

**Kaapatun lapsen asuinpaikan määrittäminen ja palauttamisen
kieltäytymisperusteisiin vetoaminen oikeuskäytännössä**

Emmiina Salmela

602065

Pro gradu – tutkielma

Asianajajan perhe- ja jäämistöoikeus

Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta

Maaliskuu 2019

TURUN YLIOPISTO

Oikeustieteellinen tiedekunta

EMMIINA SALMELA: Kaapatun lapsen asuinpaikan määrittäminen ja palauttamisen kieltäytymisperusteisiin vetoaminen oikeuskäytännössä

OTM-tutkielma, 86 s.

Asianajan perhe- ja jäämistöoikeus

Maaliskuu 2019

Turun yliopiston laatujärjestelmän mukaisesti tämän julkaisun alkuperäisyys on tarkastettu Turnitin Originality Check -järjestelmällä.

Haagin lapsikaappaus sopimuksen voimaansaattamista ja sen myötä kehittyneitä lapsikaappausoikeusjärjestelmää voidaan pitää kansainvälisenä menestystarinana, mutta ei kuitenkaan täysin ongelmattomana. Oikeusjärjestelmä on monikerroksinen ja sääntelyyn sisältyvät tietyt käsitteet ovat melko väljiä tai jopa määrittelemättömiä. Tässä tutkielmassa tarkastellaan siten monikerroksisuuden haasteita sekä pyritään avaamaan tutkimusaiheen kannalta olennaisia käsitteitä ja pohditaan niiden mahdollisten määrittelemättömyyden ongelmakohtia oikeuskäytännössä.

Yksi näistä käsitteistä, joka on tutkielman tarkastelun keskiössä, on lapsen asuinpaikka. Lapsen asuinpaikan selvittäminen ja toteaminen oikeuskäytännössä on osoittautunut hyvin hankalaksi. Tästä syystä tutkielmassa tarkastellaan, miten lapsen asuinpaikka määritellään kansainvälisissä lapsikaappaustilanteissa ja sitä, miksi se on tärkein liittymä lapsikaappaus sopimusten soveltuvuuden kannalta.

Kaapattu lapsi on lähtökohtaisesti palautettava takaisin lapsen asuinpaikkavaltioon. Poikkeuksellisissa olosuhteissa lapsen palauttamisesta voidaan tietyin edellytyksin kieltäytyä. Näitä edellytyksiä kutsutaan yleisnimityksellä kieltäytymisperusteiksi. Tässä tutkielmassa keskitytään näistä kahteen – lapsen mielipiteeseen ja vakava vaara-säännökseen. Kieltäytymisperusteiden soveltaminen perustuu lapsen edun arvioinnin ja lapsen tehokkaan palauttamisen tasapainon löytämiseen. Tämä on kuitenkin todettu haasteelliseksi, muun muassa sen takia, että lapsen etu-käsitteelle ei löydy mitään universaalialla määritystä. Tutkielmassa tarkastellaan siten myös lapsen edun arviointia ja kieltäytymisperusteiden oikeudellisia ongelmia oikeuskäytännössä.

Euroopan unionin jäsenvaltioiden välisissä lapsikaappauksissa sovelletaan Haagin lapsikaappaus sopimuksen lisäksi Bryssel II-asetusta, johon sisältyy Haagin sopimuksen rinnalla sovellettavia tehostavia lisämääräyksiä. Koska asetusta on yksi merkittävimmistä lapsikaappausta koskevista säädöksistä, tutkielmassa tarkastellaan tutkimusaiheen rajoissa lisämääräyksiä vaikutuksia ja sitä, ovatko ne olleet tarpeellisia lapsikaappaus sääntelyn tehostamiseksi.

Tutkimusaihetta lähestytään lainopillisen metodin lisäksi oikeusvertailun kautta. Tämä näkyy siinä, että tutkimusaihetta tarkastellaan pääasiallisesti kotimaisten tapauksien avulla, mutta tarkastelun kohteena on myös kansainvälinen ja Euroopan unionin oikeuskäytäntö.

Asiasanat: Kansainvälinen lapsioikeus, lapsikaappaus, asuinpaikka, kieltäytymisperuste, lapsen kuuleminen, lapsen etu, Haagin lapsikaappaus sopimus, Bryssel II-asetus

LÄHDELUETTELO	IV
LYHENTEET	XI
1 Johdanto.....	1
1.1 Tutkielman aihe ja lähtökohtia.....	1
1.2 Aiheen rajausta ja keskeisimmät säädökset.....	7
1.3 Metodeista ja lähteistä sekä tutkielman rakenteesta	8
2 Lapsikaappausten kansainvälinen ja kansallinen sääntely.....	10
2.2 Haagin lapsikaappaussopimus.....	10
2.2.2 Tausta ja tavoitteet	10
2.2.3 Keskusviranomaisjärjestelmä.....	15
2.2.4 Palauttamisprosessista lyhyesti	16
2.3 Bryssel II a –asetus.....	18
2.5 Lapsikaappaus perus- sekä ihmisoikeus näkökulmasta.....	21
2.4 Muita sääntelyjä.....	24
2.6 Lopuksi.....	26
3 Lapsen asuinpaikka	27
3.1 Asuinpaikka käsitteenä kansainvälisessä yksityisoikeudessa	27
3.2 Tarkemmin lapsen asuinpaikasta.....	29
3.2.2 Ajallinen käsitys vai yhteistarkoitus?.....	34
3.2.3 Olosuhteet	40
3.3 Erityistilanteita.....	43
3.4 Lopuksi.....	46
4 Vakava vaara - säännös.....	47
4.1 Aluksi.....	47
4.1.1 Säännöksen määrittely	47
4.1.1 Säännöksen rajoittava luonne.....	50
4.2 Perheväkivalta ja siihen liittyvät väitteet.....	53
4.3 Lapsen edun arvioinnista	58
4.4 Kokoavia näkökohtia	63
5 Lapsen oma mielipide	65
5.1 Lapsen osallisuudesta palauttamiskysymykseen.....	65
5.2 Lapsen kuulemisen velvollisuudesta.....	69
5.3 Oikeustapauksia ja arviointia	71
5.3.1 Lapsen vastustaminen palauttamista koskevassa oikeudenkäynnissä.....	71
5.3.2 Lapsen vastustaminen täytäntöönpanovaiheessa	75
5.4 Pohdintaa	79
6 Loppupäätelmät	82

LÄHDELUETTELO

KIRJALLISUUS

Aaltonen, Anna: Lapsioikeus ja lapsen oikeus tuomioistuimessa. Edita 2009.

Aarnio, Aulis: Mitä lainoppi on? Tammi 1978.

Araneva, Mirjam: Sijaishuollossa olevan lapsen yhteydenpito-oikeus. Teoksessa Lapsen oikeudet lastensuojelussa, s. 168-172.

Auvinen, Maija: Huoltoriidat tuomioistuimissa: sosiaalitoimi selvittäjänä, sovittelijana, asiantuntijana, s. 393-397. Suomalainen lakimiesyhdistys 2006.

Beaumont, Paul; Trimmings, Katarina; Walker, Lara; Holliday, Jayne: Child Abduction: Recent Jurisprudence of The European Court of Human Rights. The International and Comparative Law Quarterly; Oxford Vol. 64, Issue 1 (Jan 2015), s. 40-48.

Beaumont, Paul – Walker, Lara – Holliday, Jayne: Conflicts of EU Courts on Child Abduction: The reality of Article 11(6)-(8) Brussels Iia proceedings across the EU, Löytyy: https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_Working_Paper_No_2016_1.pdf.

Esko, Timo: Kansainvälisen perhe- ja perintöoikeuden viimeaikaisesta kehityksestä. Defensor Legis N:o 4/2001, s. 661-673.

Freeman, Michael: Article 3. The Best Interest of the Child. Teoksessa: A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of The Child. Maritnus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007.

