต้องการหย่าร้างกัน¹⁴ เพราะแต่ละคน

¹⁴ Sheila F.G.Schwartz, "Toward a Presumption of Joint Custody", Family Law Quarterly. Vol.18 no.2 (1984) : p. 228.

ย่อมต้องการชนะ เพื่อจะได้บุตรไปอยู่ในความปกครองของตนเอง จึงแสดงออกทุกวิถีทางเพื่อทำให้ชนะคู่ต่อสู้ โดยบิดาหรือมารดาที่เป็นฝ่ายชนะมักจะยกเหตุผลที่เกินความเป็นจริง เพื่อตนเองจะได้เป็นผู้ปกครองบุตร ซึ่งไม่เป็นการสนับสนุนการที่จะให้เกิดการประนีประนอมกัน และเป็นการส่งเสริมให้มีการแข่งขัน เพื่อที่จะได้ควบคุมและพยายามดันรนเพื่ออำนาจ พร้อมทั้งเป็นการปฏิเสธการที่บิดามารดาและบุตรที่จะมีการช่วยเหลือค้ำจุนซึ่งกันและกัน และทำให้เด็กต้องขึ้นอยู่กับบิดาหรือมารดาแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็น และสิ่งนี้ทำให้บิดาหรือมารดาผู้นั้นเข้ามาเกี่ยวข้องกับชีวิตของเด็กจนเกินไป ทำให้เด็กเกิดความกลัวเกินความเป็นจริงในสิ่ง ซึ่งอาจจะเกิดขึ้นถ้าเขาต้องสูญเสียบิดาหรือมารดาไป การสูญเสียเช่นนี้อาจเป็นจริงได้ในกรณีของการตายหรือการเจ็บป่วยหรือตกงาน หรือกรณีบิดาหรือมารดามีคู่รักใหม่ หรือแต่งงานใหม่ยิ่งไปกว่านั้น เด็กมักจะถูกบังคับให้ต้องสูญเสียญาติ ปู่ย่า ตายาย ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และรวมถึงเพื่อน ๆ ด้วย¹⁵

Sheila F.G.Schwartz นักจิตวิทยาได้ให้ความเห็น¹⁶ "ในการพิจารณา กำหนดผู้มีอำนาจปกครองบุตรนั้น ผู้พิพากษาสามารถจะมองเห็นถึงอนาคตและทำนายสิ่งซึ่งเป็นผลประโยชน์แก่เด็กมากที่สุด แต่จริง ๆ แล้ว ผู้พิพากษา ทนาย หรือผู้เชี่ยวชาญทางสุขภาพจิต ไม่สามารถทำเช่นนั้นได้ ในกรณีที่มามีบิดามารดาที่ตีมากทั้ง 2 คน ไม่มีใครสามารถเลือกได้ว่า คนไหนควรจะได้เป็นผู้ปกครองเด็ก ดังที่ นักจิตวิทยาได้อธิบายไว้ว่า¹⁷ "ภายใต้สถานการณ์ เช่นนี้ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the best interest of the child) นั้น ไม่อาจ คาดการณ์ได้ล่วงหน้าหรือไม่อาจกำหนดได้ ถ้าจะต้องเลือกบิดาหรือมารดาเพียงคนเดียว การโยนหัวก้อยอาจจะเป็นการตัดสินใจที่ดีได้เท่ากับวิธีอื่น ๆ และการโยนหัวก้อยก็เร็วกว่า ถูกกว่า และไม่เข้าข้างใคร"

1.5.3 ข้อบกพร่องของการให้บิดาหรือมารดาปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว (sole custody) มีดังนี้¹⁸

(1) การปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว เป็นการกำหนดที่ขาดความยืดหยุ่น ไม่สามารถช่วยแก้ไขให้บิดามารดาปรองดองกันได้ในเรื่องบุตร การมีคำสั่งให้บิดาหรือมารดา

¹⁵ Ibid., p. 231.

¹⁶ Ibid., pp. 231-232.

¹⁷ Ibid., p. 232.

¹⁸ David J.Miller, "Joint Custody," pp. 355-359.

ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นผู้ปกครองบุตร เป็นเพียงการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งในการต่อสู้กันระหว่าง คู่หย่าเท่านั้น ระบบกฎหมายนี้ เป็นเพียงการชี้ว่าบิดาหรือมารดาฝ่ายใดจะถูกหรือผิด ฝ่ายถูกจะเป็น ผู้ปกครองบุตรและฝ่ายผิดก็จะมีสิทธิ เยี่ยม เยียน แต่มิได้คำนึงถึงผลกระทบต่อบุตรภายหลังหย่า แต่อย่างใด

(2) โดยปกติศาลมักมีแนวโน้มให้มารดา เป็นผู้มื่ออำนาจปกครองบุตรและบิดา มีสิทธิติดต่อ เยี่ยม เยียน ซึ่งทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตรน้อยลงกว่าปกติสิทธิติดต่อ เยี่ยม เยียนของบิดากับบุตรนั้นมักจะขึ้นอยู่กับมารดาที่มีอำนาจปกครอง บางครั้งมารดาอาจจะกีดกัน มิให้บุตรพบปะกับบิดาหรือกีดกันที่มีให้บิดาได้ เลี้ยงดูบุตร บิดาและบุตรจึงขาดโอกาสพัฒนาความสัมพันธ์ส่วนบุคคล ดังนั้น ระบบการปกครองบุตรเพียงคนเดียว และให้สิทธิติดต่อบุตรแก่อีกบุคคลหนึ่ง จึงเป็น "การตัดสินใจที่ปฏิเสธสิทธิและความจำเป็นตามธรรมชาติ" (arbitrarily denied natural rights and need)

(3) ในกรณีที่มารดาเป็นผู้ปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว (sole custody) เป็นการเพิ่มภาระให้แก่มารดามากขึ้น ปัจจุบันมารดานอกจากจะต้องทำหน้าที่ดูแลบุตรแล้ว ยังต้องออกไปทำงานนอกบ้าน ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวก่อนการหย่าร้างจะเป็นหน้าที่ปกติของบิดาและมารดาทั้งสองคน จึงเป็นการยากลำบากในการดำเนินชีวิตครอบครัวของมารดาที่จะต้องหาเงิน เลี้ยงชีพโดยปราศจากบิดา นักจิตวิทยาได้ให้ข้อสังเกตว่า "มารดาจำนวนมากที่หย่าร้างมักจะ ไม่พอใจบุตรของตนที่เป็นต้นเหตุให้กิจกรรมต่าง ๆ ของตนเองถูกจำกัด มารดาเหล่านั้นมักจะ เห็นว่าบ้านเป็นกับดักและกีดกันตนออกจากโลกภายนอก" (I have seen many a divorced mother who resented her children because they limited her own activities. These mother fell trapped at home and deprived of the various alternatives in the outside world) ในมุมมองของเด็กอาจจะมี ความรู้สึกว่าตนเองเป็นภาระแก่มารดา และมีโลกอยู่ในวงจำกัดของมารดา

1.6 แนวความคิดการเลือกใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า

1.6.1 แนวความคิดสนับสนุนการเลือกใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลัง การหย่า (Constructive Arguments for Joint Custody)

ผู้สนับสนุนเห็นว่า หากให้มีการเลือกใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody) ภายหลังการหย่าจะเป็นประโยชน์สูงสุดต่อ เด็กและส่งเสริมความสัมพันธ์ระหว่าง

บิดามารดากับบุตรมากกว่าการให้ผู้ปกครองเพียงคนเดียว (sole custody) โดยมีเหตุผล
ดังนี้¹⁹

(1) การปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody) มีลักษณะเป็นข้อตกลงที่ยืดหยุ่นได้ สามารถจะปรับไปตามความต้องการและสภาพแวดล้อมของสมาชิกในครอบครัวที่เปลี่ยนไป เช่น บิดาหรือมารดาตัดสินใจที่จะศึกษาต่อ เมื่ออยู่ภายใต้ข้อตกลงในการปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody) ก็ง่ายที่จะยกภาระการเลี้ยงดูเด็กในบางส่วนให้แก่บิดาหรือมารดาอีกคนในขณะที่ไปศึกษาต่อ อนึ่งความเปลี่ยนแปลงในลักษณะเดียวกันก็สามารถทำได้ในกรณีที่บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งต้องเดินทางบ่อย ๆ หรือมีเหตุผลส่วนตัวที่ผิดปกติ จะเห็นได้ว่าหากมีสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงในด้านความสัมพันธ์ของบิดาหรือมารดากับบุตร ระบบการปกครองบุตรร่วมกันสามารถที่จะปรับสภาพการณ์ดังกล่าวให้ลุล่วงไปได้โดยง่าย รวดเร็ว เพราะบิดาและมารดาเป็นผู้กำหนดข้อตกลงทั้งหมด หากเป็นกรณีการปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว (sole custody) การเปลี่ยนแปลงตามสภาพการณ์ข้างต้นจะต้องร้องขอต่อศาล ศาลต้องเข้ามาแทรกแซง ทำให้เด็กไม่สามารถจะพัฒนาความสัมพันธ์กับบิดาหรือมารดาที่มีได้ เป็นผู้ปกครอง (noncustodial parent) ได้อย่างสะดวก ดังนั้น ความเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ จะทำลายข้อตกลงในการปกครองบุตรร่วมกันได้น้อยมาก

นอกจากนี้ การปกครองบุตรร่วมกัน เป็นการทำให้เด็กได้ศึกษาถึงลักษณะของบิดาที่เป็นผู้ชายและลักษณะของมารดาที่เป็นผู้หญิงตามกฎของสังคม ซึ่งหากเปรียบกับลูกตุ้มนาฬิกาที่แกว่งอยู่ระหว่างความสมบูรณ์ของความเป็นบิดาและความสมบูรณ์ของความเป็นมารดา การปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody) จะเป็นสิ่งแสดงถึงความสมดุลย์ที่อยู่กึ่งกลางระหว่างสองฝ่าย (If the pendulum has swung from an absolute father preference to an absolute mother preference, joint custody represents a stable equilibrium in the middle.)²⁰

¹⁹ Ibid., pp. 361-366.

²⁰ Ibid., p. 362.

(2) การปกครองบุตรร่วมกันทำให้เด็กได้รับผลประโยชน์จากบิดามารดาทั้งสองคน นักกฎหมายและผู้เชี่ยวชาญทางสุขภาพจิตมีความเห็นสอดคล้องกันว่าเด็กที่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับบิดามารดาบ่อยครั้งเท่าไรย่อมเป็นประโยชน์ต่อเด็กมากเท่านั้น และจากการศึกษาในหลาย ๆ ด้านสรุปได้ว่า "เงื่อนไขสำหรับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องที่ดีที่สุดของเด็ก จำต้องมีความเกี่ยวข้องกับบิดามารดาทั้งคู่อย่างลึกซึ้ง" (the best conditions for continued development, require the deep involvement of both parents) ผู้สนับสนุนในระบบนี้ได้ยืนยันว่าการปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody) จะทำให้เด็กได้รับความรัก ความเอาใจใส่ การฝึกฝน และอิทธิพลจากความเป็นชายของบิดาและความเป็นหญิงของมารดา กล่าวคือ²¹

"เด็กทุก ๆ คนต้องการเรียนรู้ลักษณะความเป็นหญิงและชายจากสมาชิกในครอบครัว เด็กหญิงต้องการที่จะเรียนรู้ว่าจะกลายเป็นหญิงสาวได้อย่างไร และยังต้องการที่จะเข้าใจถึงในเรื่องของผู้ชาย เด็กชายก็จะต้องพัฒนาความเป็นผู้ชายและในขณะที่เดียวกันก็ต้องเรียนรู้ที่จะเข้าใจวิถีทางของผู้หญิง ซึ่งเรื่องดังกล่าวสามารถจะศึกษาจากบิดาและมารดาเป็นบทเรียนแรก และเป็นบทเรียนที่สำคัญ ด้วยเหตุนี้จึงควรอย่างยิ่งที่จะให้บิดามารดาสามารถติดต่อกับเด็กได้อย่างต่อเนื่อง"²²

(3) ระบบการปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody) คำจูนความสัมพันธ์ตามธรรมชาติภายในครอบครัวที่หย่าร้างกัน ทำให้ครอบครัวมีลักษณะที่ใกล้เคียงกันกับสภาพก่อนการหย่า²³ ดังคำกล่าวที่ว่า "บิดามารดาจะไม่แยกจากเด็ก ๆ ของตน และเด็ก ๆ

²¹ Ibid., pp. 362-363.

²² Every child has the need to identify with the members of both sexes. Girls must learn how to become women, but they must also understand how to relate to men. Boys have to develop masculinity, while they learn to understand the ways of women. The first and crucial lessons in this area are learned from the father mother, and for this reason every effort should be made to assure that this access continues.

²³ David J. Miller, "Joint Custody," p. 363.

ก็ยังมีพ่อแม่คนเดิมแม้ว่าจะหย่าร้างกัน" (Parents do not divorce their children. Children have the same parents despite a divorce.) และศาลแห่งรัฐ Illinois ได้ทำข้อสังเกตว่า "นโยบายของรัฐนั้นต้องการที่จะสนับสนุนการดำรงไว้ซึ่งความสัมพันธ์ภายในครอบครัวที่มั่นคง แม้จะอยู่ในสภาพการณ์ภายหลังการหย่า" และเห็นว่าสิทธิการเยี่ยมเยียน เป็นเพียงการกำหนดอันจอมปลอม เพื่อกีดกันความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรเท่านั้น ในหนังสือ Beyond the Best Interests of the Child ยอมรับว่าสิทธิเยี่ยมเยียนมิใช่ เป็นสิ่งที่ เป็นธรรมชาติ การที่บิดาหรือมารดามีเพียงสิทธิเยี่ยมเยียนทำให้มีโอกาสน้อยลงในการที่จะให้ความรัก ความเชื่อถือว่าวางใจและการศึกษาเลียนแบบของบุตร

ดังนั้น การปกครองบุตรร่วมกัน จึงเป็นทางเลือกที่เป็นธรรมชาติมากกว่าการ ปกครองบุตรเพียงคนเดียว ภายหลังการหย่า เพราะเป็นทางเลือกที่มีได้ตัดบิดาหรือมารดา คนใดคนหนึ่งออกไป และไม่เป็นการเพิ่มภาระให้อีกฝ่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้เป็นมารดาซึ่งมี อำนาจปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว การปกครองบุตรร่วมกันทำให้เด็กสามารถที่จะอยู่อาศัยกับบิดา มารดาแต่ละคนภายใต้สภาพชีวิตประจำวันที่เป็นปกติ และไม่เป็นการพยายามหลีกเลี่ยงความ เป็นธรรมชาติของครอบครัว Dr. Andrew Watson ได้กล่าวว่า²⁴

"ไม่ว่าเด็กจะมีบิดามารดาแบบไหนก็ตาม ไม่ช้าก็เร็ว เด็กจะต้องได้รับรู้ถึงลักษณะ แท้จริงของบิดามารดาและกำจัดความนึกฝันที่เด็กอาจจะมี เกี่ยวกับบิดามารดาของตน ซึ่งสิ่งเหล่านี้ จะได้รับการติดต่อโดยต่อเนื่อง แท้จริงแล้วการสูญเสียความสามารถเข้าถึงเด็กอย่างง่ายดาย นั้น เป็นเรื่องน่าเศร้าเรื่องหนึ่งของสภาพชีวิตแต่งงานที่มีการแตกแยกตรวบเท่าที่มีเด็ก ๆ เข้ามา มีส่วนเกี่ยวข้อง ด้วยเหตุนี้จึงควรจะมีการกีดกันเด็กจากการติดต่อสัมพันธ์กับบิดามารดาให้น้อย ที่สุด²⁵

²⁴ Ibid., p. 364.

²⁵ No matter what type of parents the child, sooner or later he must see them in accurate perspective and eliminate whatever fantasies he may have had about them. This may not be accomplished en vacuo and can only come about through continued and intensive contact. Indeed, the loss of easy access to both parents is one of the principal

นอกจากนี้ ในบทความ Child Protective Divorce Laws : A Response to the Effects of Parental Separation on Children ของ Robert F. Cochran, Jr และ Paul C. Vitz ได้เสนอความคิดเห็นที่น่าสนใจในการปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ของเด็กในการติดต่อกับบิดามารดาทั้งสองคน (protection the child's interest in substantial contact with both parents) ดังต่อไปนี้

ในบทความนี้เห็นว่า เมื่อบิดามารดาแยกทางกัน เด็กเป็นผู้รับผลร้ายต่อการสูญเสียทั้งในระยะสั้นและระยะยาวจากการที่จะต้องขาดการติดต่อกับบิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่ง เพราะเด็กต้องการที่จะพบปะกับบิดาหรือมารดาที่มีได้ เป็นผู้ปกครองมากกว่าข้อตกลงที่ให้มีการเยี่ยมเยียน และมักพบเสมอว่าสิทธิในการเยี่ยมเยียน มักจะถูกกีดขวางหรือก่อความขัดแย้งระหว่างบิดาหรือมารดา ซึ่งสิ่งเหล่านี้จะเป็นผลร้ายต่อเด็ก ๆ ดังนั้น จึงได้มีการเสนอวิธีการในการสนับสนุนให้เด็กได้มีการติดต่อกับบิดามารดาใน 3 วิธีการ คือ²⁶

(1) ควรจะมีการปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody) เพื่อบิดามารดาจะได้แบ่งปันเวลาและร่วมกันรับผิดชอบต่อบุตร โดยการร้องขอของบิดามารดา

(2) ศาลควรกำหนดจำนวนเวลาการเยี่ยมเยียนของบิดาหรือมารดาที่ไม่ได้เป็นผู้ปกครองบุตร (noncustodial parent) ให้เพิ่มมากขึ้นกว่าที่ปฏิบัติอยู่ ในกรณีที่บิดามารดาไม่สามารถตกลงในการปกครองบุตรร่วมกัน

(3) ควรจะมีการกำหนดจำนวนเวลาขั้นต่ำของการเยี่ยมเยียนและค่าเลี้ยงดูที่เด็กควรจะได้รับเมื่อบิดามารดาแยกทางกัน และบิดามารดาไม่สามารถที่จะตกลงในจำนวนเวลาของการเยี่ยมต่ำกว่าที่กำหนดไว้ เว้นแต่จะเป็นคำสั่งของศาล

tragedies of the disrupted marriage so far as children are concerned. For this reason, there should be few reasons for blocking the children's contacts with both parents.

²⁶ Robert F. Cochran, Jr and Paul C. Vitz, "Child Protective Divorce Laws : A Response to the Effects of Parental Separation on Children", Family Law Quarterly . vol.17 no.3 (1983) : 352.

