

Lapsen asuinpaikka ja lapsen kuuleminen lapsikaappauksissa

Maarit Pennanen

Pro Gradu

Kansainvälinen yksityisoikeus ja oikeusvertailu 2011

Lapin yliopisto

Lapin yliopisto, oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: Lapsen asuinpaikka ja lapsen kuuleminen lapsikaappauksissa

Tekijä: Maarit Pennanen

Oppiaine: Kansainvälinen yksityisoikeus ja oikeusvertailu

Työn laji: Maisteritutkielma Lisensiaatintutkimus__

Sivumäärä: 71

Vuosi: 2011

Tiivistelmä:

Laissa lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta (361/1983) on säädökset koskien lapsikaappaustilanteita. Säädökset uudistettiin vuonna 1994, kun Suomi ratifioi kaksi kansainvälistä yleissopimusta: Yksityisoikeuden alaa koskeva Yleissopimus kansainvälisestä lapsikaappauksesta (Haagin yleissopimus; SopS 57/1994) ja Eurooppalainen yleissopimus lastenhoitoa koskevien päätösten tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta ja lasten palauttamisesta (Strasbourg'n yleissopimus; SopS 56/1994). Näiden lisäksi eurooppalaisia lapsikaappauksia säätelee Neuvoston asetus (EY) N:o 2201/2003 tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta avioliittoa ja vanhempainvastuuta koskevista asioista (Bryssel IIa -asetus).

Yleissopimukset ja Bryssel IIa -asetus pohjautuvat asuinpaikan periaatteelle, mitä ei kuitenkaan ole sen tarkemmin yleissopimuksessa tai asetuksessa määritellyt. Käsitteen määrittely on siten jäänyt oikeuskirjallisuuden ja oikeuskäytännön tehtäväksi. Lapsikaappaustilanteissa lapselle tulee hänen ikänsä ja kehityskykynsä mukaisesti antaa mahdollisuus lausua mielipide. Lapsikaappaustilanteiden kuulemisen suorittamisesta ja mielipiteen vaikutuksesta päätökseen ei kuitenkaan ole laintasoista säädöstä tai ohjaavaa opasta.

Tarkasteluni on pohjautunut oikeusdogmaattiseen metodiin. Olen selvittänyt yllä olevassa kappaleessa nimeämiäni oikeusongelmia oikeuskirjallisuuden ja oikeuskäytännön kautta. Lapsen asuinpaikan määrittäminen tapahtuu monen asian yhteisvaikutuksena ottaen huomioon esimerkiksi lapsen fyysinen oleminen maassa, lapseen liittyvät suhteet ja vanhempien tarkoitus. Kuuleminen perustuu lapsen oikeuteen ilmaista mielipide. Mielipide tulee selvittää mahdollisimman hienovaraisesti ottaen huomioon lapsen kehitystaso. Tuomioistuimen tehtävänä on päättää onko lapsen mielipide sellainen, mihin päätöksessä tulee kiinnittää huomiota.

Avainsanat: lapsikaappaus, Haagin yleissopimus, Strasbourg'n yleissopimus, lapsen asuinpaikka, lapsen kuuleminen

Muita tietoja:

Suostun tutkielman luovuttamiseen Rovaniemen hovioikeuden käyttöön

Suostun tutkielman luovuttamiseen kirjastossa käytettäväksi

Suostun tutkielman luovuttamiseen Lapin maakuntakirjastossa käytettäväksi

(vain Lappia koskevat)

Sisällysluettelo

SISÄLLYSLUETTELO	I
LÄHDELUETTELO	III
1. JOHDANTO.....	1
2. LAPSIKAAPPAUSLAINSÄÄDÄNTÖ SUOMESSA.....	3
2.1 Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta (1983/361).....	4
2.2 Yksityisoikeuden alaa koskeva yleissopimus kansainvälisestä lapsikaappauksesta (Haagin yleissopimus)(Sopimussarja 57/1994).....	6
2.3 Eurooppalainen yleissopimus lasten hoitoa koskevien päätösten tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta ja lasten palauttamisesta (Strasbourg'n sopimus)(Sopimussarja 56/1994).....	8
2.4 Neuvoston asetus (EY) N:o 2201/2003 tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta avioliittoa ja vanhempainvastuuta koskevissa asioissa ja asetuksen (EY) N:o 1347/2000 kumoamisesta (Bryssel II a - asetus)	10
3. ASUINPAIKKA JA KOTIPAIKKA	13
3.1 Kotipaikka (domicile).....	13
3.2 Asuinpaikka (habitual residence)	14
3.3 Asuinpaikan ja kotipaikan suhde toisiinsa	15
4. LAPSEN ASUINPAIKKA LAPSIKAAPPAUSTILANTEISSA.....	18
4.1 Lapsen asuinpaikan määräytyminen.....	18
4.2 Asuinpaikan muuttuminen ja asuinpaikan saavuttaminen	20
4.2.1 Tarkoitus	23
4.2.2 Aika.....	27
4.3 Pakotettu asuinpaikan muutos	29
4.4 Asuinpaikan menettäminen	31
4.5 Väliaika uuden ja vanhan asuinpaikan välillä	31

4.6	Miten siis asuinpaikka tulee määritellä?.....	33
5.	LAPSEN KUULEMINEN JA MIELIPITEEN VAIKUTUS PALAUTUSPÄÄTÖKSEEN	38
5.1	Kuulemisen periaate	40
5.2	Lapsen kuuleminen.....	42
5.2.1	Lapsen kuuleminen tuomioistuimessa	44
5.2.2	Lapsen kuuleminen sosiaaliviranomaisten toimesta.....	47
5.3	Mikä vaikuttaa lapsen mielipiteeseen?	51
5.3.1	Lapsen ikä ja kypsyys	51
5.3.2	Painostus	53
5.4	Mielipiteen vaikutus päätöksessä	55
5.4.1	Toisen sisaren mielipiteen vaikutus toisen sisaren palauttamiseen	59
6.	PÄÄTÖKSEN TÄYTÄNTÖÖNPANOMENETTELY.....	62
6.1	Lapsen vastustus	64
6.2	Millaista vastustuksen tulee olla, jotta täytäntöönpano keskeytyy?	65
7.	LOPUKSI.....	68

Lähdeluettelo

Virallislähteet

Asetus kansainvälisestä lapsikaappauksesta tehdyn yksityisoikeuden alaan koskevan sopimuksen voimaansaattamisesta, Sopimussarja 57/1994 sekä yleissopimus (*Haagin yleissopimus*)

Asetus lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta 28.6.1994/556 (*Asetus lapsen huollosta 1994/556*)

Asetus lasten huoltoa koskevien päätösten tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta ja lasten palauttamisesta tehdyn eurooppalaisen yleissopimuksen voimaansaattamisesta, Sopimussarja 56/1994 sekä yleissopimus (*Strasbourg'n yleissopimus*)

Children's Reform Act 2 R.S.O., c. C.12, 1990, Kanada (*Children's Reform Act*)

Euroopan ihmisoikeussopimus, 22.3..1984, muutoksineen (*Ihmisoikeussopimus*)

European Convention on the Exercise of Children's Rights, CETS NO.: 160., 2000.

Haettu 1.7.2011

<<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=160&CM=8DF=3/19/2007&CL=ENG>> (*European Convention on the Exercise of Children's Rights*)

Hallintolaki 6.6.2003/434 (*Hallintolaki 2003/434*)

HE 107/1984 Hallituksen esitys laiksi lapseksiottamisesta (*HE 107/1984*)

HE 186/2004 Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta avioliittoa ja vanhempainvastuuta koskevissa asioissa annetun neuvoston asetuksen soveltamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (*HE 186/2004*)

HE 224/1982 Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta ja holhouslain muuttamisesta sekä niihin liittyvien lakien muuttamisesta (*HE 224/1982*)

HE 60/1993 Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain sekä ulkomailla annetun elatusapua koskevan päätöksen tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta annetun lain 8 §:n muuttamisesta (*HE 60/1993*)

HE 96/1974 Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi lapsen huoltoa tai tapaamisoikeutta koskevan tuomion täytäntöönpanosta sekä ulosottolain muuttamisesta. (*HE 96/1974*)

HE 96/1995 Hallituksen esitys Eduskunnalle lainsäädännöksi lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan päätöksen täytäntöönpanon uudistamisesta (*HE 96/1995*)

Komission ehdotus tuomioistuinten toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta avioliittoa ja lapsen huoltoa koskevissa asioissa sekä asetuksen (EY) N:o 1347/2000 kumoamisesta ja asetuksen (EY) N:o 44/2001 muuttamisesta elatusapua koskevien asioiden osalta. KOM(2002) 222 lopullinen/2. (*KOM (2002) lopullinen*)

Komiteamietintö 1993:1. Kotikunta ja asuinpaikka. Valtion painatuskeskus. Helsinki 1993. (*Komiteamietintö 1993:1*)

Kotikuntalaki 11.3.1997/201 (*Kotikuntalaki 1997/201*)

Laintarkastuskunnan lausunto N:o 5/1989. Lapsikaappaus. Helsinki 1989. (*Laintarkastuskunnan lausunto, 1989*)

Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta, 8.4.1983/361 (*HTL 1983/361*)

Laki lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan päätöksen täytäntöönpanosta, 16.8.1996/619. (*Täytäntöönpanolaki 1996/619*)

Laki sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista, 22.9.2000/812 (*Sosiaalihuollonasiakaslaki 2000/812*)

Lakikirja: Tuomarin ohjeet. Suomalaisen kirjallisuuden seura. Helsinki 1947. (*Tuomarin ohjeet*)

Lakivaliokunnan lausunto 15/2005 vp. Ministeriön selvitys lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevien asioiden käsittelystä. (*Lakivaliokunnan lausunto 15/2005*)

Lakivaliokunnan mietintö 7/1996 vp. Hallituksen esitys lainsäädännöksi lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan päätöksen täytäntöönpanon uudistamisesta. (*Lakivaliokunnan mietintö 7/1996*)

Lastensuojeluasetus, 16.12.1983/1010 (*Lastensuojeluasetus 1983/1010*)

Lastensuojelulaki, 13.4.2007/417 (*Lastensuojelulaki 2007/417*)

Maistraatti. <www.maistraatti.fi> (*Maistraatti*)

Neuvoston asetus (EY) N:o 2201/2003 tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta avioliittoa ja vanhempainvastuuta koskevissa asioissa ja asetuksen (EY) N:o 1347/2000 kumoamisesta , (*Bryssel II a -asetus*)

Oikeudenkäymiskaari, 1.1.1734/4 (*OK 1734/4*)

Perustuslaki, 11.6.1999/731 (*PL 1999/731*)

Report on the 5th meeting of the Special Commission to review the operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the practical implementation of the 1996 Hague Protection of Children Convention. Haagin kan-

sainvälisen yksityisoikeuden konferenssi 2006. (*Haagin yleissopimuksen seurantaraportti, 2006*)

Sosiaalhallitus yleiskirje A 12/1983/pe. Lapsen huolto ja tapaamisoikeus. Sosiaalhallitus. Helsinki 9.11.1983. (*Sosiaalhallitus yleiskirje*)

U74/2000 vp Valtioneuvoston kirjelmä eduskunnalle Ranskan tasavallan ehdotuksesta neuvoston asetukseksi (lasten tapaamisoikeutta koskevien tuomioiden vastavuoroinen täytäntöönpano) (*U74/2000 vp*)

Yleissopimus lapsen oikeuksista, 20.11.1989 (*Lasten oikeuksien sopimus*)

Yleissopimus toimivallasta, sovellettavasta laista, toimenpiteiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta sekä yhteistyöstä vanhempainvastuuseen ja lasten suojeluun liittyvistä asioista. Sopimussarja 9/2011 sekä yleissopimus. (*Lasten suojelun sopimus*)

Oikeustapaukset

Suomi:

KKO:2004:129 (Finlex)

KKO:2004:76 (Finlex)

KKO:2006:32 (Finlex)

KKO:2008:98 (Finlex)

KKO:2009:85 (Finlex)

Ulkomaiset:

HC/E/UKe 2, 1990 (Incatat) (*Re J. (A Minor), 1990*)

HC/E/UKe 204, 1992 (Incatat) (*Re F. (Minors), 1992*)

HC/E/UKe 270, 2000 (Incatat) (*Re T. (Abduction: Child's Objections to Return), 2000*)

HC/E/UKe 38, 1996 (Incatat) (*Re A. (Minors) (Abduction: Habitual Residence), 1996*)

HC/E/UKe 40, 1991 (Incatat) (*Re F (A Minor), 1991*)

HC/E/UKe 47, 1994, (Incatat) (*Re S. (Minors), 1994*)

HC/E/UKs 351, 2001 (Incatat) (*D v. D, 2001*)

HC/E/UKs 71, 1996 (Incatat) (*Cameron v. Cameron, 1996*)

HC/E/UKs 73, 1990 (Incadat) (*Dickson v. Dickson, 1990*)

HC/E/USf 224, 1998 (Incadat) (*Mozes v. Mozes, 1998*)

HC/E/USf/ 142, 1993 (Incadat) (*Friedrich v. Friedrich, 1993*)

HC/E/USs 273, 2000 (Incadat) (*L.L (Children), 2000*)

Oikeuskirjallisuus

Aaltonen, Anna-Kaisa: Lapsioikeus ja lapsen oikeus tuomioistuimessa. Edita Prima Oy. Helsinki 2009. (*Aaltonen Anna-Kaisa, Lapsioikeus ja lapsen oikeus tuomioistuimessa*)

Auvinen Maija: Huoltoriidat tuomioistuimissa. Sosiaalitoimi selvittäjänä, sovittelijana, asiantuntijana. Suomalainen Lakimiesyhdistys. Helsinki 2006. (*Auvinen Maija, Huoltoriidat tuomioistuimissa*)

Beaumont, Paul R. & McEleavy, Peter E.: The Hague Convention on International Child Abduction. Oxford University Press. New York 1999. (*Beaumont & McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction*)

Bruch, Carol S.: International Child Abduction Cases: Experience under the 1980 Hague Convention. Teoksessa Eekelaar, John ja Šarčević, Petar (toim.): Parenthood in Modern Society. Martinus Nijhoff Publishers. Hollanti 1993. (*Bruch Carol S., International Child Abduction Cases*)

Cashmore, Judy & Parkinson Patrick: What Responsibility Do Courts Have to Hear Children's Voices? International Journal of Children's Rights 2007, numero 15, s.43-60. (*Cashmore & Parkinson, What Responsibility Do Courts Have to Hear Children's Voices?*)

Clive, E. M.: The Concept of Habitual Residence. The Juridical Review. The Law Journal of the Scottish Universities 3/1997, s.137-147. (*Clive E. M., The Concept of Habitual Residence*)

Crawford Elizabeth B.; "Habitual Residence of the Child" as the Connecting factor in Child Abductions Cases: A Consideration of Recent Cases. The Juridical Review. The Law Journal of Scottis Universities 2/1992, s. 177-169. (*Crawford Elizabeth B., Habitual Residence of the Child*)

Department of Justice (Canada), The Meaning of Ordinary Residence and Habitual Residence in the Common Law Provinces in a Family Law Contexts. Kanada 2006. Haettu 1.7.2011. <http://www.justice.gc.ca/eng/pi/fcy-fea/lib-bib/rep-rap/2006/rhro_cl/oview-aperc.html> (*Department of Justice*)

- Draft Guide to Good Practice. Under Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Huhtikuu 2011. (haettu 15.5.2011) (*Guide to Good Practice 2011*)
- European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children: Explanatory Report. Haettu 5.11. <<http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/105.htm>> (*Explanatory Report (European Convention), 1980*)
- Gottberg, Eva. Huoltoriita ja lapsen asumiseen liittyvät kiireelliset ratkaisut. Defensor Legis N:o 6/2006, s. 955- 970. (*Gottberg Eva, Huoltoriita ja lapsen asumiseen liittyvät kiireelliset ratkaisut*)
- Helin, Markku: Asuinpaikkaliittymä. Kotipaikkaliittymä. Teoksesta Encyclopædia Iuridica Fennica. Suomalainen lakimiesyhdistys. Jyväskylä 1998. (*Helin Markku, Asuinpaikkaliittymä/Kotipaikkaliittymä*)
- Helin, Markku: Eurooppalaiset lapsikaappaussäännökset. Defensor Legis 4/2004, s. 642-652. (*Helin Markku, Eurooppalaiset lapsikaappaussäännökset*)
- Helin, Markku: Lapsen huolto- ja tapaamisoikeuslain säännökset lasta koskevista kansainvälisluonteisista riidoista. Defensor Legis 11-12/1995, s.901-931. (*Helin Markku, Lapsen huolto- ja tapaamisoikeuslain säännökset lasta koskevista kansainvälisluonteisista riidoista*)
- Helin, Markku; Linna, Tuula & Rintala, Matti: Huolto- ja tapaamispäätöksen täytäntöönpano. Kauppakaari Oy, Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1997. (*Helin Markku, Huolto- ja tapaamispäätöksen täytäntöönpano*)
- Kangas, Urpo: KKO 2004:76: Lapsen palauttaminen Yhdysvaltoihin. Teoksessa KKO:n ratkaisut kommentein 2004:II. Haettu 5.11.2011. <www.suomenlaki.com> (vaaditaan salasana) (*Kangas Urpo, KKO:2004:76: Lapsen palauttaminen Yhdysvaltoihin*)
- Karttunen, Risto: Isän ja äidin välissä. Lapsen kuulemisen psykologinen kehys huolto- ja tapaamisriidoissa. Acta Universitatis Tamperensis. Tampere 2010. (*Karttunen Risto, Isän ja äidin välissä*)
- Kemppainen, Outi: Kansainväliset lapsikaappaukset. Teoksessa Heikkilä, Elli; Viertola-Cavallari, Ritva; Oksi-Walter, Päivi & Roos, Jonna (toim.): Monikulttuuriset avioliitot sillanrakentajina. Web reports No.2. s.55-66. Siirtolaisuusinstituutti 2004. (*Kemppainen Outi, Kansainväliset lapsikaappaukset*)
- Koulu, Sanna: Lapsikaappaukset KKO:n uusimmassa käytännössä. Defensor Legis N:o 5/2010. (*Koulu Sanna, Lapsikaappaukset KKO:n uusimmassa käytännössä*)

- Kurki-Suonio, Kirsti: Kansainvälinen lapsikaappaus. *Encyclopædia Iuridica Fennica*. Suomalainen lakimiesyhdistys. Jyväskylä 1998. (*Kurki-Suonio Kirsti, Kansainvälinen lapsikaappaus*)
- Kurki-Suonio, Kirsti: Äidin hoivasta yhteishuoltoon - lapsen edun muuttuvat oikeudelliset tulkinnat. Oikeusvertaileva tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys. Helsinki 1999. (*Kurki-Suonio Kirsti, 1999*)
- Lappalainen, Juha; Frände, Dan; Havanssi, Erkki; Koulu, Risto; Niemi, Johanna; Ny-lund Anna; Rautio Jaakko; Sihto, Juha & Virolainen, Jyrki: Prosessioikeus. Oikeuden perusteokset. WSOYpro.fi Juridiikkaonline. Luettu 22.5.2011.
<<http://www.wsoypro.fi/wsoypro.aspx?navi=Onlinepalvelut.Juridiikkaonline>> (vaatii salasanan teoksen lukemiseen) (*Lappalainen et al., Prosessioikeus*)
- Litmala, Marjukka (toim.): Lapsen asema erossa. WSOY Lakitieto. Helsinki 2002. (*Litmala Marjukka, 2002*)
- Mahkonen, Sami: Lastensuojelu ja laki. Edita Prima Oy. Helsinki 2007. (*Mahkonen Sami, 2007*)
- Mikkola, Tuulikki: Kansainvälinen avioliitto- ja jäämistöoikeus. WSOY Lakitieto. Helsinki 2009. (*Mikkola Tuulikki, Kansainvälinen avioliitto- ja jäämistöoikeus*)
- Nieminen, Liisa: Lasten perusoikeudet. Lakimiesliiton kustannus. Jyväskylä 1990. (*Nieminen Liisa, Lasten perusoikeudet*)
- Nieminen, Liisa: Lasten perus- ja ihmisoikeussuojan ajankohtaisia ongelmia. Lakimies 4/2004, s.591-621 (*Nieminen Liisa, Lasten perus- ja ihmisoikeussuojan ajankohtaisia ongelmia*)
- Perés-Vera, Elisa: Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention. 1982. (*Perés-Vera Elisa, Explanatory Report*)
- Practice Guide for the application of the new Bryssel II Regulation. Päivitetty versio 1. kesäkuuta. 2005. (Haettu 20.5.2011) (*Practice Guide*)
- Rintala, Matti: Huolto- ja tapaamispäätöksen täytäntöönpano. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1997. (*Rintala Matti, Huolto- ja tapaamispäätöksen täytäntöönpano*)
- Savolainen, Matti: Haag ja Strasbourg. kaksi ratkaisumallia kansainvälisestä luvattomasta lapsen haltuunotosta. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1982, s. 267-307. (*Savolainen Matti, Haag ja Strasbourg*)
- Savolainen, Matti: Lapsen huolto- ja tapaamisoikeus. Suomen Lakimiesliiton kustannus Oy. Helsinki 1984. (*Savolainen Matti, Lapsen huolto- ja tapaamisoikeus*)

- Savolainen, Matti: The Hague Convention on Child Abduction of 1980 and Its Implementation in Finland. *Nordic Journal of International Law*, issue 66, s.101-166. Hollanti 1997. (*Savolainen Matti, The Hague Convention on Child Abduction 1980*)
- Schiratzki, Johanna L.: Friends at Odds- Construing Habitual Residence for Children in Sweden and the United States. *International Journal of Law, Policy and the Family*, Numero 15, osa 3, s. 297-326. Joulukuu 2011. (*Schiratzki Johanna L, Friends at Odds*)
- Suchz, Rhona: Policy Considerations in Determining the Habitual Residence of a Child and relevance of Context. *Journal of Transnational Law & Policy*. The Florida State University, College of Law. Syksy 2001, numero 11, osa 1, s. 1-60. (*Suchz Rhona, Policy Consideration in Determining the Habitual Residence*)
- Taskinen, Sirpa: Lapsen etu erotilanteissa. Opas sosiaalitoimelle. Sosiaali- ja terveysalan tutkimus- ja kehittämiskeskus. Saarijärvi 2001. (*Taskinen Sirpa, Opas sosiaalitoimelle*)
- Väyrynen Kristiina: Lapsen tuska huoltoriidassa - elämää vanhempien välissä. Psykologian ammatillinen lisensiaatin tutkimus (kehitys- ja kasvatuspsykologian erikoitumiskoulutus, Jyväskylä, 2006. (*Väyrynen Kristiina, Lapsen tuska huoltoriidassa*)

Muut lähteet

- Aalto Harri: Antonin huoltajuuskiistassa sinkoilee kovia syytöksiä. *Aamulehti*, 6. tammikuuta 2011
- Finlex, <www.finlex.fi>
- Haagin yksityisoikeuden konferenssin Internet-sivustot <www.hcch.net> ja <www.incadat.com>
- Hovioikeuden viskaali Hanna Kurtto, sähköpostiviesti 18.5.2011 (*Hanna Kurtto, 2011*)
- Johtava sosiaalityöntekijä Riina Mattila, sähköpostiviesti 21.7.2011 (*Riina Mattila, 2011*)
- Virtanen, Jenni: Sota lapsesta. *Helsingin Sanomat*, 3. huhtikuuta 2011

1. Johdanto

Kansainvälisyys on nykypäivänä osa jokapäiväistä elämää ja näin ollen myös ongelmat ovat useammin kansainvälisiä. Kansainvälistymisen yhtenä ilmenemismuotona ovat eri maiden kansalaisten väliset ihmissuhteet ja kansainväliset perheet, joissa kulttuurien kohtaaminen on arkipäivää. Valitettavan usein kulttuuriset erot käyvät liian suuriksi ja perhe-elämä ei enää luonnistu. Perhe hajoaa, aviopari hakee avioeroa ja keskenään yritetään päättää, missä lapset kasvavat ja käyvät koulunsa. Tilanteen kärjistyessä äärimmilleen voi toinen puoliso pakata laukkunsa ja palata kotimaahansa ottaen lapsen mukaansa. Ilman toisen huoltajan suostumusta, tilanteesta voi syntyä lapsikaappaus. Voi olla, että kaappaajavanhempi ei edes ymmärrä toimivansa laittomasti, vaan omasta mielestään vain palaa kotiinsa.

On ollut tarpeen luoda toimintamekanismit, jotta lapsikaappausongelmat pystytään käsittelemään eri valtioiden viranomaisten välillä. Kansainväliset yleissopimukset ovat helpottaneet lasten huollosta tehtyjen päätösten tunnustamista ja täytäntöönpanoa toisessa valtiossa sekä kaapattujen lasten palauttamista takaisin asuinpaikkaansa. Jotta perheen väliset ongelmat eivät johtaisi ääritilanteisiin, mitä valitettavasti kuitenkin välillä tapahtuu, on tärkeätä saada perheille ja erityisesti huoltajille tietoa lainsäädännöstä ja siitä miten mahdolliset ongelmat voidaan ratkaista. Näin lainsäädännöllä on preventiivinen, ennaltaehkäisevä, vaikutus ongelmien ratkaisuun. Yleissopimukset eivät kuitenkaan ole täydellisiä vaan ne ovat tietynlaisia kompromisseja, koska ne ovat useiden maiden välisiä ja useat maat ovat osallistuneet niiden sopimiseen. Tämän takia kaikkea ei ole sopimuksissa sovittu ja osa asioista on jäänyt oikeuskirjallisuuden ja oikeuskäytännön tulkittavaksi.

Kaksi oikeuskirjallisuuden ja oikeuskäytännön tulkintojen varaan jäänyttä asiaa on asuinpaikka-käsitteen määrittäminen ja lapsen mielipiteen kuuleminen ja sen vaikutus palauttamispäätöstä tehtäessä. Tutkimukseni kohteena ovatkin olleet nämä kaksi ongelmaa. Olen pro gradu työssäni kuitenkin ensimmäisenä avannut Suomen lapsikaappauslainsäädäntöä ja sen perustaa, jonka jälkeen olen syventynyt lapsen asuinpaikan määrittämiseen lapsikaappaustilanteissa sekä lapsen kuulemiseen ja mielipiteen huomioonottamiseen itse palautuspäätöksessä tai päätöksen täytäntöönpanossa.

Tarkasteluni on pohjautunut oikeusdogmaattiseen metodiin. Olen selvittänyt yllä olevassa kappaleessa nimeämiäni oikeusongelmia oikeuskirjallisuuden ja oikeuskäytännön kautta. Kansainvälinen oikeuskirjallisuus ja erityisesti englantilaiset oikeusratkaisut

ovat tärkeässä osassa asuinpaikan määrittelemisessä. Suomalaista oikeuskirjallisuutta lapsikaappauksiin liittyen ei ole niin paljon saatavilla kuin voisi olettaa, joten tämän takia työssäni käytetty kotimainen kirjallisuus pohjautuu paljon artikkelikirjoituksiin sekä tuomioistuimen tekemien ratkaisujen kommentointiin.

Lasten asema yksilönä ja vanhempainvallasta vapaana henkilönä on todettu kansainvälisessä lasten oikeuksien sopimuksessa. Lapsella on oikeus tulla kuulluksi hänen asioistaan päätettäessä. Ei kuitenkaan ole olemassa ohjeita kuulemisen suorittamiseen lapsikaappaustilanteissa tai ohjeistusta siitä milloin tuomioistuimen tulee ottaa mielipide huomioon. On vain todettu, että jos lapsi on iältään ja kypsyysasteeltaan tarpeeksi kehittynyt tulee siihen kiinnittää huomiota.

Työssäni olen hyödyntänyt Haagin yksityisoikeuden konferenssin tuottamaa INCADAT tietokantaa, josta on mahdollista saada yleissopimuksen jäsenmaiden lapsikaappausratkaisuja. Olin myös yhteydessä Hovioikeuden viskaali Hanna Kurtoon, jolta sain tietoa hovioikeuden menettelytavoista asiaa ratkaistaessa. Lisäksi Espoon keskuksen lastensuojelu-yksikön johtava sosiaalityöntekijä Riina Mattila kertoi ystävällisesti käytännön-asioista suorittaessa lasten kuulemisia.

2. Lapsikaappauslainsäädäntö Suomessa

Kaksi merkittävää kansainvälistä lapsikaappaus sopimusta saatettiin voimaan vuonna 1980. Suomi ei kuitenkaan liittynyt näihin sopimuksiin vielä tuolloin vaan vasta vuonna 1994, huomattavan myöhäisessä vaiheessa. Suomen lapsioikeuden lainsäädäntö ei ollut sopimuksen vaatimalla tasolla, joten ensin vaadittiin Suomen lainsäädännön tarkentamista.

Suomen kansainvälisen lapsioikeuden taustalla on Laki eräistä kansainvälisluontoisista perheoikeudellisista suhteista vuodelta 1929 (KPL; 379/1929). Tässä laissa ei ole kuitenkaan ollut kansainväliseen yksityisoikeuteen kuuluvia normeja lapsen huollosta tai perheoikeudellisista suhteista taikka lapsikaappauksista. Pohjoismaat ovat olleet keskinäisin sopimuksin erityisasemassa toisiinsa nähden perheoikeudellisissa asioissa, mutta nämä sopimukset eivät kuitenkaan olleet avain kaappausten ratkaisuun.

Lapsikaappauksiin liittyvää lainsäädäntöä ei säädetty ennen vuotta 1983, jolloin tuli voimaan laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta (HTL; 8.4.1983/361).¹ Laissa oli pykälä lapsen palauttamisesta, mutta koska Suomi ei ollut liittynyt kansainvälisiin sopimuksiin lapsen palauttamisesta, ei Suomen tuomioistuimen tekemä päätös lapsen palauttamisesta ollut muita maita sitova.²

Puutteista johtuen elokuussa vuonna 1994 toteutettiin uudistus liittyen lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annettuun lakiin. Suomi liittyi kahteen kansainväliseen sopimukseen: Eurooppalainen yleissopimus lastenhoitoa koskevien päätösten tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta ja lasten palauttamisesta (Strasbourg'n sopimus; SopS 56/1994) ja Yksityisoikeuden alaan koskeva Yleissopimus kansainvälisestä lapsikaappauksesta (Haagin yleissopimus; SopS 57/1994)). Sopimusten ratifioinnin jälkeen Suomeen saatiin ajantasainen lainsäädäntö koskien lapsikaappausten ratkaisemista.