Gottberg, Eva: Lapsen huolto, huoltoriidat ja pakkotäytäntöönpano. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Yksityisoikeuden julkaisusarja A:93, Turku 1997.

Gottberg, Eva: Huoltoriita ja lapsen asumisen liittyvät kiireelliset ratkaisut. Defensor Legis 6/2006, s. 955-970.

Hakalehto-Wainio, Suvianna & Nieminen, Liisa (toim.): Lapsioikeus murroksessa. Lakimiesliiton kustannus 2013.

Hakalehto-Wainio, Suvianna: Lasten oikeudet lapsen oikeuksien sopimuksessa teoksessa Koivurova, Timo & Pirjatanniemi, Elina (toim.): Ihmisoikeuksien käsikirja. Tietosanoma 2014. s. 133–164.

Hakalehto-Wainio, Suvianna: Lasten oikeudet lapsen oikeuksien sopimuksessa. Defensor Legis 4/2011, s. 510-525.

Hakalehto, Suvianna & Toivonen, Virve (toim.): Lapsen oikeudet lasten suojelussa. Kauppakamari 2016.

Helin, Markku: Lapsen huolto- ja tapaamisoikeuslain säännökset lasta koskevista kansainvälisluonteisista riidoista. Defensor Legis 1995, s. 901-931.

Helin, Markku: Eurooppalaiset lapsikaappaussäännökset. Defensor Legis 4/2004, s. 642-652.

Helin, Markku: Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja lapsikaappaukset – uusi linjaus? Oikeustieto 1/2014, s. 22-25.

Helin, Markku: Suomen kansainvälinen perhe- ja perintöoikeus. Talentum 2013.

Husa, Jaakko: Oikeusvertailu: teoria ja metodologia. Lakimiesliiton kustannus 2013.

Kangas, Urpo: Perhe- ja jäämistöoikeuden perusteet. Vilna 2013. s. 119.

Kangas, Urpo julkaisussa: KKO:n ratkaisut kommentein II 2004. Toim. Pekka Timonen. Vilna 2017, s. 72-76.

Keller, Helen – Heri, Corina: Protecting the Best Interests of the Child: International Child Abduction and the European Court of Human Rights. Nordic Journal of International Law. 2015, Vol. 84 Issue 2, s. 270-296.

Kempainen, Outi - Norros, Merja - Salmenkylä, Hilikka: Kansainvälisiin lapsikaappauksiin ja tapaamisoikeuksiin liittyvistä kysymyksistä. Defensor Legis 4/2001, s. 674-685.

Kurki-Suoni, Kirsti ja Tarvainen, Laura julkaisussa: KKO:n ratkaisut kommentein II 2016. Toim. Pekka Timonen. Vilna 2017, s. 153-157.

Klami, Hannu Tapani – Kuisma, Eira: Suomen kansainvälinen yksityisoikeus. 3., uudistettu painos. Lakimiesliiton kustannus 2000.

Klami, Hannu-Tapani – Kuisma, Eira: Finnish law as an option: Private International Law in Finland, s. 70-74. Finnish Lawyer's Publishing 2000.

Koulu, Sanna: Lapsikaappaukset KKO:n uusimmassa oikeuskäytännössä. Defensor Legis 5/2010, s. 665-680.

Kuisma, Eira: Oikeustapauksia, kommentteja KKO 2004:76 ja KKO 2004:129. Lakimies 3/2005, s. 456-488.

Kuosma, Tapio: Turvapaikka ja pakolaisasema: kansainvälisen suojelun periaatteet, s. 116. Nordbooks 2016.

Leblanc, Lawrence J.: The Convention on the Rights of the Child: United Nations Lawmaking on Human Rights, s. 139-141. Univ. of Nebraska Press 1995.

McEleavy, Peter: Current Developments: I. Brussels II bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition. International and Comparative Law Quarterly 2004, Vol.53(2), s. 509-511.

McEleavy, Peter: The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership? *Journal of Private International Law*, April 2005, Vol 1(1), s. 5-34.

Mikkola, Tuulikki: *Kansainvälinen lapsioikeus*. Sanoma Pro 2012.

Mikkola, Tuulikki: *Kansainvälinen avioliitto- ja jäämistöoikeus*. 2. uudistettu painos. WSOYpro 2009.

Paton, Jennifer: The Correct Approach to the Examination of the Best Interest of the Child in Abduction Convention Proceedings Following the Decision of The Supreme Court in RE E (Children) (Abduction: Custody Appeal). *Journal of Private International Law*, Vol. 8, Issue 3, 2012, s. 547-576.

Rumenov, Ilija: *Determination of the Child's Habitual Residence According to the Brussels II bis Regulation*. 2013.

(https://www.researchgate.net/publication/288327847_Determination_of_the_Child's_Habitual_Residence_According_to_the_Brussels_II_bis_Regulation, luettu 13.10.2018).

Räty, Tapio: *Lastensuojelulaki: käytäntö ja soveltaminen*, s. 185-196. 3. uudistettu painos. Edita 2015.

Savolainen, Matti: The Hague Convention on Child Abduction of 1980 and its implementation in Finland. *Nordic International Law* 1997, Vol 66(1), s. 101-166.

Simpson, Kyle: What Constitutes a Grave Risk of Harm: Lowering the Hague Child Abduction Convention's Article 13 (b) Evidentiary Burden to Protect Domestic Violence Victims. *George Mason Law Review* 2017, Vol.24(3), s.841-864.

Schulz, Andrea: The 1980 Hague Child Abduction Convention and the European Convention on Human Rights . *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 12, Issue 2 (Fall 2002), s. 355-392.

Schuz, Rhona: *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*. Hart 2013.

Schuz, Rhona: Policy Considerations in Determining the Habitual Residence of a Child and the Relevance of Context. *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol. 11, Issue 1 (Fall 2001), s. 101-162.

Tiilikka, Päivi: Rangaistavaksi säädetty teko kärsimyskorvauksen perusteena. *Lakimies* 5/2011 s. 933–956.

Timonen, Pekka: *Johdatus lainopin metodiin ja lainopilliseen kirjoittamiseen*. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 1998.

Trimmings, Katarina: *Child Abduction Within the European Union*. Hart 2013.

Valjakka, Eeva: Kommentoituja oikeustapauksia. *Oikeustieto* 2/2005, s. 2-5.

Zoetewij-Turhan, Margarite Helena: Brussels Ii Bis: The Right of the Child to Be Heard in International Proceedings. *Pravnik*; Ljubljana Vol. 70, Iss. 11/12, (2015), s. 861-876, 888.

OIKEUSTAPAUKSET

Korkein oikeus

Julkaistut:

KKO 1991:151

KKO 2004:76

KKO 2004:129

KKO 2008:9

KKO 2009:85

KKO 2011:260

KKO 2015:44

KKO 2016:65

Ei julkaistut:

S 1995/1347

Hovioikeudet

Itä-Suomen hovioikeus 26.11.2004 t. 04/1271.

Helsingin hovioikeus 15.11.2013 t. 2999.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Maumosseuau ja Washington v. Ranska, 39388/05, 06.12.2007.

Neulinger ja Shuruk v. Sveitsi, 41615/07, suuri jaosto, 06.07.2010.

Šneersonne and Kampanella v. Italia, 14737/09, 12.10.2011.

X v. Latvia, 27853/09, suuri jaosto, 26.10.2013.

GS v. Georgia, 2361/13, 21.10.2015.

Hoholm v. Slovakia, 35632/13, 13.01.2015.

G.N. v. Puola, 2171/14, 19.10.2016.

Euroopan unionin tuomioistuin

Asia C-523/07, A, tuomio 2.4.2009.

Asia C-491/10 PPU, tuomio 22.12.2010.

Asia C-497/10 PPU, tuomio 22.10.2012.

Kansainvälisiä oikeustapauksia

Australia

Murray v. Director, Family Services, Full Court of the Family Court of Australia (Sydney); Appellate Court, 06.10.1993.