ในบทความนี้มีความเห็นว่า จากวิธีการทั้ง 3 ลักษณะนั้น ระบบการปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody) เป็นวิธีการที่คุ้มครองเด็กมากที่สุด และจะเกิดอันตรายต่อเด็กน้อยที่สุดเมื่อบิดามารดาต้องแยกทางกัน เนื่องจากการปกครองบุตรร่วมกันทำให้บิดามารดาสามารถทำงานร่วมกันในการร่วมกันรับผิดชอบทางกฎหมายเกี่ยวกับเด็ก แต่การที่จะให้มีการปกครองบุตรร่วมกันนั้น ศาลจะต้องพิจารณาโดยรอบคอบและจะต้องเป็นการที่บิดาและมารดามีความเห็นสอดคล้องต่อกันที่ต้องการปกครองบุตรร่วมกัน จึงจะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อเด็ก และจะเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the best interests of the child)

ส่วนวิธีการที่ 2 บิดามารดาไม่สามารถตกลงกันในการปกครองบุตรร่วมกัน ดังนั้นการให้บิดาหรือมารดาเพียงคนเดียวคนหนึ่งเป็นผู้ปกครอง (sole custody) จึงเป็นวิธีการที่ดีกว่าซึ่งโดยปกติศาลจะเป็นผู้กำหนดเวลาการเยี่ยมเยียนของบิดาหรือมารดาผู้มิได้ปกครองบุตร (noncustodial parent) ในบทความนี้เสนอวิธีการให้ศาลมีคำสั่งเพิ่มจำนวนเวลาการเยี่ยมเยียนให้มากขึ้นกว่าที่เคยปฏิบัติ การเยี่ยมเยียนไม่รวมแต่เพียงวันหยุดสุดสัปดาห์แต่ควรรวมถึงวันเวลาระหว่างสัปดาห์ด้วย การเพิ่มจำนวนเวลาการเยี่ยมตามคำสั่งศาลในคดีที่มีการพิพาทกันจะเป็นบรรทัดฐานในการกำหนดเงินชดเชงในกรณีที่ไม่มีข้อพิพาทในศาล เพราะการตัดสินใจของศาลจะเป็นพื้นฐานในการตัดสินใจของพ่อแม่ในการตกลงกันในจำนวนเวลาของการเยี่ยมเยียน

และวิธีการที่ 3 เป็นการเสนอให้สิทธิพิเศษในการเยี่ยมแก่บิดาหรือมารดาที่ไม่ได้ปกครองบุตร (noncustodial parent) และให้สิทธิพิเศษในค่าเลี้ยงดูเด็กแก่บิดาหรือมารดาซึ่งเป็นผู้ปกครองบุตร (custodial parent) โดยกำหนดเป็นมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายในกรณีที่ไม่มีคำสั่งศาล นอกจากนั้นบทบัญญัติดังกล่าวจะช่วยแก้ไขปัญหาในการเจรจาตกลงและการต่อสู้กันในศาล และเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของเด็กในสถานการณ์อื่น ๆ เมื่อบิดามารดาต้องแยกทางกันและไม่มีคำสั่งในเรื่องสิทธิการเยี่ยมเยียนและเงินค่าเลี้ยงดูเด็ก

ลักษณะของบิดาหรือมารดาซึ่งเป็นผู้ปกครองบุตร (custodial parent) มักจะมีความโกรธต่อมารดาหรือบิดาอีกฝ่ายหนึ่ง (noncustodial parent) ซึ่งจะทำให้เด็กถูกกีดกันมิให้ติดต่อด้วย ผู้ปกครองบุตรมักรู้สึกว่าการกีดกันเด็กให้ห่างออกจากอิทธิพลของคู่ครองเดิมจะก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดให้แก่เด็ก ซึ่งจะทำให้ฝ่ายที่มิได้ปกครองบุตรมีความรู้สึกว่าเป็นการตีเช่นกัน หากมิได้ติดต่อกับบุตรเพราะจะได้หลีกเลี่ยงในการจ่ายเงินค่าเลี้ยงดูเด็ก หรือรู้สึกมีความโกรธที่จะต้องจ่ายเงินค่าเลี้ยงดูเด็กให้แก่ฝ่ายที่เป็นผู้ปกครองบุตร

และในบางครั้งบิดาหรือมารดาผู้ปกครองบุตร (custodial parent) มักจะยอมสละเงินค่าเลี้ยงดูเด็กที่ได้รับจากอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อสกัดกั้นมิให้เด็กได้ติดต่อกับบิดาหรือมารดาที่ไม่ได้เป็นผู้ปกครอง (noncustodial parent) ไม่ว่าในสภาพการณ์ใดเด็กย่อมได้รับความกระทบกระเทือนจิตใจจากการที่ถูกกีดกันจากการเยี่ยมเยียนของบิดาหรือมารดาที่ไม่ได้เป็นผู้ปกครอง และขาดความมั่นคงทางการเงิน

ด้วยเหตุผลนี้ จึงได้มีการเสนอให้มีบทบัญญัติของกฎหมายโดยกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการเยี่ยมเยียนและเงินค่าเลี้ยงดูเด็ก (minimum standards of child visitation and child support be established by law) เพื่อให้มีผลบังคับในทันทีที่บิดามารดาแยกทางกัน หากบิดามารดาคนใดไม่ยึดถือตามมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมาย โดยปราศจากความยินยอมของศาลย่อมถือว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย

มาตรฐานขั้นต่ำที่เหมาะสมสำหรับเด็กในการเยี่ยมเยียนนั้นอาจจะ เป็นหนึ่งวันต่ออาทิตย์สำหรับเด็กที่อายุมากกว่าหนึ่งปีเป็นต้น ในกรณีนี้กฎหมายควรตั้งบรรทัดฐานเพื่อกำหนดระยะเวลาการเยี่ยมเยียน ซึ่งคู่มืออาจเปลี่ยนแปลงได้ด้วยการตกลงกัน ตัวอย่างเช่น กฎหมายควรจะกำหนดว่า ในวันหยุดสุดสัปดาห์ บิดาหรือมารดาที่มีได้เป็นผู้ปกครอง (noncustodial Parent) จะมารับเด็กจากบ้านของผู้ปกครองเด็ก (custodial parent) เวลา 6.00 นาฬิกา ของวันศุกร์ และส่งเด็กกลับเวลา 6.00 นาฬิกา ของวันอาทิตย์ เว้นแต่บิดามารดาจะเห็นเป็นอย่างอื่น ถ้าคู่มือเห็นว่าการจัดระบบการเยี่ยมเยียนแบบอื่นเหมาะสมกว่า และไม่อาจตกลงกันได้ บิดาหรือมารดาที่ย่อม เสนอข้อพิพาทดังกล่าวนี้ต่อศาลได้ และในระหว่างที่รอคำตัดสินของศาล เด็กและผู้ที่มีมิใช่ผู้ปกครอง (noncustodial parent) จะมีสิทธิเยี่ยมตามตารางที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้

นอกจากนี้ กฎหมายควรกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับค่าเลี้ยงดูเด็ก โดยพิจารณาจำนวนเด็กและรายได้ภายหลังจากเสียภาษีแล้วของผู้ที่ไม่ได้ปกครองเด็ก (noncustodial parent) การกำหนดจำนวนเงินค่าเลี้ยงดูเด็กที่ต่ำกว่ามาตรฐานจะต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อน ตัวอย่างของแบบมาตรฐานขั้นต่ำที่ควรจัดทำขึ้นในการจ่ายเงินค่าเลี้ยงดูเด็ก โดยคิดเป็นร้อยละของรายได้ภายหลังหักภาษีแล้วของผู้ที่มีได้ปกครองบุตร คือร้อยละ 24 สำหรับเด็กหนึ่งคน ร้อยละ 35 สำหรับเด็ก 2 คน ร้อยละ 42 สำหรับเด็ก 3 คน และร้อยละ 48 สำหรับเด็ก 4 คน

ข้อกำหนดในจำนวนเงินค่าเลี้ยงดูนอกจากจะช่วยให้สภาพการการเงินของเด็กมั่นคงแล้ว ยังเป็นการจัดปัญหาที่เกิดขึ้นจากการเยี่ยมเยียน กล่าวคือ เมื่อบิดาหรือมารดาเห็นว่าหากมิได้จ่ายเงินค่าเลี้ยงดูเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย จะทำให้เขาเกิดความรับผิดชอบหรือผิดนัดในการจ่ายเงินค่าเลี้ยงดูน้อยลงกว่าในกรณีที่ถูกกีดกันในการติดต่อกับเด็กจากผู้ปกครองเด็ก (custodial parent) และการที่มีการจ่ายเงินค่าเลี้ยงดูอย่างต่อเนื่องของฝ่ายที่มีได้ปกครองเด็กจะทำให้ผู้ปกครองเด็กกีดกันการเยี่ยมเยียนน้อยลงไป

ผู้เสนอได้เสนอวิธีการบังคับใช้มาตรฐานขั้นต่ำของการเยี่ยมเยียนและการจ่ายเงินค่าเลี้ยงดู คือ ข้อแรก หากผู้ไม่ได้ปกครองเด็ก (noncustodial parent) ไม่จ่ายค่าเลี้ยงดูตามที่กำหนด เงินที่ค้างชำระนั้นก็เพิ่มขึ้นและบังคับได้ เช่นเดียวกับเรื่องหนี้ ข้อสอง ถ้าคู่กรณีคนใดคนหนึ่งละเมิดต่อมาตรฐานขั้นต่ำอย่างไม่มีเหตุผล ผู้นั้นจะต้องจ่ายค่าธรรมเนียมให้ทนายแทนคู่กรณีอีกคน และสุดท้าย กฎหมายจะต้องกำหนดว่าในคำร้องขอหย่าและในคำให้การของบิดามารดาแต่ละคนจะต้องแสดงถึง (1) จำนวนเวลาการเยี่ยมเยียนของผู้ที่มีได้เป็นผู้ปกครอง (noncustodial parent) ภายหลังการแยกทางกัน (2) จำนวนรายได้ของผู้ที่มีได้เป็นผู้ปกครอง และ (3) จำนวนค่าเลี้ยงดูที่จะต้องจ่ายหรือได้รับ ถ้าผู้มีได้เป็นผู้ปกครองไม่ได้จ่ายค่าเลี้ยงดูขั้นต่ำ หรือเงินที่จะต้องจ่ายในอนาคต และเงินค้างชำระการจ่ายเงินดังกล่าวจะต้องมีการดำเนินการโดยผ่านทางศาล

ผู้เขียนเห็นว่าบทความดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงความสำคัญของการที่บิดาและมารดาควรจะมี ความรับผิดชอบร่วมกันภายหลังการหย่าร้างในกรณีที่สามารถตกลงกันได้ และจะเป็นประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก หากบิดาและมารดาไม่สามารถปกครองบุตรร่วมกันได้ บทความนี้ก็ได้อธิบายวิธีแก้ไข เพื่อให้เด็กและบิดามารดาที่มีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกันอยู่ ซึ่งผู้เขียนจะไม่กล่าวล้วงเข้าไปในวิธีการนั้น เพียงแต่จะยกมาเพื่อสนับสนุนว่าหากบิดาและมารดายินยอมพร้อมใจกันที่จะปกครองบุตรร่วมกันแล้ว และหากเป็นประโยชน์สูงสุดต่อเด็กแล้ว ศาลหรือบทบัญญัติของกฎหมายก็ไม่ควรกีดกันความสัมพันธ์ดังกล่าวภายหลังการหย่าร้าง

(4) การปกครองบุตรร่วมกันทำให้บิดาและมารดาที่มีความรับผิดชอบต่อบุตร (ทั้งในด้านจิตใจและทางกฎหมาย) ที่จะให้ความรัก การอบรมสั่งสอน การปกป้อง และทำให้รู้สึกว่าการหย่าร้างไม่ได้เป็นการปฏิเสธต่อความเป็นบิดามารดา เพราะบิดาและมารดาทั้งคู่จะมีความ

รับผิดชอบต่อบุตรของตนเท่า ๆ กัน ไม่เป็นการผลักภาระให้แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นผู้เลี้ยงดู
เพียงฝ่ายเดียว (sole custody)²⁷

ผู้สนับสนุนการปกครองบุตรร่วมกันส่วนใหญ่เห็นว่า การปกครองบุตรร่วมกันจะช่วย
ปรับปรุงความร่วมมือกันระหว่างบิดามารดา ความต้องการที่จะบรรลุในข้อตกลงในเรื่องการ
เลี้ยงดูเด็กพร้อมกับความเท่าเทียมกันในอำนาจของบิดามารดาจะ เป็นการเสริมสร้างความสัมพันธ์
ที่ผูกพันมากกว่าการที่จะเป็นศัตรูกัน ศาลสูงในรัฐ New York ได้ตัดสินในเรื่องการปกครองบุตร
ร่วมกัน และกล่าวว่า

"ไม่เพียงแต่ เป็นการตัดสินเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กที่อยู่ในความดูแลของศาล
เท่านั้น แต่ยังเป็น การช่วยให้ความรู้สึกขมขื่นและความเป็นศัตรูที่เกิดขึ้นระหว่างบิดามารดาถูก
ปรับปรุงให้ดีขึ้นหลังจากการแยกทางกัน"²⁸

(5) การปกครองบุตรร่วมกันเป็นระบบการเลี้ยงดูที่ทำให้เด็กเกิดความมั่นใจว่า
จะได้รับความรักและความสนใจจากบิดาและมารดา ในบทความเรื่อง Provisions for the
Care of Children of Divorced Parents : A new Legal Instrument ของ
Dr. Kubie ได้ชี้ให้เห็นว่า²⁹ "ภายในโครงสร้างที่บิดามารดาทั้งสองรักษาไว้ซึ่งการติดต่อกัน
และกระทำการต่าง ๆ ร่วมกันได้เป็นอย่างดี จะมีคุณค่าทางจิตใจต่อเด็ก" (a framework
within which both parents maintain contact and can work in harmony
is psychologically of value to the child) และหากการปกครองบุตรร่วมกัน
มีความร่วมมือกันเป็นอย่างดีระหว่างบิดามารดา ผลสำเร็จที่ตามมาก็คือบิดามารดามักจะ
หวนกลับมาสมรสกันใหม่อีกครั้งหนึ่ง³⁰

²⁷ David J. Miller, "Joint Custody," p. 364.

²⁸ Not only would this kind of award be in the best
interests of the child who is this court's ward, but it would go
a long way to ameliorate some of the acrimony and ill-will that has
developed between the parents since their separation.

²⁹ David J. Miller, "Joint Custody," p. 365.

³⁰ Ibid., p. 365.

(6) การปกครองบุตรร่วมกัน เป็นระบบที่สามารถ เข้ากับสภาพสังคมในปัจจุบันได้ เป็นอย่างดี และ เป็นการสนับสนุนแนวโน้มทางสังคมสมัยใหม่ที่มีสิทธิ เท่าเทียมกันทาง เพศ เนื่องจากผู้หญิงในปัจจุบันมักจะมี ความ เป็นอิสระและออกทำงานนอกบ้านมากขึ้น จากการประ เหมิน แสดงว่าร้อยละ 50 ของผู้หญิงอเมริกันออกทำงานนอกบ้านและอย่างน้อยร้อยละ 67 ของผู้หญิง ที่ออกทำงานนอกบ้านได้ผ่านการหย่าร้าง³¹ การที่บทบาทของผู้หญิง เปลี่ยนไปทำให้ผู้ชาย ตระหนักถึงบทบาทของตนเองในครอบครัวมากขึ้น บิดาจะต้องแบ่งความรับผิดชอบในการ เลี้ยงดู และอบรมสั่งสอนบุตร การพัฒนาดังกล่าวจึง เป็นการสอดคล้องกับระบบการปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody) ที่จะส่งเสริมให้บิดามารดา มีความรับผิดชอบร่วมกันและอย่าง เท่าเทียมกัน นอกจากนี้แนวโน้มของสังคมยอมรับใน เรื่องการหย่าร้าง โดยเห็นว่าการแต่งงาน ไม่อาจจริงยั่งยืนเสมอไป โดยเหตุผลดังกล่าวนำไปสู่ลักษณะการหย่าที่ยังคงความ เป็น เพื่อนกัน และยังคงมีการติดต่อสัมพันธ์ส่วนตัวดั้ง เดิม ซึ่งเป็นสภาพการณ์ที่เหมาะสมสำหรับการปกครองบุตร ร่วมกันเป็นอย่างมาก

(7) การปกครองบุตรร่วมกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปกครองบุตรร่วมกันโดยนิติบัญญัติ (joint legal custody) ทำให้บิดามารดาที่มีได้ เป็นผู้ปกครองบุตรโดยพฤตินัย (the non-physical custodial parent) มีความรู้สึกที่ตัวเองมีคุณค่าและภูมิใจที่ได้มีส่วนร่วมในการ เลี้ยงดูบุตร และยังมีหลักฐานยืนยันว่าการปกครองบุตรร่วมกันโดยนิติบัญญัติทำให้การไม่จ่ายเงิน ค่าเลี้ยงดูบุตรลดน้อยลง ผู้เกี่ยวข้องหลายคนเชื่อว่า การเข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมของครอบครัว โดยการปกครองบุตรร่วมกัน เป็นผลให้บิดาเต็มใจที่จะจ่ายเงินค่าเลี้ยงดูบุตร

ส่วนในกรณีการปกครองบุตรร่วมกันโดยพฤตินัย (joint physical custody) เป็นการทำให้เด็กได้รับประสบการณ์จากการมีบ้านสองบ้าน ซึ่งจะทำให้เด็กมีความคิดกว้างขึ้น และเป็นประโยชน์ต่อตัวเด็กเอง

1.6.2 แนวความคิดโต้แย้งในการ เลือกรื้ออ่านาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลัง การหย่าร้าง (Arguments Against Joint Custody) แยกพิจารณาได้ดังนี้³²

31 Ibid.

32 Ibid., pp. 366-369.



(1) การปกครองบุตรร่วมกัน ภายหลังจากหย่าก้อทำให้เกิดความไม่มั่นคงแก่เด็ก (it creates instability for children) ผู้เชี่ยวชาญทางสุขภาพจิตได้ยืนยันว่าเด็ก ๆ ต้องการสภาพแวดล้อมที่มั่นคงและปลอดภัย หากให้เด็กต้องย้ายจากบ้านหนึ่งไปอีกบ้านหนึ่งจะทำให้เด็กรู้สึกตนเองต้องสูญเสียและถูกเอาเปรียบ นอกจากนี้นักกฎหมายมีความเห็นเช่นเดียวกันว่าเด็กต้องการความมั่นคง ศาลต่าง ๆ ก็ยังคงอ้างถึง "ความมั่นคงและความสม่ำเสมอเป็นสิ่งจำเป็นในการเลี้ยงดูเด็กในระยะปลูกฝังนิสัย" (stability and consistency in child rearing needed in the formative years.)

นอกจากข้อโต้แย้งว่าเด็กต้องการความมั่นคงในการเลี้ยงดูแล้ว เด็กยังต้องการสิ่งที่แน่นอนหลังจากที่ต้องได้รับความทุกข์ระทมจากการหย่าร้างของบิดามารดา ในหนังสือ Beyond the Best Interests of the Child ของ J. Goldstein และคณะได้กล่าวถึงว่าการจัดให้เด็กอยู่กับบิดาควรจะทำให้เด็กขาดและปราศจากเงื่อนไข

(2) การปกครองบุตรร่วมกันตั้งอยู่บนฐานรากของความเข้าใจกันของบิดามารดา อันขัดต่อข้อเท็จจริงของการหย่าร้าง เพราะในเหตุการณ์ดังกล่าวย่อมเกิดความขัดแย้งและคู่สมรสย่อมมีความโกรธซึ่งกันและกัน ดังนั้น จึงไม่อาจร่วมมือที่จะทำสิ่งต่าง ๆ ดังที่เป็นอยู่ในการปกครองบุตรร่วมกันได้ และจะเป็นการซ้ำเติมสภาพการณ์ที่ตั้งเครียดอยู่แล้วให้หนักยิ่งขึ้น

(3) ผู้พิพากษาและทนายความบางคนเชื่อว่า การปกครองบุตรร่วมกัน ก่อให้เกิดความสับสนแก่เด็กและเป็นการสร้างปัญหาในการวางระเบียบวินัยของบิดามารดา "เด็กจะเกิดความสับสนว่าใครจะเป็นผู้ปกครองของตนและสับสนในวิธีอยู่อาศัยที่แตกต่างในบ้านทั้งสอง" (The Child will become confused as to where authority lies and as to the different ways of living in the respective homes.) ดังนั้น การที่เด็กมีการดำเนินชีวิตและกฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันใน 2 สภาพการณ์ กลับเป็นการซ้ำเติมและเพิ่มปัญหาให้แก่ตัวเด็กที่บิดามารดาหย่าร้างกัน การปกครองบุตรร่วมกันอาจทำให้เด็กถูกใช้ เป็นเครื่องมือของบิดามารดาที่จะแข่งขันกันด้วยการให้สิ่งของหรือแสดงความเมตตา เพื่อเด็กจะได้ชื่นชมตน

(4) การปกครองบุตรร่วมกัน เป็นทางออกง่าย ๆ สำหรับบิดามารดาที่ไม่สามารถตัดความสัมพันธ์ของตนและบุตร หรือไม่สามารถจะตกลงกันได้ในการเลี้ยงดูเด็ก ผู้พิพากษาของรัฐ Massachusetts คนหนึ่งได้กล่าวว่า การปกครองบุตรร่วมกัน " เป็นสิ่งที่คู่กรณีได้ร้องขอ

บ่อยครั้งเพื่อบรรเทาความต้องการของบิดาหรือมารดาผู้ที่มีได้เป็นผู้ปกครอง" (is requested by the parties many times to assuage the ego of one of the parents who would not otherwise be likely to receive custody) คู่สมรสมักใช้การปกครองบุตรร่วมกันด้วยเหตุผลที่ไม่เหมาะสม เช่น เพื่อหลีกเลี่ยงการทำลายความรู้สึกของบิดา หรือมารดา ผู้ที่ไม่เหมาะสมที่จะปกครองบุตรจะได้ไม่ต้องเสียหน้าที่ต้องยกลูกของตนให้บุคคลอื่น หรือ เพื่อเป็นการประหยัดค่าใช้จ่าย

นอกจากนี้ การปกครองบุตรร่วมกันถูกมองว่าเป็นวิธีการที่ผู้พิพากษาต้องการหลีกเลี่ยงการตัดสินใจว่าบิดาหรือมารดาฝ่ายใดจะเป็นผู้เหมาะสมที่จะปกครองเด็ก

1.7 สภาพการณ์ที่เหมาะสมในการปกครองบุตรร่วมกัน

ลักษณะของการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า คือ การที่บิดามารดาสามารถดำเนินการและรับผิดชอบในการเลี้ยงดูบุตรร่วมกัน เพื่อเป็นการปกป้องเด็กจากปัญหาความขัดแย้งและความทุกข์ระทม เมื่อบิดามารดาหย่าร้างกัน การปกครองบุตรร่วมกันมีวัตถุประสงค์ให้เด็กได้มีความสัมพันธ์กับบิดามารดาแต่ละคนโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นบิดามารดาที่เท่าเทียมกันและสามารถที่จะตกลงในการเลี้ยงดูบุตรได้เป็นอย่างดี³³ ดังนั้นสภาพการณ์เหมาะสมที่บิดามารดาพึงจะมีก่อนที่จะตกลงในการปกครองบุตรร่วมกันหรือการพิจารณาของศาลที่จะตัดสินใจให้มีการปกครองบุตรร่วมกันของบิดามารดาภายหลังการหย่า คือ³⁴

(1) บิดามารดาทั้งคู่จะต้องมีความเหมาะสม (the parents must be fit) คือสามารถที่จะปฏิบัติตนในบทบาทของบิดามารดาได้เป็นอย่างดีทั้งทางร่างกายและจิตใจ โดยทั้งคู่สามารถที่จะร่วมมือกันในการตัดสินใจเกี่ยวกับการเลี้ยงดูบุตร เช่น ปกตินิยามฯ พร้อมทั้งมีความเต็มใจและสามารถที่จะให้ความรักและการเอาใจใส่ต่อบุตรของตน

³³ Peter D. Axelrod, Craig A. Everet and Ann M. Haralambie, "Joint Custody", quoted in Ann M. Haralambie, Handling Child Custody Cases, p 55.