Uusin perheoikeuden alaan liittyvä kansainvälinen lainsäädäntö tuli sovellettavaksi Suomessa maaliskuussa 2005 alkaen. Neuvoston asetus tuomioistuinten toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta avioliittoa ja vanhempainvastuuta koskevissa asioissa ja asetuksen 1347/2000 kumoamisesta, tunnetaan paremmin nimellä Bryssel I -asetus (NA nro 210/2003). Tässä sopimuksessa on mukana eurooppalaisia lapsikaappauksia koskevaa sääntelyä.

¹ Laintarkastuskunnan lausunto, 1989, s. 1-6, 9-10

² HE 224/1982, s. 18

Vaikka sopimusten ratifiointi tapahtui myöhäisessä vaiheessa, Suomi oli kuitenkin aktiivisesti osallisena sopimusten valmistelussa ja luonnostelussa. Suomen oikeusministeri myös neuvotteli muiden pohjoismaiden kanssa Haagin yleissopimuksen ratifiointista. Sopimusten ratifiointin myöhästyneisyyden yhtenä syynä on pidetty Suomen lainsäädännön vanhentumista ja sen olemista täysin vastakkainen sopimusten periaatteiden kanssa. Tuomioistuimissa ja lainsoveltamisessa vallinneen nationalistisen ajattelun takia sopimusten oikeanmukainen soveltaminen ei olisi ollut mahdollista. Oikeusministeriö päätti lykätä sopimusten soveltamista, kunnes kokonaisuudistus kansainvälisen yksityisoikeuden lainsäädäntöön oli tehty.³

Sopimukset on saatettu voimaan käyttäen ns. transformaatiotekniikkaa. Sopimuksen määräykset on siirretty lakiin lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta. Asetuksilla sopimukset saatettiin voimaan maan sisäisesti. Transformaatiotekniikan käyttöä sopimusten voimaansaattamisessa perusteltiin siten, että niiden määräykset ja tavoitteet konkreettisenä osana Suomen lainsäädäntöä, tulisivat paremmin saavutettua tuomioistuimissa ja lakimiesten keskuudessa.⁴

2.1 Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta (1983/361)

Voimassa oleva laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta on tullut voimaan vuonna 1983 ja viimeisimmät muutokset lakiin on tehty Bryssel IIa -asetuksen vuoksi vuonna 2009. Ennen tämän lain säätämistä Suomen lainsäädäntö lapsen ja vanhempien suhteesta oli hajanaista ja yksittäistä. Lain peruseriaatteena on, että lapsen eduilla ja mielipiteillä on määräävä asema. Lasta tulee myös kohdella yksilönä eikä vain vanhempien vallan alaisena henkilönä.⁵ Uuden lain säätämisen taustalla oli vanhentunut holhouslaki, joka ei ottanut huomioon lapsen ja huoltajansa suhdetta tai lapsen kasvatukseen, huolenpitoon ja henkilökohtaisiin asioihin liittyviä kysymyksiä.⁶

Vaikka Suomi ei ollut vielä ratifioinut kansainvälisiä lapsikaappaus sopimuksia, oli jo vuoden 1983 laissa lapsen palautukseen liittyvä pykälä (18 §). Hallituksen esityksessä on kuitenkin huomautettu, että Suomen tuomioistuimen antama päätös palauttamisesta ei luonnollisestikaan sido ulkomaan viranomaisia. Ratkaisun merkitys riippuu kyseisen valtion oikeusjärjestyksestä ja kansainvälisistä sopimuksista.⁷ Pohjoismaiden kanssa

³ Savolainen Matti, The Hague Convention on Child Abduction of 1980, s.107-109

⁴ Savolainen Matti, The Hague Convention on Child Abduction of 1980, s. 122 ja Helin Markku, Lapsen huolto- ja tapaamisoikeuslain säännökset lasta koskevista kansainvälisluonteisista riidoista, s. 903

⁵ Laintarkastuskunnan lausunto, 1989, s. 6

⁶ HE 224/1982, s. 3 ja 18

⁷ HE 224/1982, s. 3 ja 18

asia ei ollut ongelmallinen, koska pohjoismaiden kesken oli voimassa tuomiolaki, joka koski tuomioiden tunnustamista toisessa Pohjoismaassa.⁸

Kansainväliset lapsikaappaus säännökset tulivat osaksi lakia lapsen huollosta ja tapamisoikeudesta vuoden 1994 kokonaisuudistuksessa. Lapsikaappaus säännökset ovat yhteneviä Suomea velvoittavien lapsikaappaus sopimusten kanssa, koska sopimusten soveltaminen on tehty transformaatiotekniikkaa hyväksi käyttäen. Säännökset on lisätty lain viidenteen lukuun. Luvun otsakkeena on 'Lapsen palauttaminen Haagin sopimuksen nojalla'. Luvussa 6 käsitellään vieraassa valtiossa annetun päätöksen vahvistamista ja lapsen palauttamista koskevaa menettelyä.

Luvun 5 mukaisesti säädökset tulevat sovellettavaksi, jos

Suomessa oleva lapsi, joka on luvattomasti viety pois siitä valtiosta, jossa lapsella oli asuinpaikka, taikka jätetty luvattomasti palauttamatta, on määrätävä heti palautettavaksi, jos lapsella välittömästi ennen luvaton poistamista tai palauttamatta jättämistä oli asuinpaikka valtiossa, joka on Haagissa 25 päivänä lokakuuta 1980 kansainvälisessä lapsikaappauksesta tehdyn yksityisoikeuden alaa koskevan yleissopimuksen osapuoli.

Lapsen tulee olla alle 16-vuotias, jotta pykälää voidaan soveltaa.⁹

Suomessa toimivaltainen tuomioistuimien lapsikaappauksissa on Helsingin hovioikeus ja ensimmäisenä valitusinstanssina Korkein oikeus. Kaikkien lapsikaappausasioiden käsittelyn kohdentamista yhteen tuomioistuimeen pidettiin perusteltuna tapausten vähäisen määrän ja asian erityisyyden vuoksi.¹⁰ Keskittämistä perusteltiin myös sillä, että Helsingin hovioikeus käsittelee muitakin kansainvälisen yksityisoikeuden asioita ensimmäisenä oikeusasteena, joten heidän kokemus ja asiantuntemus on eduksi muita vastaavanlaisia tapauksia ratkaistaessa. Samalla varmistettiin säännösten yhdenmukainen soveltaminen tapausten välillä.¹¹

Keskusviranomaisjärjestelmä on keskeisessä asemassa kansainvälisissä sopimuksissa ja asetuksessa. Viranomaisjärjestelmän on tarkoitus helpottaa yhteistyötä eri jäsenvaltioiden viranomaisten kesken. Heidän tulee avustaa mm. lapsen asuinpaikan ja lapsen vaih-

⁸ Laintarkastuskunnan lausunto, 1989, s. 3-5

⁹ HTL 1983/361, 30 ja 34 §:t

¹⁰ Helin Markku, Lapsen huolto- ja tapamisoikeuslain säännökset lasta koskevissa kansainvälisluonteisissa riidoissa, s. 927

¹¹ HE 60/1993, s. 19–20, HTL 1983/361, 31 §

toehtoisen palauttamisen selvittämistä. Laissa lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta on myös säädetty sosiaalihuollon viranomaisille ja poliisiviranomaisille velvollisuus antaa virka-apua keskusviranomaisen eli oikeusministeriön pyynnöstä. Suomessa keskusviranomaisena toimii oikeusministeriö.¹²

Suomessa on voimassa molemmat kansainväliset yleissopimukset ja neuvoston asetus, mutta Suomessa kansainvälisiä lapsikaappauksia ratkaistaessa sovellettavaksi tulee laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta ja Bryssel II a -asetus. Haagin yleissopimusta sovelletaan vain välillisesti lain pohjalta ja Strasbourgin yleissopimuksen soveltaminen käytännössä loppui kun Bryssel II a -asetus tuli voimaan. Vaikka Haagin sopimusta ei sovelleta suoraan lapsikaappaustilanteisiin, tulee kuitenkin tuomioistuimen tuntea yleissopimuksen soveltaminen ja siihen liittyvä oikeuskäytäntö. Käsittelenkin seuraavaksi hieman molempia yleissopimuksia sekä neuvoston asetusta.

2.2 Yksityisoikeuden alaa koskeva yleissopimus kansainvälisestä lapsikaappauksesta (Haagin yleissopimus)(Sopimussarja 57/1994)

Haagin yleissopimus hyväksyttiin 25. lokakuuta 1980 konferenssin 14. istunnossa. Sveitsi oli ensimmäinen maa, joka allekirjoitti sopimuksen. Yleissopimus tuli kuitenkin voimaan vasta 1. joulukuuta 1983 Kanadan, Ranskan ja Portugalin ratifioitua sen.¹³ Tällä hetkellä sopimuksen on ratifioinut 86 maata.¹⁴

Haagin konferenssi aloitti yleissopimuksen valmistelun vuonna 1976. Valmistelussa oli tarkoituksena saada aikaan sopimus, joka koski vain kansainvälisiä lapsikaappauksia ja niiden erityisongelmia. Tarkoitus oli luoda sopimus, jonka puitteissa lapsen nopea palauttaminen oli mahdollista alkuperämaan tuomiovallan alaisuuteen. Yleissopimuksen ulkopuolelle jätettiin tarkoituksella kysymys lapsen huollosta ja näiden päätösten täytäntöönpanosta.¹⁵

Yleissopimus ei ole tuomioiden täytäntöönpanosopimus, joten sopimuksen soveltaminen koskee vain lapsen palauttamista sekä huoltoa ja tapaamisoikeuksia koskevien päätösten kunnioittamista toisessa sopimusvaltiossa. Yleissopimuksessa merkitystä ei anneta sille, mihin huoltajan asema perustetaan, vaan sille, että huoltajan asema on tunnus-

¹² HTL 1983/361, 35 §, Savolainen Matti, Haag ja Strasbourg, s. 296 ja Helin Markku, Lapsen huolto- ja tapaamisoikeuslain säännökset lasta koskevissa kansainvälisluonteisissa riidoissa, s. 930

¹³ Savolainen Matti, The Hague Convention on Child Abduction of 1980 and It's Implementation in Finland, s.102

¹⁴ Tieto 11.9.2011 Ks. www.finlex.fi tai www.hcch.net

¹⁵ HE 60/1993, s.11

tettu lapsen asuinpaikkavaltiossa. Huoltajan oikeuksia tulee olla tosiasiallisesti käytetty eli huoltaja on pitänyt tai tulisi pitämään lasta luonaan ja on huolehtinut lapsesta.¹⁶

Yleissopimusta sovelletaan niiden maiden välillä, jotka ovat sen ratifioineet. Lapsella, joka on kaapattu, tulee olla asuinpaikka jonkun sopimusvaltion alueella välittömästi ennen huoltoa tai tapaamisoikeutta koskevien oikeuksien loukkaamista. Asuinpaikkana pidetään sitä valtiota, jossa lapsi tosiasiallisesti asuu ja jossa on hänen keskeisin elinympäristö.¹⁷ Kuten jo mainitsinkin, asuinpaikan yksityiskohtaisempaa määrittystä ei yleissopimuksesta löydy. Lapsen tulee olla alle 16-vuotias.¹⁸ Jos lapsi kuitenkin on saavuttanut sellaisen iän ja kypsyyden, joka on merkittävä, pitää hänen mielipiteeseensä kiinnittää huomiota. Lapsen kansalaisuudella ei ole sopimusta sovellettaessa merkitystä.

Hakemus lapsen palauttamisesta on laitettava vireille vuoden kuluessa poisviemisestä sen valtion hallinto- tai oikeusviranomaiselle missä lapsi on. Suomessa päätökset lapsen palauttamisesta tekee Helsingin hovioikeus. Määräaika hakemuksen tekemiseen alkaa kulua heti, kun luvaton haltuunotto on tapahtunut eli lapsen välitöntä poisvientiä valtion rajojen ulkopuolelle ei vaadita. Vaikka artiklaan on säädetty aikaraja hakemuksen tekemiselle, on palauttaminen mahdollista tämän jälkeenkin. Esteenä palautuksessa voi tällöin kuitenkin olla lapsen sopeutuminen uuteen ympäristöönsä. Mutta jos palauttaminen toimitetaan, lapsen sopeutumisesta huolimatta, tulee sitä ennen suorittaa huolellinen tarkastelu huolto-oikeuksista, jotta sopimuksen tarkoitus ja määräykset tulevat täytetyiksi. Pitää kuitenkin huomioida, että koska huoltokysymykset eivät kuulu sopimuksen soveltamisalaan, tilanteen tulee olla poikkeuksellinen.¹⁹

Valitusinstanssina lapsikaappausasioissa toimii korkein oikeus. Valituksen tekemiseen on aikaa 14 vuorokautta ratkaisun antopäivästä. Helsingin hovioikeuden päätös lapsen palauttamisesta saadaan kuitenkin laittaa välittömästi täytäntöön, vaikka päätöksellä ei ole lainvoimaa. Korkein oikeus voi valituksen tultua vireille kieltää täytäntöönpanon tai sen jatkamisen. Palauttamisen täytäntöönpano tulee suorittaa kiireellisesti. Helsingin hovioikeus tai korkein oikeus toimittaa päätöksen toimivaltaiselle käräjäoikeudelle, joka huolehtii palauttamisesta Lain lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta 46 §:n mukaisesti.²⁰

¹⁶ HE 60/1993 s. 11–12

¹⁷ Kempainen Outi, Kansainväliset lapsikaappaukset, s.55

¹⁸ Haagin yleissopimus, artikkelit 4 ja 13 ja Péres-Vera Elisa, Explanatory Report, s. 449–450

¹⁹ Péres-Vera Elisa, Explanatory Report, s. 449–450

²⁰ Helin Markku, Huolto- ja tapaamispäätöksen täytäntöönpano, s. 327–328

Tuomioistuimien voi kieltäytyä palauttamasta lasta, jos tosiasiallisia huolto-oikeuksia ei ollut käytetty tai poisvieminen tai palauttaminen oli hyväksytty. Myös, jos on olemassa vakava vaara, että palauttaminen sattuisi aiheuttaa lapselle ruumiillisia tai henkisiä vaurioita palauttamisesta tulee kieltäytyä. Lapsi voi myös itse aiheuttaa kieltävän palauttamispäätöksen, jos katsotaan, että lapsi on saavuttanut sellaisen iän ja kypsyyden, että hänen mielipiteensä tulee ottaa huomioon. Tuomioistuimen tulee ottaa päätöksessään huomioon myös sosiaaliset olot.²¹

2.3 Eurooppalainen yleissopimus lasten hoitoa koskevien päätösten tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta ja lasten palauttamisesta (Strasbourgin sopimus)(Sopimussarja 56/1994)

Sopimusta koskeva valmistelu aloitettiin vuonna 1973 edellisvuonna pidetyn oikeusministerikokouksen jälkeen. Sopimuksen oli tarkoitus käsittää lasten huollosta vieraassa valtiossa annettujen tuomioiden ja päätösten tunnustamista ja täytäntöönpanoa. Lapsikaappausten erityisongelmat tulivat sopimukseen mukaan vasta myöhemmässä vaiheessa Sveitsin aloitteesta. Sopimus allekirjoitettiin Luxemburgissa 20. toukokuuta 1980.²² Sopimus tunnetaan paremmin nimellä Strasbourgin sopimus. Sopimus perustuu vastavuoroisuuden periaatteelle eli sopimus on voimassa niiden maiden välillä, jotka ovat sopimukseen liittyneet. Sopimukseen on liittynyt tällä hetkellä 36 maata.²³

Sopimuksen perustavoite on kansainvälisten lapsikaappausten ennaltaehkäisy, kaapatun lapsen nopea ja turvallinen palauttaminen ja laillisesti syntyneen huoltosuhteen kunnioittaminen.²⁴ Koska tämä sopimus on laadittu päätösten tunnustamista ja täytäntöönpanoa koskevaksi, sopimuksen määräykset edellyttävät, että huollosta on olemassa päätös tai on vahvistettu luvattoman haltuunoton tapahtuminen. Huoltoa koskeva päätös on välittömästi tunnustettava, jos päätös on täytäntöönpanokelpoinen päätöksen antaneessa maassa, kuitenkin päätöksen lainvoimaisuutta ei edellytetä.²⁵ Sopimuksen suoja annetaan siten ensisijassa sille huoltajalle, jonka asema on tuomioistuimessa tai toimivaltaisen viranomaisen päätöksellä todettu.

Lapsen palauttamisvelvollisuutta on pidettävä tiukkana. Sopimuspuoli, kenelle palauttamispyyntö on osoitettu, ei voi lainkaan kieltäytyä palautuksesta, jos artiklan 8 sovel-

²¹ Haagin yleissopimus 13 artikla

²² HE 60/1993, s. 10

²³ ks. www.finlex.fi

²⁴ HE 60/1993, s.11

²⁵ Savolainen Matti, Haag ja Strasbourg, s. 274 ja Explanatory Report (European Convention), 1980, kohta 35

tamisen edellytyksen täytyvät. Lapsella sopimuksessa tarkoitetaan alle 16-vuotiasta. Asuinpaikkaa tai kansalaisuutta ei ole tässäkään sopimuksessa määritelty, vaan ne määritellään kyseessä olevan sopimusvaltion lain mukaisesti.²⁶

Lapsen luvaton poisvieminen tarkoittaa lapsen siirtämistä sopimusmaan kansainvälisen rajan ylitse, loukaten sopimusvaltiossa annettua huoltopäätöstä. Myös passiivinen lapsen poisvienti eli palauttamatta jättäminen sopimusvaltioon rinnastetaan tähän. Jos luvaton poisvienti on tapahtunut ennen kuin jonkin sopimusvaltion viranomaisen on antanut huoltopäätöksensä, mutta poisvienti on jälkikäteen julistettu luvattomaksi, soveltuu tilanne sopimuksen soveltamisalaan.²⁷

Sopimuksen mukaisesti lapsen välitön palauttaminen tulee tapahtua kohdevaltiosta, kun lapsi ja hänen vanhempansa ovat päätöksen antaneen valtion kansalaisia ja heillä on ollut asuinpaikka ko. valtiossa. Ajankohdaksi katsotaan joko huoltopäätökseen johtaneen oikeudenkäynnin vireillepanoaika tai hetki, jolloin luvaton poisvieminen tapahtui. Vaihtoehtoista valitaan se, kumpi ajankohta tapahtui aikaisemmin. Hakemus palauttamisen pyytämiseen tulee toimittaa kuuden kuukauden kuluessa luvattomasta poisviemisestä keskusviranomaiselle. Toimivalta palauttamispäätöksen tekemisestä on sen valtion hallinnollisella viranomaisella tai valtion tuomioistuimella, mikäli kohdevaltion laki näin määrää. Jos tuomioistuin joutuu tekemään päätöksen lapsen palauttamisesta, saa se tutkia vain vahvan liittymän olemassaoloa (8 artiklan kohta 1a), luvattoman haltuunoton tapahtumista (1a) ja hakemuksen määräaikaista (1b). Sopimuksessa olevia palauttamisen kieltäytymisperusteita²⁸ ei tuomioistuin voi soveltaa.²⁹ Koska Suomessa tuomioistuin tekee päätöksen lapsen palauttamisesta, ei sen toimivaltaan kuulu kieltäytymisperusteiden soveltaminen. Jos tuomioistuin siis toteaa vahvan liittymän olevan olemassa, haltuunotto on tapahtunut ja hakemus tehty määräajassa, ei tuomioistuin voi kieltäytyä lapsen palauttamisesta.

Jos tuomioistuin toteaa, että luvaton haltuunotto on tapahtunut, mutta vahvaa liittymää ei ole olemassa, tulee sovellettavaksi sopimuksen artikla 7 huoltopäätösten tunnustami-

²⁶ Explanatory Report (European Convention), 1980, kohta 15

²⁷ Savolainen Matti, Haag ja Strasbourg, s. 273–274.

²⁸ Strasbourgin sopimuksen kieltäytymisperusteet ovat artikloissa 9 ja 10. Palauttamisesta voidaan kieltäytyä esimerkiksi silloin, jos päätös on oikeudenkäyntiperiaatteiden vastainen tai päätöksen tiedoksianto on ollut virheellinen.

²⁹ Savolainen Matti, Haag ja Strasbourg, s. 271–272 ja 276

sesta ja täytäntöönpanosta. Tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta on mahdollista kieltäytyä sopimuksen antamin edellytyksin.³⁰

2.4 Neuvoston asetus (EY) N:o 2201/2003 tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta avioliittoa ja vanhempainvastuuta koskevissa asioissa ja asetuksen (EY) N:o 1347/2000 kumoamisesta (Bryssel II a -asetus)

Ranskan aloitteesta Euroopan yhteisö aloitti vuonna 2000 valmistelun asetuksen antamiseksi lasten tapaamisoikeutta koskevien tuomioiden vastavuoroisesta tunnustamisesta. Ranskan ehdotuksen pääsisältönä oli, että eksekvatuuria (täytäntöönpanokelpoiseksi julistaminen) ei enää tarvittaisi jäsenvaltiossa annetun tapaamisoikeuspäätöksen täytäntöönpanemisessa toisessa valtiossa. Ehdotus sisälsi myös säännöksiä, jotka koskivat myös lapsikaappauksia. Lapsikaappaussäännösten tiukentamisesta tulikin Ranskan ensisijainen tavoite, koska Ranskan ja Saksan väliset lapsikaappaukset olivat nousseet maassa poliittiseksi kysymykseksi. Ranskan ehdotuksen mukaan mm. Haagin sopimuksen palauttamisen kieltäytymisperusteisiin ei olisi saanut vedota.³¹ Ranskan ehdotus lapsikaappausten osalta ei saanut Suomen valtioneuvoston hyväksyntää ehdotetussa muodossa.³²

Komissio teki aloitteen vuonna 2001, joka koski lapsen huoltoon liittyviä kysymyksiä sekä lapsikaappauksen säätelyä. Tämän aloitteen komissio kuitenkin peruutti. Komissio päätti laatia yhden asetuksen, joka koski sekä avioeroa (josta oli jo voimassa Neuvoston asetus) että lapsen huoltoa. Jos komissio ei olisi laatinut esitystä yhden asetuksen hyväksymisestä, olisi toisiinsa liittyviä asetuksia laadittu useampia, jolloin niiden soveltaminen olisi vaikeutunut. Komissio päätti laatia ehdotuksen yhden asetuksen hyväksymisestä, jonka pohjalta syntyi uusi Bryssel IIa -asetus. Uusi Bryssel IIa -asetus korvasi aiemman Bryssel II -asetuksen. Asetuksen lapsikaappaussäännösten pohjimmainen tarkoitus on suojella lasta, hänen etuaan ja mahdollisuuttaan tavata molempia vanhempiaan.³³

Asetusta sovelletaan Euroopan yhteisön jäsenvaltioiden välillä. Poikkeuksena asetuksen soveltamiseen tekee Tanska, joka on käyttänyt oikeuttaan olla osallistumatta sopimuk-

³⁰ Savolainen Matti, Haag ja Strasbourg, s. 272

³¹ Helin Markku, Eurooppalaiset lapsikaappaussäännökset, s.643-644

³² U74/2000 vp

³³ KOM (2002) lopullinen, s. 3-4

sen soveltamiseen. Asetuksen lapsikaappausartiklat tulevat sovellettavaksi eurooppalaisissa lapsikaappaustilanteissa, joissa Haagin yleissopimuksen nojalla pyydetään lasta palautettavaksi. Kaikkien jäsenvaltioiden tulee olla Haagin yleissopimuksen osapuolia, jotta asetuksen lapsikaappausartikloja voidaan soveltaa jäsenvaltioiden välillä.³⁴

Asetuksen soveltaminen tulee kyseeseen jäsenvaltioiden välillä, jos lapsen asuinpaikka on jossain jäsenvaltiossa ja toinen jäsenvaltio vaatii palauttamista. Asuinpaikan määrittelyä ei sopimuksesta löydy, mutta asuinpaikan määrittelyssä tulee kiinnittää huomiota muihin EU-oikeusaloihin ja niissä syntyneisiin yhteiseen tulkintalinjaan. Lapsen luvaton poisvienti on määritelty samansuuntaisesti kuin Haagin yleissopimuksessa. Luvaton poisvienti tai palauttamatta jättäminen tapahtuu, jos loukataan oikeutta lapsen huoltoon, joka perustuu tuomioistuimen päätökseen tai lakiin tai voimassa olevaan sopimukseen ja huolto-oikeutta on tosiasiallisesti käytetty tai olisi käytetty, jollei poisviemistä olisi tapahtunut. Toisin kuin Haagin yleissopimuksessa, asetuksessa on säädetty, että huoltoa on pidettävä yhteishuoltajuutena, jos huoltaja ei voi yksin päättää lapsen asuinpaikasta.³⁵

Lapsen palauttamista vaativan, huoltoon oikeutetun, on tehtävä pyyntö Haagin yleissopimuksen säätämällä tavalla toimivaltaiselle viranomaiselle. Suomessa Helsingin hovioikeus on toimivaltainen viranomainen ja hakemus tulee tehdä vuoden sisällä siitä, kun haltuunotto on tapahtunut. Toimivaltaisen tuomioistuimen on käsiteltävä palauttamispyyntö pikaisesti. Asetuksessa on asetettu määräajaksi kuusi viikkoa, jonka sisällä tuomio on annettava. Tuomion antaminen on kansallisten menettelysäännösten mukaisesti toteutettava ja lasta kuultava, mikäli sitä ei katsota tarpeettomaksi, ottaen huomioon lapsen ikä ja kehitystaso.³⁶ Kun kyseessä on asetuksen alaan liittyvä lapsen palauttamista koskeva menettely, tulee palauttamiseen soveltaa Suomen lapsikaappauslainsäädännön lisäksi asetuksen säännöksiä. Tämä velvoite on lisätty lakiin lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta 42a pykälään. Hallituksen esityksen mukaisesti pykälään otettu ns. informatiivinen lisäys, jossa velvoitetaan soveltamaan Bryssel IIa -asetusta eurooppalaisissa lapsikaappaustilanteissa.³⁷

Asetuksen mukaisesti kieltäytymisperusteet ovat samat kuin Haagin sopimuksessa, mutta niiden käyttöä on rajoitettu. Tuomioistuin ei voi perustella kieltävää palauttamispää-

³⁴ Helin Markku, Eurooppalaiset lapsikaappaussäännökset, s. 645–646

³⁵ Helin Markku, Eurooppalaiset lapsikaappaussäännökset, s. 646, Bryssel IIa, artikla 2.11 ja Practice Guide, 2005, s.12 ja 32

³⁶ Helin Markku, Eurooppalaiset lapsikaappaussäännökset, s. 646–647

³⁷ HE 186/2004, s. 11

töstä, lapsen ruumiillisilla tai henkisillä vaurioilla, jos todetaan, että kaikki toimenpiteet lapsen suojelemiseksi on tehty. Jos kuitenkin palautuksesta kieltävä päätös on tehty, tulee tuomioistuimen toimittaa alkuperäiseen jäsenvaltioon jäljennökset tuomioista ja asiaankuuluvista asiakirjoista.³⁸

³⁸ Bryssel IIa -asetus, 11 artikla kohdat 4 ja 6

3. Asuinpaikka ja kotipaikka

Asuinpaikan määrittelyssä tulee ottaa huomioon useita eri tilanteita ja näkökulmia, joita olen kahden seuraavan luvun alla tarkastellut. Käsittelen ensin hyvin kapea-alaisesti asuinpaikka- ja kotipaikka-käsitettä yleisesti ja niiden keskinäisiä suhteita. Kotipaikan määrittäminen on keskeistä ja oleellista asuinpaikka-käsitteen määrittelyssä, koska asuinpaikan-käsite on osaltaan muotoutunut nimenomaisesti kotipaikka-käsitteestä, jonka käyttöä suosittiin aiemmin kansainvälisessä sekä kotimaisessa lainsäädännössä, vaikka sen käyttöä pidettiin haasteellisena. Ero tulee myös huomioida esimerkiksi englantilaisia lapsikaappausratkaisuja tulkittaessa, koska siellä käsitteiden välillä on edelleen suurempia eroja.³⁹

3.1 Kotipaikka (*domicile*)

Carl Friedrich von Savignyn mukaan ”henkilöllä on kotipaikka valtiossa, jonka hän on valinnut vakituiseksi asuinpaikakseen tarkoituksenaan asua siellä pysyvästi tai ainakin tarkoittamatta oleskeluaan pelkästään määräaikaiseksi.” Tämä määritelmän elementit koostuvat siten objektiivisesta että subjektiivisista osista. Ensimmäinen tarkoittaa henkilön asettumista asumaan tiettyyn valtioon ja toinen aikomusta pysyväisluonteiseen asumiseen maassa. Pysyväisluonteisuutta on tarkasteltu sillä miten henkilön henkilökohtaisten, taloudellisten ja yhteiskunnallisten intressien keskus muodostuu ja säilyy.⁴⁰

Suomen kuntalain 2 §:ssä on kotikunnan (kotipaikan) määritelmä, joka vastaa hyvin paljon von Savignyn määritelmää. Pykälän mukaan henkilön kotikunta on se, missä hän asuu, mutta jos hänellä on useita asuntoja tai hänellä ei ole asuntoa lainkaan, hänen kotikuntanaan pidetään sitä kuntaa, jota hän perhesuhteiden, toimeentulonsa tai muiden vastaavien seikkojen johdosta itse pitää kotikuntanaan eli henkilöllä on näiden perusteella kuntaan kiinteä yhteys.⁴¹

Suomen kansainvälisessä yksityisoikeudessa kotipaikkaa ei ole määritelty. Hallituksen esityksessä 107/1984 on todettu, että kotipaikka ei ole yksiselitteinen käsite vaan sen merkitys vaihtelee eri tarkoituserien mukaisesti. Kansainvälisyksityisoikeudellisessa merkityksessä kotipaikka edellyttää pysyväisluonteista (vakituista) oleskelua asianomaisessa valtiossa. Hallituksen esityksen mukaisesti kotipaikka voi muuttua valtiosta toiseen, vaikka henkilö ei aikoisikaan jäädä asumaan valtioon loppuelämäksi, vaan esityksen

³⁹ ks. Bryssel IIa -asetus, 3 artikla

⁴⁰ Helin Markku, Asuinpaikkaliittymä/Kotipaikkaliittymä, s. 508–509

⁴¹ Kotikuntalaki 11.3.1994/201

mukaan on riittävää todeta muutoksen pysyväisluonteisuus. Kotipaikan muuttumiselle ei pystytä antamaan määrättyä aikarajaa, joten vaikka henkilö olisi uudessa valtiossa pitkänkin aikaa tahtomattaan (esimerkiksi sairauden takia), ei hänen kotipaikka välttämättä muutu. Tässä tulee ero asuinpaikan määritelmässä, jonka mukaan asuinpaikka voi muuttua myös tahtomattaan.⁴²

3.2 Asuinpaikka (*habitual residence*)

Asuinpaikka on kansainvälisessä yksityisoikeudessa käytetty liittymä, joka määrittää lainvalintaa ja tuomioistuimen yleistoimivaltaa. Määrittelemällä asuinpaikka pyritään selvittämään valtio, missä henkilö asuu. Kuitenkaan pelkkä asuminen ei merkitse valtion olevan henkilön asuinpaikka vaan valtiossa tulee sijaita henkilön keskeinen elinpiiri ja tärkeimmät kiinnkohdat. Määritelmän tarkentuminen pohjautuu pitkälti ulkoisesti havaittaviin seikkoihin.⁴³ Asuinpaikka ei siten perustu pelkkiin oikeudellisiin seikkoihin tai asemaan valtiossa vaan määritelmä on hyvin konkreettinen. Esimerkiksi ulkomaalaisella voi olla valtiossa asuinpaikka, vaikka hänellä ei ole oleskelulupaa valtiossa.⁴⁴ Tätä tulkintaa tukee myös Laintarkastuskunnan antama lausunto, jonka mukaisesti asuinpaikka ei ole sidottu henkilön oikeudelliseen asemaan eli luvanvarainen asuminen ei ole asuinpaikan määräytymisen perusteena.⁴⁵

Englantilaisen tapauksen Dickson v. Dickson tuomiolauselmassa on määritelty, että ”asuinpaikka on se, joka on valittu vapaaehtoisesti ja tarkoituksena on sen pysyminen jonkun aikaa”.⁴⁶ Suomalaisessa kirjallisuudessa on asuinpaikan katsottu voivan syntyvän vain vakiinnuttamalla, ilman minkäänlaisia toimenpiteitä, koska henkilön konkreettinen elinympäristö vähitellen laajenee ja vakiintuu. Näin ollen henkilön asuinpaikka voi muuttua toiseen valtioon vastoin henkilön tahtoa.⁴⁷ Esimerkkinä tällaisesta tilanteesta on henkilön vakava sairastuminen, mikä estää hänen siirtämisen toiseen valtioon.