Kanada

DeHaan v. Gracia, Court of Queen's Bench (District of Calgary, Alberta), 04.02.2004.

Iso-Britannia

Cameron v. Cameron, 1996 SC 17, Inner House of the Court of Session (Second Division), 24.10.1995.

AR v. RN (Skotlanti) 2015 UKSC 35, United Kingdom Supreme Court, Superior Appellate Court, 22.05.2015.

Yhdysvallat

Mozes v. Mozes, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001), United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, Appellate Court, 09.01.2001.

VIRALLSILÄHTEET

Hallituksen esitykset

HE 60/1993 vp. 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 309/1999 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

HE 114/2004 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle riita-asioiden sovittelua ja sovinnon vahvistamista yleisissä tuomioistuimissa koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 186/2004 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta avioliittoa ja vanhempainvastuuta

koskevista asioissa annetun neuvoston asetuksen soveltamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 169/2005 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rikoslain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 252/2006 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle lastensuojelulaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 218/2008 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle lasten suojelua koskevan Haagin yleissopimuksen hyväksymisestä ja laeiksi sopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta sekä eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.

HE 104/2009 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi isyyslain muuttamisesta ja eräistä kansainvälisluontoisista perheoikeudellisista suhteista annetun lain 18 ja 22 §:n kumoamisesta.

HE 231/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle rikoksen johdosta tapahtuvaa luovuttamista ja kansainvälistä perheoikeutta koskevan lainsäädännön muuttamiseksi.

Lakivaliokunnan mietinnöt

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

LaVM 28/1993 vp. Lakivaliokunnan mietintö n:o 28 hallituksen esityksestä laeiksi lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain sekä ulkomailla annetun elatusapua koskevan päätöksen tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta annetun lain 8 §:n muuttamisesta.

LaVM 7/1996 vp. Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä lainsäädännöksi lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan päätöksen täytäntöönpanon uudistamisesta.

LaVM 4/2005 vp. Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esitys riita-asioiden sovittelua ja sovinnon vahvistamista yleisissä tuomioistuimissa koskevaksi lainsäädännöksi.

MUUT VIRALLISLÄHTEET

Kotimaisia julkaisuja

Oikeusministeriön ohje 18.10.1996: Noutomenettely ja väliaikainen turvaamistoimi lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan päätöksen täytäntöönpanossa, 3553/36/96 OM.

Oikeusministeriön esite: Kansainvälinen lapsikaappaus. Helsinki 1999.

Käsittely- ja oikeusastejärjestyksen muuttaminen rikoksen johdosta tapahtuvaa luovuttamista ja kansainvälistä perheoikeutta koskevista asioista, Oikeusministeriön julkaisu 32/2014, Mietintöjä ja lausuntoja.

VNS 6/2014 vp. Valtioneuvoston ihmisoikeusselonteko.

Euroopan unionin julkaisuja

Euroopan yhteisöjen komission valmisteluasiakirja "lasten huoltoa koskevien päätösten vastavuoroisesta tunnustamisesta", Bryssel 27.3.2001, KOM (2001).

Euroopan komission "Käytännön opas Brussels IIa -asetuksen soveltamiseen", 2014. Löytyy: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels_ii_practice_guide_fi.pdf (käyty viimeksi 20.12.2018).

Handbook on European law relating to the rights of the child. European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2015. Löytyy: https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_ENG.PDF (käyty viimeksi 20.12.2018).

Haagin kansainvälisen lapsikaappaus sopimukseen liittyviä asiakirjat

Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention; Elisa Pérez-Vera, 1982.

Guide to Good Practice under The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Part I Central Authority Practice.

Part I — A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Global report.

Part II — A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Regional report.

Prel. Doc. No 9 of May 2011 — Domestic and family violence and the Article 13 "grave risk" exception in the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction: a reflection paper.

Prel. Doc. No 3 of June 2017 — Draft Guide to Good Practice on Article 13(1)(b) of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction.

Hyvien toimintatapojen opas, Kansainvälisestä lapsikaappauksesta Haagissa 25 päivänä lokakuuta 1980 tehty yksityisoikeuden alaa koskeva yleissopimus, Sovittelu. 2012.

Yhdistyneiden kansakuntien lapsen oikeuksien sopimukseen liittyvät asiakirjat

UN Committee on the Rights of the Child: Concluding Observations: Finland, 16 October 2000, CRC/C/15/Add.132.

General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para 1), CRC/C/GC/14.

LYHENTEET

Bryssel IIa-asetus	Euroopan neuvoston asetus tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta avioliittoa ja vanhempainvastuuta koskevissa asioissa (2201/2003)
DL	Defensor Legis
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus (SopS 18-19/1990)
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EU-tuomioistuin	Euroopan unionin yleinen tuomioistuin
EU	Euroopan unioni
HTL	laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta (361/1983)
KKO	korkein oikeus
LOS	Yhdistyneiden kansakuntien lapsen oikeuksia koskeva yleissopimus (SopS 59-60/1991)
PL	Suomen perustuslaki (731/1999)
RL	rikoslaki (39/1889)
Täytäntöönpanolaki	laki lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan päätöksen täytäntöönpanosta (619/1996)
YK	Yhdistyneet kansakunnat

1 Johdanto

1.1 Tutkielman aihe ja lähtökohtia

Perhe-elämä ja niihin liittyvät oikeudet ovat globalisaation myötä saaneet entistä enemmän kansainvälisiä vaikutteita. Kansainvälinen kanssakäyminen ihmisten välillä on yleistynyt, kun ulkomaille matkustamisesta ja telekommunikaatiosta on tullut entistä helpompaa. Parisuhteet kansainvälistyvät, kun yhä useampi astuu avioliittoon ulkomaalaisen puolison kanssa.¹ Puolisot hankkivat lapsia ja muuttavat työn perässä muille maille. Puolisot voivat asua joko toisen puolison kotimaassa tai täysin vieraassa valtiossa, johon kummallakaan ei ole aikaisempaa kytköstä. Tämä kansainvälistyminen on luonut haasteita perheoikeudellisesta näkökulmasta ja ongelmat kärjistyvät usein entisestään, kun perheeseen kuuluu lapsia. Vanhemmilla voi olla eri kansalaisuudet, lapsella oma tai kaksoiskansalaisuus. Mahdolliset liittymät useampaan eri maahan voivat koitua ongelmalliseksi etenkin silloin kun perhe kokee vastoinkäymisiä. Valitettavan usein avioliiton tai avoliiton päättyessä, puolisot eivät pääse yhteisymmärrykseen lapsen tai lapsien hullosta ja siten, toinen heistä saattaa viedä lapsen rajan yli toiseen maahan toisen puolison huoltajuusoikeuksia rikkoen. Perhesuhteiden kansainvälistymisen varjopuolena, *Helinin* sanoja lainaten, ovat siis lapsikaappaukset.²

Tyypillisesti luvattomiin lapsikaappauksiin liittyvät usein perheen sisäiset ristiriidat, kuten avioliiton tai avoliiton purkautuminen.³ Tavanomaisesti toinen vanhemmista, joka on vieraan valtion kansalainen, vie lapsen omaan kotimaahansa joko ennen kuin avioeroasia on tullut vireille taikka sen vireillä ollessa, mutta ennen kuin kysymys lapsen hullosta on lopullisesti ratkaistu.⁴ Lapsia kaapataan valitettavan usein siinä ajatuksessa, että toinen huoltajista saisi parempaa kohtelua vanhemman omassa asuinpaikkavaltiossaan. Motiivina lapsikappauksille

¹ Vuonna 2017 Suomessa solmittiin lähes 4 300 sellaista kansainvälistä avioliittoa, joissa Suomessa vakituisesti asuva Suomen kansalainen meni ulkomaan kansalaisen kanssa naimisiin. Ks. lisää: <http://www.stat.fi/tup/maahanmuutto/perheet/solmitut-avioliitot.html>.