³⁴ David J. Miller, "Joint Custody," pp. 369-370.

(2) บิดามารดาต้องมีความร่วมมือกัน (there must be some degree of cooperation among the exspouses) กล่าวคือ บิดามารดาควรจะมีการติดต่อซึ่งกันและกัน (การปกครองบุตรร่วมกันโดยไม่มี การติดต่อระหว่างบิดามารดา อาจมีขึ้นได้แต่ไม่เป็นสิ่งที่พึงปรารถนา) พร้อมทั้งมีความเคารพและ เชื่อใจกัน บิดามารดาที่ไม่สามารถทำการติดต่อกันได้ อย่างสุจริตใจ และมีความเห็นขัดแย้งกันเสมอไม่เหมาะสมที่จะให้มีการปกครองบุตรร่วมกัน ในหนังสือ Beyond the best interest of the child กล่าวยืนยันว่า "หากบิดามารดา ไม่สามารถติดต่อกัน เป็นอย่างดีแล้ว จะ เป็นการยากลำบากต่อ เด็กที่จะมีความสัมพันธ์ที่ดีในการ ที่จะได้รับประโยชน์และการเลี้ยงดูจากบิดามารดาทั้งคู่"³⁵ (Children have difficulty in relating positively to, profiting from, and maintaining contact with two psychological parents who are not in positive contact with each other.)

(3) บิดามารดาจะต้องเห็นพ้องต้องกันในระดับหนึ่ง (the parents must share values to some extent) การปกครองบุตรร่วมกันจะไม่ประสบความสำเร็จไปได้เลย หากบิดามารดาที่ยังยึดติดในความคิดของแต่ละคน เช่น ไม่สามารถที่จะปรองดองกันได้ในวิธีการ เลี้ยงบุตร

นอกจากลักษณะทั้ง 3 ประการ ที่ควรพิจารณาเป็นสิ่งแรกในการกำหนดให้มีการ ปกครองบุตรร่วมกันแล้ว ก็ยังมีองค์ประกอบอื่น ๆ ที่มีความสำคัญในการพิจารณาว่าสภาพการณ์นั้นจะ เหมาะสมเพียงใดที่จะให้มีการปกครองบุตรร่วมกัน คือ³⁶

(1) ความเต็มใจของคู่สมรส (Willing Parties) ความต้องการและความ เต็มใจของคู่สมรสเป็นสิ่งสำคัญในการปกครองบุตรร่วมกัน การปกครองบุตรร่วมกันจะประสบความสำเร็จได้เมื่อมีการร่วมมือกัน ด้วยเหตุนี้ความสมัครใจของคู่สมรสจะ เป็นสิ่งแรกในการสนับสนุน ให้ใช้การปกครองบุตรร่วมกัน

(2) ความยืดหยุ่น (Flexibility) บิดาหรือมารดาควรมีตารางเวลาทำงาน ที่ยืดหยุ่นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการปกครองบุตรร่วมกันโดยพฤตินัย การมุ่งแต่จะทำงาน (Workaholics) ของบิดามารดาเป็นสิ่งที่ทำให้การปกครองบุตรร่วมกันไม่เป็นผลดีเท่าที่ควร

³⁵ Ibid., p. 369.

³⁶ Ibid., pp. 372-374.

(3) การมีสภาพแวดล้อมที่เหมือน ๆ กัน (Similar Environment) สำหรับเด็กส่วนใหญ่ หากบ้านทั้งสองในระบบการปกครองบุตรร่วมกันโดยพฤตินัย (joint physical custody) มีความไม่เท่าเทียมกันอย่างมาก จะทำให้เกิดความแตกต่างในสภาพการเป็นอยู่ของเด็ก เด็กอาจจะมีอารมณ์เฉยๆ และรุนแรงอันมีสาเหตุมาจากการเปลี่ยนแปลงในการย้ายที่อยู่อาศัยบ่อย ๆ

(4) สภาพทางการเงิน (Financial Means) ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กในระบบการปกครองบุตรร่วมกันจะสูงกว่าระบบการปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว (sole custody) เพราะว่าเป็นระบบการปกครองบุตรร่วมกันจำเป็นต้องมีบ้าน 2 บ้าน เสื้อผ้าสำหรับเด็ก 2 ชุด หรือแม้แต่ของเล่นก็จะมี 2 ชุด เป็นต้น

ผู้เชี่ยวชาญหลายท่านกล่าวว่า³⁷ การปกครองบุตรร่วมกันโดยพฤตินัย (joint physical custody) เหมาะสมสำหรับสภาพของชนชั้นกลางหรือชั้นสูง และได้มีการชี้ให้เห็นว่า³⁸ ในชุมชน New Haven Plan ซึ่งมีคู่สมรสประมาณ 25 คู่ ได้ใช้ระบบการปกครองบุตรร่วมกัน ส่วนใหญ่จะประกอบไปด้วยบิดามารดาที่มีการศึกษาและเป็นนักวิชาชีพที่มีเงินพอที่จะใช้จ่ายสำหรับบ้าน 2 บ้านได้

แต่ก็ยังมีผู้วิจารณ์กลุ่มหนึ่งเชื่อว่า³⁹ การปกครองบุตรร่วมกันสามารถใช้ได้อย่างเป็นประโยชน์ในทุกชนชั้น และให้ข้อสังเกตว่าในชุมชน New Haven Plan คู่สมรสบางคู่มีได้อยู่ในระดับชนชั้นกลาง และมีการแนะนำว่าการปกครองบุตรร่วมกันโดยนิตินัย (joint legal custody) เหมาะสมสำหรับบิดามารดาชนชั้นแรงงาน เพราะใช้ค่าใช้จ่ายไม่มาก หรือแม้จะเป็นการปกครองบุตรร่วมกันโดยพฤตินัย (joint physical custody) ค่าใช้จ่ายอาจลดลงได้หากคู่สมรสจะมีบ้านที่เล็กลง หรือแบ่งบ้านอยู่กับคนอื่น หรือโดยให้เด็กอาศัยอยู่ในบ้านแห่งหนึ่งและบิดามารดาก็สลับกันมาอยู่

³⁷ Ibid., p. 372.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid., p. 373.

(5) ความใกล้ชิดกันของบิดามารดา (Proximity) สำหรับการปกครองบุตรร่วมกัน โดยนิติบัญญัติ (joint legal custody) การที่อยู่ใกล้ชิดกันของบิดามารดาอาจจะไม่จำเป็น เพราะสามารถที่จะติดต่อสื่อสารกันโดยทางอื่นได้ เช่น โทรศัพท์ติดต่อกัน คือร่วมตัดสินใจในเรื่องของบุตร แต่ในกรณีการปกครองบุตรร่วมกันโดยพฤตินัย (joint physical custody) ความใกล้ชิดกันของบิดามารดาเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการปกครองบุตรร่วมกัน คือในแง่ของบิดามารดาเองสามารถที่จะพัฒนาความเป็นเพื่อนและเรียนรู้ที่จะเข้าใจซึ่งกันและกัน เพื่อร่วมกันปกครองบุตร ส่วนในแง่ของบุตรการอยู่ใกล้กันของบิดามารดาจะหลีกเลี่ยงการสับเปลี่ยนเด็กในช่วงระยะเวลาานาน ๆ และทำให้เด็กได้มีเพื่อนหรือทำกิจกรรมร่วมกับเพื่อน ๆ ในกลุ่มเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ความใกล้ชิดของบิดามารดาก็มีข้อยกเว้นในบางกรณี⁴⁰ เช่น เคยมีกรณีที่บิดามารดาอยู่กันคนละส่วนของประเทศใช้ระบบการปกครองบุตรร่วมกันโดยพฤตินัย แต่ต้องเป็นกรณีที่บิดามารดาไม่ค่อยเปลี่ยนที่อยู่อาศัย ซึ่งโดยส่วนมากจะติดต่อกันโดยใช้โทรศัพท์ทางไกล และในสภาพการณ์ที่บิดามารดาอยู่ห่างไกลกันก็อาจเป็นการตัดปัญหายุ่งยาก ซึ่งอาจจะเกิดขึ้นในกรณีที่ต้องเจอเจอหน้ากันบ่อย จึงอาจกล่าวได้ว่าความใกล้ชิดกันไม่ได้เป็นสิ่งจำเป็นอย่างเด็ดขาดสำหรับการปกครองบุตรร่วมกันโดยพฤตินัย และไม่จำเป็นสำหรับการปกครองบุตรร่วมกันโดยนิติบัญญัติ สำหรับบิดามารดาที่ไม่ได้วางแผนที่จะอาศัยอยู่ใกล้กัน

(6) อายุและจำนวนของเด็ก (Age and Number) ในเรื่องอายุและจำนวนของเด็กได้มีผู้ให้ความคิดต่าง ๆ กันออกไปว่า ในการกำหนดว่าควรมีการปกครองบุตรร่วมกันหรือไม่นั้น อายุและจำนวนของเด็กไม่เป็นสิ่งสำคัญ แต่ในบางกลุ่มเห็นว่าเป็นสิ่งสำคัญ บางกลุ่มเชื่อว่าการปกครองบุตรร่วมกันเหมาะสมกับเด็กเล็ก ๆ มากกว่าเด็กที่โตแล้ว บางกลุ่มก็เชื่อในทางตรงกันข้าม แต่ผลสรุปของนักจิตวิทยาเห็นว่า⁴¹ จำนวนและอายุของเด็กมีส่วนเกี่ยวข้องในการที่จะต้องนำมาพิจารณาว่าการปกครองบุตรร่วมกันจะเป็นสิ่งเหมาะสมหรือไม่

1.8 คำพิพากษาของศาลในคดีการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า

ได้มีคำวินิจฉัยของศาลทั้งคดีค้านและสนับสนุนการปกครองบุตรร่วมกัน กล่าวคือ

⁴⁰ Ibid., p. 374-375.

⁴¹ Ibid., p. 374.

ในคดีที่คัดค้านมิให้มีการปกครองบุตรร่วมกัน ศาลได้แสดงความเห็นไว้ว่า คำพิพากษาว่า⁴² การปกครองบุตรร่วมกันเป็นการพิจารณาที่ผิดในแง่ของกฎหมาย และจะต้องถูกจำกัดเฉพาะ "กรณีพิเศษ" (exceptional circumstances) หรือ "กรณีที่จำเป็นอย่างยิ่ง" (special conditions which make such a division absolutely necessary) ในปี 1967 ศาลได้พิพากษาว่า "การย้ายเด็กจากบ้านหนึ่งไปยังอีกบ้านบ่อยครั้ง เป็นเรื่องที่ไม่ควรกระทำ" (frequent shifting of children from one home to another is abhorred) และในคดีปี 1975 ศาลได้ปฏิเสธการปกครองบุตรร่วมกันโดยให้เหตุผลว่า "ไม่ควรถูกสนับสนุนวิธีการนี้" (not encouraged)

ส่วนในคดีที่สนับสนุนให้มีการปกครองบุตรร่วมกันนั้น⁴³ ศาลส่วนใหญ่มีความเห็นว่า "โดยหลักการแล้วการปกครองบุตรร่วมกันไม่ใช่สิ่งผิด หากจะช่วยให้ประโยชน์สูงสุดของเด็กสำเร็จลงได้" (joint custody is not wrong in principle, if the best interests of the child are thereby subserved) ในปี 1923 ศาลสูงของรัฐ Washington ได้กล่าวขึ้นชื่อว่า "เด็กมีสิทธิในความรัก การเลี้ยงดู การแนะนำ และการฝึกสอน จากบิดาและมารดาทั้งสองคน การปฏิเสธโอกาสที่เด็กจะได้เรียนรู้เกี่ยวกับความรักและการถูกรัก จากบิดาหรือมารดาอาจจะ เป็นสิ่งที่เลวร้ายกว่าที่จะปฏิเสธบางสิ่งบางอย่างที่เงินสามารถซื้อได้"⁴⁴

การปกครองบุตรร่วมกันมักจะ เกิดจากความยินยอมพร้อมใจกันของคู่กรณี ศาลมักจะพิจารณาคดีอำนาจปกครองบุตรโดยการกำหนดไว้ชัดเจนอย่างรอบคอบ ดังนั้นคดีดังกล่าวจึงขึ้นถึงศาลอุทธรณ์น้อยมาก แต่ก็มีคดีบางคดีที่ขึ้นถึงศาลสูง และ เช่นกันที่มีทั้งการคัดค้าน

⁴² Ibid., pp. 374-375.

⁴³ Ibid., p. 375.

⁴⁴ The child is entitled to the love, nurture, advice and training of both father and mother, and to deny to the child an opportunity to know, associate with, love and be loved by either parent, may be a more serious ill than to refuse it in some part those things which money can buy.

และสนับสนุนให้มีการปกครองบุตรร่วมกัน เช่น ศาลสูงของรัฐ Kentucky (The High Court of Kentucky) ได้สนับสนุนในระบบการปกครองบุตรร่วมกัน โดยให้เหตุผลว่า "เมื่อบิดามารดาทั้งสองมีความเหมาะสมที่จะเลี้ยงดูเด็กร่วมกัน และในสภาพการณ์เช่นนี้ แต่ละคนควรได้รับสิทธิที่จะเลี้ยงดูเด็กเท่า ๆ กันทั้งในด้านเวลาและการปฏิบัติ และต้องสอดคล้องกับความ เป็นอยู่ที่ดีและความสะดวกสบายของเด็ก"

ในบางคดีศาลได้ตัดสินให้มีการปกครองบุตรร่วมกันโดยนิติบัญญัติ (joint legal custody) ซึ่งในเนื้อหาโดยแท้จริงแล้วหมายถึง การปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว (sole custody) เช่น คำสั่งของศาลในรัฐ California ได้สั่งให้มีการปกครองบุตรร่วมกันโดยนิติบัญญัติ แต่ในกรณีที่บิดามารดาไม่สามารถตกลงกันได้ในเรื่องการดูแลบุตร ให้ถือการตัดสินใจของบิดาเป็นหลัก ส่วนในบางคดีเห็นได้ว่าคำสั่งของศาลดังกล่าว เป็นการตัดสินให้ใช้การปกครองบุตรร่วมกันโดยนิติบัญญัติอย่างแท้จริง เช่น ในปี 1932 ศาลได้มีคำสั่งว่า "เรื่องทั้งหลายที่มีผลกระทบต่อความเป็นอยู่ที่ดีและสุขภาพของเด็ก บิดามารดาทั้งสองมีสิทธิให้ความคิดเห็นได้เท่าเทียมกัน" หรือในคำสั่งศาลของรัฐ Illinois ในปี 1974 ได้ตัดสินให้บิดามารดา "มีอำนาจปกครองบุตร ให้การศึกษา และควบคุมดูแลบุตรร่วมกัน" และเพื่อให้แน่ชัดว่าคำสั่งของศาลเป็นคำสั่งที่ให้มีการปกครองบุตรร่วมกันโดยนิติบัญญัติ ผู้พิพากษา Bidaudo ได้กล่าวว่า "การตัดสินให้บิดามารดา มีอำนาจปกครองบุตรร่วมกัน คือ การให้บิดามารดาทั้งสองได้ควบคุมการศึกษาและการเลี้ยงดูบุตรร่วมกัน โดยมีสิทธิตัดสินใจในทุก ๆ เรื่องเท่าเทียมกัน เหมือนเช่นในขณะที่ยังสมรสกันอยู่"

ส่วนในคดีที่เกี่ยวกับการปกครองบุตรร่วมกันโดยพฤตินัยนั้น มีไม่มากนัก และส่วนมากจะเป็นคำสั่งที่ชัดเจน ตัวอย่างเช่น

ในคดี *Odette R. v. Douglas R.* ได้มีคำสั่งให้มีการปกครองบุตรร่วมกันโดยพฤตินัยระหว่างมารดาซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีปัญหาทางจิตและบิดาผู้ซึ่งต้องเดินทางบ่อย ๆ โดยให้บิดามีอำนาจปกครองบุตรในระหว่างเปิดเทอม และมารดาปกครองบุตรในช่วงฤดูร้อน และมีสัญญาว่าถ้าบิดาต้องจากบ้านไปนานเกินกว่าสองอาทิตย์ เด็กจะต้องมาอาศัยอยู่กับมารดา ศาลได้กล่าวย้ำอีกว่าบิดามารดามีสิทธิในการตัดสินใจในเรื่องการศึกษา การเลี้ยงดูอบรม และความเป็นอยู่ที่ดี ๆ ไปของเด็กอย่างเท่าเทียมกัน

ในคดี *Dodd v. Dodd* ได้มีคำสั่งให้บิดามารดาปกครองบุตรร่วมกันโดยพฤตินัย และโดยคำร้องขอของมารดาในภายหลังศาลได้สั่งให้มีเพียงการปกครองบุตรร่วมกันโดยนิติบัญญัติเท่านั้น เนื่องจากศาลเห็นว่าข้อตกลงในการปกครองด้วยบุตรร่วมกันไม่ประสบผลสำเร็จภายหลัง

จากได้มีการสู้คดีกันมาเป็นเวลา 14 เดือน ศาลได้เปลี่ยนแปลงคำสั่งโดยให้มารดาเป็นผู้ปกครอง
ตัวบุตร (physical custody) และหากจะทำการตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับตัวบุตร
จะต้องผ่านการปรึกษาและร่วมกันตัดสินใจกับผู้เป็นบิดาเสมอ

ส่วนในบางคดีศาลไม่เห็นด้วยกับการปกครองบุตรร่วมกันโดยพฤตินัย เช่น
ในคดี Braiman v. Braiman ศาลชั้นต้นได้ตัดสินให้มารดาได้เป็นผู้ดูแลเด็ก แต่ศาลอุทธรณ์
ได้กลับคำพิพากษาและให้มีการปกครองบุตรร่วมกันโดยพฤตินัย ต่อมาศาลอุทธรณ์ในรัฐ New York
(The New York Court of Appeals) ก็ได้กลับคำพิพากษาอีกครั้งหนึ่ง โดยให้มารดา
เป็นผู้ปกครองเด็กเพียงผู้เดียว ซึ่งศาลสูงของรัฐได้ให้ความเห็นโดยเน้นถึงประโยชน์ของคู่สมรส
ในคดีนี้ว่าไม่เหมาะสมที่จะให้มีการปกครองบุตรร่วมกัน