E. M. Clive on tarkastellut asuinpaikka-käsitettä, *habitual residence*, sanojen merkityksen kautta. ’Residence’ tarkoittaa paikkaa missä henkilön asunto tai mökki sijaitsee. ’Habit’ taas tarkoittaa tapaa toimia tietyllä tavalla. ’Habitual’ pitää sisällään sen, että asumisen toisessa valtiossa ei tarvitse olla jatkuvaa, jos tiedossa on ajanjakso muu-

⁴² HE 107/1984

⁴³ Helin Markku, *Asuinpaikkaliittymä/Kotipaikkaliittymä*, s. 23

⁴⁴ HE 60/1993, 1993

⁴⁵ Laintarkastuslautakunta, 1989, s. 49.

⁴⁶ Dickson v. Dickson, 1990. Käännetty alkuperäistekstistä.

⁴⁷ Mikkola Tuulikki, *Kansainvälinen avioliitto- ja jäämistöoikeus*, s. 62

toksen pysyvyydestä. Clive kuitenkin tarkentaa, pysyvyys ei tarkoita väliaikaista asuntoa, kuten esimerkiksi asuminen loma-ajan aikana vuokrahuoneistossa.⁴⁸

Suomen kansainvälisessä yksityisoikeudessa asuinpaikan määritelmää ei ole tehty. Suomessa kuitenkin käytetään asuinpaikkaliittymää konventiopohjaisessa sääntelyssä, josta esimerkkinä voidaan mainita nimenomaisesti Haagin kansainvälisen yksityisoikeuden konferenssin yleissopimus lapsikaappauksista. Yleissopimuksessa asuinpaikkaliittymä on keskeisessä asemassa päätettäessä lapsen palauttamisesta.⁴⁹

Kansainvälisten oikeustapausten tuloksena on tultu siihen tulokseen, että henkilöllä ei voi olla kahta asuinpaikkaa yhtä aikaa.⁵⁰ Huomautan kuitenkin, että Clive riitauttaa tämän väitteen. Hänen mielestään esimerkiksi eläkeläisellä, joka viettää yhtä paljon aikaa sekä huoneistossaan Englannissa että mökillään Englannin maaseudulla järven rannalla, voi olla kaksi asuinpaikkaa yhtä aikaa. Hän ei pidä oikeutettuna skotlantilaisen tuomioistuimen ratkaisuja, jossa todetaan mahdollisuudesta vain yhteen asuinpaikkaan kerrallaan.⁵¹

3.3 Asuinpaikan ja kotipaikan suhde toisiinsa

Molempien termien määrittelyminen perustuu tosiasiallisten ja oikeudellisten seikkojen tarkasteluun. Asuinpaikan määrittelyssä tosiasialliset suhteet ovat suuremmissa osassa kuin kotipaikan määrittelyssä, kun taas henkilön tarkoitusta on pidetty kotipaikkaa arvioitaessa suuremmissa arvossa.⁵² Sanna Koulun mukaan kotipaikan määräytymisessä ovat ennen kaikkea juridiset tunnusmerkit tärkeässä osassa. Johanna L. Schiratzkia on todennut, verratessaan ruotsalaista ja yhdysvaltalaisista oikeuskäytäntöä, että asuinpaikan ja kotipaikan käsitteissä molemmissa on kyse tosiasiallisten ja oikeudellisten seikkojen arvioinnista, vaikkakin näitä seikkoja tarkastellaan erilaisilla termien välillä.⁵³ Ja kuten myöhemmin huomataan, myös asuinpaikkaa määriteltäessä henkilön tarkoituksille ja tosiasiallisille olosuhteille annetaan suurta painoarvoa, näin voitaneenkin todeta määrittelyjen lähentyneen toisiaan.

Suomessa ja Pohjoismaissa ero määritelmien välillä on marginaalinen ja kotipaikka-käsite voi tietyissä tilanteissa käsittää sekä kotipaikka- että asuinpaikka-käsitteen. Kan-

⁴⁸ Clive E. M., *The Concept of Habitual Residence*, s. 139

⁴⁹ Helin Markku, *Asuinpaikkaliittymä/Kotipaikkaliittymä*, s. 26

⁵⁰ Cameron v. Cameron, 1996 ja Friedrich v Friedrich, 1993

⁵¹ Clive E.M, *The Concept of Habitual Residence*, s. 144

⁵² Mikkola Tuulikki, *Kansainvälinen avioliitto- ja jäämistöoikeus*, s. 62 ja Helin Markku, *Asuinpaikkaliittymä/Kotipaikkaliittymä*, s. 511

⁵³ Koulun Sanna, *Lapsikaappaukset KKO:n uusimmassa käytännössä*, s. 669 ja Schiratzki Johanna L., *Friend at Odds*, s. 302 ja 310. Ks. myös Helin Markku, *Asuinpaikkaliittymä/Kotipaikkaliittymä*, s. 511

sainvälisesti voi havaita asuinpaikkaliittymän syrjäyttäneen kotipaikkaliittymän esimerkiksi kansainvälisissä sopimuksissa kuten Haagin lapsikaappauksia koskevassa yleissopimuksessa. Tähän yhtenä syynä on pidetty asuinpaikkaliittymän helppokäyttöisyyttä verrattuna kotipaikkaliittymään, johon on vakiintunut kansallisia toisistaan poikkeavia merkityssisältöjä. Kuten Laintarkastuskunnan lausunto vuodelta 1989 myös toteaa, että kotipaikkaliittymään liittyvät kriteerit ovat tiukemmat kuin asuinpaikkaliittymän. Lausunto myös tulkitsee termien välistä eroa siten, että asuinpaikka käsitteelle tunnusomaisista on ns. epämääräisyys eli sitä ei voi yksiselitteisesti määrittellä joidenkin kiinteiden tunnusmerkkien tai kriteereiden mukaan. Epämääräisyys määrittelyssä helpottaa käsitteen käyttöä, koska se ei ole sidottu tiukkoihin kriteereihin, vaan asuinpaikka-käsitteen käyttö on joustavaa ja tilanteesta riippuen tarkoituksen mukaisempaa.⁵⁴

Havaittavissa on myös toisensuuntaisia mielipiteitä verrattuna yllä mainittuun. Suomalainen ja kansainvälinen oikeuskäytäntö ratkaisuihinsa ja oikeuskirjailijat kirjoituksiinsa joutuvat pohtimaan käsitteen käyttöä yrittäen erottaa sen kotipaikka käsitteestä, mikä voi johtaa määrittelyn varioitumiseen maasta riippuen, jolloin ratkaisut ovat erilaisia riippuen tuomarin tai asiasta päättävän viranomaisen harkinnasta.⁵⁵ Tämä siitä huolimatta, että Haagin yleissopimuksen yhtenä tarkoituksena on yhdenmukaistaa maiden antamia ratkaisua lapsikaappaustilanteissa, jolloin kaikki ovat yhdenvertaisessa asemassa tilanteesta riippumatta.

E. M. Clive on toisaalta todennut, että koska asuinpaikan määritelmä on tarkoituksella jätetty tekemättä, sen tarkka oikeudellinen määrittely ei ainoastaan lähentäisi sitä kotipaikka-käsitteen kanssa, mutta määrittely nimenomaisesti asettaisi riskin käsitteen oikeudellisen määritelmän varioitumiseen eri valtioissa.⁵⁶ Tämä on myös todennut yhdysvaltalainen oikeustapaus, joka esitti eräänlaisen toiveen tuomioistuimille jättää käsite määrittelemättä liian yksityiskohtaisesti ja käsitettä rajoittaen, koska silloin käsitteestä ei tule yhtä teknistä kuin kotipaikka-käsite.⁵⁷

Kun vertaa Schiratzkin ja Cliven mielipiteitä sekä käsitteen määrittelemättä jättäminen että sen määrittely voi aiheuttaa ristiriitaisia tilanteita maiden välillä. Sitä kumpi todellisuudessa aiheuttaisi enemmän ristiriitoja, jää arvailtavaksi, koska käsitettä ei mitä

⁵⁴ Helin Markku, Asuinpaikkaliittymä/Kotipaikka, s. 23, Koulu Sanna, Lapsikaappaukset KKO:n uusimmas-
sa käytännössä, s. 668-669, Mikkola Tuulikki, Kansainvälinen avioliitto- ja jäämistöoikeus, s. 68 ja
Laintarkastuskunnan lausunto, 1989, s. 50

⁵⁵ ks. Schiratzki Johanna L., Friends at Odds, s. 303. Hän pohtii yleisesti yleissopimuksen tulkintaa Ruotsin
ja Yhdysvaltojen välillä.

⁵⁶ Clive E.M., The Concept of Habitual Residence, s.137

⁵⁷ Friedrich v.Friedrich, 1993

suurimmalla todennäköisyydellä tulla lähiaikoinakaan, ainakaan Suomessa, määrittelemään lain tasoisesti. Oikeustapaukset ja oikeuskirjallisuus ovat siis jatkossakin suuressa asemassa käsitteen määrittelyä tarkasteltaessa.⁵⁸

Esimerkiksi englantilaisessa oikeusjärjestelmässä on huomattavissa ero kotipaikka- ja asuinpaikka-käsitteen määrittelystä, jolloin erot käännosten välillä saattavat olla huomattavia alkuperäiseen tarkoitukseen nähden.⁵⁹ Esimerkiksi Bryssel II a -asetuksessa toimivalta kysymyksessä on säädetty, että jos molemmat puoliset ovat tai jos kyseessä on Yhdistynyt kuningaskunta tai Irlanti, käytetään termiä kotipaikka vaikka muuten sopimuksessa käytetään termiä asuinpaikka.⁶⁰ Haagin yleissopimusta selittävä raportti myös huomioi kotipaikan ja asuinpaikan välisen eron, vaikkei eroa kuitenkaan raportissa tarkemmin käsitelläkään.⁶¹

Lapsioikeuden alalla lapsen asuinpaikan ja kotipaikan määräytymisessä tulee kiinnittää huomiota niiden eroihin. Kotipaikka määräytyy periaatteessa itsenäisesti, mutta alaikäisen lapsen kotipaikan muuttuminen riippuu huoltajan tarkoituksesta. Asuinpaikan periaatteen on Markku Helin kiteyttänyt seuraavasti: ”Yksilön asuinpaikka ei riipu huoltajan tai holhoojan asuinpaikasta, vaan se määräytyy aina itsenäisesti”.⁶²

⁵⁸ Huomautuksena, että esimerkiksi Kanadassa lapsen asuinpaikka käsite on määritelty laintasoisesti. ks. Children’s Law Reform Act, 2 R.S.O., ch. C-12 § 22(2) (1990) ja luku 2.3

⁵⁹ Mikkola Tuulikki, Kansainvälinen avioliitto- ja jäämistöoikeus, s. 68

⁶⁰ Bryssel II a –asetus, 1 jakso 3 artikla

⁶¹ Pérez-Vera Elisa, Explanatory Report, s. 445

⁶² Helin Markku, Asuinpaikkaliittymä/Kotipaikkaliittymä, s. 510-511

4. Lapsen asuinpaikka lapsikaappaustilanteissa

Lapsen asuinpaikka on lapsikaappaussäädösten velvoittava periaate. Haagin yleissopimusta sovelletaan lapsikaappaustilanteessa, jossa lapsi on kaapattu toiseen valtioon kuin hänen asuinpaikkavaltionsa on ja maa on ratifioinut Haagin yleissopimuksen.⁶³ Lapsen etu on huoltoriidan käsitteleminen lapsen asuinpaikan tuomioistuimessa, mutta koska asuinpaikkaa ei ole säädöksissä määritelty, tulee tuomioistuimen selvittää ensin asuinpaikan-käsite ja sen jälkeen tehdä ratkaisu lapsen asuinpaikasta. Tarkoituksena on, että lapsi, joka on luvottomasti viety pois tai jätetty palauttamatta sinne valtioon missä lapsen asuinpaikka on, palautetaan. Mutta mihin maahan ja paikkaan lapsi tulee palauttaa?

Vaikka yleissopimus perustuu ajatukselle lapsen palauttamisesta hänen asuinpaikkaansa, yleissopimus kuitenkin vaikenee konkreettisesta palauttamispaikasta. Koska jokaisella henkilöllä on oikeus valita asuinpaikkansa, voi olla että vanhempi, joka on palautuspyynnön tehnyt, on vaihtanut asuinpaikkaa. Katsotaanko tässäkin tapauksessa lapsen palauttaminen huoltajan uuteen asuinpaikkaan kuitenkin olevan hänen etujensa mukaisista, vaikka palauttaminen tulisi tapahtua lapselle tuttuun ympäristöön? Yleissopimus ei kuitenkaan anna vastausta tilanteeseen, mutta Elisa Pérez-Vera on tulkinnut yleissopimusta siten, että palauttaminen on edelleen suoritettava vaikkakin huoltajan asuinpaikka on muuttunut.⁶⁴ Se, onko tämä lapsen edun mukaista, on toinen asia pohdittavaksi. Beaumont&McEleavy ovatkin esittäneetkin relevantin kysymyksen, että onko palauttamisesta ns. hyötyä, jos lapsi palautetaan maahan, mihin lapsella ei ole tosiasiallista suhdetta eikä hän tunne maata sosiaalisesti, kulttuurisesti tai kielellisesti.⁶⁵ Lapsen palauttaminen huoltajan uuteen asuinpaikkaan, asettaakin tuomioistuimelle pohdittavaksi huoltajan asuinpaikan merkityksen lapsen asuinpaikkaa määrittäessä.

4.1 Lapsen asuinpaikan määräytyminen

Lapsen asuinpaikkaa on pidettävä lapsikaappaustilanteissa ns. läheisimpänä liittymänä, jolle on annettava ratkaiseva merkitys.⁶⁶ Markku Helinin mukaan ”yksilön asuinpaikka ei riipu huoltajan tai holhoojan asuinpaikasta vaan se määräytyy aina itsenäisesti”.⁶⁷

Vaikka Helinin mukaan yksilön asuinpaikka ei riipu huoltajasta, alaikäisen lapsen asuinpaikkaan vaikuttaa suuresti hänen huoltajansa asuinpaikka. On hyvin epärealistis-

⁶³ Suchz Rhona, Policy Considerations in Determining the Habitual Residence, s. 17

⁶⁴ Pérez-Vera Elisa, Explanatory Report, s. 459-460

⁶⁵ Beaumont&McEleavy, The Hague Convention of International Child Abduction, s. 90

⁶⁶ HE 1993/60, s. 16

⁶⁷ Helin Markku, Asuinpaikkaliittymä/Kotipaikkaliittymä, s. 511

ta, että pienellä lapsella olisi mahdollisuus tai tarkoitus vaatia huoltajastaan poikkeavaa asuinpaikkaa. Kuitenkin lapsen asuinpaikan määrittelyssä voidaan edelleen pohtia, vaikuttaako huoltajan asuinpaikka yksinomaan lapsen asuinpaikkaan?⁶⁸ Lapsi on kuitenkin itsenäinen yksilö, jonka oikeuden ja velvollisuudet ovat kansainvälisin yleissopimuksin tunnustettu.⁶⁹ Beaumont&McEleavy pohtivat lapsen asuinpaikan muuttumisen oikeutusta tilanteessa, missä lapsen vanhemmat ovat saavuttaneet asuinpaikan toisessa valtiossa, vaikka heidän tarkoituksenaan ei ole saavuttaa maasta *kotipaikkaa*⁷⁰ ja lapsi on viettänyt maassa vain vähän aikaa.⁷¹

Kun lasta ajatellaan itsenäisenä yksilönä, hänen asuinpaikkansa valintaan liittyvät keskeinen elinympäristö ja suhteet. Keskeinen elinympäristö lapsella on hänen kotinsa, päiväkotinsa/koulunsa, harrastuksensa ja sosiaaliset suhteet perheeseen, kavereihin päiväkodissa/koulussa ja harrastuksissa. Näin ajatellen lapsen perhesuhteet eivät ole pelkästään asuinpaikkaan vaikuttava seikka eli huoltajan asuinpaikka on vain osa lapsen asuinpaikan määrittelyä. Lapsen asuinpaikan voitaisiin siis sanoa määräytyvän tosiasiallisten seikkojen eikä pelkästään fyysisen asumisen perusteella.⁷² Yhdysvaltojen valitusoikeus on erästä tapausta ratkaistaessa linjannut, että ”--asuinpaikkaa määrittäessä, oikeuden tulee keskittyä lapseen eikä vanhempiin ja tutkia mennyttä eikä tulevia aikoja”.⁷³

Tämä on toisaalta ristiriidassa vanhempien mahdollisuuden kanssa tehdä sopimus lapsen huollosta ja sen vaikutuksesta lapsen asuinpaikkaan. Joiden merkitystä ovat tuomioistuimet joutuneet pohtimaan joissain lapsen palauttamista koskevissa ratkaisuisissa. Uskoisin kuitenkin lauseen tarkoittavan sitä, että pitää kiinnittää huomiota nimenomaisesti lapsen tilanteeseen, fyysiseen paikkaan, missä lapsi on sekä aikaan, jonka lapsi on toisessa valtiossa viettänyt. Näin otetaan huomioon lapsi ja muutoksen vaikutuksen lapseen.

Australialaisen oikeuden ratkaisu lapsen asuinpaikan pysymisestä samassa valtiossa hänen vanhempiensa kanssa, vaikka lapsi vietti suurimman osan vuodestaan ulkomailla sisäoppilaitoksessa, ensireaktionä tyrmistyttää. Tarkoitushan on ollut lapsen lähettäminen vieraaseen valtioon opiskelemaan. Asiaa tulee kuitenkin pohtia hieman laajemmin.

⁶⁸ Beaumont&McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction, s. 91-92

⁶⁹ ks. YK:n lapsen oikeuksien sopimus

⁷⁰ tekstissä käytetty termiä 'actual residence'.

⁷¹ Beaumont&McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction, s. 91-92

⁷² HE 60/1993 ja Dickson v. Dickson, 1990

⁷³ Schiratzki Johanna L., Friend at Odds, s. 311 ja Friedrich v Friedrich, 1993

Lapsi viettää suurimman osan ajasta sisäoppilaitoksen 'muurien sisällä' ei hänellä ole todellista kosketusta oppilaitoksen sijaintipaikkaan, joten asuinpaikan muuttuminen olisi hyvin keinotekoisia eikä sitä voida pitää lapsen edun mukaisena.⁷⁴ Suomalaisessa oikeuskäytännössä asiaa on pohdittu tapauksessa KKO:2008:98, jossa oli kyse vanhempien tarkoituksesta ja sen vaikutuksesta lapsen asuinpaikan muutokseen.

Koska lapsen asuinpaikka määräytyy pitkälti lapsen huoltajien pohjalta, tapauksissa missä lapsen yksinhuoltaja on vienyt lapsen toiseen maahan toisen vanhemman ulottumattomiin, ei huoltoa vailla oleva huoltaja voi tehdä palauttamispyyntöä, vaikka lapsen asuinpaikaksi katsottaisiin alkuperäinen lähtömaa. Jos vanhemmalla on kuitenkin ollut tapaamisoikeus, on vanhemmalla oikeus tehdä tapaamisoikeuksia koskeva hakemus keskusviranomaisille.⁷⁵

Lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain 19 §:n mukaan, lapsella katsotaan olevan Suomessa asuinpaikka, jos lapsi on asunut Suomessa keskeytyksettä vähintään vuoden ajan välittömästi ennen asian vireille tuloa.⁷⁶ Tällaista vuoden ajanjaksoa ei pidetä ehdottomana, vaan lapsen asuinpaikka voi muuttua välittömästi lapsen tullessa Suomeen.⁷⁷ Tulee kuitenkin huomioida, että pyyntö lapsen palauttamisesta tulee lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain mukaisesti tehdä vuoden kuluessa luvattomasta poisviennistä tai palauttamatta jättämisestä, joten pykälä vaikuttaa enemmän esimerkiksi huoltajuuskiistassa tuomioistuimen toimivaltaa määritettäessä.

Vertailukohtana Suomen ratkaisuun olla määrittelemättä lapsen asuinpaikkaa mainitsen Kanadan lainsäätäjän tekemän ratkaisun asuinpaikka-käsitteen määrittelyssä. Kanadan oikeusministeriön julkaiseman oppaan mukaan, jotkin lait määrittelevät asuinpaikan lain tarkoitusperien mukaisesti. Esimerkkinä tällaisesti on 'Childrens Reform Act'. mikä säätelee lapsen huoltoon liittyviä asioita.⁷⁸

4.2 Asuinpaikan muuttuminen ja asuinpaikan saavuttaminen

Henkilöllä voi olla vain yksi asuinpaikka kerrallaan. Asuinpaikan muutostilanteessa tuleekin ratkaistavaksi se, onko asuinpaikka menetetty vanhassa asuinvaltiossa ja onko uudesta asuinvaltiosta asuinpaikka saavutettu. Lapsikaappaustilanteissa yhden asuinpai-

⁷⁴ Beaumont&McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction, s. 91-92

⁷⁵ Haagin yleissopimus 21 artikla

⁷⁶ HTL 1983/361, 19 §

⁷⁷ Helin Markku, Lapsen huolto- ja tapaamisoikeuslain säännökset lasta koskevissa kansainvälisluonteisissa riidoissa, s. 906

⁷⁸ Children's Reform Act, Department of Justice, 2006 ja Schuz Rhona, Policy Consideration in Determining the Habitual Residence, s. 10

kan periaate on tärkeä. Jos lapsella olisi kaksi asuinpaikkaa ja lapsi kaapattaisiin, kaappaus tapahtuisi mitä luultavimmin toiseen asuinpaikkaan, jolloin lapsen palauttaminen ei olisi mahdollista Haagin yleissopimuksen mukaisesti. Tietenkin on mahdollista, että lapsella on läheinen side molempien vanhempiensa valtioihin, jolloin kaappausta tulisi suojella nimenomaisesti kolmansia maita ajatellen.⁷⁹

Lord Brandon pohti englantilaisessa ratkaisussa asuinpaikan muutosta seuraavasti:

”Ratkaisu kysymykseen siitä onko valtio henkilön asuinpaikka, vaatii yksityiskohtaista tarkastelua kaikkiin vaikuttaviin seikkoihin. Kun henkilö poistuu valtiosta a vapaaehtoisesti hän voi menettää tämän asuinpaikan välittömästi yhdessä päivässä, mutta hän ei voi saavuttaa valtiosta b, jonne hän saapui asuakseen pysyvästi, päivässä asuinpaikkaa. Valtio b:n saaminen henkilön asuinpaikaksi vaatii aikaa ja tarkoitusta asuinpaikan pysyvyydestä.”⁸⁰

Tämän tapauksen pohjalta tulee pohtia kahta eri asiaa mitkä vaikuttavat asuinpaikan syntymiseen: 1) tarkoitus muutoksen pysyvyyteen ja 2) ajanjakso muutoksen vakiintumiseen.

Markku Helin on kuitenkin kirjoituksessaan ollut sitä mieltä, että jos olosuhteista voidaan päätellä asuinpaikan muutoksen tarkoituksen olleen pysyvä, voisi asuinpaikan saada uudessa valtiossa välittömästi. Tämä kuitenkin edellyttää sitä, että asuinpaikan muuttuminen on ollut vapaaehtoista. Eli ei voida olettaa, että lapsen, joka on kaapattu toisesta valtiosta toiseen, asuinpaikka muuttuu välittömästi. Lapsen siirto tapahtuu yleensä yllättäen ja mahdollisesti myös pakotettuna, jolloin lapsen sidosryhmät ja kiinnekohdat jäävät edelleen alkuperäiseen valtioon.⁸¹

On pidetty myös selvänä, että lomamatka toiseen valtioon ei voi muuttaa asuinpaikkaa, koska tässä tilanteessa ei asuinpaikan muutos ole pysyvä vaikka onkin ollut vankka tarkoitus matkustaa toiseen valtioon. Toinen tilanne on silloin kun lomamatkan jälkeen päätetäänkin jäädä uuteen valtioon asumaan. Silloin tulee ratkaistavaksi mahdollinen asuinpaikan muutos.

Lapsen asuinpaikka voi muuttua huoltajan oikeutetusta teosta. Tässä oikeutettuna tekona pidetään esimerkiksi lapsen kanssa muuttamista toiseen valtioon, jos huoltajalla on

⁷⁹ Suchz Rhona, Policy Consideration in Determining the Habitual Residence, s. 26

⁸⁰ Re J. (A Minor), 1990

⁸¹ Helin Markku, Asuinpaikkaliittymä/Kotipaikkaliittymä, s. 25

yksinoikeus päättää lapsen asuinpaikasta. Suomessa tällainen tilanne voi olla, jos lapsen huoltajalle on myönnetty yksinhuoltajuus ja erityisesti oikeus päättää lapsen asuinpaikasta. Jos vanhemmilla on yhteishuoltajuus tai vanhempien tulee yhdessä päättää lapsen asuinpaikasta, ei toinen vanhempi voi ilman toisen vanhemman suostumusta siirtää lasta toiseen maahan. Lapsen siirtäminen toiseen valtioon voi myös olla oikeutettua, jos tähän on toisen vanhemman nimenomainen suostumus tai jos katsotaan, että henkilö, joka palauttamispäätöksen on tehnyt, ei tosiasiallisesti käyttänyt huolto-oikeuttaan maasta poisviennin tai palauttamatta jättämisen aikana.⁸²

Korkein oikeus on tapauksessa KKO:2006:32 joutunut pohtimaan toisen vanhemman mahdollista suostumusta lapsen siirtoon. Korkein oikeus totesi, että kysymystä hyväksymisestä ei voi ratkaista tekemällä pelkästään päätelmiä ulkonaisesta käyttäytymisestä ellei käyttäytyminen ole huomattavan epäjohdonmukaista suhteessa esitettyihin vaatimuksiin. Pelkästään pyrkimys pitää yhteyttä lapsiin, ei anna olettaa, että lasten muutto olisi hyväksytty.⁸³

Lain lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta pykälän 33 mukaan huoltoa koskevilla oikeuksilla tarkoitetaan oikeuksia ja velvollisuuksia huolehtia lapsen henkilöä koskevista asioista ja erityisesti oikeutta määrätä lapsen asuinpaikasta. On kuitenkin huomattava, että Haagin yleissopimuksen mukaisesti, lapsikaappausratkaisussa ei tule ottaa kantaa lapsen huoltoon liittyviin riitoihin. Kuitenkin Haagin yleissopimuksen mukaista ratkaisua tehtäessä tuomioistuimien joutuu sivuuttamaan huoltokysymystä ratkaistessaan, onko huoltoon liittyviä oikeuksia loukattu. On kuitenkin tulkittu, että pykälän mukaan ei huoltajalta vaadita kaikkia huoltajalle kuuluvia oikeuksia vaan riittää, että hänellä on oikeus, yhdessä toisen huoltajan kanssa tai yksin, päättää lapsen asuinpaikasta.⁸⁴

Korkein oikeus on joutunut käsittelemään asuinpaikan muutosta suhteellisen uudessa ratkaisussaan KKO:2008:98. Tapauksessa vanhemmat olivat muuttaneet lastensa kanssa Skotlantiin vuonna 2007, mutta äiti oli isän suostumuksetta matkustanut lasten kanssa takaisin Suomeen vajaan vuoden jälkeen. Korkein oikeus pohti ratkaisussaan oliko lasten asuinpaikka muuttunut Suomesta Skotlantiin, jolloin lapset tulisi palauttaa takaisin asuinpaikkaansa.

⁸² HTL 1983/361, 32 § ja ks. tapaus Friedrich v. Friedrich, 1993

⁸³ KKO:2006:32 (perustelun kohdat 4-6)

⁸⁴ HTL 1983/361, 33§ ja Helin Markku, Lapsen huolto- ja tapaamisoikeuslain säännökset lasta koskevissa kansainvälisluonteisissa riidoissa, s. 918

Hovioikeus oli asettunut kannalle, jossa lasten asuinpaikka oli vaihtunut tosiasiallisten seikkojen perusteella Skotlantiin ja palauttaminen tuli toteuttaa. Hovioikeuden mukaan tapauksessa näytettiin toteen tosiasiallisten liittymien pohjalta, muuton tarkoituksen olleen pysyvä. Hovioikeus on asuinpaikka ratkaistaessa ottanut huomioon asumisen keston, yhtäjaksoisuuden ja henkilöön liittyvät tosiasialliset seikat eli asiat, jotka osoittivat tosiasiallisia liittymiä asuinvaltioon. Merkitystä on myös annettu perhesiteille ja ulkopuolisille siteille, kuten päivähoidon sosiaalisille suhteille. Korkein oikeus puolestaan oli äänestysratkaisussaan tullut siihen lopputulokseen, ettei lasten asuinpaikka ollut muuttunut, koska muuttoa ei ollut pidetty pysyvänä. Sanna Koulu arvioi kirjoituksessaan, että Korkein oikeus on ratkaisussaan antanut enemmän painoarvoa lasten muille ulkopuolisille siteille, koska vanhempien yhteistä tarkoitusta ei löytynyt.⁸⁵

Tapauksen mukaisesti, ja kuten aiemmin jo totesin, tulee pohtia, mikä katsotaan merkiksi pysyvyydestä ja tarkoituksesta tai tarpeelliseksi ajanjaksoksi muutoksen vakiinnuttamiseksi.