² *Helin, Markku*: Eurooppalaiset lapsikaappaussäännökset. DL 4/2004, s. 642.

³ Vuonna 2017 purkautui 921 suomalaistaustaisen naisen ja ulkomaalaistaustaisen miehen avioliittoa. Suomalaistaustaisen miehen ja ulkomaalaistaustaisen naisen välisiä avioeroja oli lähes 780. Ks. lisää: <http://www.stat.fi/tup/maahanmuutto/perheet/solmitut-avioliitot.html>.

⁴ Useimmiten kaappaajana on lapsen äiti. Ks. Part I — A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Global report, s. 3. Vuonna 2017 valmistuneessa tutkimuksessa havaittiin, että vuonna 2015, 73 % kaappaajista olivat äitejä, 24 % olivat isejä ja 3 % kaappaajista olivat isovanhempia, muita sukulaisia tai viranomaisia. Vuonna 2015, sopimusvaltioita oli 93 kappaletta, joista tutkimukseen osallistui 76 sopimusvaltioita.

lienee siis useimmiten kaappaajavanhemman käsitys siitä, että sen maan tuomioistuimet, jossa hän on kansalainen, ratkaisisi lapsen huoltoasian hänen edukseen. Toisena syynä lapsikaappauksille voi myös olla toisen vanhemman tyytymättömyys jo ratkaistuun huoltoasiaan. Toisaalta vanhemmat voivat myös viedä lapsensa rajan yli paetaksensa häneen itseään tai lapseen kohdistuvaa väkivaltaa tai muutoin vain päästäkseen pois vaikeista olosuhteista. Vanhempi saattaa kuitenkin yksinkertaisesti muuttaa maasta toiseen tai lomailun jälkeen päättää jättää palaamatta lähtövaltioon tiedostamatta oikeastaan, että hänen toimintansa voi täyttää lapsikaappauksen tunnusmerkit.⁵

Kansainväliset lapsikaappaukset ovat yleistyneet nopeiden kansainvälisten kulkuyhteyksien sekä kansainvälisen vapaan liikkuvuuden helpottumisen myötä. Esimerkiksi vapaa liikkuvuus Schengen-maiden välillä mahdollistaa lapsen viemisen rajojen yli ongelmitta. Lapsikaappauksia on siten pyritty torjumaan erinäisillä oikeusvälineillä, jotta ennaltaehkäistäisiin lapsen äkillistä ja mielivaltaista erottamista hänelle tutuksi tulleesta ja turvalliseksi koituneesta elinympäristöstä, jonka tuloksena voi olla läheisten ihmissuhteiden katkeaminen. Lapsen henkisen kehityksen ja lapsen edun kannalta on nähty parhaaksi, että lapsi saa kasvaa ympäristössä, jossa lapsen vanhemmat pyrkivät vaalimaan lapsen suhdetta tämän sisaruksiin, isovanhempiin, ystäviin ja muihin läheisiin.⁶ Perhelainsäädännön avulla pyritään myös suojaamaan lapsen suhdetta kumpaankin vanhempaan, erityisesti silloin kuin perhe on hajoamassa ja tätä on haluttu kunnioittaa myös lapsikaappaussäntelyllä.⁷

Tärkein lapsikaappauksia sääntelevä kansainvälinen sopimus on Haagin lapsikaappaussopimus (yksityisoikeuden alaa koskeva yleissopimus kansainvälisestä lapsikaappauksesta, SopS 57/1994), jota pidetään kansainvälisenä menestystarinana. Haagin lapsikaappaussopimuksessa kansainvälisellä lapsikaappauksella tarkoitetaan lapsen luvaton poisviemistä lapsen asuinpaikkavaltiosta ilman lapsen laillisen huoltajan suostumusta. Määritelmä sisältää myös lapsen luvattoman palauttamatta jättämisen lapsen lailliselle huoltajalle. Toisin sanoen, lapsikaappauksesta on yleensä kyse silloin, kun lapsi on

⁵ Näin esim. Helsingin sanomien 7.9.2017 julkaistussa artikkelissa ”Lapsi piti palauttaa Islantiin” – Kun avioliitto ulkomaalaisen kanssa päättyy, edessä voi olla vaikea taistelu.” Artikkeliki käsittelee suomalaisen naisen tarinaa, joka vei lapsensa Islannista Suomeen avioliiton päätyttyä, eikä ollut tietoinen siitä, että hänen menettelynsä täytti lapsikaappauksen tunnusmerkistön. Lue artikkeli osoitteesta: <https://www.hs.fi/kotimaa/art-2000005356437.html>.

⁶ Kangas: Perhe- ja jäämistöoikeuden perusteet, s. 98.

⁷ HE 60/1993 vp, s. 10.

viety ilman huoltajan suostumusta ulkomaille tai jätetty sieltä palauttamatta tapaamisoikeuden jälkeen.⁸ Haagin lapsikaappaus sopimuksen pääsiallisena tavoitteena, joka on kirjoitettu konvention ensimmäiseen artiklaan, on siten toiseen sopimusvaltioon luvottomasti poisviedyn tai sieltä palauttamatta jääneen lapsen pikainen palauttaminen.

Haagin lapsikaappaus sopimuksen lisäksi Suomen kannalta tärkeä sääntely on Euroopan unionin valtioiden välillä (pois lukien Tanska) sovellettava Bryssel II a -asetus (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 -asetusta sovelletaan niissä tapauksissa, joissa lapsen asuinpaikka on välittömästi ennen poisviemistä tai palauttamatta jättämistä ollut toisessa Euroopan unionin (EU) jäsenvaltiossa. Kun jäsenvaltion tuomioistuin saa Haagin lapsikaappaus sopimukseen perustuvan pyynnön lapsen palauttamiseksi, jäsenvaltion on sovellettava Haagin lapsikaappaus sopimuksessa vahvistettuja määräyksiä, täydennettyinä asetuksen lapsikaappausta koskevilla säännöksillä.⁹ Bryssel II a -asetus ei siten syrjäytä Haagin lapsikaappaus sopimusta, vaan pikemminkin täydentää ja vahvistaa sopimuksen peruseriaatteita.

Suomeen kaapattuja lapsia voi siten vaatia palautettavaksi takaisin kotimaahansa Haagin lapsikaappaus sopimuksen lisäksi myös Bryssel Iia-asetuksen nojalla. Oikeusministeriö, joka toimii keskusviranomaisena lapsikaappaus asioissa, vastaanottaa keskimäärin 21 palautushakemusta vuosittain.¹⁰ Tätä tutkielmaa kirjoittaessa vuoden 2018 alusta, Suomi on vastaanottanut 13 uutta palautushakemusta.¹¹

12

2013	2014	2015	2016	2017
19	19	22	24	13

⁸ HE 60/1993 vp, s. 8.

⁹ Euroopan komission ”Käytännön opas Bryssel Iia -asetuksen soveltamiseen”, 2014 s. 53.

¹⁰ Tilastoja on tätä tutkielmaa varten tiedusteltu oikeusministeriöstä sähköpostitse 22.10.2018. Oikeusministeriön yhteyshenkilö on lähettänyt tilastot henkilökohtaiseen sähköpostiin 24.10.2018. Keskiarvo perustuu vuosiin 2013-2017.

¹¹ Perustuu samaiseen 24.10.2018 oikeusministeriöltä saatuun tietoon. Näistä viisi on ollut lapsen palauttamista koskevia hakemuksia Suomesta ulkomaille. Ulkomailta Suomeen on saapunut 8 palautushakemusta.

¹² Vuoden 2017 tilaston osalta tarkennuksena, että 22 hakemuksesta 7 oli ulkomailta Suomeen saapuneita hakemuksia ja 15 hakemusta Suomesta ulkomaille lähteneitä. Ulkomailta Suomeen saapuneet hakemukset (7) tulivat seuraavista valtioista: USA (2 tapausta), Belgia, Ruotsi, Irlanti, Islanti ja Costa Rica. Suomesta ulkomaille välitetyt hakemukset toimitettiin seuraaviin valtioihin: Bulgaria, Unkari, Viro, Ranska, Puola, Ukraina (2 tapausta), Ruotsi (4 tapausta), Italia, Espanja, Turkki ja Venäjä.