นอกจากนี้ ศาลสูงของรัฐ Vermont ในคดี Lumbr v. Lumbr ได้มีคำสั่ง
ให้มีการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า โดยได้ตั้งสมมุติฐานทางกฎหมายว่า การปกครอง
บุตรร่วมกันขัดต่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก และเหมาะสมกับสภาพการณ์เฉพาะเท่านั้น กล่าวคือ
ในแง่ของกฎหมายการปกครองบุตรร่วมกันถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่ขัดต่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก
แต่ศาลจะสันนิษฐานไว้ดังนั้นก่อน เพื่อให้มีการแสดงถึงสภาพการณ์เฉพาะใด ๆ ที่แสดงว่าการ
จัดระบบการปกครองบุตรร่วมกันจะให้ผลประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก เห็นข้อสมมุติฐานนั้น

สรุปแล้วศาลแต่ละรัฐจะมีคำสั่งกำหนด เรื่องการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า
แตกต่างกันไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสภาพการณ์และขอบเขตของอำนาจศาลด้วยว่าจะยอมรับเพียงใดหรือไม่

1.9 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า

บทบัญญัติกฎหมายในรัฐต่าง ๆ ว่าด้วยการปกครองเด็กภายหลังการหย่า
ในสหรัฐอเมริกาได้เปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากการกระตุ้นและความคาดหวังเกี่ยวกับบทบาท
ของบิดามารดา เพื่อสะท้อนให้เห็นถึงรูปแบบของครอบครัวภายหลังการหย่าสมัยใหม่และ
การสร้างความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงชาย⁴⁵

⁴⁵ Jay Folberg, "Joint Custody Law - The Second Wave,"

รัฐต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกามากกว่า 30 รัฐ⁴⁶ ได้มีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าในบางรูปแบบแล้ว ส่วนในรัฐที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติในเรื่องการปกครองบุตรร่วมกันมักจะเกิดปัญหาว่า ศาลจะมีอำนาจหรือไม่ในการสั่งให้บิดามารดามีอำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า ศาลอุทธรณ์แห่งหนึ่งสร้างข้อสันนิษฐานว่า "การใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันไม่ถึง เป็นประโยชน์สูงสุดของเด็ก" จึงเป็นผลสะท้อนถึงแนวความคิดในการใช้ดุลพินิจของศาลว่าศาลมีอำนาจสั่งในเรื่องดังกล่าวได้

ในระยะแรกกฎหมายในเรื่องการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าร่างยังไม่มีคำจำกัดความโดยเฉพาะ จึงทำให้เกิดความสับสนในการพิจารณาของศาล เมื่อมีคำว่า "การปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าของบิดามารดา" (joint custody) การตัดสินใจในเรื่องความเหมาะสมของการปกครองบุตรร่วมกันขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล โดยพิจารณาถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลัก การใช้อำนาจของศาลอย่างรอบคอบและเข้มงวดจึงนำไปสู่ความต้องการที่จะให้มีบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องการปกครองบุตรร่วมกัน เพื่อแสดงให้เห็นว่าการปกครองบุตรร่วมกันจะต้องถูกนำมาเลือกใช้ภายหลังการหย่าของบิดามารดา ซึ่งเป็นนโยบายของรัฐที่เหนือกว่าการปกครองบุตรในรูปแบบอื่น หรือ เป็นสิ่งที่ถูกสันนิษฐานว่าเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ในปี 1979 รัฐ California⁴⁷ ได้มีข้อสมมติฐานในเรื่องการปกครองบุตรร่วมกันว่าเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กหากบิดามารดาตกลงกันได้ กฎหมายเดิมบัญญัติให้อำนาจ

⁴⁶ รัฐดังกล่าวได้แก่ Alaska, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, New Hampshire, New Mexico, North - Carolina, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Texas และ Wisconsin.

⁴⁷ รัฐ California เป็นรัฐที่ 4 ที่บัญญัติให้การปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าร้าง (joint custody) เป็นทางเลือกที่ถูกต้องตามกฎหมายภายหลังรัฐ Iowa, Oregon และ Wisconsin

ปกครองบุตรแก่บิดาหรือมารดาเพียงฝ่ายเดียวที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองภายหลังการหย่า จากข้อสมมุติฐานดังกล่าวในปีเดียวกันนั้นรัฐสภาของ California จึงออกกฎหมายในเรื่อง การปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าขาดของบิดามารดาให้เป็นทางเลือกทางหนึ่ง เช่นเดียวกับ ทางเลือกเดิม คือการปกครองบุตรโดยบิดาหรือมารดาเพียงคนเดียว และการปกครองบุตรร่วมกัน นั้นต้องเป็นประโยชน์สูงสุดของบุตร จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว⁴⁸ ทำให้เกิดการถกเถียง ในเรื่องสำนวนโวหารในการเขียนทางเลือกในเรื่อง "การปกครองบุตรร่วมกัน" (joint custody) ก่อน "การปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว" (sole custody) จึงมีความเห็น ในสองแนวทางว่า การปกครองบุตรร่วมกันเป็นทางเลือกที่เท่าเทียมกับการปกครองบุตรเพียง ฝ่ายเดียว แต่มีข้อโต้แย้งว่าการปกครองบุตรร่วมกันเป็นทางเลือกแรกก่อนการปกครองบุตร เพียงฝ่ายเดียว เพราะตามบทบัญญัติของกฎหมาย คำว่า "การปกครองบุตรร่วมกัน" ได้เขียน ขึ้นก่อนคำว่า "การปกครองเพียงฝ่ายเดียว" แต่แนวความคิดเห็นส่วนใหญ่เห็นว่าการปกครองบุตร ร่วมกันเป็นทางเลือกที่เท่าเทียมกับการปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว

ในรัฐต่าง ๆ ของสหรัฐอเมริกาจึงได้มีการบัญญัติกฎหมายรองรับในการเลือกใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกัน เช่นเดียวกับบทบัญญัติของรัฐแคลิฟอร์เนีย ซึ่งส่วนใหญ่มีแนววัตถุประสงค์ เพื่อประโยชน์สุขของเด็กทั้งสิ้นจะแตกต่างกันในด้านรายละเอียดเท่านั้น เช่น ในบางรัฐบัญญัติ โดยแจ้งชัดว่าให้การปกครองบุตรร่วมกันเป็นทางเลือกแรกภายหลังจากการหย่าขาดของบิดามารดา (the clear first preference)⁴⁹ ยิ่งกว่านั้นในรัฐอื่นได้มีข้อสมมุติฐานว่าการปกครอง บุตรร่วมกันเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กไม่ว่าจะมีการตกลงกันของบิดามารดาหรือไม่⁵⁰

บทบัญญัติของการปกครองบุตรร่วมกันแสดงให้เห็นถึงนโยบายของรัฐในการสนับสนุน ให้เด็กสามารถที่จะติดต่อบิดามารดาบ่อยครั้งและอย่างต่อเนื่อง และเป็นการสนับสนุนให้

⁴⁸ Section 4600(b) Custody should be awarded in following order of preference according to the best interests of the child :

(1) To both parents jointly pursuant to Section 4600.5 or to either parent.....

⁴⁹ รัฐดังกล่าว คือ Kansas, Kentucky และ New Mexico.

⁵⁰ รัฐดังกล่าว คือ Florida, Idaho และ New Hampshire.

บิดามารดาได้ร่วมกันใช้สิทธิและความรับผิดชอบในการเลี้ยงดูบุตร⁵¹ ศาลอุทธรณ์ในรัฐดังกล่าวได้แสดงให้เห็นนโยบายและความประสงค์ในบทบัญญัติของการปกครองบุตรร่วมกันตามกฎหมาย และชี้ให้เห็นถึงความเต็มใจในการที่จะมีคำสั่งให้มีการปกครองบุตรร่วมกันนอกเหนือจากการปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว

เพื่อเป็นการตรวจสอบดุลพินิจของศาลและเพื่อเป็นการรับรองว่าการเลือกใช้การปกครองบุตรร่วมกันมีการนำมาใช้ กฎหมายบางฉบับกำหนดให้ศาลต้องระบุถึงเหตุผลในการปฏิเสธการปกครองบุตรร่วมกันตามคำร้องของบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งคู่ กฎหมายของรัฐ California กำหนดให้ต้องอธิบายถึงเหตุผลในการปฏิเสธมิให้มีการปกครองบุตรร่วมกันมากกว่าที่จะอ้างว่าเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก กฎหมายของรัฐ Florida ได้กำหนด หากมีการร้องขอจะต้องอนุญาตให้มีการปกครองบุตรร่วมกัน เว้นแต่จะเป็นการเสียหายต่อเด็ก กฎหมายของรัฐ Idaho กำหนดว่า หากจะปฏิเสธการใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันจะต้องมีเหตุผลที่หนักแน่นกว่าการให้มีการปกครองบุตรร่วมกัน ตรงกันข้ามกับกฎหมายของรัฐ Colorado กำหนดว่า หากมีการร้องขอปกครองบุตรร่วมกัน ก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งอนุญาตจะต้องแสดงให้เห็นว่าวิธีการดังกล่าวเป็นประโยชน์ต่อเด็ก บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมาชี้ให้เห็นแนวทางในการหาค่าพิพากษาของศาล และโดยใช้ดุลพินิจของศาล เองน้อยที่สุด บทบัญญัติของกฎหมายต้องการให้ศาลเพิ่มความระมัดระวังในการพิจารณาถึงองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องในการตัดสินใจในการมีคำสั่งให้มีการปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody) หรือการปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว (sole custody)

ในกฎหมายบางฉบับกำหนดถึงองค์ประกอบในการพิจารณาให้คำสั่งหรือปฏิเสธในการปกครองบุตรร่วมกัน องค์ประกอบที่สำคัญคือการที่บิดามารดาตกลงหรือสนับสนุนในแผนการที่จะปกครองบุตรร่วมกัน ในกฎหมายของรัฐ Louisiana อนุญาตให้ศาลมีคำสั่งให้มีการปกครองบุตรร่วมกันโดยไม่มีข้อตกลงของบิดามารดา แต่ศาลจะต้องให้บิดามารดาเสนอแผนที่จะใช้การปกครองบุตรร่วมกัน เว้นแต่ศาลเห็นว่าไม่จำเป็น กฎหมายของรัฐ Ohio ได้กำหนดถึงองค์ประกอบ

⁵¹ นโยบายดังกล่าวได้แสดงไว้ในกฎหมายของรัฐต่าง ๆ เช่น Alaska, California, Delaware, Florida, Idaho, Iowa, Louisiana, Montana, Nevada และ Pennsylvania.

ซึ่งต้องปรากฏในแผนของการปกครองบุตรร่วมกัน และให้อำนาจแก่ศาลที่จะ เรียกให้บิดามารดา
แก้ไขหรือ เปลี่ยนแปลงแผนให้ เหมาะสม

กฎหมายบางฉบับได้กำหนดถึง เรื่อง เงินค่า เลี้ยงดู หรือหนี้ที่เกี่ยวกับค่า เลี้ยงดู เมื่อบิดา
มารดา ร่วมกัน เป็นผู้ปกครองบุตร เช่น ในกฎหมายของรัฐ Colorado กำหนดว่าในกรณีที่ เด็ก
มีสองบ้าน การจ่าย เงินค่า เลี้ยงดู จะต้องจ่ายอย่างต่อเนื่อง แม้ว่า เด็กจะไม่ได้อาศัยอยู่ในบ้านของ
ผู้จ่ายเงินนั้น และ เช่นเดียวกับกฎหมายของรัฐ Michigan ได้กำหนดในการจ่ายค่า เลี้ยงดู เด็กว่า
อาจจะรวมถึงจำนวนค่าใช้จ่ายที่จำเป็นอย่าง เพียงพอในการ เลี้ยงดู เด็กของอีกบ้านหนึ่ง กฎหมาย
ของรัฐ Delaware กำหนดให้ศาลพิจารณาในการจ่าย เงินค่า เลี้ยงดู เด็ก โดยพิจารณาถึงอัตรา
ความสัมพันธ์ที่ เด็กใช้ เวลาอาศัยอยู่กับบิดามารดาแต่ละฝ่าย ในรัฐ Iowa และรัฐ Minnesota
ได้กำหนดถึงองค์ประกอบในการพิจารณาในการกำหนดค่า เลี้ยงดู เด็กในการปกครองบุตรร่วมกัน
บางรัฐได้กำหนดค่า เลี้ยงดู เด็กโดยใช้หลักทางคณิตศาสตร์ เพื่อ เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณา
ในคดีต่อไป หรือในบางรัฐกำหนดให้จ่ายค่า เลี้ยงดู เด็กตามความสามารถทางการเงินหรือรายได้
ของบิดามารดาแต่ละคน

ข้อพิจารณาที่ปรากฏในการบัญญัติกฎหมายใน เรื่องการปกครองบุตรร่วมกันบางฉบับ
คือ การแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งในการปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว เป็นการปกครองบุตรร่วมกัน
ซึ่งมักจะให้มีการพิสูจน์ว่าการ เปลี่ยนแปลงดังกล่าวจะต้อง เป็นประโยชน์สูงสุดของ เด็ก หรือพิสูจน์
ว่าสภาพแวดล้อมได้ เปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ

การอาศัยอยู่ในพื้นที่ เดียวกันของบิดามารดาไม่ เป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการจะดำเนินการ
ในการปกครองบุตรร่วมกัน เช่น คำสั่งของศาลในรัฐ New York ที่สั่งให้มีการปกครองบุตรร่วมกัน
โดยนิติบัญญัติ (joint legal custody) ระหว่างบิดามารดาที่คนหนึ่งอาศัยอยู่ในประเทศแคนาดา
และอีกคนอาศัยอยู่ในรัฐ New York

ในกรณีที่บิดามารดาไม่สามารถตกลงในการจัดการตามข้อตกลงในการปกครองบุตร
ร่วมกัน เช่น ในเรื่องที่อยู่อาศัยของบุตร หรือไม่สามารถตกลงในปัญหาต่าง ๆ ในการควบคุมดูแล
บุตรตามกฎหมาย บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งหรือทั้งคู่สามารถร้องขอต่อศาลในการแก้ไข
เปลี่ยนแปลงให้มีการปกครองเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (sole custody) อำนาจในการตัดสินใจ
ในปัญหาดังกล่าวต้องคำนึงถึงความผาสุกของเด็กเป็นหลัก (the welfare of the child)
ศาลส่วนใหญ่มักจะ เห็นสอดคล้องกันว่าในสภาพการณ์ดังกล่าวที่การปกครองบุตรร่วมกันไม่สามารถ
บรรลุผลสำเร็จจะกำหนดให้บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่ง เป็นผู้ปกครองบุตร เพียงฝ่ายเดียว

แต่อย่างไรก็ตาม บางศาลจะไม่ยกเลิกการดำเนินการตามข้อตกลงในการปกครองบุตรร่วมกัน โดยง่ายนัก เช่น ในรัฐ California และในเขตอำนาจของศาลอื่นมักจะกำหนดให้มีการไกล่เกลี่ย (Mediation) ปัญหาเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายหลังการหย่า ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการไกล่เกลี่ย ศาลมีอำนาจในการที่จะสั่งให้มีการไกล่เกลี่ยก่อนที่จะตัดสินข้อพิพาทในการปกครองบุตรร่วมกันได้เช่นเดียวกัน

ศาลอาจจะกำหนดหลักเกณฑ์พิเศษบางประการในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยไม่ต้องยุติข้อตกลงในการปกครองบุตรร่วมกัน เช่น ในศาลอุทธรณ์ของรัฐ Pennsylvania (Pennsylvania Appellate Court) ถือว่าข้อตกลงในการปกครองบุตรร่วมกันจะไม่สิ้นสุดลง หากบิดาได้ย้ายถิ่นฐานไปไม่เกินกว่าระยะทาง 120 ไมล์ ศาลอาจมีคำสั่งระหว่างพิจารณาที่กำหนดให้ศาลชั้นต้นพิจารณาในข้อตกลงการปกครองบุตรร่วมกันนั้นใหม่ และให้พิจารณาถึงแผนในการร่วมกันปกครองบุตรโดยพฤตินัย ซึ่งเป็นผลกระทบมาจากระยะทางระหว่างบ้านของบิดาและมารดา เป็นต้น

บทบัญญัติของกฎหมายในการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าในสหรัฐอเมริกา ปัจจุบันยังเป็นเหตุการณพิเศษในการตัดสินใจของแต่ละรัฐ และรัฐแต่ละรัฐก็จะหาวิธีการโดยการทดลองและการปฏิบัติการที่จะเป็นผลให้การปกครองบุตรร่วมกันเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก เมื่อบิดามารดาหย่าร้างกัน

1.10 ลักษณะข้อตกลงเกี่ยวกับการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า

(1) ลักษณะทั่วไปของข้อตกลงในการปกครองบุตรร่วมกัน⁵²

ลักษณะข้อตกลงให้มีการปกครองบุตรร่วมกันที่จะยกวางขึ้นนั้นควรมีลักษณะดังนี้

1. ข้อตกลงควรมีข้อความที่คู่สัญญาตกลงกันอย่างชัดเจนในความประสงค์ของทั้งคู่ และจะต้องสามารถแก้ไขปัญหาในการร่วมมือกันที่จะปกครองบุตรร่วมกันเป็นอย่างดี
2. ข้อตกลงควรจะเป็นข้อความที่คู่สัญญาทั้งคู่ รวมทั้งบุคคลภายนอก ศาล หรือผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถที่จะเข้าใจและตีความได้ตรงกัน

⁵²

Peter D. Axelrod, Craig A. Everet and Ann M. Haralambie, "Joint Custody," pp. 58-60.

(2) เนื้อหาของข้อตกลงในการปกครองบุตรร่วมกัน

เนื้อหาของข้อตกลงควรจะ เริ่มด้วยการตกลงกันของบิดามารดาว่าจะใช้ระบบการปกครองบุตรร่วมกันในลักษณะใด คือจะปกครองบุตรร่วมกันโดยนิติบัญญัติ (joint legal custody) เพียงอย่างเดียว หรือจะปกครองบุตรร่วมกันโดยพฤตินัยด้วย (joint physical custody)

โดยทั่วไป บิดามารดาผู้อ่านอาจปกครองบุตรร่วมกันโดยนิติบัญญัติยอมมีสิทธิที่จะร่วมกันตัดสินใจในเรื่องที่สำคัญเกี่ยวกับตัวบุตร (เช่น การตัดสินใจในเรื่องการศึกษา การนับถือศาสนา การรักษาพยาบาล ระเบียบวินัย และการอบรม) ในขณะที่การปกครองบุตรร่วมกันโดยพฤตินัยผู้ปกครองซึ่งบุตรอาศัยอยู่ด้วยยอมมีสิทธิที่จะตัดสินใจในเรื่องที่เกี่ยวกับชีวิตประจำวันของบุตร (เช่น การตัดสินใจในเรื่องการตื่นนอน การกิน การขับรด) ดังนั้น ในข้อตกลงควรที่จะระบุถึงว่าในเรื่องใด เป็นเรื่องที่สำคัญ เพื่อให้แตกต่างจากการตัดสินใจในเรื่องเล็ก ๆ น้อย ๆ เพื่อให้เกิดความแจ่มชัด และมีให้เกิดการโต้เถียงในภายหลัง⁵³

ส่วนการปกครองบุตรร่วมกันโดยพฤตินัย ก็ควรที่จะกำหนดตารางความเป็นอยู่ซึ่งยอมรับได้ทั้งสองฝ่าย ใครจะเป็นผู้รับผิดชอบในการเดินทางของเด็กจากบ้านหนึ่งไปยังอีกบ้านหนึ่ง หรือถ้าการอยู่ร่วมกับบุตรเป็นวงจรระยะยาว ควรที่จะกำหนดสิทธิในการเยี่ยมเยียนของอีกฝ่ายให้แจ่มชัด และไม่ควรรู้ค่าที่คลุมเคลือ เช่น "การเยี่ยมที่สมเหตุสมผล"

เนื้อหาที่ควรมีในข้อตกลงปกครองบุตรร่วมกัน⁵⁴

1. กำหนดรูปแบบในการปกครองโดยพฤตินัยสำหรับเด็กแต่ละคน เช่น สถานที่ที่เด็กจะไปอาศัยอยู่ และเมื่อใดที่เด็กจะต้องไปอาศัยอยู่
2. กำหนดรูปแบบการอยู่อาศัย เช่น ในกรณีที่บิดามารดาผลัดเปลี่ยนการใช้อ่านาจปกครองโดยพฤตินัย เช่น กำหนดวันอาทิตย์ถึงวันพุธอยู่บิดาหรือมารดาคนหนึ่ง และวันพุธถึง

⁵³ Ibid., p. 58.