Johanna L. Schiratzki on tullut seuraavaan lopputulokseen tutkittuaan amerikkalaisten oikeuksien tekemiä päätöksiä lapsen asuinpaikasta:

” -- amerikkalaisen tuomioistuimen mukaan lapsi on saavuttanut uuden asuinpaikan, jos 1) lapsi on tai on ollut fyysisesti uudessa asuinpaikassaan 2) vanhemmat ovat sopineet lapsen asumisesta maassa määräämättömän ajan- näkyvissä olevasta tulevaisuudesta loputtomiin.”⁸⁶

Vaikka asia on ilmaistu hieman eri näkökulmasta, kuitenkin Lord Brandonin määrittelyä asuinpaikasta (ks.yllä) voidaan verrata tähän amerikkalaisten oikeuksien tulkintatapaan. Fyysisyys merkitsee sitä, mitä muutoksella on tarkoitettu ja vanhempien sopimus määräämättömästä ajasta voidaan rinnastaa ajanjaksoon, jota Lord Brandon tarkoittaa.

4.2.1 Tarkoitus

Tarkoitus muutoksen pysyvyydestä on usein asia, mitä joudutaan tuomioistuimissa tarkastelemaan. Onko asuinpaikan muutos tarkoitettu pysyväksi vai väliaikaiseksi ratkaisuksi, jolloin asuinpaikka ei välttämättä katsota muuttuneen. Tätä tarkasteltaessa tulee ottaa huomioon henkilöiden tarkoitusperä ja todelliset faktat (oikeudelliset faktat) mitä muutoksen eteen on tehty tai ei ole tehty eli tosiasialliset olosuhteet. Pitää myös kiinnit-

⁸⁵ KKO:2008:98 ja Koulu Sanna, Lapsikaappaukset KKO:n uusimmassa käytännössä, s. 670

⁸⁶ Schiratzky Johanna L., Friends at Odds, s. 314

tää huomiota, että lapsen kohdalla eri olosuhteet ja liittymät vaikuttavat eri tavoin kuin aikuisen asuinpaikkaa ratkaistaan.⁸⁷

Pysyvyyttä ei ole määritelty kansainvälisissä sopimuksissa vaan sitä tulee pohtia jokaisessa tuomioistuintapauksessa erikseen ja tapauksen olosuhteiden perusteella. Tuomioistuimiin vaikuttaa todistajien käyttäytyminen ja todisteiden luonne, jolloin päätösten vertailu keskenään on haasteellista.⁸⁸

Lapsikaappaustapauksissa tarkasteltavana on erityisesti huoltajien tarkoitus muutoksen pysyvyydestä. Alaikäisten lasten ikä vaikuttaa suuresti vanhempien tarkoitukseen ja lapsen asuinpaikan suhteeseen. Yhtä mieltä olevien vanhempien tarkoitus vaikuttaa nopeammin asuinpaikan muutokseen kuin erimielisten vanhempien tarkoitus. Tapauksissa, jossa vanhemmat ovat erimielisiä muuton pysyvyydestä, lapsikaappauskiistaa ratkaistaessa tulee kiinnittää sitä enemmän huomiota lapsen muihin siteisiin ja tosiasiallisiin olosuhteisiin, vaikkakin on todettava, että huoltajan asuinpaikka on tärkeä osa pohdintaa. Esimerkkinä tällaisesta on Korkeimman oikeuden tapaus 2008:98, jossa lapsen suhteet mm. isovanhempiin ja muihin sukulaisiin oli perusteluissa ja ratkaisua tehtäessä keskeisessä asemassa.⁸⁹

Sanna Koulu on artikkelissaan myös pohtinut tilannetta, jossa vanhempien yhtenäinen tarkoitus on ristiriidassa lapsen muiden olosuhteiden ja siteiden kanssa - tuleeko lapsen asuinpaikka tästä huolimatta muuttumaan.⁹⁰ Näitä tilanteita tulee nimenomaan katsoa lapsen kannalta, koska ratkaisujen tarkoituksena on huomioida ensimmäisenä lapsen etu. Jos katsotaan, että muutos ei ole ollut lapsen edun mukaista, en näe sitä lapsen kannalta oikeutettuna, että lapsen asuinpaikka muuttuu pelkästään vanhempien tarkoitusten takia. Kuten aiemmin on todettu, lapsi on oma yksilönsä ja vaikka hän ei itsenäisesti pystyisi tekemään ratkaisuja asuinpaikkansa suhteen, ei asuinpaikan muutos ole perusteltu, jos vanhempien tekemä ratkaisu on nimenomaisesti ristiriidassa lapsen etujen kanssa eli päätöstä ei tue lapsen muut olosuhteet ja siteet. Tilanteessa lapsen tulee kuitenkin olla jo suhteellisen vanha, jolle on voinut kehittyä omia siteitä ja hän on ns. kypsä esittämään omia mielipiteitä. Jos kysymyksessä on pieni esimerkiksi alle 3 -vuotias lapsi, on hyvin vaikeaa estää muuttoa, jos vanhempien tarkoitus on yhtenäinen. Haluaisin kuitenkin uskoa tällaisessa tilanteessa, että vanhemmat ovat miettineet asian myös lapsen kehityksen ja edun kannalta.

⁸⁷ Koulu Sanna, Lapsikaappaukset KKO:n uusimmassa käytännössä, s. 669

⁸⁸ Beaumont&McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction, s. 103

⁸⁹ Koulu Sanna, Lapsikaappaukset KKO:n uusimmassa käytännössä, s. 670 ja KKO:2008:98

⁹⁰ Koulu Sanna, Lapsikaappaukset KKO:n uusimmassa käytännössä, s. 671

Tietenkin tilanteet tulee katsoa tapauskohtaisesti ja kuten Haagin yleissopimuksen seurantalokokouksen raportti vuodelta 2006 huomauttaa, että jokainen tapaus tulee tutkia erillisinä ja tiukasti määritelmässä kiinni pysyminen on yleissopimuksen tavoitteiden vastaista.⁹¹

Skotlantilaisessa tapauksessa Cameron v. Cameron kysymyksessä oli huoltosopimukseen perustuvasta lasten muutosta heidän isänsä kanssa Skotlannista Ranskaan ja huoltosopimuksen mukaan asiaa tarkasteltaisiin uudestaan kuuden kuukauden kuluttua. Lapset olivat kolmen kuukauden kuluttua käymässä isoäitinsä luona ja tapasivat myös äitinsä, joka ei palauttanut lapsia isoäidin luokse luvatusi. Lasten isä teki lapsista palautuspyynnön Ranskaan, jolloin tuomioistuin joutui pohtimaan onko Ranska muuttunut lasten pysyväksi kotipaikaksi. Ensimmäisessä asteessa isän hakemus hylättiin, mutta toisessa asteessa tuomioistuin katsoi, että lasten asuinpaikaksi oli muuttunut Ranska. Tuomarin mielestä huoltosopimuksessa ei ollut mitään kokeellista, vaan ehto vuosittaisista tapaamisista viittaa ennemmin pysyvään tilaan ja sopimuksessa oleva ehto lasten mahdollisuudesta palata Skotlantiin, ei muuta sopimuksen luonnetta.⁹²

Huoltosopimusta lasten asuinpaikasta voidaan pitää hyvin oleellisena todisteena osoittamaan vanhempien tarkoitusta lasten asuinpaikasta. Näin on myös todennut Korkein oikeus, kun ratkaisussa 1995:110 vanhemmat olivat sosiaaliviranomaisen myötävaikutuksella tehneet väliaikaisen kirjallisen sopimuksen, katsottiin palautusta pyytäneen huoltajan sopimuksella hyväksyneen palauttamatta jättämisen. Palautusta pyytäneen mukaan, hän ei ilman sopimuksen solmimista olisi saanut tavata lapsia. Sosiaaliviranomaisen toimintaa voi kritisoida, koska sosiaaliviranomaiset eivät mitään ilmeisimmin olleet kertoneet Haagin yleissopimuksen voimaantulosta tai sen vaikutuksista palauttamista vaativalle vanhemmalle ennen suostumuksen allekirjoittamista. Korkein oikeus kuitenkin katsoi, että tällä ei ollut merkitystä itse ratkaisua tehtäessä. Markku Helin kysyykin tapausta arvioidessaan, että onko ratkaisussa palauttamis- ja huoltopäätös sotkeutunut keskenään, vaikka nämä tulisi nimenomaisesti käsitellä erillisinä tapauksina.⁹³

Englantilaisessa Re F. (Minor) -tapauksessa oli kiinnitetty huomiota toisen vanhemman viisumin pituuteen ja sen tyyppiin (turistiviisumi). Kuitenkin perheellä oli huomattava määrä matkatavaraa ja turistiviisumilla oleva vanhempi oli heti maahan saapumisen

⁹¹ Haagin yleissopimuksen seurantaraportti, 2006, s. 44-45

⁹² Beaumont&McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction, s. 103-104 ja Cameron v. Cameron, 1996

⁹³ KKO 1995:110 ja Helin Markku, Lapsen huolto- ja tapaamisoikeuslain säännökset kansainvälisluonteisissa riidoissa, s. 920

jälkeen hakenut vakinaisesti maassa asuvan statusta ja työ lupaa, näin olleen tuomioistuimien piti vanhemman selvitystä lomamatkasta ja ostettuja paluulippuja vain epäilysten hälventämiseksi hankittuina. Näin ollen asuinpaikan muutosta pidettiin pysyvänä.⁹⁴

Korkein oikeus taas tapauksessa 2008:98 tuli siihen tulokseen, että lasten asuinpaikka ei ollut muuttunut. Korkein oikeus ei katsonut asunnon vuokraamista tai terveyskeskukseen rekisteröitymistä merkinä pysyvyydestä, koska mm. huoltajat eivät olleet tehneet muuttoilmoitusta Suomen viranomaisille ja lasten puolipäivähoito uudessa maassa ei ollut säännöllistä, joten lapsille ei katsottu muodostuneen kiinteistä siteitä ja suhteita esim. leikkivereihin. Päätökseen eriävän mielipiteen jättänyt oikeusneuvos Jokela ja oikeusneuvos Lehtimaja huomauttavat, että vaikka Suomeen oli jäänyt asunto, eivät osapuolet maksaneet siitä kuluja, kuten Skotlannin asunnosta ja viranomaisille tehtävistä ilmoituksista tai niiden viivästyemisestä ei voi tehdä pitkälle johtavia päätöksiä perheen tarkoituksista. Jokela on myös huomauttanut, että Skotlannissa perhe oli yhteydessä isovanhempiin, kuten Suomessakin. Nyt vain Skotlannissa asuvat isovanhemmat olivat lähempänä ja lasten ollessa pieniä puolen vuoden oleskelu on huomattavan pitkä aika heidän elämästään. Eriävän mielipiteen jättäneiden oikeusneuvosten mielestä lasten asuinpaikka oli muuttunut, jolloin lapset olisi tullut palauttaa takaisin Skotlantiin.⁹⁵ Eriävän mielipiteen jättäneen mukaan vuosi olisi niin pitkä aika, että asuinpaikan voidaan katsoa muuttuneen.

Yhdysvaltalainen valitustuomioistuimien oli saanut käsiteltäväkseen lapsen palauttamishakemuksen Saksaan. Lapsi T. oli syntynyt ja asunut Saksassa koko ikänsä. Hänen vanhemmistaan, äiti oli amerikkalainen ja isä saksalainen. Molemmat vanhemmat työskentelivät Saksassa Yhdysvaltain armeijan Saksan tukikohdassa. Vanhempien erotessa, äiti ja T. muuttivat perheen yhteisestä asuinpaikasta muualle, ja jonkin ajan kuluttua äiti ja lapsi palasivat isän tietämättä takaisin Yhdysvaltoihin. Äidin mukaan, vaikka lapsi oli koko ikänsä asunut Saksassa, oli lapsen oikea asuinpaikkansa Ohiossa, koska rekistereissä hän oli yhdysvaltain kansalainen, yhdysvaltalaisissa rekistereissä hänen vakituinen osoitteensa oli Ohiossa ja äidin tarkoituksena oli muutenkin muuttaa takaisin Yhdysvaltoihin armeijakomennuksen jälkeen. Tuomioistuimien totesi, että vaikka nämä asiat voivat luoda vahvan laillisen siteen Yhdysvaltoihin, ei se luo sinne asuinpaikkaa. Vaik-

⁹⁴ Re F. (A Minor), 1992

⁹⁵ KKO:2008:98

ka äidillä oli ollut tarkoituksena joskus tulevaisuudessa muuttaa takaisin Yhdysvaltoihin, ei se muuttanut T:n asuinpaikkaa Saksasta pois.⁹⁶

Tuomioistuin otti myös kantaa isän vaatimukseen äidin ja lapsen muuttamisesta pois perheen yhteisestä asunnosta. Tuomioistuin totesi, että vaikka isä pakotti äidin ja lapsen muuttamaan pois asunnostaan Yhdysvaltain armeijan tukikohtaan, ei hän kuitenkaan pakottanut heitä muuttamaan pois Saksasta, varsinkaan kun isä ei edes tiennyt T:n lähdöstä Yhdysvaltoihin. Tuomioistuin muistuttaa vielä, että lapsen kolmen päivän asuminen tukikohdassa ei muuta hänen asuinpaikkaansa ja Saksassa olevan tukikohdan maa-ala ei ole Yhdysvaltain hallitsema alue. Maa-alue kuuluu Saksalle, johon Yhdysvaltain armeija on perustanut tukikohdan Saksan hallituksen luvalla. Tosin tuomioistuin totesi, että kun isä oli pakottanut äidin ja T:n muuttamaan pois perheen asunnostaan, hän oli menettänyt huoltajan oikeutensa T:hen ja näin äidillä oli oikeus yksin päättää pojan muuttamisesta.⁹⁷

Edellä olen kuvannut tarkoituksen vaikutusta asuinpaikan muutokseen. Toisena tärkeänä liittymänä muutosta pohtiessa tulee tarkastella ajan vaikutusta asuinpaikan muutokseen, kuten näissä mainitsemisissä tapauksissa yhtenä elementtinä on ollut.

4.2.2 *Aika*

Kansainvälisissä lapsikaappausopimuksissa ei ole määritelty ajanjaksoa, jonka sisällä asuinpaikka saadaan vakiinnutettua. Tämänkin tarkentuminen on jäänyt tuomioistuinten tehtäväksi. Suomessa lakiin lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta on otettu säännös, jonka mukaan lapsella, joka on asunut Suomessa keskeytyksettä vähintään vuoden ennen asian vireille tuloa, on asuinpaikka Suomessa, jollei asiassa muuta ilmene. Säännöksen tarkoituksena on ollut näyttöongelmien helpottaminen, mutta tämä ei tarkoita sitä, että lapsella tulisi aina olla takana vuoden asuminen Suomessa, jotta lapsen asuinpaikaksi katsotaan Suomi. Säännöksen tarkoituksena on helpottaa tuomioistuimen toimintaa, koska sen ei tarvitse hankkia asuinpaikan tiimoilta muuta selvitystä, jollei epäillä lapsen asuinpaikan jääneen muuttumatta.⁹⁸

Kun kansainvälisen yksityisoikeuden määritelmän mukaan asuinpaikka on siinä valtiossa, missä hänen keskeinen elinympäristönsä on, voi yhtenä ajanjaksona pitää sitä aikaa, jonka sisällä henkilön keskeinen elinympäristö on muodostunut valtioon. Toisena ajan-

⁹⁶ Friedrich v. Friedrich, 1993

⁹⁷ Friedrich v. Friedrich, 1993

⁹⁸ HTL 1983/361, 19 § ja Helin Markku, Lapsen huolto- ja tapaamislain säännökset kansainvälisluonteisissa riidoissa, s. 906

jaksoa tarkentavana merkkipaaluna voidaan pitää aikaa, jolloin valtion lait tulevat henkilöä koskettavaksi. Lasten osalta asiaa on luonnehdittava enemmän konkreettisten ja olemassa olevien olosuhteiden valossa. Lapselle jo konkreettinen oleminen maassa voi muodostaa asuinpaikan ja, koska lapselle lyhempi aika on jo merkittävä, voi lapsen asuinpaikan muodostuminen tapahtua nopeammin kuin täysi-ikäisen.⁹⁹ Oikeuskäytännössä on muutoksen vakiinnuttamisen ajaksi katsottu muutamasta kuukaudesta yli vuoden välisiä aikoja. Mitään tarkkaa aikamääritelmää ei voida antaa, vaan jokainen tapaus on ratkaistava erikseen.

Skotlannin tuomioistuimen ratkaisemassa tapauksessa D v. D kaapatulle lapselle ei löydetty asuinpaikkaa, joten palauttamista pyytäneen isän hakemus hylättiin. Sveitsiä, maata johon lapsi olisi tullut palauttaa, ei katsottu lapsen asuinpaikaksi, koska hän oli asunut maassa vain vähän aikaa (kuukauden ajan) ja vanhempien yhteinen tarkoitus muuttamisesta Sveitsiin, jäi epäselväksi. Valitustuomioistuin ei siis katsonut perustelluksi lapsen palauttamista Sveitsiin, toisin kuin ensimmäinen aste. Ensimmäisen asteen mukaan lyhyessä ajassa lapsi olisi saavuttanut asuinpaikan, koska tuomarin mielestä tarkoitus pidempää asumiseen valtiossa tuli näytettyä toteen.¹⁰⁰

Entäs tilanteet, joissa etukäteen tiedetään muutoksen olevan voimassa esimerkiksi 5 vuotta? Tällaisia tilanteita on monilla ulkomaankomennuksille lähtevillä perheillä. Heidän tarkoituksena on asua maassa vakituisesti määrätty aika, jolloin heidän keskeinen elämänympäristö on uudessa maassa. Koska perheen tarkoituksena on pysyvä asuminen määräajan vastaanottavassa valtiossa eikä vain tilapäisesti, voi asuinpaikka muodostua kyseiseen valtioon, vaikka tiedetäänkin etukäteen asumisen kestävän vain muutamia vuosia.¹⁰¹ Tässä tilanteessa huomaa erityisesti eron kotipaikan ja asuinpaikan välillä. Perheen kotipaikka mitä suurimmalla todennäköisyydellä jää edelleen alkuperämaahan, mutta asuinpaikka muuttuu muutoksen ajaksi. Ja tämä on hyvin perusteltua, koska asuinpaikka on siellä missä keskeinen elinympäristö on ja mainitussa esimerkissä keskeinen elinympäristö on 5 vuotta uudessa maassa. Kotipaikka sen sijaan vaihtuu kankeammin ja usein ulkomaankomennuksen ajaksi, perheellä jää alkuperämaahan liittymiä, kuten asunto, ja muuttoilmoitus tehdään vain määräajaksi.¹⁰²

⁹⁹ Beaumont&McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction, s. 106

¹⁰⁰ D v. D, 2001

¹⁰¹ HE 60/1993 ja Laintarkastuskunnan lausunto, 1989, s. 50

¹⁰² Katso myös aikaisemmin mainittu E. M. Cliven kanta sanan 'habitual' määrittelystä.

Yhdysvaltalaisessa oikeuskäytännössä on otettu myös huomioon, että vaikka lapsi hyväksyisikin uuden asuinpaikan nopeasti, ei lapsi välttämättä odota muutoksen pysyvän pidempiaikaisesti. Lapsi ja hänen vanhempansa voivat osallistua ja luultavimmin osallistuvat uudessa maassa perheelle tärkeisiin tilanteisiin ja rutiineihin, mutta se ei merkitse sitä, etteivätkö lapset ymmärtäisi entiseen maahan palaamisen mahdollisuuden. On siis myös katsottu, että pelkkä sopeutuminen ei olisi riittävä peruste asuinpaikan muuttamiseen.¹⁰³ On kuitenkin huomioitava, että mitä pidemmän aikaa uusi valtio on lapsen asuinpaikkana, mahdollisuus väittää lapsen asuinpaikan jääneen edeltäneeseen valtioon heikkenee.¹⁰⁴ Aina asuinpaikasta kiisteltäessä väittämistaakka on aina sillä, joka esittää muutoksen tapahtuneen.

Kukin henkilö ja lapsi ovat yksilöitä omine tarkoituksineen ja ajatuksineen, ja siten ei voida määrittellä tismalleen tarkkaa ajanjaksoa tuomioistuinten sovellettavaksi. Kuitenkin kritisoin sitä vastaan, että asuinpaikan muutos voisi tapahtua samalla hetkellä kuin edellisen menettää. Vaikka henkilö 'jättää kaiken entisen taakseen' ei hän uudesta maasta saavuta välittömästi samanlaisia olosuhteita tai verkostoa ellei henkilö ole oleskellut siellä jo jonkin aikaa ennen muutosta. Jos henkilö on jo asunut uudessa maassa ennen kuin hän lopullisesti poistuu eli muuttaa pois vanhasta maasta, ajanjakso uuden asuinpaikan saavuttamiseen on perustellusti lyhempi, koska tarkoitus myös asuinpaikan muutoksen tekemiseen voi olla havaittavissa. Tässä huomaa, että näitä kahta vaatimusta ei voi käsitellä täysin erillisinä asioina vaan ne linkittyvät toisiinsa, kuten tapauksessa D v. D.

4.3 Pakotettu asuinpaikan muutos

Koska asuinpaikan muutos vaatii vapaaehtoisuutta, asuinpaikka ei voi muuttua pakotettuna. Vaikka lapsen huoltajan asuinpaikalla on merkitystä lapsen asuinpaikkaa määrittäessä, on kuitenkin tilanteita, jolloin vanhemman asuinpaikkaa tai tarkoitusta muutosta ei voida ottaa asuinpaikanmäärittelyssä huomioon.

Lapsikaappaustilanteessa, jossa vanhempi kuljettaa lapsen toiseen valtioon, ei muuta lapsen asuinpaikkaa välittömästi, koska tilanteessa muutos tapahtuu pakotettuna. Yleensä lapsikaappaustilanteessa kaappaajan ensisijainen tarkoitus on saada lapsen huoltoa koskeva oikeudenkäynti omaan kotimaahansa, jolloin hän saisi perusteetonta etua toimillansa. Lapsen edun mukaista on, että huolto-oikeudenkäynti käydään nimenomaisesti lapsen asuinpaikan tuomioistuimessa, joten yleissopimus on nimenomaisesti haluttu

¹⁰³ Mozes v. Mozes, 1998

¹⁰⁴ Schiratzki Johanna L., *Friends at Odds*, s. 314

tukemaan tätä käsitystä. Eräissä oikeustapauksessa tuomari onkin todennut seuraavasti: ”En näe, että lapsen tunnustettu asuinpaikka, voi muuttua kaappauksen ja kotoa poiskuljettamisen seurauksena, vaikka kaappaajana on toinen vanhempi.”¹⁰⁵

Tätä tukee myös ajanjakson vaikutus asuinpaikan muutosta pohdittaessa. Asumisen tulee maassa jatkua kohtuullisen ajan, jotta asuminen voi olla pysyvää. Tässä tilanteessa tuleekin mainita yleissopimuksen artikla 12.2, jossa lapsen palauttaminen voi estyä, jos lapsi on sopeutunut uuteen ympäristöönsä. Tämä tarkoittaa sitä, jos lapsen palauttamiseen käytetty aika on venynyt hyvin pitkäksi, lapsen palauttaminen viivästynyt ja lapsi on sopeutunut uuteen ympäristöönsä, ei palauttamista tule määrätä. Tämä on kuitenkin katsottava hyvin poikkeukselliseksi menettelyksi, joka tulee harkita tapauskohtaisesti. Pitää erityisesti kiinnittää huomiota lapsen huolto-oikeuksiin ja niiden käyttöön, asioihin jotka ovat yleissopimuksen soveltamisen ulkopuolella. Väittämistaakka lapsen sopeutumisesta on sillä, joka väittää sen tapahtuneen eli yleensä kaappaajalla.¹⁰⁶

Myös Markku Helin on todennut, että periaatteessa on mahdollista lapsen asuinpaikan muuttuvan kaappauksen seurauksena: ”Koska asuinpaikalla tarkoitetaan tosiasiallista olotilaa, lapsen asuinpaikka voi periaatteessa muuttua myös lapsikaappauksen seurauksena.” Helin kuitenkin lisää, että asuinpaikan muuttuminen pakotettuna tarvitsee pitkähkön ajan vakiintuakseen, koska lapselle jää siteitä alkuperävaltioon, joiden merkitys vähenee vain ajan kuluessa.¹⁰⁷

Yllä esitettyä poikkeusta tuomioistuimen päätökseen kieltäytyä palauttamasta lasta on kritisoitu, väittäen kaappaajien tarkoituksellisesti pitkittäen asian ratkaisua. En kuitenkaan usko pelkästään tämän poikkeuksen sitä tekevän. Jos kaappaaja haluaa pitkittää oikeudenkäyntiä, hän löytää siihen keinot. Yksi keino on lasten piilottaminen toiselta vanhemmalta ja tuomioistuimelta. Lapsen edun kannalta on tarpeellista olla olemassa mahdollisuus säännöstä poikkeamiseen, jos lapsi on sopeutunut ympäristöönsä ja hänestä huolehditaan hyvin. Yleissopimuksen perusajatuksena on kuitenkin lapsen edun saavuttaminen ja sen suojeleminen. En näe tämän poikkeuksen vahingoittavan lapsen etua, pikemminkin edesauttavan. En kuitenkaan tarkoita sitä, että hyväksyisin tällaisessakaan tilanteessa kaappauksen, vaan edelleen tuomioistuimen tulee käyttää tapauskohtaista harkintaa asiaa tarkasteltaessa.

¹⁰⁵ Beaumont&McElevy, The Hague Convention on International Child Abduction, s. 93-94

¹⁰⁶ Pérez-Vera Elisa, Explanatory Report, s. 459-460 ja Beaumont&McElevy, The Hague Convention on International Child Abduction, s. 95-96

¹⁰⁷ Helin Markku, Lapsen huolto- ja tapaamislain säännökset lasta koskevista kansainvälisistä riidoista, s. 917

4.4 Asuinpaikan menettäminen

Haagin yleissopimusta sovelletaan vain sellaisessa tilanteessa, joissa lapsen asuinpaikka on sopimusvaltiossa, mutta jos lapsi on menettänyt asuinpaikkansa tai hänen asuinpaikkana ei ole sopimusvaltio, yleissopimusta ei sovelleta.

Asuinpaikan voi menettää välittömästi muutettuaan maasta pois. Oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa ei ole hyväksytty näkemystä, että asuinpaikan menettäisi vähitellen. Ei ole pidetty mahdollisena, että henkilö olisi sidottu paikkaan, josta hän on menettänyt kaikki sidonnaisuutensa.¹⁰⁸ Tapauksessa Dickson v. Dickson tuomari perusteli päätöstä lapsen asuinpaikan muuttumisesta seuraavasti: ”Jos lapsi on jo jättänyt sopimusvaltion molempien vanhempien suostumuksella tarkoituksenaan sijoittua muualle asumaan, tämä vaikuttaisi siltä, että hän on menettänyt asuinpaikkansa sopimusvaltiossa välittömästi sieltä poistuttuaan.” Tapauksessa toinen vanhempi oli myöhemmin muuttanut mielensä lapsen asuinpaikan muutoksesta, mutta tätä ei voida pitää perusteena lapsen palauttamiseen. Vanhempien yhteinen sopimus lapsen asuinpaikan muutoksesta ei voi olla riippuvainen toisen vanhemman mielen muutoksesta.¹⁰⁹

Asuinpaikkaa ei voi menettää lyhyen tilapäisen muutoksen seurauksena. Esimerkiksi lomareissu ei vaikuta asuinpaikan menettämiseen. Beaumont&McEleavy ei kuitenkaan ole pitänyt asuinpaikan välittömälle menettämislle ehtona lähtemistä olemassa olevasta asuinpaikasta, koska henkilö voi olla jo uudessa maassa tilapäisesti, mutta päättääkin jäädä sinne pysyvämmäksi aikaa. Tätä tilannetta on pohdittu Englannin korkeimman oikeuden ratkaisussa, jossa oli katsottu vanhempien tekemän sopimuksen merkitsevän pysyvää tarkoitusta lasten kasvattamisesta ja asumisesta Englannissa. Lasten asuinpaikan katsottiin muuttuneen Kanadasta Englantiin, jossa lapset olivat fyysisesti.¹¹⁰

4.5 Väliaika uuden ja vanhan asuinpaikan välillä

Koska oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa on todettu, että asuinpaikan voi menettää päivässä, mutta uutta asuinpaikka ei voi päivässä saavuttaa, tulee pohdittavaksi väliajan aiheuttamat tilanteet. Katsotaanko oikeudellisesti asuinpaikaksi vanha vai uusi valtio vai voiko henkilö olla asuinpaikaton? Aiemmin on todettu, että henkilöllä ei voi olla kuin yksi asuinpaikka. Jos henkilö päättää muuttaa toisaalle ja hänen keskeinen elinympäristönsä vaihtuu maasta toiseen, menettää hän alkuperämaan asuinpaikan. Kui-

¹⁰⁸ Beaumont&McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, s. 98

¹⁰⁹ Dickson v. Dickson, 1990

¹¹⁰ Beaumont&McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, s. 98 ja Re F. (Minors), 1993

tenkaan henkilö ei voi saada asuinpaikka välittömästi toisesta valtiosta. Tämän välitilan ajan henkilö on periaatteessa ilman asuinpaikkaa.