Lapsen palauttamisesta määrää kuitenkin lähtökohtaisesti Helsingin hovioikeus, joka on ensimmäinen oikeusaste lapsen palauttamisasiassa.¹³ Lapsen palauttamista koskevia asioita on ollut Helsingin hovioikeudessa vuosittain alle kymmenen.¹⁴ Helsingin hovioikeuden päätöksestä voi valittaa korkeimpaan oikeuteen. Muutosta on haettu keskimäärin joka toiseen ratkaisuun. Vuosina 2011–2013 korkeimmassa oikeudessa on ollut yhteensä 10 valitusta. Korkein oikeus on Haagin lapsikaappausopimuksen voimassaoloaikana vuodesta 1995 julkaissut kaikkiaan 11 lapsen palauttamista koskevaa ratkaisua. KKO on viimeisin julkaistu ratkaisu, jossa on katsottu olleen ennakkopäätökseltä edellytettävää yleisempää merkitystä, on julkaistu vuonna 2016.

Vaikkakin lapsikaappauksen oikeusjärjestelmää voidaan pitää kansainvälisenä menestystarinana, ei se kuitenkaan ole ongelmaton. Lapsikaappauksia ratkaistaessa on monta eri oikeusjärjestelmää, joita lainkäyttäjän on pidettävä silmällä – kansallinen lainsäädäntö, kansainväliset yleissopimukset sekä eurooppalaisen yhteisön säännökset.¹⁵ Oikeusjärjestelmän monikerroksellisuus voi tehdä oikean normin löytämisen vaikeaksi, sillä instrumentteja on monia ja ristiriitaisten säädöksen ensisijaisuuden ratkaiseminen ei ole itsestään selvää.¹⁶ Tulkinnallisilta ongelmilta on siten vaikea välttyä etenkin, kun sopimuksien ja asetuksien käsitteet voivat olla melko väljiä tai jopa määrittelemättömiä. Tässä tutkielmassa pyritään siten avaamaan eräiden käsitteiden merkitystä ja pohditaan käsitteiden mahdollisen määrittelemättömyyden sekä oikeusjärjestelmän monikerroksisuuden ongelmakohtia.

¹³ Tärkeä on huomata, että kaikki hovioikeudessa vireillä olleet tapaukset eivät välttämättä ole kulkeneet oikeusministeriön kautta, koska palautusta pyytävän hakijan ei ole välttämätöntä turvautua keskusviranomaisen apuun asiassa. Täten, keskusviranomaiselta saatu tilasto, ei välttämättä sisällä kaikkia palauttamisasiota, jotka vuosittain tulee vireille Suomeen. Tieto perustuu oikeusministeriön antamaan huomatukseseen tilastotietoja tiedusteltaessa 22.10.2018.

¹⁴ HE 231/2014 vp, s. 8. Vuonna 2011 tapauksia oli 9, vuonna 2012 niitä oli 5 ja vuonna 2013 tapauksia oli 9.

¹⁵ Suomessa sovelletaan lisäksi pohjoismaiden välillä voimassa olevaa pohjoismaista tuomiolakia (sopimusta Suomen, Islannin, Norjan, Ruotsin ja Tanskan kesken tehdyn yksityisoikeudellista vaatimusta koskevien tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta, SopS 56/1977), jota ei tässä tutkielmassa kuitenkaan tarkastella sen tarkemmin.

¹⁶ Näin *Mikkola* toteaa yleisesti ottaen kansainvälisestä lapsioikeudesta, mutta sama pätee myös lapsikaappausoikeusjärjestelmään. *Mikkola*: Lapsioikeus murroksessa, s. 191. Ks. kuitenkin *Mikkola*: Lapsioikeus murroksessa, s. 190, jossa hän toteaa, että lainsäädännöllisestä näkökulmasta Suomessa tilanne kansainvälisen lapsioikeuden osalta on erinomainen. Tällä hän tarkoittaa kuitenkin enimmäkseen ulkomaalaisten lapsioikeudellisten asioiden täytäntöönpanoa ja tunnustamista sekä lainvalintakysymyksiä. *Mikkola* toteaa kuitenkin asianmukaisesti, että kansainvälinen lapsioikeus on käytännössä erittäin vaikeaa juuri lainsoveltamisen näkökulmasta. Ks. sama teos s. 207.

Yhtenä lapsikaappaussäntelyn soveltuvuuden edellytyksenä on, että lapsen poisvieminen tai palauttamatta jättäminen loukkaa lapsen asuinpaikan määrittämiä huoltajuussäännöksiä.¹⁷ Suomessa huoltajien velvollisuus on yhdessä päättää missä lapsi asuu.¹⁸ Lapsen asuinpaikan määrittelemistä ei kuitenkaan usein mielletä velvollisuudeksi, koska lapsi yksinkertaisesti seuraa vanhempiaan. Huoltajien yhteinen velvollisuus päättää lapsen asuinpaikasta, koskee myös avioerotilanteita, jossa lapsi on jäänyt yhteishuoltoon ja asuu toisen vanhemman luona. Täten asuinpaikan määrittäminen ja sen tärkeys korostuu erityisesti lapsikaappaustilanteissa, jossa toinen vanhemmista rikkoo yhteishuollon sopimusta ja omavaltaisesti vie lapsen pois tämän asuinpaikastaan. Suomessa asuinpaikkaa ei olla lainsäädännöllisesti lähdetty määrittelemään, vaan Suomessa tukeudutaan Haagin kansainvälisen yksityisoikeuden konferenssin vakiintuneeseen kansainvälisyksityisoikeudelliseen peruslähtökohtaan, jonka mukaan lapsen asuinpaikka on se, missä lapsi tosiasiallisesti asuu ja se missä hänen tärkeimmät siteensä on.¹⁹

Asuinpaikka saattaa siten lähtökohtaisesti kuulostaa yksiselitteiseltä ja maallikon korvaan varmasti itsestään selvyydeltä, mutta sen selvittäminen ja toteaminen oikeuskäytännössä on osoittautunut hyvin hankalaksi. Asuinpaikka on itse asiassa hyvin tulkinnanvarainen käsite, jonka syystä tämän tutkielman tarkoituksena on tarkastella, miten lapsen asuinpaikka määritellään kansainvälisissä lapsikaappaustilanteissa ja sitä, miksi se on tärkein liittymä lapsikaappaussopimuksien soveltuvuuden kannalta.

Mikäli todetaan, että lapsi on kaapattu luvottomasti toiseen maahan tai jätetty palauttamatta alkuperäiseen asuinpaikkaansa, on lapsi pääsääntöisesti palautettava. Poikkeuksellisissa olosuhteissa palautushakemuksen saanut valtio voi kuitenkin kieltäytyä lapsen palauttamisesta. Haagin sopimuksessa on tyhjentävästi määritelty, missä tilanteissa ja millä perusteilla valtio voi kieltäytyä aloittamasta palauttamisprosessia. Säännökset, jotka koskevat lapsen palauttamisen kieltäytymistä, kutsutaan yleisnimityksellä kieltäytymisperusteiksi. Ensimmäinen kieltäytymisperuste koskee palauttamishakemuksen

¹⁷ Haagin lapsikaappaussopimuksen artikla 3. Huollon käsite määritellään tarkemmin alempana.

¹⁸ Vanhempien oikeudesta määrätä lapsen asuinpaikasta (4 §) ja huoltajien yhteistoiminnasta (5 §) on säädetty lasten huollosta ja tapaamisoikeudesta annetussa laissa (361/1983, muutettu 186/1994).