David J. Miller, "Joint Custody," p. 392.

⁵⁴ Ibid., p. 59.

วันอาทิตย์อยู่กับอีกคนหนึ่ง หรือช่วงกันยายนถึงธันวาคมอยู่กับบิดาและมกราคมถึงพฤษภาคมอยู่กับมารดา เป็นต้น

3. กรณีที่บิดาหรือมารดาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองโดยพฤตินัย ก็ควรกำหนดช่วงเวลาการเยี่ยมเยียนให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง เช่น ช่วงเวลาเยี่ยมประจำสัปดาห์ วันหยุด เรียน วันเกิดของบิดามารดา วันเกิดของเด็ก หรือช่วงวันหยุดฤดูร้อน

4. กำหนดรายละเอียดสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศของบิดาหรือมารดาแต่ละฝ่าย กับเด็ก โดยให้มีการบอกกล่าวอย่างมีเหตุผลต่อบิดามารดาอีกฝ่ายหนึ่ง (เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้บิดามารดาฝ่ายหนึ่ง เปลี่ยนที่อยู่ เพื่อกีดกันไม่ให้บิดามารดาอีกฝ่าย เยี่ยมเยียน)

5. ข้อตกลงในเรื่องการศึกษาเกี่ยวกับศาสนาของเด็ก (ในกรณีที่บิดามารดาตกลงกันได้)

6. กำหนดบุคคลซึ่งต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่าย เกี่ยวกับการรักษาพยาบาลและทำฟัน

7. กำหนดรายละเอียดของการให้ค่าเลี้ยงดูเด็ก

8. กำหนดเงื่อนไขในกรณีที่บิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจนำเด็กออกนอกเขตอำนาจศาลอย่างถาวร โดยมีได้รับการอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรจากอีกฝ่ายหนึ่ง หรือโดยคำสั่งศาล

9. กำหนดให้มีการตั้งผู้ไกล่เกลี่ย เพื่อพิจารณาในเรื่องอำนาจปกครองและสิทธิการเยี่ยมเยียนของบิดาหรือมารดา ในกรณีที่อีกฝ่ายหนึ่งอยู่นอกเขตอำนาจศาล

1.11 ปัญหาทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้น เมื่อมีการปกครองบุตรร่วมกัน

เนื่องจากการฟ้องร้องเพื่อให้ปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody) มีเพียงเล็กน้อย จึงเป็นการยากที่จะทำนายปัญหาทางกฎหมายล่วงหน้าได้ว่าการปกครองบุตรร่วมกันจะก่อให้เกิดอะไร แต่อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีข้อโต้แย้งกันในบางแง่ที่อาจวิเคราะห์ได้ ดังนี้⁵⁵

(1) ผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรโดยแท้จริง (True Custody)

มิตติในรัฐ California 2 คดี ที่แสดงให้เห็นถึงประเด็นต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากการปกครองบุตรร่วมกัน ศาลของรัฐ California ยอมรับให้มีการปกครองบุตรร่วมกันตั้งแต่ปี 1950 คือให้การปกครองบุตรโดยพฤตินัย (physical or personal custody) ตกเป็นของ

55

David J. Miller, "Joint Custody," pp. 393-399.

บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่ง แต่ให้บิดามารดามีอำนาจปกครองและการควบคุมเด็กร่วมกัน (joint custody and control)

ในปี 1953 ศาลสูงของ California ได้ตีความคำสั่งให้มีการปกครองบุตรร่วมกัน ในคดี *Burge v. San Francisco* ซึ่งเป็นคดีที่โจทก์เป็นเด็กอายุ 14 ปี และมีบิดามารดาปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody) แต่ให้การปกครองตัวบุตร (physical custody) แก่ผู้เป็นมารดา บิดาในฐานะตัวแทนของโจทก์ได้ฟ้องจำเลยฐานทำร้ายร่างกายโจทก์ ในเวลาต่อมาบิดาได้ทำข้อตกลงนอกศาลกับจำเลยโดยผู้เป็นบิดาไม่ทราบเรื่อง ในกรณีดังกล่าว มีกฎหมายที่ให้สิทธิแก่บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งสามารถทำการประนีประนอมหรือเรียกครองสิทธิของบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ แต่บิดาหรือมารดาผู้จะได้รับสิทธินี้ต้องอยู่ในเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย 4 ข้อ ซึ่งในข้อกำหนดข้อที่ 2 บัญญัติว่า บิดามารดาจะต้องเป็น "ผู้ดูแลหรือมีอำนาจปกครอง" (care or custody) ศาลได้ตัดสินว่าข้อตกลงนั้นบังคับใช้ได้ ผู้พิพากษา Traynor ให้ความหมายของคำว่า "อำนาจปกครอง" (custody) ว่าตามกฎหมายหมายถึง "อำนาจปกครองบุตรโดยนิตินัย" (legal custody) และคำว่า "การดูแล" (care) หมายถึง "อำนาจปกครองบุตรโดยพฤตินัย" (physical custody) เมื่อมารดาเป็นผู้ดูแลตัวบุตรย่อมมีอำนาจที่จะทำข้อตกลงนอกศาลโดยลำพัง โดยไม่ต้องขออนุญาตจากบิดาก่อน ผลของคำตัดสินเป็นการลดอำนาจของบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายที่มีอำนาจปกครองบุตรร่วมกันโดยนิตินัย แต่ไม่ได้เป็นผู้ปกครองบุตรโดยพฤตินัย

หรือในคดี *Adoption of Van Anda* ศาลได้มีคำสั่งให้บิดามารดาที่หย่าร้างกันปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody) โดยให้มารดาเป็นผู้ดูแลตัวบุตร (physical custody) แต่ผู้เดียว ต่อมาผู้เป็นมารดาได้ทำการสมรสใหม่และสามีใหม่ต้องการรับเด็กทั้งสองคนมาเป็นบุตรบุญธรรมโดยบิดาไม่ยินยอม ศาลได้อนุญาตให้มีการรับเป็นบุตรบุญธรรมได้ เพราะผู้เป็นบิดาไม่อาจที่จะจ่ายค่าเลี้ยงดูบุตรได้ โดยมาตรา 224 ของประมวลกฎหมายแพ่งแคลิฟอร์เนีย ได้บัญญัติถึงการให้ความยินยอมในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมไว้ว่า

"ภายหลังที่มีคำสั่งศาลในเรื่องอำนาจปกครองบุตร ในกรณีที่อำนาจปกครองตกแก่บิดาและมารดาไม่ได้ทำการติดต่อกับบุตรเป็นระยะเวลาหนึ่งปี หรือในกรณีที่อำนาจปกครองตกแก่มารดาและบิดาไม่ได้จ่ายค่าเลี้ยงดู ค่าใช้จ่ายในการศึกษาของบุตรเป็นระยะเวลาหนึ่งปี เช่นนี้ บิดาหรือมารดาผู้ซึ่งมีอำนาจปกครองบุตรย่อมมีสิทธิในการให้ความยินยอมแต่เพียงผู้เดียวที่จะให้มีการรับเป็นบุตรบุญธรรมได้"



ในคดีนี้ศาลได้ตีความคำว่า "อำนาจปกครองบุตร" ในมาตรา 224 ว่าหมายถึง
อำนาจปกครองบุตรโดยพฤตินัย ผลจากคดีทำให้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันโดยนิตินัยของบิดา
ไม่มีความหมายหรือบังคับใช้ไม่ได้นั่นเอง

จากคดี Van Ando และ Burge แสดงให้เห็นถึงแนวโน้มที่ศาลมักจะพิจารณาบิดา
มารดาผู้มีอำนาจปกครองบุตรโดยพฤตินัย (Physical Custody) เหมือนดั่งเป็น "ผู้ปกครอง
อันแท้จริง" (True Custodian) หากมีประเด็นโต้แย้งกันทางกฎหมาย ดังนั้น การตีความ
ของศาลดังกล่าวย่อม เป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดอุปสรรคในการจัดการระบบการปกครองบุตรร่วมกัน
ดังกล่าวมา

(2) การเปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อม (Change of Circumstances)

การเปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อมที่อาจก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายในขณะ
ที่มีการใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าที่สำคัญที่จะนำมาพิจารณามี 2 สภาพการณ์
คือ⁵⁶

- การสมรสใหม่ของบิดาหรือมารดาที่หย่าร้างกัน
- การย้ายถิ่นฐานที่อยู่ของบิดามารดา

กรณีแรก การสมรสใหม่ (remarriage) ของบิดาหรือมารดาที่หย่าร้างกัน
จากการประเมินของรัฐบาลได้พบว่าประมาณร้อยละ 66 ของผู้หญิงที่หย่าร้างนิยมที่จะทำการสมรส
ใหม่ ผลกระทบของการสมรสใหม่ที่มีต่อการปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody) ยังไม่แน่ชัด
แต่ได้มีผู้ให้ความเห็นทั้งในแง่ที่เป็นผลดีและผลเสีย เช่น ในแง่ดีได้มีผู้ให้ความเห็นว่ากรณีที่บิดา
หรือมารดาที่หย่าร้างกันได้ทำการสมรสใหม่จะไม่มีผลกระทบต่อกรณีที่บิดามารดาปกครองบุตรร่วมกัน
โดยได้มีการประเมินว่ามีประมาณ 1 ใน 3 หรือ 1 ใน 4 สามารถดำเนินการตามระบบการ
ปกครองบุตรร่วมกันที่ถูกต้องขั้นได้ และยังเสริมว่าคู่สมรสใหม่และคู่สมรสเดิมได้พยายาม
จะอยู่ร่วมกันอย่างสงบในสภาพที่ต้องการความร่วมมือในการปกครองบุตรร่วมกัน และกรณีที่มี
การสมรสใหม่จะทำให้การปกครองบุตรร่วมกันเป็นไปอย่างสะดวก เพราะลดความเป็นศัตรูกัน
ระหว่างคู่สมรสเดิม ส่วนในทางตรงข้ามได้มีผู้กล่าวถึงผลเสียว่า การสมรสใหม่มักจะทำให้
เพิ่มความอิจฉาริษยาและเพิ่มความยุ่งยากระหว่างบิดามารดา เนื่องด้วยการสมรสใหม่จะทำให้

⁵⁶ Ibid., p. 397.

ความเป็นมิตรกันในระบบการปกครองบุตรร่วมกัน และ เด็ก ๆ ก็ปรารถนาให้บิดามารดากลับมาอยู่ด้วยกัน แม้ว่าบิดาหรือมารดาจะได้ทำการสมรสใหม่แล้ว

กรณีที่สอง การย้ายถิ่นฐานที่อยู่ (Relocation) ทำให้บิดามารดาต้องอยู่ห่างไกลกัน แต่มีได้ เป็นอุปสรรคหากจะมีการปกครองบุตรร่วมกัน เนื่องด้วยความใกล้ชิดกันได้ เป็นสิ่งที่จำเป็นจะต้องมีก่อน ดังนั้น การปกครองบุตรร่วมกันของบิดามารดาก็ยังคงดำเนินการต่อไปได้ แต่ผลประโยชน์ที่ได้รับอาจมีได้ยากขึ้น ค่าใช้จ่ายเพิ่มมากขึ้น และต้องใช้เวลามากขึ้น

นอกจากการแต่งงานใหม่ (Remarriage) และการย้ายถิ่นฐาน (Relocation) แล้วยังอาจมีการเปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อมในครอบครัวในประการอื่นอีก เช่น บิดามารดาที่ปกครองบุตรร่วมกัน ซึ่งในตอนแรกมีความเข้าใจและเป็นมิตรกัน ต่อมาเกิดความไม่เข้าใจกัน หรืออาจเกิดความขัดแย้งกันและไม่สามารถปรองดองกันได้ หรือกรณีที่เด็กโตขึ้นอาจจะเลือกที่จะอยู่กับบิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่ง เป็นต้น

โดยทั่วไป วิธีที่จะแก้ไขหรือดำเนินการสำหรับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวข้างต้นกระทำ ได้โดยทางศาล คือบิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งยื่นคำร้องขอต่อศาล เพื่อให้ศาลมีคำสั่งในการเปลี่ยนแปลงในการดูแล เด็กในระบอบการปกครองบุตรร่วมกัน

ศาลและสภานิติบัญญัติได้กำหนด เงื่อนไขที่เข้มงวดเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงแก้ไข อำนาจปกครอง โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 409 แห่ง The Uniform Marriage and Divorce Act ภายในระยะเวลาสองปีหากต้องการเปลี่ยนแปลงคำสั่งในเรื่องอำนาจปกครองจะต้องแสดงให้เห็นว่าการจัดระบบในการปกครอง เด็กในปัจจุบันได้ก่อให้เกิดอันตรายรุนแรงแก่สุขภาพ ทางอารมณ์ ศีลธรรม ทางสมองและจิตใจของเด็ก หากระยะเวลาสองปีผ่านไป ไม่อาจมีการเปลี่ยนแปลงใด ๆ ได้ เว้นแต่จะมีการเปลี่ยนแปลงในสภาพแวดล้อมและการเปลี่ยนแปลงแก้ไขนั้น จะเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ในทางปฏิบัติ ไม่ว่าจะ เป็นระบบการใช้อำนาจปกครองใดก็อาจถูกยกเลิกได้เสมอ ถ้าศาลพิจารณาเห็นว่าเหมาะสมก็อาจมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ แต่ผู้พิพากษาส่วนใหญ่พยายามที่จะไม่ให้มีข้อโต้แย้งในเรื่องดังกล่าวโดยวางเงื่อนไขที่เข้มงวด เหตุนี้ คู่กรณีที่ต้องการให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในเรื่องอำนาจปกครองจะต้องพิสูจน์ ถึงการเปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อมพร้อมทั้งต้องแสดงว่าการเปลี่ยนแปลงแก้ไขนั้นจะอำนวยประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก ในกรณีของการปกครองบุตรร่วมกัน การกำหนดเงื่อนไขที่เข้มงวดทำให้การอ้างสภาพแวดล้อมย่อม เป็นการต่อต้านการ

เปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อม เช่น ในการสมรสใหม่หรือการย้ายถิ่นฐานของบิดามารดา ผู้พิพากษา จะให้คงการปกครองบุตรร่วมกันต่อไป โดยบังคับบิดามารดาให้เห็นความสำคัญในผลประโยชน์ ของเด็กมากกว่าสิ่งอื่น ในทางตรงกันข้าม เจื่อนไขดังกล่าวอาจทำให้เกิดความตึงเครียด ภายในครอบครัวที่มีการปกครองบุตรร่วมกันรุนแรงขึ้น เป็นอุปสรรคต่อความต้องการที่จะให้มีการ ยืดหยุ่น และไม่ให้ความ เป็นธรรมแก่บิดามารดาผู้มีอาชีพที่ต้องมีการย้ายถิ่นฐาน

1.12 การแก้ไขข้อขัดแย้งของบิดามารดาในการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า (Dispute Resolution and Joint Custody)

แม้ว่าการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าจะเป็นระบบที่ดีก็ตาม แต่ก็อาจเกิด ปัญหาข้อขัดแย้งขึ้นได้ ข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นมักจะเป็น เรื่องเกี่ยวกับการเลี้ยงดูเด็ก ซึ่งอาจเกิดขึ้น ขณะที่บิดามารดา ยังสมรสกันอยู่หรือได้หย่าร้างแล้ว แต่ในปัญหาหลัก ๆ เช่น เรื่องโรงเรียน การศึกษาทางศาสนา และค่ารักษาพยาบาลของบุตร บิดามารดามักจะเห็นสอดคล้องกัน⁵⁷ ส่วนในเรื่องที่มักจะโต้เถียงกันนั้น Dr. Keshet ได้ทำการศึกษาและพบว่า⁵⁸ สิ่งสำคัญ ที่ก่อให้เกิดความขัดแย้งมีอยู่ด้วยกัน 2 ประการ คือ ประการแรก เรื่องตารางเวลา เช่น การเปลี่ยนแปลงเวลาเพื่อให้อาหารเหมาะสมกับอีกฝ่ายหนึ่ง หรือการเพิ่มหรือลดจำนวนเวลาที่จะอยู่ กับบุตร ประการที่สอง คือการเลี้ยงดูเด็ก ปัญหาส่วนใหญ่เกี่ยวกับเรื่องการวางระเบียบวินัย (discipline) การควบคุมอาหาร (diet) กิจกรรมหลังเลิกเรียน (after school activities) และการให้อनुญาของบิดามารดา (parental permissiveness)

สำหรับการแก้ปัญหาคือข้อขัดแย้งดังกล่าวนี้สามารถทำได้โดยยื่นคำร้องต่อศาล เช่นเดียวกับระบบการปกครองบุตรเพียงคนเดียว (sole custody) แต่มีผู้เห็นว่าเนื่องจาก ระบบการปกครองบุตรร่วมกันไม่ว่าในขณะที่ยังสมรสกันอยู่ หรือภายหลังการหย่าร้างแล้ว มักจะเกิดปัญหาข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการเลี้ยงดูได้บ่อย ๆ ทั้งที่สำคัญและไม่สำคัญ ดังนั้นหากจะต้อง ให้บิดามารดา ยื่นข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นต่อศาลทุกครั้งแล้วอาจทำให้ศาล เบื่อหน่าย

57 Ibid., p. 400.

58 Ibid.

การปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า เพราะเป็นไปได้ที่คู่สมรสไม่ว่าจะสมรสจะ เสนอ ข้อโต้แย้งในเรื่องการเลี้ยงดูเด็กทุก ๆ เรื่องต่อศาล ดังนั้น จึงมีการเสนอเพิ่มกลไกที่เป็น ทางเลือกเพื่อแก้ไขข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นในระหว่างที่บิดามารดาปกครองบุตรร่วมกัน ดังนี้⁵⁹

ทางเลือกแรก คือ วิธีการไกล่เกลี่ย (Mediation Process) ซึ่งมีลักษณะไม่เป็น ทางการมากที่สุด รายละเอียดที่ใช้ในการไกล่เกลี่ยสามารถเปลี่ยนแปลงได้ แต่ในข้อตกลงจะต้อง ระบุชื่อผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งอาจเป็นผู้เชี่ยวชาญซึ่งมีความเป็นกลางหรือเพื่อน ในกรณีที่บิดามารดา ไม่สามารถตกลงกันได้ในการตัดสินใจเกี่ยวกับบุตร บิดามารดาทั้งสองก็จะเสนอข้อโต้แย้งดังกล่าว ต่อผู้ไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยจะสอบถามถึงปัญหาที่เกิดขึ้นกับบิดามารดาทั้งสองคนและจะพยายาม แนะนำการแก้ไขปัญหาที่เป็นการประนีประนอมมากที่สุด ผู้สนับสนุนให้มีวิธีการไกล่เกลี่ย กล่าวว่า การไกล่เกลี่ย เป็นกรณีที่คู่กรณีสามารถ เลือกผู้ที่จะ เป็นผู้ตัดสินใจปัญหาได้ล่วงหน้าอย่างเหมาะสม ซึ่งผู้ไกล่เกลี่ยมักจะมี ความคุ้นเคยกับสภาพการณ์ของครอบครัวนั้น นอกจากนี้ระบบการไกล่เกลี่ย ยังเป็นระบบที่เป็นส่วนตัว มีการตัดสินใจที่รวดเร็ว

ทางเลือกที่สอง คือ การตั้งอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ความแตกต่าง ที่สำคัญระหว่างการตัดสินใจโดยอนุญาโตตุลาการ และการไกล่เกลี่ย คือ การตัดสินใจชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการย่อม เป็นการผูกมัดคู่กรณีทั้งสองต้องปฏิบัติตาม การตัดสินใจชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ เมื่อเทียบกับการพิจารณาและตัดสินของศาลแล้ว เป็นทางการน้อยกว่า ถูกกว่า เร็วกว่า เป็นส่วนตัวมากกว่า สร้างความแตกแยกน้อยกว่า และเข้าแทรกแซงน้อยกว่า การตัดสินใจชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการเป็นการกระตุ้นให้บิดามารดาปฏิบัติตามข้อตกลงได้มากกว่าการไกล่เกลี่ย แต่การ ไกล่เกลี่ยก็มีลักษณะที่เป็นทางการน้อยกว่า และบิดามารดาจะเห็นสอดคล้องด้วยความสมัครใจ