Oikeustapauksessa Dickson v. Dickson oikeus oli sitä mieltä, että asuinpaikan voi menettää vaikka ei välittömästi saavuta uutta asuinpaikkaa. Tämän voi myös ilmaista toisin, ettei ole tarkoituksenmukaista säilyttää vanhaa asuinpaikkaa vaikka uutta ei ole vielä saavutettu. Asuinpaikkaan perustuva oikeuspaikka olisi siis menetetty.¹¹¹

Tietenkin asiaa tulee katsoa tapauskohtaisesti. Markku Helin onkin todennut, että jos olosuhteiden muutos on tarkoitettu olevan pysyvä, voi asuinpaikan saavuttaa välittömästi. Näin ollen esimerkiksi huoltajien yhteinen päätös lapsen muuttamisesta toiseen valtioon pysyvästi asumaan, voi aiheuttaa lapsen asuinpaikan muutoksen välittömästi tai lyhyemmän ajan sisällä. Dickson v. Dickson -tapauksessa ei pidetty toisen huoltajan mielenmuutosta pätevänä perusteena sille, että lapsen asuinpaikka olisi säilynyt alkuperämaassa. Joten vanhempien alkuperäinen tarkoitus muutosta katsottiin päätökseksi, jolloin lapsi menetti asuinpaikkansa alkuperävaltiossa sieltä lähdettyään, vaikka hänen ei vielä katsottaisi saavuttaneen asuinpaikkaa uudessa asuinvaltiossa. Palauttaminen tapauksessa evättiin.¹¹²

Asuinpaikan määrittelyssä tärkeämpää on tämän perusteella pohtia ennemmin sitä onko asuinpaikka jossain valtiossa menetetty eikä sitä onko asuinpaikka saavutettu toisessa valtiossa. Tämä on erityisen tärkeää lapsen palauttamista pohdittaessa. Koska Haagin yleissopimusta sovelletaan alle 16-vuotiaaseen lapseen, jos hänellä on ollut asuinpaikka sopimusvaltiossa välittömästi ennen oikeuksien loukkaamista. Eli, jos katsotaan lapsen menettäneen asuinpaikkansa alkuperävaltiossa, ei lapsen palauttamista voida suorittaa, koska tämä valtio ei ole enää lapsen asuinpaikkavaltio.

Yleissopimus toimivallasta, sovellettavasta laista, toimenpiteiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta sekä yhteistyöstä vanhempainvastuuseen ja lasten suojeluun liittyvissä asioissa tuli voimaan Suomessa maaliskuussa 2011 muuttaa lasten osalta tätä välitilaa. Sillä tuomioistuimella ja viranomaisilla, jonka alueella lapsella oli asuinpaikka, on toimivalta niin kauan kunnes lapsi ei ole saavuttanut uutta asuinpaikkaa eli toisin sanoen lapsella, joka ei ole saavuttanut vielä uutta asuinpaikkaa, on asuinpaikka siinä valti-

¹¹¹ Crawford Elizabeth B., *Habitual Residence of the Child as the Connecting Factor in the Child Abduction Cases*, s. 182-189

¹¹² Dickson v. Dickson, 1990

ossa, mistä hänet kaapattiin. Tällä pyritään välttämään asuinpaikattomuutta ja myös ehkäistä kaappauksia.¹¹³

Kuitenkin kiinnittäisin huomiota lakiin lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta, johon on kirjoitettu toimivallasta erityistapauksissa (20 §). Tilanteessa, jossa lapsella ei ole asuinpaikkaa Suomessa, mutta lapsi oleskelee Suomessa tai asian tutkimista muusta syystä voidaan pitää aiheellisena ja lapsi on oleskellut Suomessa vuoden ennen asian vireille tuloa tai lapsella on kaikki asiaan vaikuttavat seikat huomioon ottaen läheinen yhteys Suomeen, asia voidaan käsitellä Suomen tuomioistuimessa.¹¹⁴ Tämä tuo Suomen tuomioistuimen kannalta mahdollisuuden käsitellä asia Suomessa.

4.6 Miten siis asuinpaikka tulee määritellä?

Maalaisjärjellä ajateltuna henkilön asuinpaikkana tulisi olla se valtio, jossa henkilö asuu, viettää aikaa ja on luonut sinne henkilökohtaisia suhteita. Kuitenkin henkilö voi asua yhtä aikaa useassa maassa ja kansainvälistyvässä maailmassa se ei ole yhtään poikkeuksellista. Henkilöllä voi olla useita asuntoja ja hän voi työskennellä viikot eri valtioissa, missä taas viikonloput viettää. Tilanteeseen vaikuttavat sekä oikeudelliset että muut näkökulmat ja olosuhteet. Tämän takia on tärkeää pohtia henkilön tosiasiallisia olosuhteita ja henkilön omaa tarkoitusta ja mielipidettä asuinpaikka määriteltäessä. Toinen ratkaistava asia on, jos henkilöllä on lapsi tai lapsia, miten heidän asuinpaikkansa voidaan katsoa määräytyvän. Ehkä monelle tulee yllätyksenä asuinpaikan määrittelemisen tai sen muuttumisen ja menettämisen, koska ei tunnusteta eroa käsiteiden asuinpaikka ja kotipaikka välillä. Myös kodin muuttaminen paikasta toiseen on helppoa, joten asiaan ei kiinnitetä suurempaa huomiota tai mietitä mahdollisen muutoksen oikeudellisia vaikutuksia.

Suuri painoarvo tulee asettaa tarkoitukselle. Jos henkilö on vakaassa tarkoituksessa muuttanut uuteen maahan ja maassa on hänen henkilökohtaiset suhteet ja siteet, en näe tarkoituksen mukaisena pitää vanhaa asuinpaikkaa henkilöön sidottuna. Olen siis samaa mieltä kuin tuomari Dickson v. Dickson -tapauksessa. Asuinpaikan menettäminen on siten helpompaa kuin sen saavuttaminen.

Tarkoituksia voi olla monenlaisia ja toisaalta teot ja ajatukset eivät aina kohtaa. Kuten oikeuskirjallisuudessa¹¹⁵ on todettu henkilön asuinpaikka voi muuttua, vaikka hän ei olisi sitä tarkoittanut. Katsoisin kuitenkin, että tällaisessa tapauksessa ratkaisussa tulee

¹¹³ Lasten suojelun sopimus, 7 artikla

¹¹⁴ HTL 1983/361, 20 §

¹¹⁵ Ks. esimerkiksi Mikkola Tuulikki, Kansainvälinen avioliitto- ja jäämistöoikeus, s. 62

kiinnittää huomiota nimenomaisesti tarkoitukseen, todellisiin ja oikeudellisiin olosuhteisiin. Tietenkin, jos henkilöllä ei ole alkuperäiseen asuinpaikkaansa enää mitään liittymiä ja vaikka hän kuinka haluaisi tämän maan säilyvän hänen asuinpaikkanaan, ei sitä voida pitää mahdollisena. Ei ole loogista tai oikeudellisesti perusteltua esimerkiksi käsitellä jotain asiaa sellaisen valtion tuomioistuimessa, jonka alueella henkilöllä ei tosiasiallisesti ole asuinpaikkaa tai muita yhteyksiä, vain sen takia, että hän ei ole halunnut muuttaa asuinpaikkaansa elinympäristönsä valtioon. Koska asuinpaikka myös muuttuu kotipaikkaa helpommin, kuten KKO:n 2008:98 ratkaisun eriävän mielipiteen jättäneet oikeusneuvokset totesivat, ei myöskään viranomaisille tehtävien muuttoilmoitusten tekemättä jättämistä voida pitää kovin vakaana perusteluna, jos muuten muutto on suoritettu.

Eva Gottberg on huoltoriitoja koskevassa artikkelissaan pohtinut muuttoilmoituksen merkitystä. Periaatteena on, että Suomessa muuttoilmoitus tulee tehdä maistraatille viimeistään viikon kuluessa muutosta. Jos muutto on tilapäinen, mutta sen kesto on yli kolme kuukautta, tulee muuttoilmoitus tehdä. Ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönnistä voidaan henkilölle asettaa uhkasakko ilmoitusvelvollisuuden täyttämiseksi, mutta jos velvoitetta ei edelleenkään täytetä voi maistraatti määrätä rikesakon maksettavaksi. Kotipaikkatoimikunta on mietintöön kirjannut, että rekisteritoimiston tekemä kotipaikkapäätös ei sido oikeudellisesti muita hallintoviranomaisia vaikka se todellisuudessa ohjaa muita hallintoviranomaisia. Gottberg on myös todennut, että ”--asuinpaikkakirjaus on puhtaan toteava rekisterimerkintä hallinnollisiin tarkoituksiin, eikä se esimerkiksi ratkaise lapsen ”oikeaa” asuinpaikkaa--”. Gottberg kuitenkin huomauttaa, että merkintä ei ole merkityksetön, mutta rekisterissä olevat ristiriitaiset merkinnät aiheuttavat ongelmia.¹¹⁶

Tapauksessa KKO:2008:98 perhe oli asunut Skotlannissa melkein seitsemän kuukautta, ja perhe ei ollut tehnyt edes väliaikaista muuttoilmoitusta Suomeen. Kallistuisin siten oikeusneuvosten Lehtimaja ja Jokela mielipiteeseen siitä, että tekemättä jätetylle muuttoilmoitukselle ei voida antaa kovin suurta merkitystä mietittäessä lasten asuinpaikkaa.

Koska asuinpaikka voi muuttua myös tarkoittamatta, on loogista, että ns. komentotyöntekijöiden asuinpaikka voi muuttua työkomennuksen ajaksi toiseen maahan, vaikka tiedossa on muutoksen olevan väliaikainen. Sillä hetkellä, kun työkomennus tapahtuu, henkilön keskeinen elinympäristö on komentomaassa, vaikka alkuperämaahan olisikin

¹¹⁶ Gottberg Eva, Huoltoriita ja lapsen asumiseen liittyvät kiireelliset ratkaisut, s.957-958, Komiteamietintö 1993:1, s. 23 ja Maistraatti

jäänyt esimerkiksi toinen asunto.¹¹⁷ Tilanteissa, joissa työkomennuksen aikana työntekijän perhe kuitenkin jää alkuperämaahan ja työntekijä matkaa maiden välillä asia menee hieman monimutkaisemmaksi. Tällöin tulee varmasti enemmän kiinnittää huomioita henkilön suhteisiin ja liittymiin molemmissa valtioissa ja myös henkilön keskimäärin viettämä aika eri maissa. Tällainen tilanne, jossa vain toinen vanhempi muuttaa ulkomaille, ei kuitenkaan muuta lasten asuinpaikkaa, varsinkin, jos lapset viettävät tässä maassa vain loma-aikoja.

Tuomioistuin ratkaisut ovat suht' yksimielisesti todenneet, että asuinpaikan saavuttaakseen ja vakiinnuttaakseen tulee maassa viettää aikaa. Tapauksessa Friedrich v. Friedrich tuomioistuin totesi, että asuinpaikan muutokseen vaaditaan maantieteellinen muutos ja tähän ei vaikuta muutokset vanhempien kiintymyksessä tai vastuissa. Perusteluissa todettiin lisäksi, että maantieteellinen muutos tulee tapahtua ennen luvatonta poisvientiä tai palauttamatta jättämistä.¹¹⁸

Lapsen asuinpaikan osalta asuinpaikan ratkaiseminen vaatii enemmän pohdintaa, koska lapsi ja varsinkin vielä pienet lapset eivät tule toimeen ilman huoltajiaan ja ovat hyvin suurilta osin heihin sidoksissa. Kuitenkin ratkaisua tehtäessä tulee pitää kiinni heidän yksilöasemastaan ja nimenomaisesti ratkaista asia heidän näkökulmastaan, kuten täysi-ikäisen asuinpaikkaakin ratkaistaessa.

Periaatteessa lapsen asuinpaikka muuttuu kuin kenen tahansa täysi-ikäisen henkilön asuinpaikka. Muuttaessaan pois valtiosta hän voi menettää asuinpaikan välittömästi, mutta uutta asuinpaikkaa hän ei voi hetkessä saada, vaan tähän vaikuttaa tarkoitus ja aika. On kuitenkin todettu, että lapsen ei tulisi olla missään tilanteessa ilman asuinpaikkaa, mutta lapsella ei voi olla kahta asuinpaikkaa yhtä aikaa.¹¹⁹ Lapsen osalta, verrattuna täysi-ikäiseen, voidaan katsoa lyhyemmän ajan muuttavan asuinpaikkaa. Mutta se miten lasketaan maassa vietetty aika tai milloin muutos katsotaan tapahtuneen, ei eroa täysi-ikäisen ajanlaskusta.

Lapsi voi muodostaa omia siteitään ja liittymiä asuinpaikassaan, mitä ei voi vähätellä. Tällaisiksi siteiksi on oikeustapausten pohjalta mainittu ainakin siteet päiväkotiin tai kouluun, harrastuksiin, muihin sukulaisiin ja ympäristöön. Tähän luetteloon en ole laittanut lapsen suhteita vanhempiinsa, koska nämä siteet tulevat lapsen palauttamista ratkaistaessa automaattisesti huomioon. Eräissäkin ratkaisussa tuomioistuin joutuu pohti-

¹¹⁷ ks. Re. A (Minors), 1996

¹¹⁸ Friedrich v. Friedrich, 1993

¹¹⁹ ks. Suchz Rhona, Policy Considerations in Determining the Habitual Residence

maan vanhempien tarkoitusta lasten muuttamisen suhteen ja jos vanhempien tai huoltajien tarkoitukset ovat ristiriidassa, tulee kiinnittää huomioita muihin mainitsemiin asioihin.

Asia mikä on siten erilainen verrattuna täysi-ikäiseen, on tarkoituksen määrittäminen. Pienten lasten osalta vanhempien tarkoitus merkitsee enemmän, kuin sellaisen lapsen, jonka mielipidettä voidaan kuunnella ja ottaa huomioon. Vanhempien tehtävänä on lapsen edun selvittäminen ja sen mukaisesti parhaalla mahdollisella tavalla toteuttaa lapsen etua. Aina ei kuitenkaan vanhempien mielipiteet kohtaa, jolloin pitää miettiä kumman vanhemman kertomus vastaa enemmän todellista tilannetta ja tuomioistuimien joutuu lapsen edun kannalta pohtimaan olemassa olevaa tilannetta.¹²⁰ Kärjistäen voisi sanoa, että tuomioistuimesta tulee lapsen edunvalvoja.

Tapaukset eivät ole mustavalkoisia ja jokainen tapaus omanlaisensa, joten ymmärrettävästi ei voida asettaa tiukkoja määritelmiä tai periaatteita joiden mukaan asia tulee ratkaista. Tämä ajatus on myös ollut Haagin yleissopimuksen soveltamisen takana. Vaikka tapaukset ovat jokainen yksilöllisiä, on mahdollista löytää niistä myös samankaltaisuuksia ja ns. 'punainen lanka'.

Punainen lanka siihen, kuinka paljon vanhempien tarkoitukselle ja ajanvaikutukselle asetetaan painoarvoa, riippuu lapsen iästä. Ikä-kysymys on otettu huomioon Haagin yleissopimuksessa, jota ei sovelleta yli 16-vuotiaaseen lapseen. Yli 16-vuotiaan katsotaan olevan sen verran kypsä päättämään omasta mielipiteestään ja hänen ymmärretään erottavan vanhempien mielipiteen ja tarkoituksen omastaan.

Beaumont&McEleavy toteaa seuraavasti:

”On olemassa yleinen ymmärrys, että teoreettisella tasolla faktisten perusteiden takia ei tunneta käsitettä 'riippuvuussuhteinen asuinpaikka'. Kuitenkin käytännössä on hyvin vaikea tehdä eroa lapsen ja hänen huoltajan asuinpaikan välillä. Kun lapsi on hyvin nuori - normaalien olosuhteiden valossa -, on hyvin vaikea lapsen olla kykenevä tai tarkoituksellisesti vaatia huoltajistaan eriävää asuinpaikkaa.”

Tämän on myös Sanna Koulu todennut.¹²¹

¹²⁰ ks. D v. D, 2001

¹²¹ Beaumont&McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction, s. 91 ja Koulu Sanna, Lapsikaappaukset KKO:n uusimmassa käytännössä, s. 671

län vaikutusta tulee myös pohtia suhteiden painoarvoa katsottaessa, varsinkin tilanteessa, jossa vanhemmat ovat erimielisiä lapsen asuinpaikasta. Vanhemmalle lapselle esimerkiksi koulukaverit ja harrastuksista saadut ystävät ovat yhä tärkeämpi osa heidän elämää. Sanna Koulu kuitenkin toteaa, että mitään rajapyykkiä tälle ei voida asettaa.¹²² Olen tästä asiasta samaa mieltä. Lapset kehittyvät eri tavoin ja joillekin lapsille tällaiset suhteet ovat tärkeämmässä asemassa kuin toisille ja he kokevat muutokset paljon voimakkaammin kuin toiset. Mutta miten tällaisen kiintymyksen voi tuomioistuin selvittää? Korkeimman oikeuden tapauksessa 2008:98 ei perusteltu, miten tuomioistuin tuli siihen lopputulokseen, että lapsen puolipäivähoito ei muodostanut lapselle kiinteitä siteitä. On vain todettu, että ”Puolipäivähoito ei ole ollut säännöllistä, joten hänen suhteensa päiväkodin henkilöstöön ja leikkivereihin ei ole voinut vakiintua kiinteäksi.”

Kun lapsen mielipidettä palauttamiseen selvitetään kuulemisella, voisi se olla myös yksi keino, varsinkin vanhemman lapsen osalta, selvittää hänelle tärkeiden suhteiden ja kiinnekehtien merkitystä. Ja uskonkin kuulemisen osaltaan selventävän tätä, koska jos lapsi katsotaan kypsäksi ja hänen mielipiteensä otetaan huomioon, on hän varmasti ilmaissut myös kiintymyksen hänelle tärkeisiin henkilöihin, vaikkakin kuulemisessa ei ole kyse olosuhdeselvityksestä. Näin saisi tuomioistuinkin lisätietoa esimerkiksi lapsen muista perheen ulkopuolisista suhteista, jotka vaikuttavat asuinpaikan määrittämiseen.

¹²² Koulu Sanna, Lapsikaappaukset KKO:n uusimmassa käytännössä, s. 671

5. Lapsen kuuleminen ja mielipiteen vaikutus palautuspäätökseen

Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta määrää lapsen kuulemisesta lapsen palauttamistilanteessa seuraavasti:

HTL 34 §:

Lapsen palauttamista koskeva hakemus voidaan hylätä, jos:

--

3) jos tuomioistuin toteaa lapsen, joka on saavuttanut sellaisen iän ja kypsyyden, että lapsen mielipiteeseen on aiheellista kiinnittää huomiota, vastustavan palauttamista.

Tämän lisäksi laki säättää seuraavaa:

HTL 39 §:

Ennen kuin hovioikeus ratkaisee hakemuksen vieraassa valtiossa annetun lapsen huoltoa tai tapaamisoikeutta koskevan päätöksen täytäntöönpanosta tai lapsen palauttamisesta, hovioikeuden on selvitettävä lapsen mielipide, jos lapsen voidaan ikänsä tai muiden hovioikeuden tietoon tulleiden seikkojen vuoksi olettaa saavuttaneen sellaisen kypsyyden, että lapsen mielipiteeseen on aiheellista kiinnittää huomioita.

Lapsen mielipiteen selvittämisessä on soveltuvin osin noudatettava, mitä 15 ja 16 §:ssä¹²³ säädetään.

Hovioikeuden on pyytäessään selvitystä sosiaalilautakunnalta kehotettava sitä toimittaan selvitys kiireellisesti.

Haagin yleissopimuksessa lapsen kuuleminen on artiklan 13 alla, jossa on myös muut palauttamisen kieltäytymisperusteet. Pykälän mukaan palauttamisesta voidaan kieltäytyä, jos lapsi vastustaa palauttamista ja katsotaan, että lapsi on saavuttanut sellaisen iän ja kypsyyden, että lapsen mielipide on otettava huomioon. Elisa Péres-Vera kuitenkin huomauttaa, että artiklassa oleva poikkeus palautuksesta ei ole automaattisesti sovellet-

¹²³ HTL 1983/361, 15 § Vanhemman ja lapsen kuuleminen, 16 § Selvityksen hankkiminen sosiaalilautakunnalta

tava, vaan ne vain antavat tuomarille mahdollisuuden harkita palauttamista.¹²⁴ Yleissopimuksessa ei ole nimenomaista artiklaa lapsen kuulemisesta, vaan lapsen kuulemisen periaate voidaan johtaa Yhdistyneiden kansakuntien lasten oikeuksien sopimuksesta. Sopimus asettaa minimivaatimukset lasten perusoikeudelle: sopimusvaltion tulee taata lapselle, joka kykenee muodostamaan oman näkemyksensä, mahdollisuuden ilmaista nämä näkemykset kaikissa lasta koskevissa asioissa.¹²⁵ Suomessa ratkaistavassa lapsikaappaustilanteessa tulee siis tämän mukaan kahdessa tilanteessa kiinnittää huomiota lapsen vastustukseen: hovioikeusmenettelyssä sekä tuomiota toimeenpantaessa.¹²⁶

Hovioikeuden tehdessä päätöstä lapsen palauttamisesta, tulee heidän myös ottaa huomioon Bryssel IIa -asetus, jossa on erityisesti huomioitu velvollisuus lapsen kuulemiseen. Bryssel IIa -asetuksen 11 artiklan 2 kohdan mukaan:

Sovellettaessa vuoden 1980 Haagin yleissopimuksen 12 ja 13 artiklaa on varmistettava, että lapselle annetaan mahdollisuus tulla kuulluksi oikeuskäsitteilyn aikana, ellei sitä pidetä perusteettomana lapsen iän tai kehitystason huomioon ottaen.

Artiklan 5 kohdassa myös todetaan, että lapsen palauttamista pyytäneelle tulee antaa tilaisuus tulla kuulluksi. Ilman palauttamista pyytäneen kuulemista palautuksesta ei voida kieltäytyä. Asetuksen artiklat täydentävät Haagin yleissopimuksen mukaista kuulemisvelvoitetta. Palauttamispäätöstä tehdessä Hovioikeus pohjaa lapsen kuulemisen nimenomaisesti lakiin lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta ja Bryssel IIa -asetukseen.¹²⁷ Lain mukaisesti tulee siis kuulla lasta, mutta millä perusteilla lasta kuullaan, miten kuuleminen suoritetaan tai miten kuuleminen vaikuttaa itse päätökseen, ei ole laissa lapsen huollosta tai tapaamisoikeudesta tai Neuvoston asetuksessa säädetty.

Matti Savolainen on 1984 lapsen huolto- ja tapaamisoikeuskirjassaan erityisesti kiinnittänyt huomiota, että uuden lainsäädännön lähtökohtana on lapsen autonomian periaate. Tämä tarkoittaa siis vuorovaikutussuhdetta lapsen ja hänen huoltajansa välillä ja myös sitä, että lapselle tulee antaa mahdollisuus ja tilaisuus itse osallistua häntä koskevaan päätöksen tekoon. Huoltajan on keskusteltava lapsen kanssa, ennen kuin tekee häntä koskevia päätöksiä. Hän kuitenkin lisää, että itse laissa ei ole nimenomaisesti lausuttu

¹²⁴ Péres-Vera Elisa, Explanatory Report, s. 460

¹²⁵ Lasten oikeuksien sopimus artikla 12, Nieminen Liisa, Lasten perusoikeudet, s. 15

¹²⁶ HTL 1983/361, 39 ja 46 §:t

¹²⁷ Kurtto Hanna, 2011

minkälainen merkitys itse päätöksessä on annettava lapsen mielipiteille ja toivomuksille.¹²⁸

Sosiaalihuoltolain yleiskirje vuodelta 1983 toteaa seuraavaa:

”Huoltajan tulee keskustella lapsen henkilökohtaisista asioista lapsen kanssa sekä päätöstä tehdessään hänen on kiinnitettävä huomioita lapsen mielipiteeseen ja toivomuksiin. Lapsen itsenäistymisen sekä vastuullisuuteen että aikuisuuteen kasvamisen kannalta on tärkeitä, että huoltaja asteittain antaa lapsen kasvaessa ja kehittyessä yhä enemmän tilaa lapsen mielipiteille ja toivomuksille.”

5.1 Kuulemisen periaate

Perusoikeudet ovat jokaisen ihmisen oikeuksia, koska perusoikeuden yhtenä keskeisenä kriteerinä on oikeuden yleisyys. Lapsiin kohdistuneet perusoikeudet eivät ole aina olleet itsestään selvä asia ja edelleen joudutaan korostamaan näiden kuuluvan myös lapsille. Liisa Nieminen on kirjoituksissaan todennut, että iällä voi olla merkitystä sen suhteen mitä oikeuksia henkilölle on turvattu. Tavoitteena ei missään tapauksessa ole kohdella lapsia aikuisen tavoin vaan lapselle on turvattava ne oikeudet, jotta he voivat olla edelleen lapsia.¹²⁹

Asianosaisen kuuleminen on yksi oikeudellisista peruseriaateista (audiatur et altera pars). Kontradiktorinen periaate on jokaisen henkilön perusoikeus, joka on taattu kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa.¹³⁰ Kuulemisperiaateen yhtenä tehtävänä on edistää oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista. Tuomarinohjeet veloittavat myös kuulemaan molempia osapuolia: ”Yhden puheiden mukaan älköön ketään tuomittako”.¹³¹ Periaate on myös kirjattu hallintolainkäyttölakiin, mutta huomautuksena, että oikeudenkäymiskaassa ei ole nimenomaista normia kuulemisesta.

Jokaisella on oikeus esittää oma kantansa käsiteltävissä olevaan asiaan sekä antaa mahdollisuus vastata toisen asianosaisen väittämiin. Eli kuulemisperiaate ei pelkästään koske asianosaisen kuulemistä ja hänen mielipiteen selvittämistä, vaan hänelle on annettava tilaisuus lausua mielipide toisten osapuolten hankkimaan aineistoon. Korkein oikeus on

¹²⁸ Savolainen Matti, Lapsen huolto ja tapaamisoikeus, s. 22-23

¹²⁹ Nieminen Liisa, Lasten perusoikeudet, s.6-10

¹³⁰ Ihmisoikeussopimus, artikla 6

¹³¹ Tuomarinohjeet, s. 6

ottanut tähän useasti kantaa ja myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on antanut langettavia tuomioita Suomelle nimenomaan kuulemisperiaatteen loukkaamisesta.¹³²

Jos asian selvittäminen lain perusteella vaatii tai tuomioistuin katsoo tarpeelliseksi, asianosaista voidaan kuulla henkilökohtaisesti oikeudenkäynnissä. Kuulemisella voidaan selvittää asianosaisten mielipide tai pyytää muuta selvitystä. Kuulemisperiaatteesta voidaan poiketa, jos se katsotaan tarpeettomaksi. Tällaisena on esimerkiksi haasteen hylkääminen heti tuomiolla, jos kantajan vaatimus on perusteeton.¹³³

Lain perusteella kuuleminen tulee toimittaa esimerkiksi laissa lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta. Lain mukaan lapsen kuuleminen tulee toteuttaa, jos se on painavista syistä välttämätöntä ja se ei aiheuta lapselle haittaa. Kuitenkin lapsen palauttamista koskevassa menettelyssä lapsen kuuleminen on pääsääntönä, jos lapsi on ikänsä ja muiden seikkojen vuoksi saavuttanut sellaisen kypsyyden, että mielipiteeseen tulee kiinnittää huomiota.¹³⁴

Lapsen ollessa asiassa asianosainen ei hänen kuulemistaan voida pelkästään alaikäisyyden perusteella sivuuttaa. Lapsi on itsenäinen yksilö, jolla on myös perusoikeutena mielipiteen ilmaiseminen. Perustuslain 6 § mukaan lapsia on kohdeltava tasa-arvoisesti yksilöinä ja heidän tulee saada vaikuttaa itseään koskeviin asioihin kehitystään vastaavasti. Lapsella on oikeus osallistua, ilmaista mielipiteensä ja tulla suojelluksi. Myös lastensuojelulain 4 luku säätelee lapsen osallisuudesta häntä koskevien asioiden käsittelyssä.¹³⁵

Kuulemisen toteuttamisesta ja sen pääsääntöisyydestä on täysin vastakkainen mielipide havaittavissa vuoden 1984 lapsen huolto ja tapaamisoikeuslain kommentaarissa. Siellä on todettu lapsen palauttamispykälää pohdittaessa näin:

”Toisaalta asiaan osallisten piirin rajaamisella ei käytännössä ole mainittava merkitystä, koska asiaan osallisten kuuleminen asiassa ei HTL 18.2 §:n mukaan ole tarpeen, jos tämä aiheuttaisi viivästystä asian käsittelyssä. Koska kuuleminen poikkeustapauksia lukuun ottamatta tulee luonnollisesti viivästyttämään asian käsittelyä, voidaankin olettaa, että kuuleminen saattaa vain harvoissa tapauksissa tulla kysymykseen.--.Voitaneenkin katsoa, että asiaan

¹³² Lappalainen Juha et al., Prosessioikeus

¹³³ Lappalainen Juha et al., Prosessioikeus ja OK 1734/4, 6 §. Ks. myös Hallintolaki 2003/434, 34 §

¹³⁴ HTL 1983/361 15 ja 39 §:t

¹³⁵ PL 1999/731, 6§, Auvinen Maija, Huoltoriidat tuomioistuimissa, s. 383 ja Lastensuojelulaki, 4 luku

osallisten kuuleminen saattaa tulla kysymykseen lähinnä vain hakijan tätä pyytäessä.”

Huomautuksena, että tässä asianosaisilla tarkoitetaan hakijaa tai kaappaajaa, jotka ovat huoltajia, sekä lapsen vanhempia, jos he eivät ole huoltajia.¹³⁶

Jos tätä vertaa nykyiseen Bryssel IIa -asetukseen, voi huomata kuulemisen merkityksen muuttuneen täysin. Sen mukaan tuomioistuim ei voi kieltäytyä lapsen palauttamisesta, ellei lapsen palauttamista hakeneelle anneta tilaisuutta tulla kuulluksi.¹³⁷ Eli tuomioistuimen kieltäytyessä lapsen palautuksesta, tulee hakijalle antaa mahdollisuus lausua mielipiteensä.

5.2 Lapsen kuuleminen

Lapsen kuulemisella selvitetään lapsen mielipide, mutta toisaalta toteutetaan kontradiktorista periaatetta. Pitää kuitenkin pitää erillään lapsen kuuleminen päätöksenteosta, jossa voidaan ottaa huomioon lapsen mielipide. Suomen perustuslain 6 § myös takaa lapselle oikeuden vaikuttaa lapsen kehityksen mukaisesti häntä koskevien asioiden päätöksentekoon. Päätökset tulee kuitenkin tehdä lapsen etu silmällä pitäen. Lapsen edun käsite on keskeisessä asemassa Lasten oikeuksien sopimuksessa sekä laissa lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta.