¹⁹ HE 60/1993 vp, s. 16.

vireillepanon määräaika, joka on määrätty vuodeksi. Toiseksi, jos hakemus on tullut vireille vuoden määräajan kuluessa, lasta ei tarvitse palauttaa takaisin asuinmaahansa, jos voidaan osoittaa, että palauttaminen saattaisi lapsen alttiiksi ruumiillisille tai henkisille vaurioille taikka että lapsi muutoin joutuisi sietämättömiin olosuhteisiin. Kolmas ja viimeinen kieltäytymisperuste on lapsen oma mielipide. Tässä tutkielmassa tarkastellaan kaksi viimeiseksi mainittua Haagin lapsikaappaussopimuksen säätämiä palauttamisen kieltäytymisperusteita ja niiden toteutumista oikeuskäytännön valossa.

Kieltäytymisperusteiden lisäämistä Haagin lapsikaappaussopimukseen on perusteltu sillä, että on haluttu löytää tasapaino lastensuojelun ja huoltajien oikeuksien välillä.²⁰ Palauttamisasiaa ratkaistaessa tuomioistuimen tulee siten tehdä punnintaa lapsen tehokkaan palauttamisen ja lapsen edun turvaamisen välillä.²¹ Lapsikaappaustapauksissa lapsen edun ja lapsen palauttamisen tasapainon löytäminen on kuitenkin käytännössä todettu haasteelliseksi. Yhtenä keskeisimpänä syynä tälle voidaan pitää sitä, ettei lapsen etukäsitteelle löydy mitään universaalia määritystä.²² Tutkielmassa tullaan siten törmäämään myös lapsen edun arvioinnin ja kieltäytymisperusteiden oikeudellisten ongelmien tarkasteluun.

Kuten todettu, Bryssel IIa-asetusta on sovellettava EU:n jäsenvaltioiden välisissä lapsikaappauksissa Haagin lapsikaappaussopimuksen rinnalla. Asetuksessa on muun muassa rajoitettu tässä tutkielmassa tarkasteltavan kieltäytymisperusteen soveltamista, mutta asetuksen voimaansaattamisen myötä lapsikaappausta koskeviin säännöksiin tuotiin lisämääräyksiä, joiden tarkoituksena on tuoda pidemmälle menevää suojaa Haagin lapsikaappaussopimuksen määräyksiin verraten. Koska Bryssel IIa-asetus on Suomen kannalta lapsikaappaussäätelyä koskeva merkittävä säädös, on tärkeä tarkastella tutkimusaiheen rajoissa lisämääräyksiä vaikutuksia ja sitä, että ovatko ne olleet tarpeellisia lapsikaappaussäätelyn tehostamiseksi.

²⁰ *Pérez-Vera, Elisa*: Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, 1982 kappaleet 24-26.

²¹ *Pérez-Vera, Elisa*: Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, 1982 kappaleet 25-27.

²² Lue esim. *M. Freeman*: Article 3. The Best Interest of the Child, s. 27-31.

1.2 Aiheen rajaus ja keskeisimmät säädökset

Lapsikaappauksia on pyritty estämään ja ennaltaehkäisemään kansainvälisellä sääntelyllä. Lapsikaappaus onkin mainittu useammassa sääntelyssä, mutta vain muutama niistä on katsottu muita tehokkaimmaksi ja tulevatkin käytännössä sovelletuksi useammin kuin muut. Tästä syystä keskeisimmät säännökset tässä tutkielmassa ovat Haagin lapsikaappausopimus sekä EU-valtioiden välillä Bryssel II a -asetus. Lapsikaappausta koskevat kotimaiset säännökset ovat transformoitu lasten huollosta ja tapaamisoikeudesta annettuun lakiin (361/1983, muutettu 186/1994).

Tutkielmassa keskitytään Suomessa vallitsevaan oikeuteen ja kotimaiseen oikeuskäytäntöön. Tarkastelun kohteena ovat tilanteet, jossa Suomi on kohdevaltio. Oletuksena on, että lapsi on kaapattu Suomeen ja Suomen viranomaisilta vaaditaan lapsen palauttamista.²³ Lapsikaappauksen kansainvälisen luonteen sekä EU-säännöksiä tärkeyden kannalta, on lisäksi perusteltua tarkastella kansainvälistä oikeuskäytäntöä sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen että Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä. EU:n sekä kansainvälistä oikeuskäytäntöä on kuitenkin tutkittu vain siltä osin, kun se on tulkinnan kannalta perusteltua.

Haagin lapsikaappausopimukseen sekä Brysselin Iia-asetukseen luonnollisesti sisältyy lukuisia artikloja ja säännöksiä, mutta tässä tutkielmassa tullaan pääasiallisesti keskittymään Haagin lapsikaappausopimuksen artikla 3:een ja 13 a ja b:hen. Artiklat ovat transformoitu lasten huollosta ja tapaamisoikeudesta annettuun lakiin (vastedes lyhenteellä HTL) ja ne löytyvät lain 34 §:ssä. Brysselin asetus, joka toimii täydentävänä säädöksenä Haagin lapsikaappausopimukselle, tarkastellaan siltä osin kuin se on perusteltua. Tällä tarkoitetaan sitä, että Brysselin asetuksessa löytyy myös määräyksiä lapsikaappausasioiden täytäntöönpanosta, mutta nämä määräykset ja niihin liittyvät oikeudelliset ongelmat ovat jätetty tutkimusaiheen ulkopuolelle.

²³ Sopimuksen ja asetuksen säännökset soveltuvat toki myös siihen tilanteeseen, että Suomi on alkuperävaltio, ja hakija vaatii täällä asuinpaikan omanneen lapsen palauttamista toisesta EU:n jäsenvaltiosta tai muusta sopimusvaltiosta.

Tutkielman aiheesta on lisäksi rajattu pois huoltoon liittyvät riidat, jotka yleensä puhkeavat juurikin lapsikaappauksen takia. Tämä on perusteltua tutkielman aihetta ajatellen, sillä Haagin lapsikaappausopimuksessa ei oteta kantaa siihen, miten sopimusvaltiossa tulisi menetellä huoltoon liittyvien kysymyksien suhteen.

1.3 Metodeista ja lähteistä sekä tutkielman rakenteesta

Tutkielman metodologinen lähestymistapa on pääasiassa lainopillinen.²⁴ Määritelmän mukaan lainoppi tarkoittaa oikeussäännösten systematisointia ja sen tulkintaa.²⁵ Toisin sanoen, tämä tarkoittaa oikeudellisten käsitteiden konstruointia ja jäsentämistä, joiden avulla on tarkoitus selvittää voimassa olevan oikeussäännösten sisältö ja niiden ajateltu soveltaminen.²⁶ Tämän tutkielman lainopillinen luonne näkyy siinä, että ensiksi luvussa 2, pyritään jäsentämään merkittävimmät lapsikaappauksia koskevat sopimukset ja niihin tutkielman kannalta olennaisimmat käsitteet. Tämän jälkeen on pyritty selventämään voimassa olevaa oikeustilaa ja täsmentämään avoimien lapsikaappausnormien sisältöä, erinäisten oikeuslähteiden sekä oikeuskirjallisuuden avulla. Etenkin lapsen asuinpaikan määritelmää, joka on todettu hyvinkin avoimeksi käsitteeksi, on pyritty selventämään luvussa 3. Sisällöllisen tulkinnan ja systematisoinnin jälkeen tarkastellaan säännösten soveltuvuutta ja sitä, miten tutkimusaiheeseen olennaisesti liittyviä sopimusartikloja on suomalaisessa oikeuskäytännössä tulkittu ja mitä ongelmia säännösten soveltamiseen liittyy. Tarkastelunäkökulmana tässä tutkielmassa on tarkastella, miten sääntelyä tulisi soveltaa sekä tutkia miten sääntelyä on käytännössä sovellettu.