ทางเลือกข้อสุดท้าย คือ การตั้งคณะกรรมการ (Interdisciplinary Committe) คณะกรรมการจะประกอบไปด้วยผู้ทรงคุณวุฒิในด้านต่าง ๆ เช่น แพทย์ พระ นักจิตวิทยา นักการศึกษา หรือทนายความ และบุคคลที่น่าเชื่อถือ เช่น ผู้เชี่ยวชาญทางจิตวิทยาเด็ก ซึ่งเด็กอาจพูดคุยด้วยได้อย่างเปิดเผย ขนาดของคณะกรรมการอาจเปลี่ยนแปลงได้ และการตัดสินใจ ของคณะกรรมการย่อมผูกมัดคู่กรณี ระบบคณะกรรมการนี้ช่วยประหยัดเงินให้แก่บิดามารดา และมี กระบวนการที่สอดคล้องกับกลไกของครอบครัว แต่แนวความคิดนี้มีข้อโต้แย้งว่าไม่อาจจะ รับประกันประโยชน์สูงสุดของเด็ก และไม่อาจรับรองความเที่ยงธรรมได้

59 Ibid., pp.401-403.

ข้อเสนอให้เลือก 3 ทางข้างต้น นอกจากจะช่วยแก้ปัญหาข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นระหว่างบิดามารดาที่ปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าแล้วยังช่วยลดคดีความในศาล แต่ทั้งนี้ยังขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลว่าจะยอมรับการชี้ขาดตามระบบดังกล่าวหรือไม่

1.13 ผลของการปฏิบัติการใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า

จากหลักฐานที่ได้รวบรวมขึ้นจากการสังเกตและการทดลองปรากฏว่า⁶⁰ การปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าของบิดามารดาสามารถดำเนินไปได้ด้วยดี และเป็นที่ยอมรับจากทั้งผู้ปกครองและบุตร ผู้เชี่ยวชาญทางสุขภาพจิตมักจะแนะนำให้บิดามารดาปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า จากการศึกษาโดย Susan Steinman D.S.W.⁶¹ ได้ศึกษาสภาพจิตของเด็ก 32 คน ที่อยู่ในครอบครัวที่บิดามารดาปกครองบุตรร่วมกันจากจำนวน 24 ครอบครัว และเด็กเหล่านี้จะใช้เวลาประมาณ 1 ใน 3 หรือครึ่งหนึ่งอาศัยอยู่กับบิดาหรือมารดาแต่ละคน การจัดแบ่งเวลาที่จะอาศัยอยู่กับบิดาหรือมารดาแต่ละคนมีหลายรูปแบบแล้วแต่จะตกลงกัน บิดามารดาที่ต้องการดูแลบุตรร่วมกันมักจะ เป็นผู้ที่เห็นคุณค่าซึ่งกันและกัน บิดามารดาที่มีการศึกษาดีและอยู่ในฐานะปานกลางชอบจะ เลือกใช้วิธีการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า และสามารถดำเนินการในระบบนี้ได้เป็นอย่างดี ส่วนตัวเด็กซึ่งไม่ปรารถนาที่จะให้บิดามารดาหย่าร้างกันตั้งแต่แรกก็สามารถเข้าใจในเหตุผลของการหย่าร้าง และสามารถหลีกเลี่ยงจากความคิดว่าตนจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบต่อการหย่าร้างของบิดามารดา เด็ก ๆ จะได้รับประโยชน์มากที่สุด "จากความสัมพันธ์ที่ร่วมมือกันและเคารพซึ่งกันและกันระหว่างบิดามารดาในการที่จะเลี้ยงดูบุตร" และได้คงความสัมพันธ์นั้นต่อไปภายหลังที่มีการหย่าร้าง

เด็กประมาณ 2 ใน 3 ของครอบครัวที่บิดามารดาปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody) จะมีสุขภาพจิตที่ดี ส่วนอีก 1 ใน 3 จะเกิดปัญหาซึ่งมี 3 ด้าน ด้วยกันคือ ประการแรกเป็นปัญหาที่เด็กจะแสดง "ความซื่อสัตย์จนเกินความเป็นจริง" (hyper loyal) เพื่อแสดงความยุติธรรมแก่บิดาและมารดาทั้งคู่ ซึ่งจะเป็นไปในทางการจับจ่ายใช้สอย ประการที่สอง

⁶⁰ Sheila F.G. Schwartz, "Toward a Presumption of Joint Custody," pp. 237 - 240.

⁶¹ Ibid., p 237.

เกี่ยวกับความสับสนและความกระวนกระวายใจ เมื่อเปลี่ยนบ้าน และสุดท้ายความนึกคิดของเด็กไม่สามารถกลับคืนมาได้เช่นเดิม นอกจากนี้จากการศึกษาพบว่าเด็กหญิง 2 คน ซึ่งอยู่ในครอบครัวที่บิดามารดาปกครองบุตรร่วมกันและประสบความสำเร็จเป็นอย่างดีเป็นเวลาหลายปี กลับมีความต้องการที่จะมีเพียงบ้านเดียว เมื่อเติบโตเป็นวัยรุ่น ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่น่าแปลกใจเท่าใดนักที่วัยรุ่นปรารถนาที่จะควบคุมชีวิตของตนเองมากขึ้น และลดความผูกมัดจากบิดามารดา และเพิ่มความสัมพันธ์กับเพื่อนของตน

Alice Abarbanel, Ph.D. ได้ทำการศึกษาครอบครัวที่ปกครองบุตรร่วมกัน 4 ครอบครัว เป็นเวลา 1-2 ปี ภายหลังจากหย่าร้าง ซึ่งพบว่า⁶² เด็กจะใช้เวลาของตน 1 ใน 3 หรือครึ่งหนึ่งของเวลาในบ้านของบิดาหรือมารดาแต่ละคน เด็กจะมีความรู้สึกที่ดี และมีความผูกพันกับบิดามารดาทั้งสองคน และสามารถที่จะปรับตัวเข้ากับสภาพของบิดามารดา ซึ่งมีความแตกต่างกันได้เป็นอย่างดี ในแต่ละกรณีเมื่อมีความเห็นต่างกับบิดามารดา อาจจะอนุญาตให้เด็กแสดงความเห็น เด็กบางคนอาจจะรู้สึกถึงการแตกแยกของบิดามารดาเมื่อต้องย้ายระหว่างบ้านสองบ้าน แต่ก็ยังคงสามารถปรับตัวเข้ากับสภาพการณ์ได้เป็นอย่างดี

จากรายงานการศึกษาอัตราการสูัดคดีที่เกิดขึ้นใหม่ภายหลังจากที่มีการปกครองบุตรร่วมกัน ในปี 1982 โดยอาศัยข้อมูลจากศาลสูง Los Angeles County (Los Angeles County Superior Court) ในช่วงระยะเวลากว่า 2 ปี (ปี 1978 - ปี 1980) ปรากฏว่ามีคดีเกี่ยวกับอำนาจปกครอง 414 คดี โดยศาลตัดสินให้มีการปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว (sole custody) 276 คดี และการปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody) 138 คดี ครอบครัวที่มีการปกครองบุตรเพียงคนเดียวมีอัตราการสูัดคดีใหม่ เช่นเดียวกับครอบครัวที่มีการปกครองบุตรร่วมกัน หรือแม้ในคดีที่ตัดสินให้มีการปกครองบุตรร่วมกันโดยปราศจากความยินยอมของบิดามารดา ทั้งคู่การสูัดคดีใหม่ก็มีอัตรา เช่นเดียวกับการปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว

รายงานการสูัดคดีใหม่ภายหลังจากมีการปกครองบุตรร่วมกันปี 1981 ซึ่งศึกษาจากเด็กชาย 80 คน อายุระหว่าง 5-13 ปี โดยแบ่งเด็กที่ศึกษาออกเป็น 4 กลุ่ม กลุ่มละ 20 คน คือ กลุ่มแรกอาศัยอยู่ในครอบครัวซึ่งมีการปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody arrangement)

⁶² Ibid., p 238.

กลุ่มที่สองอาศัยอยู่ในครอบครัวซึ่งมีการปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว (sole custody arrangement) กลุ่มที่สามอาศัยอยู่ในครอบครัวที่บิดามารดามีความสุขในชีวิตแต่งงาน (in homes with happy marriage) และกลุ่มที่สี่อาศัยอยู่ในครอบครัวที่บิดามารดาไม่มีความสุขในชีวิตแต่งงาน (in homes with unhappy marriage) สำหรับเด็กแต่ละคน ผู้ปกครองจะเป็นผู้ประเมินระดับพฤติกรรม ครูของเด็กจะประเมินแนวความคิด และตัวเด็กเองจะประเมินด้านบุคลิกภาพ ผลการศึกษาปรากฏว่าเด็กชายจากครอบครัวที่มีการปกครองบุตรร่วมกันจะมีการปรับสภาพอารมณ์ได้ดีกว่าเด็กที่มีการดูแลจากผู้ปกครองเพียงคนเดียว และกลุ่มที่อยู่ในครอบครัวที่ไม่มีความสุขในชีวิตแต่งงาน เด็กจากครอบครัวที่มีการปกครองบุตรร่วมกันจะมีบุคลิกภาพสูงกว่ากลุ่มที่ปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว

Judith Brown Greif D.S.W. ศึกษาถึงสภาพของบิดาที่มีการแยกกันอยู่หรือหย่าร้างถูกต้องตามกฎหมาย จำนวน 40 คน ของบุตร 63 คน นับว่าร้อยละ 80 มารดาจะเป็นผู้ปกครองแต่เพียงผู้เดียว และร้อยละ 20 บิดาและมารดาปกครองบุตรร่วมกัน สรุปได้ว่า⁶³ ความเข้าใจของบิดาที่หย่าร้างแล้วในเรื่องของอิทธิพลของความ เป็นบิดาไม่ได้ขึ้นอยู่กับเพียงคุณลักษณะของเด็กหรือของตัวผู้เป็นบิดาเอง หรือของสภาพการสมรส แต่ขึ้นอยู่กับลักษณะโครงสร้างภายหลังการหย่าร้างด้วย หากบิดามีเวลาให้กับบุตรมากเท่าไรก็ยิ่งพยายามที่จะทำหน้าที่ของบิดาให้มากขึ้น ซึ่งทำให้เกิดความพอใจแก่บิดาและบุตร ดังนั้น จากผลการศึกษาว่าการปกครองบุตรร่วมกันจะทำให้บิดามีความรู้สึกใกล้ชิดกับบุตรมากขึ้น และกระตุ้นให้มีส่วนร่วมในการเติบโตและพัฒนาการของบุตร นอกจากนี้การปกครองบุตรร่วมกันจะช่วยทำให้บิดามารดามีความรับผิดชอบมากขึ้น ทำให้เกิดความผูกพันกับบุตร และบิดามารดาผู้ปกครองบุตรร่วมกันสามารถแยกปัญหาชีวิตสมรสออกจากความรับผิดชอบในการเลี้ยงดูบุตรได้

Nadine Nehls, M.S.N. และ Mel Morgenbesser, M.S.S.W. ได้ศึกษานิดาที่ได้หย่าร้างจำนวน 127 คน พบว่า⁶⁴ บิดาในครอบครัวที่ปกครองบุตรร่วมกันมีระดับความขัดแย้งกับภรรยาเดิมในอัตราที่ต่ำ และมีทัศนคติที่ดีที่พยายามจะกลับมา เป็นบิดาอีกครั้งหนึ่ง

⁶³ Ibid., pp 239-240.

⁶⁴ Ibid., pp 240.

จากการศึกษาอย่างเป็นทางการและการสังเกตในทางการแพทย์ได้ให้คำแนะนำ คล้ายคลึงกัน เช่น Friedman เน้นถึงผลประโยชน์ของความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตรว่า บิดาผู้มีส่วนร่วมในการปกครองจะสามารถอบรมเลี้ยงดูบุตรเหมือนเช่นขณะที่สมรสกับมารดา ซึ่งช่วยให้สามารถแก้ปัญหาอุปสรรคต่าง ๆ ทางสังคม และช่วยสนับสนุนความสัมพันธ์ของบุตรกับ บิดาและความสัมพันธ์ของบิดากับมารดาในการช่วยเหลือกันเลี้ยงดูบุตร

Wallerstein และ Kelly ได้แนะนำถึงการปกครองบุตรร่วมกันว่า⁶⁵

"โดยสรุปแล้วเราพบว่าเด็กต้องการที่จะมีความสัมพันธ์กับบิดาและมารดาทั้งคู่ ภายหลังการหย่าร้าง โดยให้บิดามารดาแต่ละคนมีความรับผิดชอบอย่างแท้จริงในความเป็นอยู่ที่ดีของบุตร สำหรับบิดามารดาที่สามารถทำข้อตกลงในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับบุตรภายหลังการหย่า และมีความเต็มใจที่จะทำให้ความต้องการของบุตรมาเป็นสิ่งแรก หรือมีบทบาทในการตัดสินใจว่า เด็กจะอยู่อย่างไรและอยู่ที่ไหน การปกครองบุตรร่วมกันอาจจะ เป็นโครงสร้างของทางเลือกหนึ่ง ตามกฎหมาย"

และมีความเห็นว่าการปกครองบุตรร่วมกันไม่ได้หมายถึงการแบ่งชีวิตของเด็ก แต่หมายถึงแนวความคิดของบิดามารดาสองคนจากแต่ละบ้านที่จะเลี้ยงดูบุตรให้อยู่ในสภาพที่ดี และมีความเคารพซึ่งกันและกันภายหลังการหย่า

⁶⁵ Ibid., p. 240.

Taken as whole our findings point to the desirability of the child's continuing relationship with both parents during the postdivorce years in an arrangement which enables each parent to be responsible for and genuinely concerned with the well-being of the children. For those parents who are able to reach an agreement on child related matters after divorce and are willing to give the needs of the children priority or a significant role in their decision-making regarding how and where the children reside, joint legal custody may provide the legal structure of choice.

2. การเลือกใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าในประเทศต่าง ๆ

2.1 การเลือกใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าในประเทศอังกฤษ ⁶⁶

ในการกำหนดอำนาจปกครองตามระบบกฎหมายครอบครัวของอังกฤษนั้น ศาลอาจมีคำสั่งให้มีการปกครองบุตรเพียงคนเดียว (sole custody order) หรือมีการปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody order) และการตัดสินใจของศาลต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานประโยชน์สุขของเด็กเป็นหลัก แต่เดิมมีความคิดว่าคำสั่งให้บิดามารดามีอำนาจปกครองบุตรร่วมกันเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยความหวังว่าบิดามารดาจะให้ความร่วมมือกันเพื่ออนาคตของบุตร แต่ความคิดดังกล่าวได้เปลี่ยนไปว่าการมีคำสั่งให้ปกครองบุตรร่วมกันเป็นไปเพื่อให้บิดามารดาซึ่งไม่ได้ปกครองบุตรสำนึกในความรับผิดชอบของตนต่อบุตร เพื่อลดความขมขื่นระหว่างคู่กรณี

ในปี 1974 จำนวนคำสั่งให้มีการปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody) มีเพิ่มขึ้นร้อยละ 5.2 ของคำสั่งในเรื่องอำนาจปกครองทั้งหมด และในปี 1985 เพิ่มขึ้นถึงร้อยละ 12.9 ในทางปฏิบัติการปกครองบุตรร่วมกันมีผลให้คู่กรณีบางคู่กลับคืนดีกันได้ จึงเป็นผลสนับสนุนให้คำสั่งปกครองบุตรร่วมกันมากขึ้น

แม้ว่าจะเป็นการไม่ถ่วงน้ำหนักที่จะระบุสิ่งซึ่งเป็นผลประโยชน์ทางกฎหมายที่คู่สมรสที่มีได้ปกครองบุตร (non-custodial) จะได้จากคำสั่งให้ดูแลบุตรร่วมกัน แต่ในทางจิตวิทยาคำสั่งนั้นเป็นสิ่งที่สำคัญที่แสดงให้ศาลได้รู้ว่า แม้แต่ผู้ปกครองที่มีดูแลบุตรก็ยังคงมีความรับผิดชอบต่อเด็กของตน บนรากฐานที่ว่านี่สามารถที่จะกล่าวได้ว่าคำสั่งให้ปกครองบุตรร่วมกันควรจะนำมาใช้เว้นแต่ในกรณีที่อาจทำให้น่าไปสู่การเป็นปรปักษ์กันระหว่างบิดามารดา

2.2 การเลือกใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าในประเทศแคนาดา

การเลือกใช้ในการกำหนดอำนาจปกครองบุตรของศาลในประเทศแคนาดามีด้วยกัน ⁶⁷
3 ลักษณะ คือ

⁶⁶ P.M.Bromley and N.V.Lowe, Bromley's Family Law, 7th ed. (London : Butterworth, 1987) p, 333.

⁶⁷ Nancy Zima, "Custody : A Realistic Approach," Family Law Review Vol.2 no.1 (1979) : 27.

(1) การปกครองบุตรเพียงคนเดียว (sole custody) เป็นคำสั่งให้อ่านาจปกครองดูแลบิดาหรือมารดาเพียงฝ่ายเดียว ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิติดต่อเยี่ยมเยียน

(2) การแบ่งอำนาจปกครองบุตรเป็นส่วน ๆ (split custody) เป็นคำสั่งให้อ่านาจปกครองดูแลบิดาหรือมารดาฝ่ายหนึ่ง และการเลี้ยงดูและการควบคุมโดยพฤตินัยตกแก่อีกฝ่าย ตัวอย่างเช่น บิดาจะมีเป็นผู้มีอำนาจปกครองโดยนิตินัย คือมีสิทธิในการตัดสินใจในเรื่องสำคัญ ๆ ของบุตร เช่น ด้านการศึกษา การศึกษาศาสนา และการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก ส่วนมารดามีสิทธิในตัวบุตรคอยดูแลและควบคุม (care and control) และอนุญาตให้บิดามีสิทธิเยี่ยมเยียนในขณะที่บุตรอาศัยอยู่กับมารดา

(3) การปกครองบุตรร่วมกัน (joint custody) เป็นคำสั่งที่ให้อ่านาจมารดามีสิทธิเท่าเทียมกันในการปกครองบุตร โดยบิดามารดาแต่ละคนมีอำนาจปกครองโดยพฤตินัย (เจ้าของตัวบุตร) อำนาจปกครองบุตรโดยนิตินัย การควบคุมดูแลและความรับผิดชอบ ตามเวลาที่ได้ระบุไว้ (Each parent has physical custody, legal authority, control and responsibility for a designated period of time) การใช้อำนาจดังกล่าวบิดามารดามีสิทธิมีเสียงเท่าเทียมกันในการให้การศึกษา การให้การอุปการะเลี้ยงดู และประโยชน์สุขต่าง ๆ พร้อมทั้งจะต้องปรึกษาร่วมกันในเรื่องที่สำคัญเกี่ยวกับเด็ก

ศาลจะคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลักโดยพิจารณาองค์ประกอบต่าง ๆ เช่น

- คุณสมบัติของบิดามารดา (the fitness of both parties)
- สิทธิที่แต่ละฝ่ายควรจะได้รับในฐานะของบิดามารดา (their rights as parents)
- ผลกระทบต่อเด็กที่ต้องมีสองบ้าน (the possible effects of children living in two households)
- อายุของเด็ก (the age of children)
- ช่วงเวลาในการปกครองบุตรในขณะที่ได้รับการศึกษา (The period of custody interferes with school attendance) เป็นต้น

คำร้องขอของบิดามารดาที่ปรารถนาจะปกครองบุตรร่วมกัน เป็นสิ่งหนึ่งที่ทำให้ศาลเห็นถึงความสามารถที่ทั้งคู่จะดำเนินการร่วมกันได้ภายใต้ข้อตกลงในการปกครองบุตรร่วมกัน แต่เหนือสิ่งอื่นใดคือประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก แต่มีข้อโต้แย้งว่า การร่วมมือกันของบิดามารดา

ในลักษณะต้องมีการติดต่อกันอย่างใกล้ชิดและบ่อยครั้งทำได้ยาก เมื่อทั้งคู่แยกกันอยู่หรือหย่าร้างกันแล้ว อนึ่ง ข้อตกลงดังกล่าวอาจเป็นอันตรายต่อเด็กได้ คือ ความแตกต่างของชีวิตเด็กในบ้านสองบ้านทำให้เด็กเกิดความสับสนในด้านระเบียบวินัยและเกิดความรู้สึกไม่มั่นคง ดังนั้นในทางปฏิบัติมักจะให้มีการปกครองบุตรร่วมกันในกรณีที่มีความสัมพันธ์ของบิดามารดาเหมาะสม และได้มีการตกลงกันโดยสมัครใจ โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานประโยชน์สูงสุดของเด็ก

แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดและการพิจารณาอำนาจปกครองได้บัญญัติรองรับโดยชัดแจ้ง หรือ เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งให้มีการปกครองบุตรร่วมกัน เมื่อชีวิตสมรสล้มเหลวหรือหย่าร้างกัน⁶⁸ โดยบทบัญญัติมาตรา 129 ของกฎหมาย The Child and Family Services and Family Relations Act 1980 ได้บัญญัติรับรองอำนาจของศาลในการทำคำสั่งให้มีการปกครองบุตรร่วมกัน ดังนี้⁶⁹

มาตรา 129(1) " เว้นแต่จะมีการตกลงเป็นหนังสือหรือโดยคำสั่งของศาล บิดามารดาต้องมีอำนาจปกครองบุตรร่วมกัน" และ

มาตรา 129(2) ในกรณีที่มีการร้องขอต่อศาล ศาลอาจมีคำสั่งให้บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งหรือทั้งสองคนเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตร หรืออาจมีคำสั่งให้บุคคลอื่นเพียงคนเดียวหรือร่วมกับผู้อื่น เป็นผู้ปกครองเด็ก โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก เป็นพื้นฐาน"

⁶⁸ Julien D Payne, "Parenting Rights on Marriage Breakdown or Divorce," in Family Law Review Vol.4, 5, 6, (1981) : 84-86.