Lapsen etu on lasten oikeuksien tärkein periaate. Käsitettä tarkkaillaan aina tilannekohtaisesti myös kulttuurisidonnaisesti. Kuten edellisessä kappaleessa jo todettiin, lapsen perusoikeudet ja siihen liittyvä lapsen edun periaate ei aina ole ollut keskiössä lapseen liittyvien ongelmien ratkaisussa. Lapsi oli ollut vanhempainvallan kohteena ilman itenäistä asemaa yhteiskunnassa ennen vuoden 1983 lapsen huoltoa ja tapaamisoikeuslain muutosta, jolloin lakiin otettiin säännös ruumiillisen kurituksen kiellosta. Tämän voidaan myös katsoa edesauttaneen lasten perusoikeuksien ja niiden antaman suojan kasvua. Kuuleminen tai lapsen omien toivomusten kuuleminen ei myöskään ole ollut itsensäselvyys, vaikka kuulemista voidaan pitää yhtenä johtavana periaatteena lapsen edun mukaisia ratkaisuja tehtäessä.¹³⁸

Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta säättää, että lapsen mielipide tulee selvittää hienovaraisesti ottaen huomioon lapsen kehitysaste. Kuuleminen ei myöskään saa aiheuttaa haittaa lapselle itselleen tai hänen vanhempien välisille suhteille. Anna-Kaisa Aal-

¹³⁶ Savolainen Matti, Lapsen huolto ja tapaamisoikeus, s. 234

¹³⁷ Bryssel IIa -asetus, artila 11 kohta 5

¹³⁸ Kurki-Suonio Kirsti, Äidin hoivasta yhteishuoltoon, s. 1; Laintarkastuskunnan lausunto, s. 5-7 ja Nieminen Liisa, Lasten perus- ja ihmisoikeussuojan ajankohtaisia ongelmia, s. 593-594

tonen toteaakin, että lapsen kuuleminen tapahtuu ensisijaisesti lapsen tarpeista lähtien ja mielipiteen ilmaiseminen on oikeus, ei velvollisuus.¹³⁹ Hallituksen esityksessä 224/1982 yleisperusteluissa on erityisesti haluttu pitää huolta siitä, ettei lapsi joudu tahtomattaan vanhempien välisten ristiriitojen osapuoleksi. Lapsen mielipide tulee selvittää niin, ettei lapsen suhde kumpaiseenkaan vanhempaa kärsi.¹⁴⁰

Vaikka lapsi ei kuulemisessa ilmaisisi mielipidettään, kuuleminen on kuitenkin täyttänyt tehtävänsä, koska silloin tuomioistuin tekee päätöksen perustaen sen muihin asiassa ilmitulleisiin seikkoihin. Maija Auvinen huomauttaa, että kuulemisessa kertyy muutakin tietoa lapsesta kuin vain suoranaisesti ilmaistu mielipide. Ja tulee muistaa, että lapsen tahto ei välttämättä ole lapsen edun mukaista.¹⁴¹

Kristiina Väyrynen kirjoittaa tutkimuksessaan, että lapset olivat kokeneet viranomaisen kuulemisen tärkeänä osana päätöksen tekemistä, vaikka tilanne oli ahdistava ja traumaattinen. Lapset ovat myös johtavan sosiaalityöntekijä Riina Mattilan kokemuksen mukaan suostuvaisia kuulemisen suorittamiseen.¹⁴² Kuulemisen traumaattisuus johtui osaltaan vanhempien toiminnasta, joten jotta lapsen todellinen mielipide saadaan selville, tulee viranomaisen kyetä havaitsemaan useita eri asioita. Lastensuojelulain mukaisesti lapsen kuulemista ei tule suorittaa, jos mielipiteen selvittäminen vaarantaa lapsen terveyden tai kehityksen tai se katsotaan muuten tarpeettomaksi. Saman pykälän neljännen momentin mukaan lapselle ei myöskään saa antaa sellaisia tietoja, mitkä saattavat vaarantaa hänen kehitystään tai ovat muuten vastoin lapsen tärkeää yksityistä etua.¹⁴³ Lapselle tulee kuitenkin kertoa miksi kuuleminen suoritetaan, mutta kuultavalle tulee painottaa erityisesti sitä, ettei vastuu ja ratkaisun tekeminen ole lapsella vaan aikuisella.¹⁴⁴

Vaikka HTL 39 §:ssä säädetään, että lapsen mielipide tulee selvittää noudattaen soveltuvin osin lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain pykälää 15 ja 16, tulee ottaa huomioon, että kyseessä on vain lapsen mielipiteen selvittäminen. Ei siis ole kyse lapsen olosuhteiden tai edun selvityksestä. Haagin yleissopimus ei ota kantaa lapsen huoltoon, joten mielipiteen selvittäminen koskee vain lapsen palautusta. Lapsi voi esit-

¹³⁹ HTL 1983/361 11 § ja Hanna Kurtto, 2011 ja Aaltonen Anna-Kaisa, Lapsioikeus ja lapsen oikeus tuomioistuimessa, s. 259

¹⁴⁰ HE 224/1982

¹⁴¹ Auvinen Maija, Huoltoriidat tuomioistuimissa, s. 384

¹⁴² Väyrynen Kristiina, Lapsen tuska huoltoriidassa, s. 58-59 ja Mattila Riina, 2011

¹⁴³ Lastensuojelulaki 2007/417, 20 §

¹⁴⁴ Sosiaalhallitus yleiskirje, s. 37

tää mielipiteensä sanallisesti tai muutoin, esimerkiksi lapsen käyttäytymistä huomioiden.¹⁴⁵

Haagin yleissopimuksen selittävässä raportissa on huomioitu lapsen mielipiteen huomioon ottaminen mahdollisena vaarana, jos kohtaa sovelletaan suoraan selvittämättä asiaa enempää. Hieman varttuneempi lapsi voi hyvinkin ymmärtää käsillä olevan tilanteen, mutta mielipidettä tarkasteltaessa lapsen arviointikyky pettää, jos lapsen tulee valita jompikumpi vanhemmistaan tai jos lapsi on ollut pitkään toisen vanhemman painostuksen alaisena. Tästä huolimatta yleissopimus antaa mahdollisuuden kaikkien lasten kuulemiseen iästä riippumatta.¹⁴⁶

Koska yleissopimuksessa ei nimenomaisesti ole määräystä lapsen kuulemiseen tai sen suorittamiseen, ei ole selvää riittääkö esimerkiksi toisen vanhemman kertomus lasten vastustamisesta tuomioistuimelle vai tuleeko tuomarin ehdottomasti selvittää lapsen mielipide, jos lapsen kerrotaan vastustavan palauttamista. Beaumont&McEleavy ovat kiinnittäneet huomiota erityisesti englantilaisiin tuomioistuinratkaisuihin, joissa tuomareiden mukaan lapsen kuulemista on pidetty mm. poikkeuksena, tuomarin harkintaa sotkevana tekijänä tai esteenä ratkaisun viivytyksettömälle saannille. Erään ratkaisun mukaan lasta ei kuultu, koska kaappaja ei ollut nostanut asiaa esille todistaessaan valan alaisena. Kirjailijat kuitenkin toteavat, että muutosta lapsen mielipiteen huomioonottamiseen on näkyvissä.¹⁴⁷

Bryssel IIa -asetuksen soveltamisoppaassa on todettu, että lapsen kuuleminen on ehdoton pääsääntö, mutta jos katsotaan, että lapsen ikä tai kypsyys ei ole kuulemisen edellyttämättä tasolla voidaan se jättää toteuttamatta. Oppaassa kuitenkin huomautetaan erikseen, että tätä poikkeusta tulee tulkita hyvin kapea-alaisesti. Kun lapsen kuuleminen toteutetaan, tulee siinä ottaa huomioon lapsen ikä ja kehitystaso. Nuorempien lasten osalta mielipiteen arvioinnissa tulee hyödyntää erityisosaamista.¹⁴⁸

5.2.1 Lapsen kuuleminen tuomioistuimessa

Hovioikeuden tulee kuulla lasta lapsen palauttamista koskevassa tilanteessa. Lapsen kuuleminen itse tuomioistuimessa on hyvin harvinaista, koska pääsääntöisesti asiat ratkaistaan kirjallisessa menettelyssä.

¹⁴⁵ HE 1993/60, s. 39

¹⁴⁶ Péres-Vera Elisa, Explanatory Report, s. 433

¹⁴⁷ Beaumont&McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction, s. 175-183, 201-202. Huomautuksena, että kirja on kirjoitettu vuonna 1999. Englannissa Haagin yleissopimus on tullut voimaan vuonna 1986.

¹⁴⁸ Practice Guide, 2005, s. 42-43,

Asetus lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta 3.1 § säättää seuraavaa:

Kun tuomioistuin lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain 15 §:n 2 momentin tai 39 §:n 2 momentin nojalla päättää kuulla lasta henkilökohtaisesti, päätöksessä on mainittava ne seikat, joiden vuoksi lapsen kuulemista on painavista syistä pidettävä välttämättömänä asian ratkaisemisen kannalta.

Kuuleminen tuomioistuimessa tulee pykälän mukaisesti perustella niillä seikoilla, joiden perusteella tuomioistuin pitää lapsen kuulemista peruteltuna.¹⁴⁹ Yleensä lapsen kuuleminen viivästyksettä johtaa siihen, että tuomioistuin pyytää sen paikkakunnan sosiaaliviranomaista, missä lapsi on, suorittamaan kuulemisen ja antamaan tuomioistuimelle lausunnon asiasta. Lasta ei siten järkytetä turhaan kuljettamalla ja suorittamalla kuuleminen hovioikeudessa.¹⁵⁰ Tuomioistuimen saama tieto lapsen mielipiteestä on siten välillistä, joten aidon mielipiteen välittäminen tuomioistuimelle on haasteellista.

Oikeuskirjallisuudessa on todettu, että alle 12-vuotiasta lasta ei tulisi kuulla tuomioistuimessa.¹⁵¹ Hallituksen esityksessä 224/1982 on erityisesti painotettu, että tuomioistuimessa kuuleminen tulee suorittaa vain painavista syistä, ja tämän lisäksi on pidetty tärkeänä lapsen suostumusta tähän.¹⁵²

Lapsen kuulemisesta ei ole Suomessa mitään erillisiä normeja vaan tuomarin harkinta vaikuttaa pitkälti kuulemiseen. Oikeuskäytännössä on kehittynyt toteutustapa lasten kuulemiseen. Jotteri lapsi tuntisi kuulemista painostuksena tai valintatilanteena, tulisi lapsen kuuleminen toteuttaa ilman vanhempien läsnäoloa.¹⁵³

Lapsen kuulemisen kannalta on tärkeää, että lapsi ei pelkää lausua mielipidettään. Tämän takia tuomioistuimella on mahdollista suorittaa kuuleminen siten, että osapuolet eivät ole tilaisuudessa paikalla. Kun lapsen vanhemmat eivät ole lapsen lähettyvillä ja näkyvissä kuulemisen aikana, halutaan mahdollistaa myös lapsen painostuksesta vapaan mielipiteen selvittäminen. Jos kuuleminen toteutetaan ilman asianosaisten läsnäoloa, tulee tuomarin kuulemisen jälkeen selvittää kuulemisessa ilmitulleet asiat asianosaisille.

¹⁴⁹ Sosiaalhallitus yleiskirje, s. 13

¹⁵⁰ Kurtto Hanna, 2011

¹⁵¹ Auvinen Maija, Huoltoriidat tuomioistuimissa, s. 52

¹⁵² HE 224/1982

¹⁵³ Auvinen Maija, Huoltoriidat tuomioistuimissa, s. 54

Tämä sen takia, jotta osapuolilla olisi saatavilla kaikki se tieto, mihin tuomari päätöksensä perustaa.¹⁵⁴

Australialaisten tutkijoiden Judy Cashmore ja Patrick Parkinson tutkivat lasten kuulemista ja mahdollisuutta vaikuttaa ratkaisuun tuomioistuimessa. Tutkimuksessa lapset, jotka halusivat puhua suoraan tuomarille, perustelivat päätöstään siten, että tuomarin henkilökohtaisesti kuulemalla lapsia, tuomari tietäisi tarkalleen mitä mieltä he ovat ja mahdolliset ristiriitaiset tai tulkinnanvaraiset lausunnot eivät päätökseen vaikuttaisi. Näin myös tuomarilla on mahdollisuus nähdä lapsi, keneen hänen tekemänsä päätös vaikuttaa ja saada käsitys lapsen mielipiteistä ja ajatuksista.¹⁵⁵

Tuomioistuimen kuulemisessa tullaan kuitenkin siihen ongelmaan, että tuomareita ei ole koulutettu asiantuntijoiksi lapsen kehitystä koskevissa kysymyksissä ja he eivät välttämättä osaa esittää kysymyksiä siten, että lapsi ne ymmärtää tai vastauksen tulkitseminen voi olla haastavaa - tarkoittaako lapsi sitä mitä sanoo vai onko jokin käskenyt häntä niin sanomaan. Lakivaliokunnan lausunnon 15/2005 mukaan lapsen huolto- ja tapaamisoi-keuden oikeudenkäynneissä tuomarilta ei vaadita pelkästään hyvää prosessinjohtokykyä vaan myös ihmissuhde- ja vuorovaikutustaitoja. Tuomioistuimissa onkin viime aikoina lisätty perheoikeudellista koulutusta, jossa autetaan tuomareita löytämään menettelyta-ppoja tarkastelemaan erityisesti lapsen mielipiteen muodostumista ja sen tulkintaa.¹⁵⁶

Cashmoren ja Parkinsonin tutkimuksessa tuli myös esille se, että lasten ollessa todistajana, monille lapsilla oli vaikeuksia ymmärtää oikeuskieltä tai he eivät saaneet kertoa koko asiaa vaan yksittäisiä asioita sieltä täältä. Kokonaisuus jäi siten lasten mielestään selvittämättä ja heistä tuntui, ettei heitä kuunneltu.¹⁵⁷

Kun Suomessa hovioikeudella on mahdollista pyytää lausuntoa sosiaaliviranomaiselta, tiedetään, että sosiaalityön ammattilainen suorittaa lapsen kuulemisen. Lakivaliokunnan lausunto kuitenkin huomauttaa, että lakiin ei sisälly säännöstä, että selvityksen tekemisessä käytettäisiin erityisalan asiantuntijoita esim. lapsipsykologeja.¹⁵⁸ Kuitenkin tulee muistaa, että tuomioistuimella on lopullinen päätösvalta lausunnon ja lapsen mielipiteen huomioonottamisesta.

¹⁵⁴ Helin Markku, Huolto- ja tapaamispäätöksen täytäntöönpano, s. 66

¹⁵⁵ Cashmore&Parkinson, What Responsibility Do Courts Have to Hear Children's Voices?, s. 43-53

¹⁵⁶ Lakivaliokunnan lausunto 15/2005

¹⁵⁷ Cashmore Judy ja Parkinson Patric, What Responsibility Do Courts Have to Hear Children's Voices?, s. 43-46

¹⁵⁸ Lakivaliokunnan lausunto 15/2005

5.2.2 Lapsen kuuleminen sosiaaliviranomaisten toimesta

Lapsen kuulemiseen hovioikeus voi pyytää apua sosiaalilautakunnalta. Kukaan muu asianosainen ei voi pyytää sosiaalilautakuntaa toteuttamaan kuulemista. Hovioikeus voi pyytää sosiaalilautakuntaa toteuttamaan kuulemisen kiireellisenä, koska kiireellisyys on peruteltua asian poikkeuksellisuuden takia. Tuomioistuimen tulee esittää pyyntö sen kunnan sosiaalilautakunnalle, missä lapsi oleskelee. Tällä halutaan välttää lapsen turhaa järkyttämistä siirtämällä hänet kuultavaksi Helsingin hovioikeuteen.¹⁵⁹ Käytännössä tuomioistuin lähettää sosiaalitoimistoon faksin pyytäen sosiaalitoimistoa suorittamaan kuulemisen.¹⁶⁰

Lapsen kuulemisen suorittamiselle käytännössä ei ole olemassa normipohjaa. Sosiaalihallitus on vuonna 1983 antanut yleiskirjeen koskien lapsen kuulemisen suorittamista lapsen huoltoriidoissa ja Sirpa Taskinen on vuonna 2001 tehnyt oppaan asiasta sosiaalitoimelle. Eurooppalainen konventio ”European Convention on the Exercise of Children’s Rights” ottaa kantaa lapsen mielipiteen selvittämiseen. Suomi on allekirjoittanut sopimuksen vuonna 1996, mutta ei ole sitä ratifioinut.¹⁶¹

Maija Auvinen on esitellyt väitöskirjassaan erilaisia sosiaalitoimen selvitystyössä vallitsevia teorioita. Hän toteaa, että sosiaalityön teoreettiset vaihtoehdot (yksilö- ja perhekeskeinen teoria sekä lapsikeskeinen ja lapsilähtöinen teoria) ovat osiltaan sovellettavissa kuulemiseen koskeviksi teorioiksi. Hänen mukaansa lapsen äänen kuuleminen vaihtelee sen mukaan kuka kuulemisen toteuttaa ja mitä tehtäviä ja toimintaperiaatteita henkilö noudattaa. Ammatillinen lähestymistapa siis vaikuttaa siihen, mitä heidän mielestään lapsi kertoo.¹⁶²

Tuomioistuin kuitenkin määrittelee, mitä sosiaalilautakunnan tulee selvittää. Asetus lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta säätää seuraavaa:

HTA 1.2-3 §

Selvitystä pyytäessään tuomioistuimen on tarvittaessa mainittava ne seikat, jotka selvitystä tehtäessä on erityisesti otettava huomioon.

¹⁵⁹ A lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta 1 ja 6 §:t ja Kurtto Hanna, 2011

¹⁶⁰ Mattila Riina, 2011

¹⁶¹ Sosiaalihallitus yleiskirje, Taskinen Sirpa, Opas sosiaalitoimelle ja European Convention on the Exercise of Children’s Rights

¹⁶² Auvinen Maija, Huoltoriidat tuomioistuimissa, s. 127-133. Väitöskirjan teoriat koskevat enemmän huolto- ja tapaamisselvityksiä, mutta ovat osaltaan sovellettavissa lapsikaapaustilanteisiin.

Jos tuomioistuin katsoo, että sosiaalilautakunnan asiassa antama selvitys on puutteellinen, tai jos asiaa käsiteltäessä on tullut esiin uusia seikkoja, joiden johdosta lisäselvitys on tarpeen, tuomioistuin voi pyytää aikaisemman selvityksen täydentämistä taikka muuta selvitystä.

Kuten pykälä säättää, tuomioistuimen on mainittava erityisesti ne seikat, jotka selvityspyynnössä on otettava huomioon. Lapsikaappaustilanteissa sosiaaliviranomaiset eivät saa selvittää lapsen mielipidettä huoltoon, koska kysymyksessä on nimenomaisesti palauttamista koskeva mielipide. Sosiaaliviranomaisten tulee kirjata ylös lapsen lausuma ja sen pohjalta muodostaa käsitys lapsen edun mukaisesta ratkaisusta, he eivät siten ole sidottuja lapsen mielipiteeseen.¹⁶³ Lakivaliokunnan lausunnon mukaan ongelmaksi on kuitenkin muodostunut tuomioistuinten riittämätön ohjeistus selvityksen tarkoituksesta ja sen merkityksestä itse ratkaisuun. Lausunnoista tulee näin tarpeettoman laajoja.¹⁶⁴ Johtava sosiaalityöntekijä Riina Mattila Espoon keskuksen lastensuojelusta toteaa, että tuomioistuin ei ohjeista heitä itse kuulemisen suorittamisessa vaan ainoastaan siinä, mitä tulee selvittää.¹⁶⁵

Lapsikaappaustilanteessa tuomioistuin pyytää yleensä sosiaalivirastoa lausumaan mielipiteensä siitä, onko lapsi saavuttanut sellaisen iän ja kypsyyden, että hänen mielipiteensä tulee ottaa huomioon.¹⁶⁶ Sosiaaliviranomaisten tärkeimpänä, mutta myös vaikeimpana tehtävänä on selvittää lapsen mielipide hienovaraisesti ja esittää kysymykset siten, että lapsi ei tunne joutuvansa valitsemaan vanhempiensa tai mahdollisten vaihtoehtojen välillä.¹⁶⁷

Saatua selvityspyynnön tuomioistuimelta, jossa ei ole yksilöity tarpeeksi selkeästi selvittävää asiaa, tulisi sosiaaliviranomaisen täsmentää pyyntöä selvityksen määränneeltä tuomarilta. On myös mainittu, että päällekkäisen työn välttämiseksi, tuomioistuimen tulisi antaa sosiaaliviranomaisille käytössään oleva materiaali. Tulee erityisesti muistaa, että selvitys tehdään tuomioistuimen päätöksentekoa varten, joten sosiaaliviranomaisille ei siirry minkäänlaista vastuuta ratkaisusta pyynnön mukana. Tuomioistuin ei ole sidottu saatuun selvitykseen, vaan päätös tulee perustaa kaikkeen esitettyyn materiaaliin.¹⁶⁸

¹⁶³ Karttunen Risto, Isän ja äidin välissä, s. 29

¹⁶⁴ Lakivaliokunnan lausunto 15/2005

¹⁶⁵ Mattila Riina, 2011

¹⁶⁶ ks. Laki sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista 2000/812, 10 §

¹⁶⁷ HE 224/1982, Auvinen Maija, Huoltoriidat tuomioistuimissa, s.126, Sosiaalihuolto yleiskirje, s. 37

¹⁶⁸ Taskinen Sirpa, Opas sosiaalitoimelle, s. 67-69

Kuulemisen suorittaa sosiaalityön koulutuksen omaava lastensuojelun kanssa työskentelevä henkilö. Sosiaalityöntekijä ei saa olla esteellinen suorittaessaan kuulemista. Tällainen tilanne voi syntyä, jos sosiaalityöntekijä on ollut aikaisemmin esim. perheen perheasioiden sovittelijana. Jos esteellisyys todetaan, tulee kuuleminen siirtää toiselle työntekijälle. Pienissä kunnissa tämä saattaa tarkoittaa virka-avun pyytämistä toiselta kunnalta.¹⁶⁹

Lastensuojeluasetuksen 3 §:n mukaisesti kuulemisen tulee suorittaa työpari. Sosiaalityöntekijä valmistele selvityksen yhteistyössä toisen lasten huoltoon (lapsikaappaustilanteissa lapsen suojeluun) perehtyneen työntekijän kanssa. Tästä voidaan poiketa asian kiireellisyyden takia tai jos yhteistyötä pidetään jonkin erityisen syyn takia tarpeettomana. Jos kiireellisyyden takia vain yksi henkilö toteuttaa selvityksen tekemisen, tulee hänelle antaa mahdollisuus konsultoida asiantuntijoita (esimerkiksi lastenpsykiatrin lausunto). Lapsikaappaustilanteissa kuulemisessa yksi työntekijä on aina sosiaalityöntekijä tai johtava sosiaalityöntekijä ja työpari voi olla laitoksen työntekijä, missä lapsi odottaa päätöstä, tai sosiaalitoimiston työntekijä, jolla on kokemusta lastensuojelusta.¹⁷⁰

Kuulemistilanne tulee suorittaa mahdollisimman luontevasti, jottei lapsi tunne oloaan epämiellyttäväksi, vaan kokee kuulemisen olevan hyödyllinen. Lapsi voi olla kuulemisessa yksin tai vanhemman (tai avustajan esimerkiksi asianajaja) kanssa. Lapsi tavataan sosiaalitoimistossa, kotona tai mahdollisesti lapsen olinpaikassa esimerkiksi sukulaisten luona, siellä missä se on lapsen kannalta parhainta. Kuulemistilan tulisi olla mahdollisimman rauhallinen ja lapselle tulisi tarvittaessa antaa mahdollisuus esimerkiksi leikki- tai piirustustarvikkeiden käyttöön, joita voidaan käyttää kuulemisessa apuna. Sirpa Taskinen kuitenkin muistuttaa, että piirroksia ei voida käyttää näyttönä kotioloista.¹⁷¹

Koska lapsikaappaustilanteissa kuulemisen suorittaminen ei ole samanlainen kuin huoltokysymystä ratkaistaessa, on erittäin tärkeätä, että tuomioistuimelle annetaan myös tieto esitetyistä kysymyksistä. Jos kuuleminen on nauhoitettu tai videokuvattu, tulee tuomioistuimella olla mahdollisuus nauhoitusten kuulemiseen.¹⁷²

Itse kuulemistilanteessa haastattelijan tulee esitellä lapselle itsensä ja kertoa syy kuulemiseen. Tässä tilanteessa haastattelijan tulee painottaa, että asian päätöksenteko ei ole lapsen harteilla. Lapselle ei saa luvata, että lapsen mainitsemat asiat jäisivät vain haas-

¹⁶⁹ Taskinen Sirpa, Opas sosiaalitoimelle, s. 69-70, Lastensuojeluasetus 1983/1010, 3 §

¹⁷⁰ Taskinen Sirpa, Opas sosiaalitoimelle, s. 69-70 ja Mattila Riina, 21.7.2011

¹⁷¹ Taskinen Sirpa, Opas sosiaalitoimelle, s. 72-73 ja Mattila Riina, 21.7.2011

¹⁷² Taskinen Sirpa, Opas sosiaalitoimelle, s. 72-73

tattelijan ja lapsen väliseksi, joten lapselle tulee antaa mahdollisuus jättää asioita lausumatta, jos hän näin haluaa. Lapselle tulee esittää kysymykset mahdollisimman suoraan ja välttää johdattelua asiasta toiseen. Haastattelijan tulee lapsen vastauksia kuunneltaessa yrittää selvittää, ovatko mielipiteet lapsen omia vai painostuksen alla lausuttuja. Huomiota tulee kiinnittää mielipiteen perusteluihin ja lapsen esittämiin motiiveihin.¹⁷³

Haastattelijalla ei saa asettaa lapsen vanhempia eriarvoiseen asemaan vaan hänen pitää osoittaa arvostusta molempia kohtaan, näin lapsi ei koe joutuvansa puolustelemaan toista vanhempaansa. Kuuleminen ei saa johtaa lisäongelmiin ja pitää varmistua, että lapsi ei ahdistu tai masennu kuulemisesta enempää.¹⁷⁴ Lapselle pitää siis muistuttaa, että päätöksenteko asiasta ei ole pelkästään lapsen mielipiteen varassa, vaan asiaan voi vaikuttaa myös muita asioita. Uskoisin, että lasta ei voi liikaa muistuttaa siitä, että lapsen ei tarvitse tehdä asiasta ratkaisua, sen tekevät aikuiset.

Tuomioistuimelle annettava selvitys (lausunto) tulee olla selkeä ja kieli yleiskieltä. Selvitys laaditaan vastaukseksi tuomioistuimen esittämään kysymykseen: kuka on pyytänyt ja mitä selvittämään, kuka selvityksen on tehnyt, missä ja montako kertaa lasta on tavattu, mitä lapsi on kertonut, ketä muita kuulemisessa oli mukana ja mitä he kertoivat sekä sosiaalityöntekijän oma arvio (jos pyydetty). Jos selvityksessä käytetään ammattikieltä, tulee nämä selostaa myös suomeksi, väärinymmärrysten välttämiseksi.¹⁷⁵

Jos asiassa on salassa pidettävää aineistoa, tästä tulee olla erillinen maininta asiakirjassa. Tuomioistuin yleensä haluaa sosiaaliviranomaisilta havaintoja ja tosiasioiden kirjaamista, joten hyvin pitkälle meneviä tulkintoja esimerkiksi lapsen käyttäytymisestä tulisi Sirpa Taskisen mukaan välttää. On myös mainittu, että asioita ei saa pitää ”ilmaan muuta totena” vaan tulee mainita, että tämä on kuultavan käsitys asiasta.¹⁷⁶ Jos kuulemisessa nousisi esiin esimerkiksi toisen vanhemman väkivaltaisuus lasta kohtaan tai muu vastaava tilanne, on tuomioistuimen tehtävänä selvittää asian todenperäisyys. Sosiaaliviranomaisen tulee ilmoittaa selvityksessä ilmennyt asia, jolloin tuomioistuin saa sen tietoon. On tuomioistuimen harkinnassa mahdollisten muiden palauttamisen kieltäytymisperusteiden soveltaminen tapaukseen.

¹⁷³ Taskinen Sirpa, *Opas sosiaalitoimelle*, s. 73-75 ja Litmala Marjukka, *Lapsen asema erossa*, s. 147-156

¹⁷⁴ Taskinen Sirpa, *Opas sosiaalitoimelle*, s.73-75 ja Litmala Marjukka, *Lapsen asema erossa*, s. 147-156

¹⁷⁵ Taskinen Sirpa, *Opas sosiaalitoimelle*, s. 75-78

¹⁷⁶ Mattila Riina, 2011 ja Taskinen Sirpa, *Opas sosiaalitoimelle*, s. 75-78. Taskisen oppaassa on annettu ehdotus selvitysrungosta käytettäväksi lapsen huolto- ja tapaamisoikeusselvityksissä. Lapsikaappaustilanteisiin eroavaisuutena on nimenomaisesti olosuhdeselvitys, jota ei silloin tule tehdä.

Kirjallisuudessa on todettu, että lasta tulisi kuulla ja tavata useamman kerran, jotta lapsen todellinen mielipide voidaan selvittää. Kaappaustilanteissa lapsen mielipide tulee kuitenkin selvittää kiireellisesti ja mahdollisuutta useisiin tapaamisiin ei ole, koska muuten asian ratkaiseminen pitkittyisin periaatteiden vastaisesti. Kiireellisyys voi myös johtua siitä, että alkuperäinen pyyntö on osoitettu väärälle sosiaalitoimistolle, joten määräaika kuulemisen antamiselle on jo kulunut umpeen. Sosiaaliviranomaisen tulee siis tehdä päätös hyvin pienen tuntemisen jälkeen, joka asettaa selvitykselle lisähaasteita. Tuomioistuimen tuleekin siis selvityksen saatuaan tarkoin harkita, mikä merkitys lapsen mielipiteellä on päätöksessä. Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta säätää, että hovioikeuden on käsiteltävä asia kiireellisenä ja oikeuden tulisi antaa ratkaisu 6 viikon kuluessa hakemuksen jättämisestä.¹⁷⁷ Hallituksen esityksessä 60/1993 on erityisesti mainittu, että koska kysymyksessä on pelkkä lapsen mielipiteen selvittäminen, on sosiaalilautakunnan mahdollista toimittaa se niin nopeasti, ettei se vaikuta hidastavasti tuomioistuinmenettelyyn.¹⁷⁸

5.3 Mikä vaikuttaa lapsen mielipiteeseen?

Lapsen mielipide tulee ottaa huomioon ratkaisua tehtäessä, jos lapsi katsotaan ikänsä tai muiden seikkojen vuoksi saavuttaneen sellaisen kypsyyden, että lapsi kykenee ilmaisemaan mielipiteensä. Tarkastelen seuraavaksi näitä vaadittuja kriteerejä: ikä ja kypsyys ja mahdollinen painostus.