Lainoppi on siis oikeudellisen aineiston systematisointia ja oikeussäännösten tulkintaa, joka voidaan lisäksi jakaa kolmeen osa-alueeseen: kysymyksenasetteluun, aineistoon ja argumentaatioon.²⁷ Tiivistetysti - tässä tutkielmassa on siten lapsikaappausjärjestelmän oikeussäännösten systematisoinnin ja sen tulkinnan lisäksi, perehdytty lapsikaappaukseen

²⁴ Tunnetaan myös nimityksellä oikeusdogmatiikka, mutta yksinkertaisuuden vuoksi puhutaan useammin lainopista. Näin esim. *Aarnio: Mitä lainoppi on?*, s. 52.

²⁵ *Timonen: Johdatus lainopin metodiin ja lainopilliseen kirjoittamiseen*, s. 12 ja *Aarnio: Mitä lainoppi on?*, s. 52. Aarnio kutsuu tätä lainopin perinteiseksi tehtäväksi, mutta lisää, että tämä määritelmä ei ole ajansaatossa tyydyttänyt kaikkia, vaan lainopillisen tutkimuksen piiriä voidaan tarkastella laajempanakin alueena. Lue lisää: *Aarnio: Mitä lainoppi on?*, s. 52-56.

²⁶ *Aarnio: Mitä lainoppi on?*, s. 52.

²⁷ *Timonen: Johdatus lainopin metodiin ja lainopilliseen kirjoittamiseen*, s. 8 ja 12. Lue lisää *Timonen: Johdatus lainopin metodiin ja lainopilliseen kirjoittamiseen*, s. 14, jossa hän myös pohtii systematisoinnin ja tulkinnan keskinäistä suhdetta, joka hahmottuu ongelmakeskeiseen ja normikeskeiseen lainoppiin.

liittyvään oikeussäännösten sisältöön ja niiden ongelmakohtiin, sekä pyritty hankkimaan tarvittava aineisto niiden ratkaisemiseksi että oikeudellisten kannanottojen perustelemiseksi. Tämä tapahtuu tietysti tutkielman ongelmanasettelun ja aiheen rajoissa.

Merkittävien säännösten ja niiden soveltuvuuden systematisoinnissa käytetään pääasiassa kotimaisia oikeuslähteitä, mutta tutkielman kansainvälisen luonteen takia on miltei mahdotonta välttyä kansainvälisten oikeuslähteiden käyttämiseltä.²⁸ Tästä syystä tutkielman metodologinen lähestymistapa on myös jokseenkin oikeusvertaileva. Oikeusvertailevalla tutkimuksella tarkoitetaan yleisellä tasolla eri oikeusjärjestelmien rinnakkain asettamista tavoitteena tiedonhankinta.²⁹ Oikeusvertaileva tutkimus tiedonhankinnan muodossa, näkyy kansainvälisten oikeuslähteiden lisäksi siinä, että tutkielmassa on tutkittu sekä Euroopan unionin että kansainvälistä oikeuskäytäntöä. Voimassa olevan lainsäädännön³⁰ soveltuvuutta käytännössä on kuitenkin tutkittu pääasiallisesti kotimaisten oikeustapausten avulla, mutta tutkielmassa tarkastellaan myös kansainvälistä oikeuskäytäntöä, kun se on asian selkeyttämisen ja säännösten tulkinnan vuoksi tarpeellista.

Oikeuslähteenä tutkielmassa käytetään voimassa olevaa kotimaista lainsäädäntöä, lakien esitöitä sekä muita viranomaislähteitä.³¹ Oikeusvertailun näkökulmasta tärkeänä lähteenä tässä tutkielmassa toimii Haagin sopimuksen Internet-sivut sekä The International Child Abduction Database (INCADAT), eli kansainvälinen lapsikaappaustapauskannikki.

²⁸ Lue lisää oikeuslähdeopista esimerkiksi: *Tolonen Hannu: Oikeuslähdeoppi*, 2003.

²⁹ *Husa: Oikeusvertailu*, s. 30.

³⁰ Lue lisää voimassa olevan oikeuden käsitteestä: *Timonen: Johdatus lainopin metodiin ja lainopilliseen kirjoittamiseen*, s. 18-22.

³¹ Lue lisää oikeuslähdeopista esimerkiksi: *Tolonen Hannu: Oikeuslähdeoppi*, 2003.

2 Lapsikaappausten kansainvälinen ja kansallinen sääntely

2.2 Haagin lapsikaappaussopimus

2.2.2 Tausta ja tavoitteet

Lapsikaappaukseen liittyvät oikeudelliset ongelmat eivät ole kansainväliselle yhteisölle uusia, sillä niitä on käsitelty jo 1950-luvulta lähtien.³² Ennen kansainvälistä lapsikaappausta koskevan sääntelyn voimaansaattamista, kaapatun lapsen löytämistä ja palauttamista takasin asuinpaikkavaltioonsa, katsottiin miltei mahdottomaksi tehtäväksi.³³ Tuolloin valtiot pyrkivät valtion sisäisellä sääntelyllä estämään lapsikaappauksia, mutta kansainvälisen luonteenpiirteen takia, kansallisen tason sääntelyä ei voitu pitää tarpeeksi tehokkaana tai edes tarkoituksenmukaisena.³⁴ Kansainvälisen piirteen vuoksi lapsikaappauksille esitettiin kansainvälistä ratkaisua vuonna 1960 pidetyssä Haagin kansainvälisen yksityisoikeuden konferenssissa (vastedes pelkkä Haagin konferenssi), jonka tuloksena vuoden 1961 alaikäisten suojelua koskevaan yleissopimukseen otettiin lapsikaappaukseen liittyviä määräyksiä.³⁵ Nämä eivät kuitenkaan olleet riittäviä lapsikaappauksen tuottamien oikeudellisten ongelmien ratkaisemiseksi, joten Haagin konferenssi aloitti kansainvälisen lapsikaappaussääntelyn suunnittelemisen vuonna 1976. Sääntelyn tarkoituksena oli yksinomaan ratkaista lapsikaappaukseen liittyvät erityisongelmat.³⁶ Suomi, joka on Haagin konferenssin jäsenvaltio, osallistui aktiivisesti sopimuksen valmistelutyöhön.³⁷

Haagin konferenssin 14. istunnon yhteydessä 24.10.1980 hyväksyttiin yksityisoikeuden alaa koskeva yleissopimus kansainvälisestä lapsikaappauksesta.³⁸ Haagin lapsikaappaussopimusta (tässä kappaleessa vastedes sopimus) voidaan kutsua kansainväliseksi menestystarinaksi ja se on myös maailmanlaajuisesti katsottuna kaikista tärkein lapsikaappausta sääntelevä sopimus. Tätä kirjoittaessa sopimuksella on kaiken

³² HE 60/1993 vp, s. 10.

³³ Näin esimerkiksi: *Leblanc*: The Convention on the Rights of the Child: United Nations Lawmaking on Human Rights, s. 139-141.

³⁴ *Schuz*: The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis, s. 8.

³⁵ HE 60/1993 vp, s.10.

³⁶ *Schuz*: The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis, s. 8 ja HE 60/1993 vp, s. 10. Lapsikaappaus otettiin käsitteenä käyttöön vasta vuonna 1978, ennen tätä lapsikaappaus tunnettiin nimityksellä lapsen kidnappaus. Näin: *Schuz*: The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis, s. 8.

³⁷ *Schuz*: The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis, s. 8 ja *Savolainen, Matti*: The Hague Convention on Child Abduction of 1980 and its implementation in Finland. *Nordic International Law* 1997, Vol 66(1), s. 107-108.