⁶⁹ Section 129(1) Unless otherwise agreed by written agreement or unless otherwise ordered by the court. Where the child has more than one parent. The parents jointly have custody of their child.

Section 129(2) Upon application the court may order that either or both parents, or any person, either alone or jointly with another, shall have custody of a child, subject to such terms and conditions as the court determines, such order to be made on the basis of the best interests of the child ; and the court may at any time vary or discharge the order.

และในกฎหมาย The Children's Law Reform Amendment Act ปี 1982 มาตรา 20(1) และมาตรา 28(9) ได้บัญญัติสนับสนุนให้ศาลสามารถทำคำสั่งให้มีการปกครองบุตรร่วมกัน ดังนี้⁷⁰

มาตรา 20 "บิดาและมารดาของมือนานาจปกครองบุตร

(1) เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น บิดาและมารดามีสิทธิเท่าเทียมกันในการใช้อานาจปกครองบุตร" และ

มาตรา 28 "เมื่อได้รับคำร้องศาลอาจทำคำสั่งตามมาตรา 21 (a) ในเรื่องอานาจปกครองหรือการเยี่ยมเยียนเด็กให้แก่บุคคลคนเดียวหรือหลายคนก็ได้"

นอกจากนี้กฎหมาย The Infants Act ปี 1978 มาตรา 3(6) บัญญัติว่า "ในการทำคำสั่ง ศาลอาจจะกำหนดให้บิดาและมารดารับผิดชอบเป็นส่วนแยกกันไป หรือมีความรับผิดชอบร่วมกัน, และอาจมีคำสั่งในเรื่องการเยี่ยม ในการจัดการเกี่ยวกับบุตร ศาลอาจกำหนดเงื่อนไขที่เห็นว่าเหมาะสม"⁷¹ บทบัญญัติดังกล่าวยืนยันว่าศาลมีอานาจออกคำสั่งให้มีการปกครองบุตรร่วมกันได้

⁷⁰ Section 20(1) Except as otherwise provided in this part, the father and mother of a child are equally entitled to custody of the child.

Section 28 The court to which an applications is made under section 21, (a) by order may grant the custody of or access to the child to one or more persons.

⁷¹ Section 3(6) In Making an order the court may provide for the division and sharing of parental responsibilities, and the granting of access, in such manner and upon such conditions as the court considers appropriate.

2.3 การเลือกใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าในประเทศออสเตรเลีย ⁷²

กฎหมายครอบครัวของประเทศออสเตรเลีย คือ The Family Law Act 1975 มาตรา 64(1) บัญญัติว่า "ภายใต้คำสั่งของศาลในระยะเวลาที่กำหนดไว้ บิดามารดาแต่ละคน ย่อมเป็นผู้ปกครองของบุตรผู้ซึ่งอายุไม่เกิน 18 ปี และย่อมมีอำนาจปกครองบุตรร่วมกันในขณะที่ ยังเป็นสามีภริยากันอยู่"⁷³

บทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว เป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญ เกี่ยวกับการกำหนดและการ ใช้อำนาจปกครองบุตร เนื่องในสมัยโบราณกฎหมายคอมมอนลอว์กำหนดให้บิดาเท่านั้น เป็นผู้ที่มีอำนาจ ปกครองบุตร เว้นแต่ศาลจะได้กำหนดเป็นอย่างอื่น แต่ศาลมักจะกำหนดให้อำนาจปกครองตกอยู่กับ บิดาเสมอไม่ว่าในขณะที่การสมรสยังคงอยู่ขณะแยกกัน หรือภายหลังการหย่า ปัจจุบันกฎหมาย ได้กำหนดให้อำนาจปกครองตกอยู่กับบิดามารดาด้วยกัน จึงสอดคล้องกับสภาพสังคม

นอกเหนือจากบทบัญญัติในมาตรา 64(1) แล้ว The Family Law Act 1975 มาตรา 64(4) ยังบัญญัติความเท่าเทียมกันของสามีและภริยา โดยให้ศาลมีอำนาจที่จะออกคำสั่ง ให้บิดามารดาปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าร้าง (joint custody)⁷⁴ นอกเหนือ

⁷² The Honorable Mr Justice Barblett, "Custody of Children In Divorce, Separation, And Similarly Disputes : The Australian Experiment, "Chitty's Law Journal" , Vol.4 (1981) : 15-16.

⁷³ Section 61(1) Subject to any order of a court for the time being in force, each of the parties to a marriage is a guardian of any child of the marriage who has not attained the age of 18 years and those parties have the joint custody of the child.

⁷⁴ ความหมายของ "อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า" (joint custody) ในกฎหมายครอบครัวออสเตรเลีย หมายถึง "การให้สิทธิแก่บิดาและมารดา เท่าเทียมกันในด้าน การเลี้ยงดูบุตร การศึกษา และประโยชน์สุขในด้านต่าง ๆ และอาจจะ หรืออาจจะไม่หมายถึงการที่บุตรจะอยู่กับบิดาหรือมารดาอย่างเท่าเทียมกัน แต่บิดามารดา จะต้องปรึกษาหารือและตัดสินใจเกี่ยวกับการเลี้ยงดูเด็กในกรณีสำคัญ ๆ ร่วมกัน เช่นเดียวกับ ในขณะที่การสมรสยังคงอยู่"

ไปจากคำสั่งของศาลที่ให้ปกครองบุตรเพียงคนเดียว (sole custody) และให้อ่านาจแก่ศาลที่จะปฏิเสธการร้องขอในการปกครองบุตรในแบบใดแบบหนึ่ง

ผู้พิพากษา Nugh ได้กล่าวว่า " เป็นเรื่องไม่ดีที่ศาลส่วนใหญ่ยังไม่กล้าที่จะออกคำสั่งให้มีการปกครองบุตรร่วมกัน เพราะคิดว่าการแบ่งแยกความรับผิดชอบจะทำให้เกิดข้อขัดแย้งต่าง ๆ" แต่ผู้เชี่ยวชาญทางสังคม Ha Finlay กล่าวว่า "คำสั่งให้มีการปกครองบุตรร่วมกันก่อปัญหา มากกว่าแก้ปัญหา ทั้งยังไม่สามารถใช้ได้ในทุกกรณี Finlay ยังอ้างถึงบรรทัดฐานในคดี Foster and Foster ซึ่งศาลตัดสินว่าการมีคำสั่งให้ปกครองบุตรร่วมกันนั้นจะยึดเป็นหลักทั่วไปไม่ได้ แต่จะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดตลอดจนความผาสุกของเด็กเป็นที่ตั้ง ศาลอาจจะมีคำสั่ง เช่นว่านั้นได้ในกรณีที่บิดามารดาแสดงให้ศาลเห็นอย่างชัดเจนว่าการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าขาดของบิดามารดาสามารถดำเนินการได้เป็นอย่างดี

ดังนั้น แม้มาตรา 64(1) จะให้อ่านาจศาลอย่างชัดเจนในการมีคำสั่งให้ปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าก็ตาม แต่ศาลจะใช้ดุลพินิจอย่างรอบคอบก่อนออกคำสั่งและถือว่าเป็นสภาพการณ์ที่พิเศษหรือยกเว้นเท่านั้น (Only in the most exceptional circumstances)

2.4 การเลือกให้อ่านาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าในประเทศฝรั่งเศส ⁷⁵

ตามหลักกฎหมายแห่งฝรั่งเศส ปี 1975 ปัจจุบัน กรณีที่มีการหย่าร้างอ่านาจปกครองจะต้องตกอยู่กับบิดาหรือมารดาเพียงฝ่ายเดียว ⁷⁶ ทำให้เด็กต้องถูกตัดขาดจากชีวิตร่วมของบิดามารดา รูปแบบการให้อ่านาจปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียวจึงทำลายความผาสุก ตลอดจนประโยชน์ของบุตร จึงมีแนวความคิดที่จะให้บิดามารดาและเด็กมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดและต่อเนื่องกัน โดยได้กำหนดวิธีการปกครองบุตรในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การแบ่งอ่านาจปกครอง คือให้อ่านาจปกครองบุตรโดยนิตินัยแก่ฝ่ายหนึ่ง และอ่านาจปกครองโดยพฤตินัย (การปกครองตัวบุตร) แก่อีกฝ่าย ผู้มีอ่านาจปกครองโดยนิตินัยไม่มีสิทธิที่จะนำเด็กไปอาศัยอยู่ด้วย ส่วนผู้มีอ่านาจปกครองโดยพฤตินัยก็จะมีไม่มีอ่านาจปกครองบุตรตามกฎหมาย แต่จะได้ตัวบุตรไปเลี้ยงดู อันเป็นการแบ่งแยกอ่านาจปกครองตามกฎหมาย (legal custody) ออกจากอ่านาจปกครองตัวบุตร (physical custody) เพื่อให้เกิดความเสมอภาคแก่บิดามารดาทั้งคู่ แต่วิธีการนี้

⁷⁵ Nicolas - Maguin, "A Propos de la garde conjointe des enfants de parents divorcés," Recueil Dalloz Sirey (1983) : pp.111-118.

⁷⁶ ประมวลกฎหมายแห่งฝรั่งเศส มาตรา 373 - 2

ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าไม่ถูกต้อง อ่านาจปกครองบุตรจะแบ่งแยกในรูปแบบดังกล่าวมิได้ขัดต่อหลักกฎหมาย⁷⁷

ส่วนอีกวิธีหนึ่ง คือ บิดามารดาผลักดันให้อ่านาจปกครองบุตรโดยหมุนเวียนกันไป เป็นเดือน หรือป้อย่างเท่าเทียมกัน วิธีการนี้ทำให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างบิดามารดา และไม่ขัดต่อกฎหมาย แต่เกิดปัญหาที่เป็นผลกระทบต่อจิตใจของเด็ก เด็กต้องย้ายจากบ้านหนึ่ง ไปอีกบ้านหนึ่ง ทำให้เกิดความไม่มั่นคงทางจิตใจ โดยเฉพาะเด็กที่อายุน้อย วิธีการดังกล่าว สมองความเท่าเทียมกันของบิดามารดาแต่ไม่คำนึงถึงผลประโยชน์หรือจิตใจของเด็ก เปรียบเด็ก เหมือนสมบัติชิ้นหนึ่งที่จะต้องแบ่งให้เท่า ๆ กัน

แนวความคิดในการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าจึงเกิดขึ้นโดยตั้งอยู่บนรากฐานของบิดามารดาที่ตกลงกันถึงรูปแบบ วิธีการ ในการให้อ่านาจปกครองบุตรร่วมกัน เมื่อหย่าร้าง ปัจจุบันในประเทศฝรั่งเศสการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าประสบความสำเร็จมาก

ลักษณะของอ่านาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าของบิดามารดาต้องมีองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ คือ

1. เกิดจากการตกลงกันของคู่หย่า
2. ตั้งอยู่บนรากฐานเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก

การปกครองบุตรร่วมกันไม่จำเป็นที่คู่หย่าจะต้องอยู่ร่วมกันในบ้านเดียวกัน จุดสำคัญคือการพยายามปรับสภาพของเด็กให้มีความรู้สึกที่ไม่ผิดแผกแตกต่างไปจากขณะที่บิดามารดา ยังคงสมรสกันอยู่

การให้อ่านาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าจะทำให้ได้เฉพาะในสภาพการณ์พิเศษ (exceptional circumstances) และมีการใคร่ครวญอย่างรอบคอบก่อนนำมาใช้ ทั้งยังถือว่าเป็นเพียงทางเลือกทางหนึ่งเท่านั้น หากบิดามารดาที่ปกครองบุตรร่วมกันสามารถดำรงความเข้าใจซึ่งกันและกันให้นานที่สุดเท่าใด การใช้การปกครองบุตรร่วมกันจะเป็นประโยชน์ต่อเด็กมากที่สุดเท่านั้น

⁷⁷ 82 Civ.2^e, 16 Mai 1973, และ 12 Fevr. 1976, B.II,



ส่วน เนื้อหาของข้อตกลงในการใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันมักจะกำหนดในเรื่อง
เหล่านี้ คือ

- ที่อยู่อาศัยของเด็ก
- ส่วนที่คู่หย่าแต่ละคนจะรับผิดชอบเด็ก ซึ่งจะมีผลต่อการรับผิดชอบในละเมิดของผู้เยาว์

ต่อบุคคลภายนอก

- สิทธิการ เยี่ยม เด็กและจำนวน เวลาที่ เด็กจะอาศัยอยู่ด้วยในกรณีที่ใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันแต่ เด็กไม่ได้อาศัยอยู่กับอีกฝ่ายหนึ่ง

- การศึกษาของเด็ก
- การออกค่าใช้จ่ายในการ เลี้ยงดู เด็ก

ในกรณีที่ เกิดข้อพิพาทในการใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกัน หากข้อพิพาทนั้นร้ายแรง
และไปกระทบกับการใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันอย่างมากให้กลับไปใช้การปกครองแบบ เดิม
คือการปกครองโดยบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (sole custody) หากข้อพิพาทไม่รุนแรง
(เช่น จำนวนค่าอุปการะ เลี้ยงดู) ศาลจะ เข้ามาทำการประนีประนอมและแก้ไขปรับปรุงในเรื่องที่
พิพาท เท่านั้น โดยไม่ เข้ามาแตะต้องข้อตกลงการใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกัน เลย

มีคำถามว่าการใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่านั้นจะขัดต่อ
ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 372-2 และมาตรา 287 หรือไม่⁷⁸

⁷⁸ มาตรา 373-2 บัญญัติว่า เมื่อบิดาและมารดาได้หย่าร้างกันหรือแยกกันอยู่
ตามกฎหมายศาลจะเป็นผู้ตัดสินว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้มีอำนาจปกครอง ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งจะมีสิทธิ
เยี่ยม เยียนและตรวจตราดูแล

มาตรา 287 บัญญัติว่า คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งย่อม เป็นผู้ปกครองบุตรผู้เยาว์
โดย พ่วง เล็งถึงประโยชน์ของบุตร เป็นประมาธ ในกรณีพิเศษและ เพื่อประโยชน์ของบุตร บุคคล
ภายนอกซึ่งควรจะเป็นญาติของบุตรจะเป็นผู้ปกครอง หากไม่สามารถกำหนดตัวผู้ปกครองได้
อาจให้สถาบันการศึกษาเป็นผู้ปกครองก็ได้

ศาลสูง⁷⁹ และนักวิชาการบางคนของฝรั่งเศส⁸⁰ เห็นว่าข้อตกลงของบิดามารดาที่จะใช้อ่านาจอปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่านั้นไม่ขัดต่อกฎหมายและใช้บังคับได้โดย Nicolas-Maguin ได้ให้เหตุผลดังนี้⁸¹

1. ในเรื่องอ่านาจอปกครองบุตรนั้น กฎหมายควรจะต้องเคารพเสรีภาพในการแสดงเจตนาร่วมกันของบิดามารดาเด็ก เพราะโดยสัญชาติญาณแล้วบิดามารดาทุกคนย่อมอยากให้อ่านาจอปกครองบุตรของตนมีความสุขมากที่สุด

2. หัวใจของมาตรา 287 คือ ความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของเด็ก ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในดับหนี่อยู่ที่มาตราการคุ้มครองเด็ก หากรูปแบบการคุ้มครองนั้น (การใช้อ่านาจอปกครองร่วม) สมเจตนาารมณ์ของบทบัญญัติแล้วจะไปอ้างว่าการคุ้มครองดังกล่าวขัดต่อตัวอักษรแม่บทไม่ได้ ดังนั้น ควรจะต้องพิจารณารูปแบบการปกครองที่ทำให้ประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก ไม่ใช่ไปใช้ความผิดหรือถูกของคู่สมรสในคดีหย่า เป็น เกณฑ์ชี้ว่าฝ่ายใดควรจะได้อ่านาจอปกครองบุตร หรือให้คู่หย่าตกลงกันเอง โดยไม่คำนึงถึงประโยชน์ของเด็ก

3. คำพิพากษาศาลสูงได้วางบรรทัดฐานใน เรื่องอ่านาจอปกครองบุตรภายหลังการหย่าขาดตลอดมาว่า ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนให้หลักประเพณี นามธรรมทั่วไปที่จะใช้ได้ทุกเรื่องไม่ หากแต่จะต้องคำนึงถึงสภาพภายในครอบครัวแต่ละครอบครัวไปประเด็นจึงอยู่ที่ประโยชน์สูงสุดทางกายและจิตใจของเด็กมากกว่าฝ่ายไหนจะได้อ่านาจอปกครองบุตร

การปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าของบิดามารดา จึงเป็นรูปแบบหนึ่งซึ่งเป็นที่ยอมรับในการเลือกใช้สำหรับการปกครองบุตรภายหลังการหย่านอกเหนือจากการปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียวตามบทบัญญัติกฎหมายของฝรั่งเศสในปัจจุบัน แม้จะมีได้มีการบัญญัติโดยแจ้งชัดในกฎหมาย หากการปกครองร่วมนั้นเป็นการคุ้มครองเด็กและเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กแล้ว

⁷⁹ Civ.2^e, 21 Mars 1983, B.II, No 86, P.58

⁸⁰ Cornu และ Nicolas Maguin ส่วน Carbonnier, Benabent และ Revel เห็นว่าน่าจะใช้ได้แต่เฉพาะคู่หย่าโดยความยินยอมเท่านั้น

⁸¹ Nicolas-Maguin, "A propos de la garde conjointe des enfants de parents divorcés," p. 111.