5.3.1 Lapsen ikä ja kypsyys

Haagin yleissopimus tai Bryssel IIa -asetus eivät määrittele lapsen ikää milloin kuuleminen tulee suorittaa. Yleissopimuksen selittävän raportin mukaan jäsenvaltioiden yrityksen sopia kuulemiselle alaikäraja epäonnistuivat, koska ikärajojen asettamista pidettiin keinotekoisena, jopa mielivaltaisena ratkaisuna. Pidettiin parhaana vaihtoehtona, jättää tämän ratkaiseminen toimivaltaiselle viranomaiselle.¹⁷⁹ Hovioikeuden viskaali Hanna Kurton mukaan lapsen kuuleminen käytännössä suoritetaan, kun lapsi on yli 7 -vuotias. Yli 12 -vuotiaita lapsia kuullaan aina¹⁸⁰, mutta sitä nuorempien osalta tarkastellaan lapsen kykyä muodostaa oma mielipide. Haagin sopimuksen soveltaminen lakkaa lapsen täytettyä 16 -vuotta, koska on katsottu että yleensä yli 16 -vuotiaalla on jo oma mielipide ja tätä mielipidettä ei voi ohittaa.

¹⁷⁷ Käsittelyä voi hidastaa esimerkiksi lapsen piilottaminen viranomaisilta tai lapsen kuljettaminen toiseen valtioon. Näissä tilanteissa oikeuden tulee lykätä käsittelyä tai jättää hakemus tutkimatta.

¹⁷⁸ HTL 1983/361, 37 §, HE 60/1993 s. 38-39 ja Mattila Riina, 2011

¹⁷⁹ Péres-Vera Elisa, Explanatory Report, s. 433

¹⁸⁰ ks. Lastensuojelulaki 2007/417, 20 §

Ikä on kuitenkin moniulotteinen käsite ja lain tarkoittama ikä käsittää vain biologisen iän. Lapsen ikää voidaan tarkastella usealta kantilta: biologinen, kognitiivinen (tiedollinen), emotionaalinen (tunne) tai sosiaalinen ikä. Näiden kaikkien ikien vastaavuus ei yleensä toteudu ja, koska jokainen lapsi on yksilö, kehityksessä tulee ottaa huomioon muitakin seikkoja kuin vain biologinen ikä. Sami Mahkonen toteaaakin, että ”Pelkkiin ikärajoihin huomion kohdistaminen on tietysti mahdollista ja luontevaakin, mutta ikärajoista sinänsä ei voi tehdä arvioitavassa mielessä johtopäätöksiä”.¹⁸¹

Lapsen kehitys on yhden mallin mukaisesti jaettu viiteen eri ikäryhmään, joiden pohjalta voidaan huomioida kullekin ikäryhmälle tyypillisiä piirteitä. Näiden piirteiden avulla sitten voidaan arvioida lapsen kykyä muodostaa itsenäinen mielipide tai mielipiteen taustalla olevia motiiveja. Lapsen mielipiteiden perustelevuus on yhä yleisempää, mitä vanhempi lapsi on. On kuitenkin havainnointu, että esimurrosikäisen lapsen oman mielipiteen muodostaminen on ongelmallista. Tässä ikäryhmässä oleva lapsi etsii edelleen identiteettiään ja lapsen mielipiteeseen on helpompi vaikuttaa, joten mielipide voi heittelehtiä puolelta toiselle tilanteesta riippuen.¹⁸² On siis tärkeätä, että lapsen kehityksen arvioinnin suorittaa asiantuntija, jotka osaavat selvittää asia nimenomaisesti lapsen kehitystason mukaisesti. Ikäryhmien sisällä tulee myös kiinnittää huomiota lapsen yksilölliseen kehitykseen ja kypsytyteen, takertumatta liian tiukkoihin määrittelyihin. Lasten ”jakaminen” kehitystasonsa mukaisiin ryhmiin, voisi siis tapahtua myös älyllisten, sosiaalisten tai vaikka emotionaalisten valmiuksien mukaisesti.¹⁸³ Tätä tukisi myös edellä esitetty Sami Mahkosen kehityksen jaottelu sosiaalisten-, emotionaalisten jne. ikien mukaisesti.

Beaumont&McEleavyn mukaan oikeudet ovat erityisesti kypsytyttä tarkastellessaan kiinnittäneet huomiota lapsen kykyyn tuottaa perusteluja palauttamatta jättämiselle sekä riittävää älykkyyttä muodostaessaan näkökulmansa, kuitenkin näihin rajoittumatta. Lapsen tulee olla saavuttanut tietyn tason kehitys, jotta mielipide otetaan huomioon. Englantilaisessa ratkaisussa tuomari oli pohtinut lapsen kypsytyden selvittämistä seuraavasti:

”It is permissible (and indeed will often be necessary) for the court to make specific inquiry as to whether the child has reached a stage of development

¹⁸¹ Aaltonen Anna-Kaisa, Lapsioikeus ja lapsen asema tuomioistuimessa, s. 245 ja Mahkonen Sami, Lastensuojelu ja laki, s. 90-93

¹⁸² Aaltonen Anna-Kaisa, Lapsioikeus ja lapsen asema tuomioistuimessa, s. 245-248

¹⁸³ Auvinen Maija, Huoltoriidat tuomioistuimessa, s. 385

at which, when asked the question ‘Do you object to return to your home country?’ he or she can be relied on to give an answer which does not depend upon instinct alone, but is influenced by the discernment which a mature child brings to the question’s implications for his or her own best interests in the long and short term.”

Ratkaisussa huomautetaan, että lasta haastattelee ammattilainen, joka osaa esittää lapselle kysymykset oikealla tavalla.¹⁸⁴ Ymmärrän tuomarin lausahduksen siten, että kun lapsi esittää mielipiteensä palauttamisesta, tulee myös selvittää ymmärtääkö lapsi mitä se konkreettisesti tarkoittaa eli mikä merkitys palauttamisella on ja miksi palauttaminen suoritetaan. Kun lapsi ymmärtää tämän, voidaan häntä pitää kypsänä ottamaan kansaa asiaan. Beaumont&McEleave toteavatkin, omasta mielestään hieman mielivaltaisestikin, että lapsen vastustus voidaan ottaa huomioon vain, jos lapsi katsotaan tarpeeksi kypsäksi.¹⁸⁵

Kun kyseessä on teini-ikäinen lapsi, on pidetty entistä tärkeämpänä lapsen kuulemista ja mielipiteen vaikutusta ratkaisuun. Oikeuskäytännössä on lausuttu, että ”vanhemman oikeus taipuu lapsen oikeudeksi tehdä omat päätökset, kun hän on saavuttanut riittävän ymmärryksen ja järkevyyden muodostaakseen oman mielen mukaisen päätöksen ratkaistavassa asiassa”. Ja tälle lapsen tekemälle päätökselle tulee antaa suuri ja ratkaiseva paino.¹⁸⁶ Matti Savolainen kirjoittaa myös, että mitä kypsemmästä lapsesta on kyse, mitä johdonmukaisemmin lapsi perustelee mielipiteensä ja mitä selvemmin lapsi kykenee arvioimaan asian merkityksen, on sitä ratkaisevampi painoarvo mielipiteelle annettava.¹⁸⁷

5.3.2 Painostus

Kristiina Väyrysen tutkimuksessa todettiin, että lapset kokivat kuulemisen usein ahdistavaksi tai epämiellyttäväksi, osittain myös vanhempien painostuksen takia. Tutkimusaineistossa kuvataan esimerkiksi vanhemman uhkaavan lasta jopa vanhemman itsemurhalla tai menettämällä. Painostus koski sitä, miten lapsen tulee käyttäytyä, jotta hän toimii vanhemman vaatimalla tavalla tai vanhemman edun mukaisesti. Vanhempien

¹⁸⁴ Beaumont&McEleavey, The Hague Convention on International Child Abduction, s. 192 ja Re S. (Minors), 1994

¹⁸⁵ Beaumont&McEleavey, The Hague Convention on International Child Abduction, s. 193

¹⁸⁶ Beaumont&McEleavey, The Hague Convention on International Child Abduction, s. 200

¹⁸⁷ Savolainen Matti, Lapsen huolto ja tapaamisoikeus, s. 23

riitelemine oli myös saanut lapsen kokemaan, että on vain pelinappula vanhempien pelikentällä.¹⁸⁸

On siten pidetty tarkoituksenmukaisena, että jos lapsen mielipiteeseen on vaikutettu painostamalla tai muuten vaikuttamalla, lapsen mielipidettä ei tule ottaa huomioon palautuspäätöstä tehtäessä.¹⁸⁹ Painostuksen tai vaikuttamisen tunnistaminen lapsen mielipiteestä on hyvin haastavaa, joten usein tämän takia tuomioistuin tarvitsee ammattilaisen lasta kuulemaan. Oikeuskirjallisuudessa onkin korostettu lapsen hienovaraista kuulemista, jotta mahdollinen manipulointi saataisiin selville.¹⁹⁰

Lapsen painostus voi selvittää lapsen tyylistä vastata kysymyksiin. Jos vastaukset ovat hyvin aikuismaisia, lapsi ehdottaa itse vastauksia ennen kuin haastattelua ehditään edes aloittaa, lapsi on pelokas ja itkuinen eikä halua tulla yksin kuulemiseen, voivat nämä viitata lapsen painostukseen. Lapsi voi myös kieltäytyä vastaamasta vedoten, että kodin asioita ei saa kertoa ja hän pelkää jonkun toisen puolesta, jos kertoo asioita. Lapsi saattaa myös varmistaa vastauksen oikeanmukaisuutta ja hyväksyntää läsnäolevalta vanhemmaltaan tai avustajaltaan katsoen häntä jokaisen vastauksen aikana.¹⁹¹

Kun kaappauksesta on kulunut pitempi aika, lapsen suhtautuminen kaappaajavanhempaan voi muuttua, kuten myös suhde etäällä olevaan vanhempaan. Näin lapsen mielipide voi olla muodostunut ”näkymättömän” painostuksen alla. Tapauksessa KKO:2004:76 tuomioistuin oli saanut ranskalaisen Bobignyn alueellisen tuomioistuimen nuorisotuomioistuimen presidentin päätöksen, joka kuvasi lasten suhdetta isään (palauttamista vaativa vanhempi). Tämä päätöksen lausuma ei tukenut Suomessa annettuja lasten- ja nuorisopsykiatrin sekä taide- ja leikkiterapeutin lausuntoja, joiden mukaan lapset olisivat kokeneet isän ”pelottavana ja arvaamattomana”.¹⁹² Tuomioistuin ei siten voinut olla vakuuttunut lasten mielipiteen riippumattomasta muodostumisesta.

Tapauksessa KKO:2004:129 oli mahdollista huomata toisen vanhemman painostus lapsia kohtaan. Tapauksessa lausuntonsa antaneen lastenpsykiatrin mukaan lapset, erityisesti vanhempi sisaruksista, olivat valmiita lähtemään takaisin alkuperävaltioon, mutta kun kaappaajavanhempi oli saapunut huoneeseen, hän oli kehottanut lapsia roikkumaan takin liepeissä ja huutamaan. Tilanne oli muuttunut kaoottiseksi ja lapset selvästi ahdis-

¹⁸⁸ Väyrynen Kristiina, Lapsen tuska huoltoriidassa, s. 58

¹⁸⁹ Beaumont&McElevy, The Hague Convention on International Child Abduction, s. 197

¹⁹⁰ Väyrynen Kristiina, Lapsen tuska huoltoriidassa, s. 55

¹⁹¹ Mattila Riina, 2011

¹⁹² KKO:224:76

tuneet. Tapauksessa kaappaajavanhempi oli myös piilottanut lapset viranomaisilta, jotta asiaa ei saataisi tuomioistuimen käsittelyyn.¹⁹³

Tuomioistuin katsoi, että mielipiteet eivät olleen syntyneet riippumattomasti, joten lasten mielipiteelle ei annettu päätöksessä merkitystä ja lasten palauttamisen täytäntöönpano tuli suorittaa.

5.4 Mielipiteen vaikutus päätöksessä

Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta antaa tuomioistuimelle mahdollisuuden kieltäytyä lapsen palauttamisesta, jos lapsi vastustaa sitä. Yleissopimuksen käyttöä neuvovassa oppaassa sovittelua¹⁹⁴ koskevassa osassa on nimenomaisesti huomautettu, että lapsen kuuleminen tulee erottaa mielipiteen huomioon ottamisesta. Kun lapsen kuuleminen on suoritettu, tuomarin tulee tehdä päätelmät kuulemisesta, kiinnittäen huomiota lapsen ikää ja kypsyyteen, ja tehden päätöksen lapsen etua ajatellen ottaen huomioon lapsen mielipide. Päätöstä tehtäessä tuomarin tulee nimenomaisesti ottaa huomioon lapsen etu.¹⁹⁵

Kirsti Kurki-Suonio on väitöskirjassaan todennut, että lapsen kuulemista koskevat säännöt eivät koske sovittelijoita tai vanhempia. Sääntöjä voidaan pitää ns. moraalisisina, mutta sovinnollinen prosessi katsotaan lapsen edun kannalta parempana vaihtoehtona, jolloin lapsen oikeuksien valvominen voi jäädä vähemmälle. Ristiriita tulee kun lapsen etu ei kohtaa lapsen mielipidettä. Tilanteessa lapsen mielipiteen tulkinta riippuu asian ratkaisevan tuomarin käsitystä lapsen edusta. Väitöskirjassa todetaan, että ”on varsin todennäköistä, että lapsen mielipide otetaan huomioon, kun se tukee ratkaisijan omaa tulkintaa lapsen edusta, muuten ei”.¹⁹⁶

Kurki-Suonio on myös huomauttanut, että lapsen mielipide kilpailee käyttäytymistieteellisen asiantuntijatahon kanssa. Lapsen mahdollisuus vastustukseen on hyvin paljon riippuvainen kansallisesta tulkinnasta ja sen joustavuudesta, sekä tieteellisen erityisasiantuntemuksen arvostuksesta. Kurki-Suonio toteaaakin, että vaikka yksilön arvostus on

¹⁹³ KKO:2004:129 käsitteli lasten palauttamispäätöksen täytäntöönpanoa.

¹⁹⁴ Huomautuksena, että täytäntöönpanosovittelua ei lapsikaappaustilanteissa järjestetä.

¹⁹⁵ Guide to Good Practice, s. 59-62

¹⁹⁶ Kurki-Suonio Kirsi, Äidin hoivasta yhteishuoltoon, s. 365. Huomautuksena, että väitöskirja koskee enemmän huoltoon liittyviä tilanteita, mutta jotka voivat myös vaikuttaa lapsikaappaustilanteeseen. Säännöillä tarkoitetaan sovinnolliseen ratkaisun avuksi säädettyä sovintomenettelyä, jota ei lapsikaappaustilanteissa toimiteta.

kasvanut ja lapsen mielipide saa yhä enenevässä määrin huomiota, todellista muutosta asiaan ei ole nähtävissä (pois lukien yksittäistapaukset).¹⁹⁷

Maija Auvinen on hyvin samoilla linjoilla Kirsti Kurki-Suonion kanssa. Hän vielä lisää, että vallitsee laaja yksimielisyys lapsen kuulemisen vaikeudesta ja näkemykset eivät ole vakiintuneen jonkun koulukunnan kannalle. On olemassa erisuuntaisia tulkintoja ja odotuksia siitä, miten kuullaan, mitä tavoitteita kuulemiselle asetetaan tai millaista tietoa lapsi edes kykenee tuottamaan ja minkälainen merkitys lapsen toivomuksille on annettava.¹⁹⁸

Korkeimman oikeuden ratkaisussa 2009:85 on pohdittu lapsen vastustuksen vaikutusta palauttamiseen. Kasvattivanhemman huoltoon uskottu 14-vuotias lapsi oli saapunut Suomeen äitinsä luokse omasta aloitteestaan. Kasvattivanhempi oli tehnyt lapsessa palauttamispyynnön Helsingin hovioikeudelle ja vaatinut lapsen välitöntä palauttamista asuinpaikkavaltioon Viroon. Lapsi oli käsittelyn aikana täyttänyt 15 -vuotta. Häntä oli kuullut kahdesti Kouvolan perusturvalautakunta sekä nuorisopsykiatrian erikoislääkäri, joka oli antanut lausunnon lapsen terveydentilasta, hoidosta ja elämäntilanteesta. Lapsi oli useaan otteeseen ilmaissut nimenomaisen tahtonsa jäädä Suomeen ja tämä oli todettu perusturvalautakunnan että nuorisopsykiatrian erikoislääkäriin lausunnossa. Heidän mukaansa hänellä on erittäin vahva tahto jäädä Suomeen eikä olosuhteilla katsottu olevan sellaista ratkaisevaa vaikutusta mielipiteeseen. Lausunnonantajien mukaan lapsi on saavuttanut sellaisen iän ja kypsyyden, että hänen mielipiteensä tulee ottaa huomioon.¹⁹⁹

Hovioikeuden tuli siis ottaa kantaa siihen, sovelletaanko Haagin yleissopimuksen 13(2) artiklan mukaista kieltäytymisperustetta. Hovioikeuden mukaan, vaikka lapsen mielipidettä tulisi pitää riittävän painavana, lapsen kyvyttömyys perustella mielipiteensä, huoltoriita asuinpaikkavaltiossa sekä huomioon ottaen Haagin sopimuksen peruseriaatteen, lapsi tulee palauttaa asuinpaikkavaltionsa. Korkein oikeus taas asettui toiselle kannalle ja heidän mielestään lapsi oli saavuttanut sellaisen iän ja kypsyyden, että palauttamista ei voida hänen vastustuksen takia suorittaa. Hovioikeus oli myös kiinnittänyt huomiota siihen, että ratkaisun aikana lapsi oli täyttänyt jo 15 -vuotta ja koska Haagin yleissopimusta ei sovelleta 16 -vuotta täyttäneisiin, on mahdollista ottaa erityisesti huomioon lapsen mielipide.²⁰⁰

¹⁹⁷ Kurki-Suonio Kirsi, Äidin hoivasta yhteishuoltoon, s. 365-366

¹⁹⁸ Auvinen Maija, Huoltoriidat tuomioistuimissa, s. 125

¹⁹⁹ KKO:2009:85

²⁰⁰ KKO:2009:85

Toinen korkeimman oikeuden tapaus on vuodelta 2004, missä kyseessä oli 12 - ja 9 -vuotiaiden lasten palauttaminen takaisin Yhdysvaltoihin. Lapsia oli tavannut kolme eri taide- ja leikkiterapeuttia, jotka olivat antaneet asiassa lausuntonsa. Hovioikeus oli tullut siihen lopputulokseen, että lapsia ei voitu vastustamisen takia palauttaa. Hovioikeus antoi painoarvoa vanhemman sisaruksen (12 vuotta) vastustukselle, koska yleensä alle 10 -vuotiaan mielipiteelle ei anneta niin suurta merkitystä. Myöskään lasten erottaminen ei ollut hovioikeuden mukaan luontevaa. Korkein oikeus päätyi asiassa kuitenkin toisenlaiseen ratkaisuun.

Korkein oikeus oli erityisesti kiinnittänyt huomioita siihen, olivatko sisarukset ymmärtäneet, mistä on kysymys. Koska Haagin yleissopimuksen mukainen ratkaisu ei käsittele huolta, asumista tai tapaamisoikeutta ei näihin tule kiinnittää huomioita. Korkein oikeus oli erityisesti painottanut, että pelkkä vastustava tahdonilmaisu ei sinänsä ole riittävä kieltäytymisperuste, vaan lapsen on saatava asiasta riittävästi tietoa harkitakseen asiaa huolellisesti ja ilmaistakseen tahtonsa aidosti ilman, että mielipiteeseen on vaikutettu taivutellen, manipuloiden tai muuten sopimattomasti painostaen.

Korkein oikeus on tullut siihen ratkaisuun, että psykiatrin lausunto ei osoita lasten olleen riittävästi selvillä käsiteltävästä asiasta tai sen vaikutuksista, myöskään lausunto ei voi täysin sulkea pois mahdollisuutta, että lasten mielipiteisiin olisi vaikutettu. Myöskään muun tuomioistuimen saama selvitys ei tukenut lasten esittämää kuvaa palauttamista vaativan vanhemman ja lasten suhteista. Korkein oikeus ei myöskään nähnyt vaihtoehtona vain toisen lapsen palauttamista, koska se olisi lisännyt ennestään olemassa olevia ongelmia ja traumaattisia kokemuksia.²⁰¹

Urpo Kangas on kommentoinut lasten mielipiteen selvittämisestä, että koska lasten mielipide oli terapiaistunnoissa jo selvitetty, mitään tarvetta lisäselvitykseen ei ollut. Ja korkein oikeus on täysin asianmukaisesti pohtinut mahdollista painostusta lasten mielipiteiden syntymiseen. Koska korkein oikeus tuli siihen tulokseen, että lasten mielipide ei ole objektiivinen, palauttamisen vastustamiselle ei voi antaa suurta painoarvoa ratkaisua tehtäessä.²⁰²

Englantilaisessa ratkaisussa oli nimenomaisesti perusteltu, että tuomarin tulee selvittää miksi lapsi vastustaa palauttamista. Toisessa englantilaisessa ratkaisussa tuomari oli

²⁰¹ KKO:2004:76

²⁰² Kangas Urpo, KKO:2004:76: lapsen palauttaminen Yhdysvaltoihin

esittänyt alla olevan listan asioista, jotka tulisi selvittää, jotta olisi mahdollista ratkaista lapsen mielipiteen painoarvo, iän ja kypsyyden selvityksen jälkeen.

- (a) What is the child's own perspective of what is in her interests, short, medium and long term? Self-perception is important because it is her views which have to be judged appropriate.
- (b) To what extent, if at all, are the reasons for objection rooted in reality or might reasonably appear to the child to be so grounded?
- (c) To what extent have those views been shaped or even colored by undue influence and pressure, directly or indirectly exerted by the abducting parent?
- (d) To what extent will the objections be mollified on return and, where it is the case, on removal from any pernicious influence from the abducting parent?²⁰³

Mielipidettä huomioitaessa on vanhemman lapsen mielipide yleensä helpommin tuettavissa kuin nuoremman lapsen mielipide. Matti Savolaisen mukaan on erityisesti kiinnitettävä huomiota lapsen perusteluihin ja motiiveihin. Tietenkin mielipiteen huomioon ottamisessa tulee kiinnittää huomiota myös siihen, mitä kysymyksiä lapsen antamat vastaukset koskevat. Kuten yllä on myös todettu, lasta ei voida pakottaa sanomaan mielipidettään. Tämä on myös yksi asia mihin tuomioistuin voi kiinnittää huomiota.²⁰⁴

Matti Savolaisen vuonna 1984 kirjoittamassa kirjassa on huomautettu, että:

”Lapsen mielipiteen huomioon ottamista koskevat säännökset eivät luonnollisestikaan tähtää siihen, että vanhempien olisi aina tehtävä päätös lapsen mielipiteen mukaisesti - ei edes silloin, kun kyse on varttuneemmasta lapsesta. Olennaisena tavoitteena on pidettävä -- sitä, että lapsi voi tällaisen demokraattisen päätöksentekomallin puitteissa oppia lisääntyvässä määrin tekemään harkittuja valintoja--.”²⁰⁵

Mielestäni tätä voi hyvin soveltaa tuomioistuimeenkin. Tuomioistuin ei aina voi tehdä lapsen mielipiteen mukaisia ratkaisuja, jos katsotaan, että ne eivät ole lapsen edun mukaisia tai lasta on esimerkiksi painostettu mielipiteen muodotamisessa. On kuitenkin tärkeää, että lasta kuullaan ja lapsi tuntee, että hänen mielipide halutaan selvittää. Carol S. Burch on todennut, että tuomioistuimet ovat varovaisia lapsen mielipiteen huomi-

²⁰³ Re T. (Abduction: Child's Objections to return), 2000

²⁰⁴ Savolainen Matti, Lapsen huolto ja tapaamisoikeus, s. 97-100

²⁰⁵ Savolainen Matti, Lapsen huolto ja tapaamisoikeus, s. 24

oonottamisessa, jottei syntyisi ”porsaanreikää” ja liian helppoa keinoa palautuksista kieltäytymiseen.²⁰⁶

Henkilökohtaisesta kokemuksesta voin todeta, että ollessani itse alaikäinen n. 11 -vuotias ja minulta ja siskoltani kysyttäessä haluamme muuttaa perheenä ulkomaille, en usko olleeni silloin tarpeeksi kypsä tekemään asian suhteen henkilökohtaista ratkaisua. Vanhempien vaikutus lapsen mielipiteeseen ja tunteuksiin on alle 15 -vuotiaalle vielä suurta. Haluan kuitenkin korostaa, että mielipidettä kysyttäessä lapsi tuntee, että hänet on otettu huomioon ja hänen parastaan ajatellaan. Johtava sosiaalityöntekijä Riina Mattila mainitseekin, että tuomioistuin ottaa huomioon sosiaaliviranomaisen lausunnot ja pyytää tarpeen mukaan myös tarkentamaan niitä, mikäli jotain on jäänyt epäselväksi.²⁰⁷

5.4.1 Toisen sisaren mielipiteen vaikutus toisen sisaren palauttamiseen

Monissa kaappaustilanteissa on kyse sisaruksista ja vanhemmilla sisaruksilla voi olla muodostunut oma mielipide asiasta ja heidät katsotaan tarpeeksi kypsäksi, jotta heidän mielipiteensä voidaan ottaa huomioon. Tuleeko silloin tuomioistuimen katsoa vanhemman lapsen puhuvan myös toisen lapsen puolesta?

Tapauksessa Re T. oli kyse sisarusten palauttamisesta heidän äidin luokse Espanjaan. Lapsista vanhempi tyttö oli 11 -vuotias ja poika 6 ja puoli -vuotias. Tyttö vastusti hyvin voimakkaasti palauttamista Englannista Espanjaan ja hänen kanssaan useaan otteeseen keskustelleet psykiatrit olivat sitä mieltä, että hän on ikäänsä nähden kypsempi ja pystyy itsenäisesti muodostamaan asiasta mielipiteen. Tuomari ei nähnyt merkkejä isän mahdollisesta painostamisesta tai mielipiteen muokkaamisesta. Ongelmaksi muodostuikin pienemmän pojan mielipide. Hänen ei katsottu olevan tarpeeksi kypsä, jolloin hänen mielipiteensä olisi voitu ottaa huomioon. Kuitenkaan vanhemman sisaren mielipidettä ei voida pitää nuoremman lapsen mielipiteenä. Ja koska mikään ei tukenut palauttamatta jättämistä, tuli tuomioistuimen pohtia mahdollisuutta vain toisen lapsen palauttamiseen. Tätä ei kuitenkaan tuomioistuin tukenut, koska lapset olivat asuneet koko elämänsä yhdessä ja nuorempi veli tukeutui vanhempaan sisareen. Tuomioistuin tuli lopputulokseen, jossa kumpaakaan lasta ei palautettu.²⁰⁸

Koska molemmat lapset ovat itsenäisiä yksilöitä, ei toisen mielipidettä voida ottaa huomioon toisen lapsen palauttamista ratkaistaessa. Sisaruksiin kohdistuva kaappaustilanne tulee käsitellä samassa ratkaisussa, mutta molempien kohdalta erillisinä, kuten maini-

²⁰⁶ Bruch Carol S., *International Child Abduction Cases*, s. 359

²⁰⁷ Mattila Riina, 2011

²⁰⁸ Re T. (*Abduction: Child's Objections to Return*), 2000

tussa englantilaisessa tapauksessa oli käsitelty. Tuomari mainitsi ratkaisussaan, että jos kyseessä olisi vain vanhempi sisarus, hän ei määräisi palauttamista, mutta koska tilanteessa oli myös nuorempi veli, hänen tuli pohtia ratkaisua vielä uudestaan. Veljeä ei katsottu tarpeeksi kypsäksi, mutta tuomarin mielestä lasten erottaminen ei tullut kyseeseen, joten toisen lapsen osalta tuli tehdä Haagin yleissopimuksen vastainen²⁰⁹ päätös. Koska Haagin sopimus perustuu lapsen etuun, tulee myös kiinnittää huomiota sisarusten etuun. Sisarusten osalta tehty eriävät päätökset saattavat vaikuttaa lapsen henkiseen ja fyysiseen tasapainoon, kun hän joutuu kaiken lisäksi kokemaan sisaruksistaan erottamisen. Tulee kuitenkin muistaa, että tuomioistuin ei ole sidottu tekemään sisarusten osalta samaa ratkaisua, joten sisarusten erottaminen voi jossain tapauksessa tulla kyseeseen.

Joissain julkaistuissa tapauksissa on mahdollista huomata, että vanhinta lasta painostetaan nimenomaisesti nuorempien sisarusten kustannuksella. Uhkaillaan, että vanhemman sisaruksen vastuulla on nuorempien sisarusten tulevaisuus eli se mitä vanhempi sisarus sanoo mielipiteekseen tulee myös nuorempien mielipiteeksi. Näinhän asia ei ole, mutta usein lapsi ei sitä ymmärrä, jolloin vastuu asian oikeanlaisesta selvittämisestä kuuluu sille, joka lasta kuulee. Esimerkkinä seuraava ratkaisu, jossa mielestäni tuomioistuin asetti vanhimmalle sisarelle liiallisen vastuun sisarusten lopullisesta eroamisesta.

Yhdysvaltalainen ratkaisu L.L.(Children) koskettaa kahden täyssisaruksen ja heidän sisarpuolen palauttamista takaisin Hollantiin heidän isän (isäpuolen) luokse. Asiassa on jouduttu pohtimaan myös mahdollisten muiden palauttamisesta kieltäytymisperusteiden olemassa oloa, mutta tapauksessa kaksi täyssisarusta päädyttiin palauttamaan ja sisarpuolta ei. Sisarpuoli oli asiaa käsiteltäessä jo 15 -vuotias, joten tuomioistuin katsoi hänen olevan tarpeeksi kypsä ilmaisemaan mielipiteensä ja mielipide olikin otettu huomioon päätöstä tehtäessä. Nuorempien 8 ½ -vuotiaan ja 7-vuotiaan palauttaminen Hollantiin kuitenkin määrättiin. Tapauksessa lapsia oli kuullut mm. lastenpsykiatri ja lastenlääkäri, jotka olivat sitä mieltä, ettei lapsia tulisi palauttaa. Palauttaminen olisi ollut heidän mielestään vakava uhka ruumiillisille ja henkisille vaurioille. Kaksi nuorempaa sisarusta oli myös hyvin kiintyneitä vanhempaan sisarpuoleen, joten heidän erottaminen ei olisi ollut suotavaa. Oikeus kuitenkin ratkaisi asian päinvastaisesti. Ratkaisu voi 15-vuotiaan kannalta olla oikeutettu, mutta kritisoin ratkaisussa seuraavaa perustelua:

²⁰⁹ Vastainen -sanalla tarkoitan sitä, että jos lasten osalta olisi ollut ratkaistavissa kaksi erillistä tapausta, toisessa lapsi olisi palautettu ja toisessa ei. Nyt kun kyseessä oli samalla kertaa ratkaistava asia, tuli päättää jätetäänkö palauttaminen suorittamatta vai palautetaanko molemmat eli toisen lapsen osalta tuli tehdä toisenlainen päätös, kuin yksittäistapauksessa asiaa ratkaistaessa.