ย่อมไม่เป็นการขัดต่อหลักกฎหมายที่กำหนดให้บิดาหรือมารดาเพียงคนเดียว เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า และวิธีการปกครองร่วมกันจะใช้ได้อย่างสมประโยชน์ขึ้นอยู่กับความตกลงของบิดามารดาคู่หย่า ตลอดจนเจตนาอันมั่นคงของคู่กรณีที่จะให้บุตรของตนมีความสุข

2.5 การเลือกใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าในประเทศเยอรมัน

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ลงวันที่ 23 พฤษภาคม 1949 ได้กำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองการสมรสไว้ในมาตรา 3(2) และมาตรา 6 ดังนี้

มาตรา 3⁸² (1) บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย

(2) ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

(3) ไม่มีผู้ใดมีสิทธิดีกว่าผู้อื่นโดยเหตุที่เป็นเพราะ เพศ บิดามารดา เชื้อชาติ ภาษา บ้านเกิด เมืองนอน และแหล่งกำเนิด ศาสนา หรือความคิดเห็นในเรื่องศาสนา หรือความเห็นทางการเมืองได้

บทบัญญัติมาตรา 3(2) นี้มีผลเกี่ยวกับการกำหนดใช้อำนาจปกครองบุตร⁸³

กล่าวคือเดิมกฎหมายปี 1947 (The Law of 1947) ได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองบุตร (Parental Power) ไว้ว่า การใช้อำนาจปกครองบุตรนั้นจะต้องกำหนดไว้เพื่อประโยชน์สุขของบุตรผู้เยาว์ตามที่คู่สมรสตกลงกัน ในกรณีที่ไม้อาจตกลงกันได้ให้อำนาจปกครองบุตรตกอยู่กับคู่สมรสฝ่ายบิดาของบุตรนั้น แต่ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันปี 1949 ศาลรัฐธรรมนูญได้ประกาศว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นโมฆะ เนื่องจากขัดกับมาตรา 3(2) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันปี 1949 นี้ เพราะชายและหญิงนั้นมามีสิทธิเท่าเทียมกัน ดังนั้น อำนาจปกครองบุตรจึงควรตกแก่คู่สมรสทั้งฝ่ายบิดาและมารดา

⁸² Article 3(1) All persons shall be equal before the Law.

(2) Men and woman shall have equal rights.

(3) No one may be prejudiced or favoured because of his sex, his parentage, his race, his language, his homeland and origin, his faith, or his religions or political opinions.

⁸³ มานิตย์ วงศ์เสรี, "สัญญาหย่า : วิเคราะห์ลักษณะและขอบเขต,"

(วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 148.

ของบุตร เว้นแต่ศาลจะพิจารณาเห็นสมควรว่า เพื่อประโยชน์สุขของบุตรสมควรที่บุตรจะอยู่ใน
อำนาจปกครองของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

มาตรา 6⁸⁴ (1) การสมรสและครอบครัวได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษจากรัฐ

(2) การอบรมและเลี้ยงดูบุตร เป็นสิทธิตามธรรมชาติของบิดามารดา
และเป็นภาระหน้าที่ของบิดามารดา รัฐพึงให้ความสนใจแก่การปฏิบัติภาระหน้าที่นี้

(3) การแยกเด็กออกจากครอบครัวโดยปราศจากการยินยอมของ
บุคคลผู้มีสิทธิเลี้ยงดูเด็กไม่อาจจะกระทำได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย ถ้าปรากฏว่า
ผู้ที่มีสิทธิไม่สามารถปฏิบัติภาระหน้าที่ของตนหรือในกรณีที่เด็กถูกทอดทิ้ง

84 Article 6(1) Marriage and Family shall enjoy the special
protection of the state.

(2) The care and upbringing of children are
natural right of, and a duty primarily incumbent on the parents.
The national community shall watch over their endeavours in this
respect.

(3) Children may not be separate from their
families against the will of the persons entitled to bring them up,
except pursuant to a law, if those so entitled fail or the children
are otherwise threatened with neglect.

(4) Every mother shall be entitled to the
protection and care of the community.

(5) Illegitimate children shall be provided by
legislation with the same opportunities for their physical and
spiritual development and their place in society as are enjoyed
by legitimate children.

(4) มารดาทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองและความดูแลจากชุมชน

(5) บุตรนอกกฎหมายพึงได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย เพื่อที่จะให้มี

โอกาสเท่าเทียมกับบุตรชอบด้วยกฎหมายในการพัฒนาร่างกายและจิตใจ และในการมีฐานะทางสังคม

บทบัญญัติมาตรา 6(1) และ (2) นี้เองที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกำหนดอำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าแห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ปี 1976 นี้ว่า หลักการตามบทบัญญัติมาตรา 1671(1) จะขัดกับหลักเกณฑ์พื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองการสมรสตามกฎหมายรัฐธรรมนูญดังกล่าวหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยเมื่อวันที่ 3 พฤศจิกายน 1982⁸⁵ เกี่ยวกับบทบัญญัติมาตรา 1671(1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งบัญญัติว่า "ในกรณีที่บิดามารดาหย่าขาดจากกัน ให้บิดาหรือมารดาเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้นที่มีอำนาจปกครองบุตร" การที่กฎหมายกำหนดเช่นนั้นก็ควรจะเป็น เพราะมีจุดมุ่งหมายที่จะป้องกันไม่ให้บิดามารดาต้องมาโต้แย้งกันอีกในเรื่องการเลี้ยงดูบุตร หลังจากที่ได้หย่าขาดจากกันแล้ว บิดามารดาซึ่งหย่าขาดจากกันหลายรายได้ร้องขอต่อศาลครอบครัวให้อนุญาตให้ตนมีอำนาจปกครองบุตรร่วมกันได้ โดยบิดามารดาเหล่านี้อ้างว่าถึงแม้ว่าตนจะหย่าขาดจากกันแล้วก็ตาม แต่ก็ยังคงอยู่อาศัยอยู่ในบ้านเดียวกัน หรืออ้างว่าในช่วงที่พวกเขาต้องแยกกันอยู่ก่อนที่ศาลจะพิพากษาให้หย่าขาดจากกันได้นั้น พวกตนก็ได้ช่วยกันเลี้ยงดูบุตรร่วมกันได้โดยไม่มีปัญหาอะไร ซึ่งศาลครอบครัวก็เห็นพ้องด้วย จึงได้ร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัย บทบัญญัติดังกล่าวของกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ "ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวของประมวลกฎหมายแพ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ" เพราะบิดามารดาของบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะเลี้ยงดูบุตรของตนได้ ถึงแม้ว่าตนจะหย่าขาดจากกันแล้วก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ารัฐจะต้องเข้ามาแทรกแซงทุกครั้งที่ยังมีบิดามารดาไม่อาจตกลงกันได้ว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้เลี้ยงดูบุตร แต่รัฐไม่อาจตัดสิทธิของบิดาหรือมารดาที่จะเลี้ยงดูบุตรของตนได้ ในกรณีที่ทั้งบิดาและมารดาต่างก็ตกลงกันที่จะเลี้ยงดูบุตรร่วมกัน ทั้งนี้ "ถ้าการเลี้ยงดูบุตรร่วมกันจะเป็นประโยชน์ต่อเด็ก"

⁸⁵ ข่าวกฎหมาย "พ่อแม่ก็มีหัวใจ," กฎหมายปกครอง , 4 (ธ.ค. 2526) :

จากการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเยอรมันได้แสดงถึงแนวนโยบายของรัฐ ในการสนับสนุนในการเลือกใช้อำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าร้างของบิดามารดา (joint custody) ในกรณีที่มีบิดามารดาตกลงกันที่จะรับผิดชอบเลี้ยงดูเด็กร่วมกัน และการเลี้ยงดูบุตร ร่วมกันนั้นจะเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the best interest of child)

จากการศึกษาแนวความคิดในการเลือกใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า (joint custody) ในแต่ละประเทศเห็นได้ว่าทุกประเทศมุ่งที่จะคุ้มครองความผาสุกและ ประโยชน์สุขของเด็กเป็นหลัก และส่งเสริมความรับผิดชอบของบิดามารดาที่ปรารถนาที่จะ ปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า เพื่อให้บุตรได้ติดต่อและมีความสัมพันธ์อันต่อ เนื่อง เป็นธรรมชาติกับบิดามารดาทั้งสองคน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา ในแต่ละรัฐจะมีการบัญญัติรูปแบบของการเลือกใช้อำนาจปกครองร่วมในแต่ละรูปแบบแตกต่างกัน ออกไปให้เหมาะสมกับสภาพของสังคมและแนวนโยบายของรัฐนั้น ๆ แต่ทุกรัฐมีเจตนารมณ์ ที่ต้องการให้เด็กได้รับประโยชน์มากที่สุด และการที่เด็กจะได้รับประโยชน์จากวิธีการนี้มากที่สุด ขึ้นอยู่กับบิดามารดาทั้งสองคนที่มีความสมัครใจและความเข้าใจกัน เป็นอย่างดีในการที่จะร่วมกัน รับผิดชอบและดำรงความเข้าใจกันดังกล่าวไว้ให้นานที่สุดเพื่อบุตรของตน ซึ่งในแต่ละประเทศที่ได้นำ วิธีการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าให้เป็นทางเลือกทางหนึ่งนี้ไม่ว่าอังกฤษ คานาดา ฝรั่งเศส เยอรมัน ก็มีเจตนารมณ์เช่นเดียวกัน

3. การเลือกใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าในกฎหมายครอบครัวไทย

ผู้เขียนจะแยกการศึกษาแนวความคิดในเรื่องนี้ออกเป็น 2 หัวข้อ ดังนี้

3.1 แนวความคิดในหลักกฎหมายครอบครัวไทย

3.2 แนวความคิดของนักกฎหมายไทย

3.1 แนวความคิดในหลักกฎหมายครอบครัวไทย

ในหลักกฎหมายครอบครัวไทย เมื่อบิดามารดาหย่าร้างกันไม่ว่าโดยความยินยอมหรือ โดยคำพิพากษาของศาล อำนาจปกครองจะต้องตกอยู่กับบิดาหรือมารดาแต่เพียงฝ่ายเดียวตาม บทบัญญัติมาตรา 1520 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ใหม่ ได้บัญญัติว่า

มาตรา 1520 "ถ้าสามีภริยาหย่าโดยความยินยอมให้ทำความตกลงว่าฝ่ายใดจะ ปกครองบุตรคนใดเป็นหนังสือ ถ้ามิได้ตกลงกันหรือตกลงกันมิได้ให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาด

ถ้าหย่าโดยคำพิพากษาของศาลให้ฝ่ายชนะคดี เป็นผู้ปกครอง เว้นแต่ศาลจะชี้ขาดให้ อีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอก เป็นผู้ปกครอง"

จากบทบัญญัติบรรพ 5 ใหม่ มาตรา 1520 เห็นได้ว่ากฎหมายมิได้เปิดช่องที่จะให้ มีการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าร้างได้เลย กฎหมายได้กำหนดอย่างเด็ดขาดไม่ว่า จะเป็นการหย่าโดยความยินยอมหรือโดยคำพิพากษาของศาลจะต้องให้บิดาหรือมารดาเพียง ฝ่ายเดียว เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร ส่วนอีกฝ่ายมีเพียงสิทธิติดต่อกับบุตรเท่านั้น (มาตรา 1521 วรรคท้าย) การปกครองบุตรร่วมกันจะมีได้ก็เฉพาะในกรณีที่การสมรสยังคงอยู่เท่านั้น (มาตรา 1566)

3.2 แนวความคิดของนักกฎหมายไทย

นักกฎหมายไทยผู้ทรงคุณวุฒิท่านหนึ่ง⁸⁶ ได้ให้ความคิดเห็นในเรื่องการปกครองบุตร ร่วมกันภายหลังการหย่าว่า " เป็นสิ่งที่น่าจะทำได้" หากบิดามารดาตกลงกันว่าถ้าหย่ากันแล้วจะ ปกครองบุตรร่วมกัน โดยท่านให้เหตุผลว่า " เมื่อสภาพบ้านเมืองหรือสังคมเปลี่ยนไป กฎหมาย ก็ควรจะปรับปรุงให้สอดคล้องกับความต้องการและการเปลี่ยนแปลงของสังคม"

สมัยก่อน เมื่อสามีภริยาหย่ากันแล้วแยกบ้านกันอยู่ การที่จะให้ลูกอยู่กับพ่อหรือแม่ จำเป็นต้องแบ่งให้เด็ดขาด แต่ปัจจุบันนี้ หลาย ๆ ครอบครัวอยู่อาศัยอยู่ คอนโดมีเนียม ถ้าสามีภริยาหย่ากันแล้ว แต่ตกลงจะร่วมกันปกครองลูกต่อไป ตกลงที่จะเข้าชื่ออาคารชุดอยู่ ติด ๆ กัน เพื่อลูกจะได้ไม่ต้องห่างพ่อและแม่น่าจะทำได้ หรือแม่จะอยู่บ้านเดียวกัน โดยแบ่งห้อง แบ่งชั้นว่าแม่อยู่ชั้นบน พ่ออยู่ชั้นล่าง หรือแบ่งบ้านคนละครึ่ง ปีกซ้ายให้พ่อ ปีกขวาให้แม่ แล้วลูก ๆ อยู่ห้องกลาง ก็น่าจะทำได้

และโดยเฉพาอย่างยิ่งสภาพสังคมไทยได้แปรเปลี่ยนไปเป็นอย่างมาก ทศนคติ ของประชาชนเห็นว่าการหย่าร้างเป็นเรื่องปกติธรรมดา นอกจากนี้กฎหมายครอบครัวไทย เป็นกฎหมายที่เคารพความเป็นอิสระในการแสดงเจตนาของคู่กรณี การสมรสต้องเป็นไป โดยความสมัครใจของชายหญิง การขาดจากการสมรส ทำได้โดยไม่ต้องฟ้องร้องไม่ต้องอ้าง สาเหตุใด ๆ ถ้าสามีภริยาทั้งสองฝ่ายประสงค์จะหย่าขาดจากกัน ซึ่งในหลักการนี้มีอยู่ในกฎ ครอบครัวทุกฉบับ ดังจะเห็นได้ว่ากฎหมายลักษณะผิวเมีย บทที่ 67 บัญญัติว่า

⁸⁶ วิมลศิริ ชำนาญเวช, "อนาคตของกฎหมายครอบครัวไทย" บทบัญญัติ

"ภริยาสามีมิชอบเนื้อพิงใจกัน เขาจะหย่ากันใช้ตามน้ำใจเขา เหตุว่าเขาทั้งสองนั้น
สิ้นบุญกันแล้ว จะจำใจให้เขาอยู่ด้วยกันนั้นมิได้"

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เดิม และประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์ บรรพ 5 ใหม่ พ.ศ. 2519 ก็ยังคงหลักการนี้ไว้ตลอดมา โดยบัญญัติไว้ในมาตรา
1514 ฉบับปัจจุบันว่า

"มาตรา 1514 การหย่านั้นจะทำได้แต่โดยความยินยอมของทั้งสองฝ่ายหรือโดย
คำพิพากษาของศาล

การหย่าโดยความยินยอมต้องทำเป็นหนังสือและมีพยานลงลายมือชื่ออย่างน้อย
สองคน"

นอกจากนี้ท่านยังได้ทำการวิจัยถึงอนาคตของกฎหมายครอบครัวไทยในเรื่องดังกล่าว
โดยออกแบบสอบถามสมาชิกสภาสังคมสงเคราะห์ที่เข้ารับการอบรมกฎหมายครอบครัว จำนวน
100 ราย เป็นตัวแทนของกลุ่มผู้ใหญ่ที่มีครอบครัวแล้ว กับสอบถามนิสิตซึ่งกำลังศึกษากฎหมาย
ครอบครัวอยู่ จำนวน 100 ราย โดยผลการวิจัยออกมาว่ากลุ่มอายุเกิน 25 ปี ชายเห็นด้วย
39 ราย หญิง 41 ราย รวม 80% กลุ่มอายุไม่เกิน 25 ปี ชายเห็นด้วย 43 ราย หญิง 46 ราย
รวม 89%⁸⁷

ผลการวิจัยดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าทัศนคติต่อการหย่าร้างเปลี่ยนแปลงไป การที่
ชายหญิงหย่ากันทำให้ความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาสิ้นสุดลง แต่ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร
มิได้สิ้นสุดลงด้วย และชายหญิงที่หย่ากันแล้วไม่จำเป็นต้องเป็นศัตรูคู่อาฆาต หรือโทษว่าฝ่ายใด
เป็นผู้ผิด ชายหญิงคู่นั้นยังจะร่วมกันใช้อำนาจปกครองบุตรต่อไปได้โดยถือว่าผลประโยชน์และ
ความผาสุกของบุตร เป็นหน้าที่ของบิดามารดาจะต้องร่วมกันรักษาต่อไป

บทความนี้จึงได้เสนอวิธีการแก้ไขปัญหาสังคมที่อาจเกิดขึ้นจากสภาพการณ์ดังกล่าวมา
โดยเสนอให้กฎหมายเปิดโอกาสให้แก่บิดามารดาที่ตกลงจะปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า
ให้เป็นทางเลือกทางหนึ่งในกฎหมายครอบครัวไทย มิใช่ว่าเมื่อมีการหย่าร้างแล้วจะต้องให้บุตร
อยู่ในอำนาจปกครองของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น (ป.พ.พ. บรรพ 5 ใหม่ มาตรา 1520)

⁸⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 274.

ดังนั้น เมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไปและทัศนคติของประชาชนเห็นว่าการหย่าร้าง เป็นเรื่องปกติธรรมดา เมื่อหย่าร้างกันแล้วคู่หย่ายังคงสามารถมีความ เข้าใจกันและ เป็นเพื่อนที่ดีต่อกันได้ เป็นผลให้อัตราการหย่าร้างสูงขึ้น โดยเฉพาะสังคมเมือง เช่น กรุงเทพมหานคร ในปี พ.ศ. 2531 มีอัตราการหย่าร้างสูงถึงร้อยละ 23.14⁸⁸ เด็กที่อยู่ในครอบครัวหย่าร้าง ย่อมมีจำนวนสูงขึ้น และจากรายงานการวิจัยของสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติพบว่า⁸⁹ เด็กที่อยู่ในครอบครัวที่บิดามารดาหย่าร้างกันมักจะถูกชักจูงให้ กระทำผิดได้ง่าย อันจะก่อให้เกิดปัญหาสังคมต่อไป จากสภาพการณ์ดังกล่าวมาจึงมีแนวคิด ที่จะลดผลเสียของการหย่าร้างที่มีต่อเด็ก โดยมีการเสนอทางเลือกในการปกครองบุตรร่วมกัน ภายหลังการหย่า เพื่อแก้ไขผลเสียในสภาพการณ์ดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศ สหรัฐอเมริกา ซึ่งมีลักษณะปัญหาทางสังคมคล้ายคลึง เช่นเดียวกับสังคมไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อัตราการหย่าร้างสูง เป็นผลให้ เด็กที่อยู่ในครอบครัวหย่าร้างสูงและ เป็นผลเสียต่อเด็ก อันจะเป็นปัญหาสังคม เช่นเดียวกันกับสังคมไทย จึงได้มีการสนับสนุนให้วิธีการดังกล่าว อย่างจริงจังและได้ผลอย่างดียิ่ง หรือแม้แต่ประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีบทบัญญัติในเรื่องการกำหนด อำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่าทำนองเดียวกับกฎหมายครอบครัวไทยที่จะต้องแบ่งบุตร ให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปกครองเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น ยังได้ตีความขยายบทบัญญัติกฎหมายให้กว้างขึ้น หากบิดามารดาที่หย่าร้างกันตกลงกันที่จะปกครองบุตรร่วมกัน โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานประโยชน์สูงสุด ของเด็ก ผู้เขียนเห็นว่าหากมีการ เปิดโอกาสให้บิดามารดาเลือกอีกทางหนึ่งนอกเหนือจาก หลักเดิมที่บิดาหรือมารดาปกครองบุตรเพียงฝ่ายเดียว โดยการตกลงกันแลความ เข้าใจอันดีกัน ที่จะปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่า เพื่อประโยชน์สุขและความผาสุกของบุตรแล้ว กฎหมาย ครอบครัวไทยควรจะ เปิดโอกาสให้บิดามารดาได้ เลือกใช้วิธีการที่ดีที่สุดสำหรับบุตรของตน โดยเพิ่มวิธีการปกครองบุตรร่วมกันภายหลังการหย่าให้เป็นทางเลือกอีกทางหนึ่ง เช่นเดียวกับ กฎหมายครอบครัวของประเทศต่าง ๆ ดังกล่าวมา เพื่อเป็นการลดผลเสียของการหย่าอันเป็น ผลกระทบต่อบุตรและ เป็นการส่งเสริมความรับผิดชอบของบิดามารดาที่มีต่อบุตร

⁸⁸ สถิติงานการทะเบียนประจำปี 2531 กองการทะเบียน กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย.

⁸⁹ รายงานการวิจัยการกระทำผิดของเยาวชนในประเทศไทยและแนวทาง ความคุม จัดทำโดยสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติ สำนักนายกรัฐมนตรื พ.ศ. 2527 , หน้า 46-55.