”If J chooses to remain in the United States (or, alternatively, go to the Dominican Republic or elsewhere) that is not automatically determinative of the locale of her half siblings. For example, if the younger children are returned to the Netherlands, J will have a choice to make, or even a range of choices, and it will become her choice whether or not there is a sibling split, a decision that may be difficult for her but not "intolerable". [FN6] That is, because J has the age and maturity to decide not to return to the Netherlands, she also has the age and maturity to decide to return, weighing all the variables involved (including not just her ties to her half-siblings, but also, for example, her ties to the Dominican Republic where she has family and from which she has always felt uprooted). As a practical matter, the "split sibling" problem is likely to be resolved by J's clearly expressed intent at the in camera, regardless of other factors, to remain with her mother and half siblings, wherever they are located.”²¹⁰

Tässä tuomioistuin käytännössä jätti J:lle, 15-vuotiaalle, vastuun päätöksestä hajoaako sisarusparvi. Tätä ei nimenomaisesti tulisi tapahtua, koska vastuu päätöksistä on aina aikuisilla, eikä sitä voi siirtää alaikäiselle lapselle. Vaikka lapsi katsotaan olevan tarpeeksi vanha ja kypsä ilmaisemaan päätökseen vaikuttavan mielipiteensä, ei tämä saa tarkoittaa sitä, että kun hänen osaltaan on helpompi tehdä ratkaisu, voi muiden sisarussten erottamisen osalta sysätä vastuun tämän lapsen päätöksen varaan. Vaikka lapsi olisi kypsä ajattelemaan perusteluja omasta puolestaan, ei se tarkoita, että hänen tulisi ajatella muiden sisarussten puolesta. Tapauksessa J:n mielipide on kuitenkin koskenut vain hänen henkilökohtaista palauttamista isäpuolensa luokse, vaikka hän oli esittänyt toiveen pysyä yhdessä sisarustensa kanssa ja hän oli kertonut menevänsä sinne minne hänen äitinsä menee.

Tapauksessa oli myös muita olosuhteita, joiden perusteella tuomioistuin olisi voinut jättää palauttamisen tekemättä, mutta niiden osalta tuomioistuin uskoi Hollannin lastensuojeluviranomaisten olevan kykeneväisiä huolehtimaan lasten fyysisestä ja henkisestä terveydestä.²¹¹

²¹⁰ L.L. (Children), 2000

²¹¹ L.L. (Children), 2000

6. Päätöksen täytäntöönpanomenettely

Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta säättää, että Helsingin hovioikeuden tekemä ratkaisu lapsen palauttamisesta on mahdollista laittaa heti täytäntöön, vaikka päätös ei ole vielä lainvoimainen.²¹²

Kaappaustilanteissa ei tarvitse käräjäoikeudelle tehdä erillistä hakemusta täytäntöönpanosta vaan hovioikeudelle tehty hakemus sisältää myös palautuksen täytäntöönpanon. Hallituksen esityksessä 96/1995, kuitenkin huomautetaan, että täytäntöönpano toteutetaan huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain 46 §:n mukaisesti. Pykälän mukaan täytäntöönpanoon sovelletaan lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan päätöksen täytäntöönpanolakia, jollei mainitussa pykälässä ole muuta säädetty.²¹³

Lapsen palauttamispäätös voidaan panna täytäntöön vastapuolta kuulematta, määrämällä lapsi noudettavaksi. Tähän täytäntöönpanoon sovelletaan lakia lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan päätöksen täytäntöönpanosta. Lapsen huolto ja tapaamisoikeus lain 46 pykälässä on erityisesti todettu, että jos lapsi määrätään palautettavaksi ja vuoden määräaika ei ole täyttynyt, voi täytäntöönpano keskeytyä ainoastaan, jos lapsi vastustaa palauttamista ja hän on saavuttanut sellaisen iän ja kypsyyden, että hänen mielipiteeseensä on aiheellista kiinnittää huomiota. Tämän lisäksi pykälän mukaan, vaikka lapsen huollosta tai huostaanotosta olisi päätetty, tulee lapsen palauttaminen panna täytäntöön. Jos lapsi on kuitenkin täyttänyt jo 16 -vuotta, palauttamiseen ei voida ryhtyä.²¹⁴ Hovioikeus ei voi päättää täytäntöönpanon lykkäämisestä siihen asti kunnes päätös on lainvoimainen. Korkein oikeus voi sen sijaan, valituksen tullessa sinne vireille, kieltää täytäntöönpanon tai sen jatkamisen.²¹⁵ Täytäntöönpanohakemusta ei tuomioistuin voi pelkästään muuttuneiden olosuhteiden valossa hylätä. Hylkääminen voi tapahtua vain, jos lapsi vastustaa palauttamista. Täytäntöönpanolain mukainen 14 § tulee siis vain rajoitettavasti sovellettavaksi.²¹⁶

Jos kysymyksessä on eurooppalainen lapsikaappaustilanne, tulee täytäntöönpanossa ottaa myös huomioon Bryssel IIa -asetus. Sen mukaan jäsenvaltiossa annettu päätös

²¹² HLT 1983/631, 43 §

²¹³ Helin Markku, Huolto- ja tapaamispäätöksen täytäntöönpano, s. 328 ja HTL 1983/361, 46 §

²¹⁴ HTL1983/361, 46 §

²¹⁵ OK 1734/4, 30:32 ja Helin Markku, Huolto- ja tapaamispäätöksen täytäntöönpano, s. 327

²¹⁶ Täytäntöönpanolaki 1996/619, 14 § (Hakemuksen hylkääminen lapsen edun vuoksi), ks. HTL 1983/361, 46 §

lapsen palauttamisesta on tunnustettava muissa valtioissa vaatimatta minkään erityisen menettelyn noudattamista.

Jos lapsi on määrätty palautettavaksi, tulee lapsi luovuttaa hakijalle. Jos lapsen luovuttaminen ei tapahdu vapaaehtoisesti, tulee lapsi noutaa. Lapsen noutamisesta huolehtii ulosottomies, jonka apuna noutotilanteessa voi olla sosiaalityöntekijä ja mahdollisesti muita tarvittavia henkilöitä, esimerkiksi poliisi. Aina ei yhteistyö kuitenkaan suju täysin odotetusti, koska ulosottomiehet antavat ristiriitaista tietoa siitä, mitä sosiaalityöntekijältä odotetaan noutotilanteessa. Tähän yhtenä syynä on puutteellinen ohjeistus asiaa hoitaville.²¹⁷

Täytäntöönpanolain 2 § mukaan täytäntöönpanoon ei saa ryhtyä vastoin 12 -vuotta täytäneen lapsen tahtoa ja lain 3 § mukaan kaikki lapseen kohdistuvat toimenpiteet tulee suorittaa mahdollisimman hienovaraisesti ja lasta järkyttämättä. Nämä kohdat ovat sovellettavissa lapsen palautuspäätöksen täytäntöönpanoa suorittaessa. Kahdentoista vuoden ikäraja ei kuitenkaan estä lapsen palauttamista, koska lapsikaappaustilanteissa ehdottomaksi ikärajaksi on asetettu 16 -vuotta. Korkeimman oikeuden ratkaisussa on todettu, että vaikka 12 -vuotiaan lapsen palauttamista ei voi yksinomaan lapsen vastustuksen takia jättää täytäntöön panematta, voidaan 12 -vuotiaan lapsen mielipiteelle antaa merkitystä lapsen kypsyttä tarkasteltaessa.²¹⁸

Yllä esitetyn korkeimman oikeuden ratkaisukohtaa on perusteltu sillä, että koska lapsen palauttamista ratkaistaessa, ei tule selvittää lapsen huoltoon tai tapaamisoikeuteen liittyviä asioita, joten 12-vuoden ikärajan merkitys on lapsikaappaustilanteissa erilainen kuin huoltoasiaa ratkaistaessa.²¹⁹

Lakivaliokunta on lausunut, että vaikka hallituksen esityksessä on ikärajaksi esitetty 12 -vuotta, voi myös tätä nuoremman lapsen vastustus aiheuttaa täytäntöönpanon keskeytymisen. Nuoremman kuin 12 -vuotiaan kohdalla pitää kuitenkin kiinnittää huomiota lapsen kypsytyteen. Lausunnossa on tämän lisäksi todettu, että kovin nuorelle lapselle ei tule asettaa ratkaisupakkoa ja halutaan myös muistuttaa, että pienten lasten tahdonilmaiseminen voi olla vaikeata.²²⁰ Hallituksen esityksessä 96/1947 on nimenomaisesti todettu, että koska tietyn ikärajan asettaminen on mahdotonta erilaisten kehittymisen takia,

²¹⁷ Täytäntöönpanolaki 1996/619, 15, 21 ja 31 §:t, Mattila Riina, 2011

²¹⁸ Helin Markku, Huolto- ja tapaamisoikeuspäätöksen täytäntöönpano, s. 331 ja KKO:2004:129, kohta 29

²¹⁹ KKO:2004:129, kohta 29

²²⁰ Lakivaliokunnan mietintö 7/1996

tulee nuoremman ja kehittyneen lapsen mielipiteeseen kuitenkin kiinnittää huomiota.²²¹

6.1 Lapsen vastustus

Yleinen lähtökohta on, että lapsen mielipide on selvitetty jo asiaa ratkaistaessa, joten asiaa ei tule selvittää kokonaisuudessaan päätöstä täytäntöönpanossa uudelleen. Koska tilanne ei ole lapselle ongelmaton, ei ole perusteltua ryhtyä selvittämään asiaa pitkäveteisesti, kun tarkoituksena on tehokas täytäntöönpano. Mahdolliset olosuhteiden muutokset eivät lapsen palautustilanteessa voi olla yksinään peruste palauttamisen täytäntöönpanon keskeytykseen.²²² Hallituksen esityksessä 96/1995 on erityisesti todettu, että lapsen tiheästi toistuva kuuleminen sosiaalilautakunnan, sovittelijan²²³ ja tuomioistuinten toimesta sekä asiaa ratkaistaessa että täytäntöönpanossa voi muodostua lapsen kannalta haitalliseksi.²²⁴

Lapsen vastustaminen voi tapahtua missä tahansa kohtaa täytäntöönpanon edetessä. Jos lapsi vastustaa palauttamista käräjäoikeuden asiaa käsiteltäessä, on tuomioistuimella mahdollisuus hylätä täytäntöönpanohakemus. Lapsen kuuleminen tässä vaiheessa on kuitenkin hyvin poikkeuksellista ja toimitetaan ainoastaan, jos se on painavista syistä välttämätöntä. Edellytyksenä on myös lapsen suostumus kuulemiseen.²²⁵

Jos lapsi vastustaa palauttamista noudon yhteydessä, voi ulosottomies keskeyttää toimituksen. Tässä vaiheessa lapsen mielipidettä ei kuitenkaan enää selvitetä, vaan vastustaminen voi ilmetä lapsen kieltäytymisellä lähtemään ulosottomiehen mukaan. Huomioitavaa on, että käräjäoikeuden antaman päätökseen pohjautuen voidaan nouto pyytää uudestaan toteutettavaksi. Nouto keskeytyy vain sillä kertaa eikä pysyvästi.²²⁶

Korkeimman oikeuden tapauksessa KKO:2004:129 on todettu, että jos lapsen vastustusta on esiintynyt jo palautuspäätöstä tehtäessä ja tuomioistuin on lapsen vastustuksen tutkinut, on ulosottomiehen harkintavalta noutotilanteessa rajoitetumpi kuin, jos vastustus tulisi ensi kertaa esille. Ratkaisussa myös todetaan, että ”Ei näet voida lähteä siitä, että lapsen ilmaisemaa vastustusta voitaisiin palauttamismääräystä täytäntöönpanossa

²²¹ HE 96/1974

²²² Helin Markku, Huolto- ja tapaamispäätöksen täytäntöönpano, s. 58-60 ja s. 327

²²³ Koska kaappaustilanteet ovat yleensä hyvin kiireellisesti toimitettavia täytäntöönpanosovittelua ei näissä tilanteissa järjestetä. ks Helin Markku, Huolto- ja tapaamispäätöksen täytäntöönpano, s. 329

²²⁴ HE 96/1995, s.35-36

²²⁵ Helin Markku, Huolto- ja tapaamispäätöksen täytäntöönpano, s. 65-66, Täytäntöönpanolaki 1996/619, 2 ja 11§ ja HE 1995/96, s. 21 ja 35

²²⁶ Helin Markku, Huolto- ja tapaamispäätöksen täytäntöönpano, s. 60-64

arvioida ehkä toistuvastikin uudelleen, jollei siihen ole edellä mainittua erityistä syytä^{227, 228}.

6.2 Millaista vastustuksen tulee olla, jotta täytäntöönpano keskeytyy?

Kuten yllä jo todettiin, yleisenä lähtökohtana on se, että lapsen mielipide on selvitetty asian ratkaisun yhteydessä, joten täytäntöönpanotilanne tulisi olla mahdollisimman nopea ja kivuton. Taustaa mihin lapsen vastustus vielä täytäntöönpanotilanteessa on haluttu perustaa, voidaan löytää kaksi perustetta.

Ensimmäiseksi vastustamista voidaan perustella, lapsen, yksilön vapaudesta päättää elämästään, vaikka hänen päätöksensä ei objektiivisesti katsottuna olisi hänen etujensa mukaista. Toiseksi perusteeksi on oikeuskirjallisuudessa esitetty, että varttunut lapsi osaa itse päättää, harkittuaan asiaa, mikä on hänen paras etunsa. Kuitenkin lapsen tahto voi selkeästi olla hänen etunsa vastainen, jolloin täytäntöönpanolain 2 §:ä ei tulisi soveltaa. Oikeuskirjallisuudessa onkin todettu, että lain 2 § mahdollistama palautuksen täytäntöönpanon estäminen lapsen vastustuksen takia, antaa riittävän kypsälle lapselle mahdollisuuden täytäntöönpanon hyväksymisestä tai sen toteutuksen estämisestä. Jos tuomioistuin tai noutoa suorittava tulee siihen tulokseen, että lapsen mielipide ei ole esimerkiksi tarpeeksi perusteltu tai voidaan olettaa painostuksen siihen vaikuttaneen, voidaan lapsen mielipide sivuuttaa.²²⁹

Korkein oikeus on eräässä ratkaisussaan todennut, että lapsen vastustukselle annettava merkitys on ulosottomiehen harkittava asia. Kyseisessä tapauksessa asianosainen oli valittanut ulosottomiehen toiminnasta, joka oli ryhtynyt noutoon lasten vastustuksesta huolimatta. Lasten noutotilanteessa laaditussa pöytäkirjassa oli todettu lasten vastustaneen täytäntöönpanoa, mutta noudossa mukana olleet sosiaaliviranomaiset eivät olleet voineet muodostaa käsitystä, olivatko lasten mielipiteet muodostuneet aidosti vai manipuloinnin perusteella, koska he eivät tunteneet asian taustoja. Myöskään lapsia kuullut lääkäri ei kyennyt ottamaan tähän kantaa. Käräjäoikeus hylkäsi ulosottovalituksen, mutta hovioikeus taasen sen hyväksyi. Hovioikeus oli kuullut lapsia ja heidän mielestään lasten mielipiteet olivat aidot. Korkein oikeus myönsi asiassa valitusluvan ja ratkaisi asian käräjäoikeuden päätöksen mukaisesti. Heidän mukaan täytäntöönpanovaiheessa, vastustuksen merkitys tulee uudelleen arvioida vain, jos olosuhteet ovat olennaisesti

²²⁷ Syyksi tarkoitetaan HTL 1983/361 46 §:ssä mainittuja syitä

²²⁸ KKO:2004:129

²²⁹ Helin Markku, Huolto- ja tapaamispäätöksen täytäntöönpano, s. 61-63

muuttuneet, erityisesti jos lapsen kyvyt vastustamisen perustelemiseen, omaehtoiseen harkintaan ja tahdonmuodostukseen ovat kehittyneet. Korkein oikeus katsoi lasten mielipiteisiin vaikuttaneen kaappaajavanhemman toiminta ja hovioikeuden tekemä selvitys lasten mielipiteistä vastasi enemmän huolto-oikeudenkäynnin lapsen kuulemista kuin lapsen palauttamiskuulemista. Korkein oikeus katsoi, että palauttamismääräyksen toimeenpanolle ei ollut väitettyä estettä.²³⁰

Lapsen vastustuksen huomioonottaminen lapsikaappaustilanteiden täytäntöönpanossa voi yllä olevan perusteella päätellä jäävän vähemmälle huomiolle. Koska yleensä tarkoituksena on saada palautuspäätös välittömästi täytäntöön, voidaan hyvin olettaa, että lapsen olosuhteissa tai hovioikeuden pyynnöstä tehtyyn sosiaalitoimiselvitykseen ei ole tullut muutoksia tuona väliaikana. Tietenkin tulee huomioida jokaisen tapauksen erilaisuus ja mahdollisuus muutosten syntyyn. Voidaankin perustellusti todeta, ulosottomiehen mahdollisuuksien keskeyttää täytäntöönpano lapsikaappaustilanteissa olevan rajatunmat kuin esimerkiksi huoltoriidassa, jossa päätöksen ja täytäntöönpanon välinen aika voi olla huomattavasti pidempi.

On kuitenkin perusteltua, että päätöstä täytäntöön pantaessa on vielä mahdollisuus keskeyttää palauttaminen, jos siihen on lain vaatima peruste. Tätä lapsen huolto ja tapaamisoikeuslain antamaa perustetta tulee kuitenkin tulkita suppeasti. Edelleen tulee muistaa, että kyse ei ole lapsen huollosta tai tapaamisoikeudesta vaan kyse on lapsen palauttamisesta asuinpaikkaansa, jossa huoltoriita voidaan käsitellä. Kuten lakivaliokunta lausunnossaan totesi, pienen lapsen mielipidettä voi olla hankala tulkita ja sen tulkitsemiseen tarvitaan ammattitaitoinen henkilö. Mutta kuten korkeimman oikeuden tapauksessa 2004:129 voidaan huomata, paikalla olleet sosiaaliviranomaiset tai lääkäri eivät niin lyhyen tapaamisten perusteella voineet todeta, onko lasten vastustaminen aitoa. Jos lasten mielipide tulee selvittää uudelleen, pitkittää tämä lapsen palauttamista, mikä taas on Haagin yleissopimuksen periaatteiden vastaista.

En tarkoita tällä sitä, että lasten mielipiteitä ei tulisi selvittää, vaan sitä miten hankala on toisen ihmisen mielipiteen tulkitseminen lyhyessä ajassa. Kun asiaa selvitetään useaan otteeseen, pitkittyy käsittely sekä mahdollinen palauttaminen, jonka aikana voivat lapsen olosuhteet ja mielipide hyvinkin muuttua. Lapsi on jo kaappaustilanteessa joutunut kokemaan paljon mieltä kuohuttavia tapahtumia, joten Haagin yleissopimuksen perustarkoitus mahdollisimman pikaisesta päätöksestä asian suuntaan tai toiseen on

²³⁰ KKO:2004:129. Huomautuksena, että päätös oli äänestyspäätös. Erimieltä oleva oikeusneuvos Lehtimaja olisi halunnut kuulla lapsia ennen päätöksen tekemistä.

siten perusteltua, jotta esimerkiksi mahdollisen huoltoriidan saataisiin ripeästi toimivaltaisen tuomioistuimen ratkaistavaksi.

7. Lopuksi

Lapsikaappaustilanteet ovat hyvin vaativia ratkaista ja vaativat ratkaisijalta monenlaista tuntemusta. Päätös vaikuttaa monen elämään, mutta kuitenkin erityisesti lapsen elämään. Lapsikaappaukset tapahtuvat usein suurten tunteiden vallassa ilman, että ajatellaan teon oikeudenmukaisuutta. Lasten hyväksikäyttäminen välikappaleena, jopa aseena toista vanhempaa vastaan, ei tule olla minkäänlaisessa tilanteissa sallittua. Kansainvälinen yhteisö on tilanteiden varalta kehittänyt mekanismeja, joilla syntynyt tilanne voidaan ratkaista. Aina nämä mekanismitkaan eivät auta ja lapsen palauttaminen asuinpaikkaansa mahdollisimman nopeasti ei onnistu.

Lapsikaappaustilanteet ovat ratkaisijalle haaste, koska ratkaisussa pitää muistaa pitää erillään lapsen huoltoon liittyvät kysymykset. Huoltoasia tulee aina ratkaista lapsen asuinpaikassaan, joten siihen tuomioistuin ei saa ottaa kantaa. Huoltoa koskevia asioita tuomioistuin joutuu sivuuttamaan selvittäessään ovatko lapsikaappauksen edellytykset täyttyneet, mutta tämä ei tarkoita, että tuomioistuin saisi ratkaista tai ottaa edes kantaa huollon järjestämiseen.

Suomessa kansainvälisiin lapsikaappaussopimuksiin liityttiin hyvin myöhäisessä vaiheessa. Matti Savolainen totesi kirjoituksessaan, että Suomi ei ollut valmis hyväksymään aikaisemmin yleissopimuksia, koska Suomen lainsäädäntö oli täysin päinvastainen vaadittuun ja hän myös epäili, etteivät Suomen tuomioistuimet olisi nationalistisen ajattelun takia kyenneet yleissopimuksen oikeanmukaiseen soveltamiseen.²³¹ On siis perusteltua, että lainsäädännön uusiminen oli suoritettava ensin, ennen sopimusten hyväksymistä.

Lainsäätäjän ratkaisu asettaa vain yksi tuomioistuin, Helsingin hovioikeus, asioiden ratkaisijaksi, on mielestäni onnistunut. Palauttamispyyntöjä ja niiden ratkaisuja tulee käsiteltäväksi suhteellisen vähän, joten on perusteltua, että asiat keskitetään yhteen tuomioistuimeen. Näin asiaan eniten perehtyneet ratkaisevat palauttamispyynnöt.

Vaikka kansainväliset yleissopimukset ja Euroopan yhteisön asetus ovat tuoneet ns. yhteisiä pelisääntöjä tälle oikeudenalalle, ei näiden tulkitseminen maiden välillä aina ole kovin yhtenäistä. Tästä hyvänä esimerkkinä on työssäni käsitelty asuinpaikan määrittely. Asuinpaikan käsite on yleissopimuksissa tarkoituksella jätetty määrittelemättä. Tämä

²³¹ Savolainen Matti, The Hague Convention on Child Abduction of 1980 and It's Implementation in Finland, s. 108-109

johtuu osaksi kompromissista, koska epäiltiin se määrittelemisen aiheuttavan liian suuria ongelmia määritelmää sovellettaessa. Kuitenkin on välttämätöntä olla jonkinlainen peruste sille, miten asuinpaikka käsitettä tulkitaan, jotteivät eri valtioiden väliset tulkinnot määritelmästä eroaisi liikaa toisistaan. Tämän takia oikeuskirjallisuus ja oikeuskäytäntö ovat joutuneet sen määrittelemään. Englantilaisessa oikeusjärjestelmässä kotipaikan ja asuinpaikan ero on edelleen merkittävä. Sitten voidaan hyvinkin pitää englantilaisia lapsikaappauksiin liittyviä ratkaisuja erittäin tärkeänä asuinpaikka termin määrittelyn kehittämisessä. Tämä on myös havaittavissa eräissä korkeimman oikeuden ratkaisuissa, missä on viitattu englantilaisiin ratkaisuihin. Koska jokainen tapaus on kuitenkin erilainen ja jokaisessa tapauksessa on omat yksityiskohtansa on termin määrittelemätömyys osaltaan ymmärrettävää. Voisi olla, että jos termi olisi määritelty ja joissain tapauksissa ei asian olosuhteiden takia määritelmä sopisi tehtävään ratkaisuun, voisi ratkaisu saada aivan eri tarkoituksen, kuin jos määritteleminen olisi jätetty tekemättä.

Lapsikaappaustilanteet koskettavat eniten lasta ja hänen elinolojaan. Lapsi voidaan yllättäen viedä maasta toiseen tai jättää palauttamatta alkuperämaahan. Vaikka lapsi olisi pieni, tuntee hän ympärillään tapahtuvat muutokset ja muutosten vaikutuksen hänen elämäänsä. Lasta ei siten voi jättää asiaa päätettäessä huomiotta. Lapsen tulee saada ilmaista mielipiteensä, hänen näin halutessaan. Se, voidaanko sille antaa painoarvoa päätöstä tehtäessä, on toinen kysymys ja tulee pitää erillään kuulemisesta. Lapsen mahdollisuutta ja halua ilmaista mielipidettänsä ei kuitenkaan saa vähätellä.

Lapsi on oma yksilönsä eikä lasta ei pidetä enää epäitsenäisenä vanhempainvallan kohteena. Lapsella on oma tahto ja toivotukset. Vaikka tuomioistuin katsoo, ettei lapsen mielipidettä jonkun syyn takia voida ottaa huomioon, tulee lapsella olla mahdollisuus osallistua häntä koskevaan päätöksentekoon. Lapsen tulee tietää, että päätös ei ole hänen harteillaan, mutta halutessaan hän saa ilmaista mielipiteensä.

Koska laissa ei ole määritelty, miten lapsen kuuleminen tulee suorittaa, on kuulemisen suorittaminen annettujen ohjeiden varassa. Koska kuulemisen suorittamiseen liittyviä ohjeita on hyvin niukasti ja lapsikaappaustilanteissa suoritettavan kuulemisen osalta ei ole minkäänlaisia ohjeita, olisi tarpeen yhtenäisen menettelyn suojaamiseksi luoda selkeät ohjeet kuulemisen suorittamiseen.

Lapsikaappaustilanteissa, joissa päätös lapsen palauttamisesta tulee tehdä mahdollisimman nopeasti, ei ole mahdollisuutta tavata lasta useaan otteeseen. Lyhyessä ajassa lasta kuulevan tulisi saada selville lapsen mielipide ja tehdä päätelmä sen aitoudesta tai onko

se painostuksen alla ilmaistu. Koska tämä on haastavaa myös alan asiantuntijoille, tulisi kuuleminen suorittaa tuomioistuimessa hyvin poikkeustapauksessa. Yleisenä käytäntönä onkin ollut sosiaaliviranomaisten toimittama kuuleminen. Kuulemisten määrän lisääminen palautuspäätöstilanteissa viivästyttäisi itse palautuspäätöksen tekemistä, mikä taas ei ole kansainvälisten säännösten idean mukaista. Yleissopimuksilla on nimenomaisesti haluttu, että ilmennyt tilanne saataisiin purettua mahdollisimman pikaisesti, jotta lapsen huolto voidaan sopia siinä maassa, jolla on tähän kaikista parhaimmat edellytykset. Toiselta kantilta katsottuna lapsen etu on se, mikä tulisi priorisoida tärkeimmäksi²³², joten on aiheellista miettiä, saako tuomioistuin sosiaaliviranomaisten suorittaman kuulemisen perusteella todellisen kuvan lapsen mielipiteestä. Jos tuomioistuin suorittaa kuulemisiä, tulisi edellytyksenä olla tuomareiden kouluttaminen kuulemisen suorittamiseen.

Kun sosiaaliviranomaiset toimittavat kuulemisen tuomioistuimen pyynnöstä, tulee tuomioistuimen pyynnön olla mahdollisimman selkeä ja tarkasti ilmaistu, mitä selvityksen tulisi pitää sisällään. Jos tuomioistuin ei tarpeeksi selkeästi ilmaise, mitä varten lapsen kuuleminen toteutetaan, voi selvitys olla turhan laaja tai jossain tapauksissa kuuleminen ei vastaa niihin kysymyksiin, joihin tuomioistuimen tulisi ottaa kantaa. Myös sosiaaliviranomaisilta tarvitaan aktiivisuutta, mikäli selvityspyynnöstä ei selkeästi käy ilmi mitä heidän tulee selvittää.

Lapsen kuuleminen voi olla lapselle hyvin ahdistavaa, joten kuulemistilanteen tulisi olla niin luonteva kuin mahdollista. Koska tarkoituksena ei ole tehdä olosuhdeselvitystä, tulee lasta rasittaa vain sellaisten kysymysten osalta, jotka ovat oleellisia palautuspäätöstä tehtäessä.

Lapsikaappaustilanteiden ratkaiseminen on kehittynyt kansainvälisten sopimusten myötä, mutta julkisuudessa tiedetään lopulta hyvin huonosti, miten sopimus itse asiassa toimii. Lehdistö saattaa luoda mielikuvan vanhempien vastakkainasettelusta ja sekoittaa huoltokysymykset palauttamispäätökseen ja unohtaa huomioida itse lapset. Mediaa ja muita tiedotuskanavia käytetään nykypäivänä surutta hyväksi luomaan mielikuvia ja asettamaan yleinen mielipide jommankumman vanhemman puolelle²³³. Usein maiden lehdistöt katsovat lapsikaappausoikeudenkäyntejä vain oman valtion näkökulmasta ja oman kansalaisensa silmin. Kuitenkin tärkein eli lapsen etu ja lapsen asema jää usein unohtuksiin. Tulisi osata asettaa itsensä lapsen asemaan, toisaalta nähdä kokonaisuus ja

²³² ks. HTL 1983/361, 34.1 2-kohta

²³³ ks. Aamulehti 6.1.2011, HS 3.4.2011

osata ratkaista asia lapsen kannalta parhaimmalla mahdollisella tavalla. Tämä onkin se haastavin tehtävä ja kuten Michael Freeman on todennut:

”Jos itse olisimme lapsia, millaista toimintaa tai käyttäytymistä toivoisimme tilanteessa suojaksemme, olettaen että haluaisimme kypsyä järkevään itsenäiseen aikuisuuteen, jolloin kykenemme päättämään itsenäisen rationaalisen ihmisen tavoin.”²³⁴

²³⁴ Auvinen Maija, Huoltoriidat tuomioistuimissa, s. 379