³⁸ Lue lisää Haagin konferenssista lyhyesti esimerkiksi: *Karjalainen, Katja*: ”Tavoitteena globaali kansainvälinen yksityisoikeus: Haagin konferenssin kivinen taival”, DL 5/2018, s. 812-826.

kaikkiaan 99 sopimusvaltiota.³⁹ Suomi ratifioi Haagin lapsikaappaus­sopimuksen vuonna 1994 ja se tuli voimaan 1.8.1994.⁴⁰

Sopimusta sovelletaan vain ja ainoastaan niiden valtioiden välillä, jotka ovat ratifioineet sen. Sopimuksen 4. artiklan mukaan tämä tarkoittaa sitä, että sopimusta tulee soveltaa jokaiseen alle 16-vuotiaaseen lapseen, jonka asuinpaikka oli sopimusvaltiossa välittömästi ennen huoltoa tai tapaamisoikeutta koskevien oikeuksien loukkaamista. Tärkeää on huomata, että sopimusta sovelletaan ainoastaan tapauksissa, joissa lapsi viedään luvattomasti tai jätetään palauttamatta yhdestä sopimusvaltiosta toiseen.⁴¹ Jos lapsi viedään sopimuksesta ulkopuolella olevaan valtioon tai pois tällaisesta, asia pyritään ratkaisemaan diplomaattisin keinoin. Näin ollen, voidaan yleisesti ottaen todeta, että on vaikeampaa saada lapsi palautetuksi asuinpaikkaansa, jos lapsi on viety sopimuksen ulkopuolella olevaan valtioon.⁴² Suomen ulkoasiainministeriö avustaa vanhempia kyseisissä tapauksissa, mutta keinot ovat lähinnä sovinnollisen ratkaisun aikaansaamisen puitteissa. Tapaukset, joissa lapsi on viety sopimuksen ulkopuolella olevaan valtioon ovat kuitenkin tämän tutkielman aiheesta rajattu pois ja siten, ei ole tarkoituksenmukaista käydä läpi oikeusprosessin vaiheita sen tarkemmin.⁴³ Tästä lähtien, kun tutkielmassa viitataan lapsikaappaukseen, tarkoitetaan siis ainoastaan tilanteita, joissa lapsi on viety tai tuotu sopimusvaltioon.

Sopimuksen ensisijaisena tavoitteena on lapsen joutuisa palauttaminen asuinpaikkavaltioonsa, joka on myös todettu sopimuksen ensimmäisessä artiklassa.

³⁹ <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24> käyty 22.10.2018).

⁴⁰ Suomi ratifioi sopimuksen vasta 14 vuotta sopimuksen hyväksymisen jälkeen. Ratifiointia hidasti muun muassa se, että HTL oli vasta suunnitteilla. Silloin voimassa oleva lapsen huoltoa koskeva holhouslaki (34/1898) ei olisi Haagin sopimuksen rinnalla toiminut tarkoituksenmukaisesti. Lue lisää ratifioinnin hidastumisen syistä: *Savolainen, Matti: The Hague Convention on Child Abduction of 1980 and its implementation in Finland. Nordic International Law 1997, Vol 66(1), s. 107-109.*

⁴¹ Vastedes käytetään kuitenkin sanamuotoa ”poisvieminen”, joka kuvaa molempaa tilannetta eli poisviemistä ja palauttamatta jättämistä. Erottelu tehdään, kun se on oikeudellisesti relevanttia.

⁴² Tästä esim. tuore ja kansainvälisesti tunnettu tapaus Insiya-nimisestä tytöstä, joka vietiin 29 syyskuuta 2016 Hollannista Intiaan. Insiyan äiti on yksinhuoltaja ja lapsi on Hollannin kansalainen. Insiyan isä kaappasi hänet Intiaan, joka ei ole Haagin lapsikaappaus­sopimuksen sopimusvaltio. Molempien maiden ulkoministeriöiden yhteistyöstä huolimatta, lasta ei ole saatu palautetuksi äidillensä. Lue lisää: <https://www.amberalert.eu/dutch-police-abducted-girl-germany/>. Käyty 3.1.2018.

⁴³ Aiheesta lisää: Oikeusministeriön esite: Kansainvälinen lapsikaappaus. Helsinki 1999. Kohdasta: Lapsi on kaapattu ei- sopimusvaltioon.

1 artikla

Tämän yleissopimuksen tarkoituksena on:

- a) turvata johonkin sopimusvaltioon luvottomasti viedyn tai sieltä luvottomasti palauttamatta jääneen lapsen pikainen palauttaminen;

Haagin sopimuksen ydin on lapsen pikainen palauttaminen asuinpaikkavaltionsa. Sopimus haluaa kunnioittaa kansainvälisessä yksityisoikeudessa vakiintunutta periaatetta, jonka mukaan lapsen edun mukainen ratkaisu koskien lapsen huoltajuutta on yleensä luotettavimmin ja vaivattomimmin tehtävissä valtiossa, jossa lapsi asuu.⁴⁴ Sopimuksen tarkoitus on siten kunnioittaa ja turvata sopimusvaltioissa tehtyjä, huoltajuuteen liittyviä päätöksiä. Tämä on sopimuksen toissijainen tavoite, joka on myös säännelty sopimuksen ensimmäisessä artiklassa (kohta 1 b).

Kansainvälisestä lapsikaappauksesta on siis kyse silloin, kun lapsen poisvieminen tai palauttamatta jättäminen loukkaa huoltoa koskevia oikeuksia tai tapaamisoikeutta. Haagin sopimuksen artikla 5 on pyrkinyt selventämään huollon sekä tapaamisoikeuden käsitettä. Huoltoa koskevilla oikeuksilla tarkoitetaan lyhkäisyydessään huoltajalle kuuluvia päätöksenteko-oikeuksia ja velvollisuuksia huolehtia lapsen henkilökohtaisista asioista, erityisesti määrätä lapsen asuinpaikasta (5 artikla kohta a). Tapaamisoikeudella tarkoitetaan oikeutta, johon sisältyy vanhemman oikeus tavata lasta jossain muualla kuin lapsen asuinpaikkavaltiossa (5 artikla kohta b). Huollon piiriin kuuluvat myös tapaukset, joissa lapsi on lastensuojelua koskevan lainsäädännön nojalla tehdyn päätöksen perusteella julkisen viranomaisen huolenpidon kohteena.⁴⁵ On huomattava, että huoltoa koskevat oikeudet määräytyvät sen maan lain mukaan, jossa lapsella on asuinpaikka.⁴⁶ Täten huoltoa koskevat oikeudet tai huollon muodot eivät ole tyhjentävästi lueteltuina tai määriteltynä lapsikaappauksia koskevissa sääntelyissä, sillä ne määräytyvät lapsen asuinpaikkavaltion

⁴⁴ *Pérez-Vera, Elisa*: Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, 1982 kappale 19.

⁴⁵ Ks. esimerkiksi Helsingin hovioikeuden 15.11.2013 antama ratkaisu (numero 2999). Tapauksessa syyttäjät vaati rangaistusta vanhemmalle, joka oli vienyt lapsen ulkomaille vastoin X kaupungin sosiaaliviraston suostumusta. Lapsi oli otettu kirallisesti huostaan, ja täten huoltajuuden oikeudet kuuluvat väliaikaistoimipiteen perusteella X kaupungille.

⁴⁶ Lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevat kansainvälisyksityisoikeudelliset säännökset ovat lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain neljännessä luvussa. Näiden säännösten mukaan Suomen tuomioistuimet ovat yleensä toimivaltaisia lapsen huoltoa tai tapaamisoikeutta koskevassa asiassa, jos lapsella on Suomessa asuinpaikka (19 ja 20 §). Lapsen asuinpaikan määräytymiseen perehdytään tarkemmin jaksossa 3.

mukaisesti.⁴⁷ Sopimuksen päätarkoitus, eli lapsen palauttaminen takaisin lapsen asuinpaikkavaltioon, on siis käytännössä sopimusvaltioiden tekemien huoltajuuspäätöksien kunnioittamista.⁴⁸

On huomattava, että huoltajuus voi myös määräytyä välittömästi lain nojalla. Esimerkiksi HTL 6 §:ssä määrätään, että mikäli lapsi syntyy avioliiton ulkopuolelle, huoltajuus uskotaan automaattisesti lapsen äidille. Haagin sopimuksen soveltuvuuden piiriin kuuluu kuitenkin sekä huoltajuuteen liittyvät päätökset että suoraan asuinpaikkavaltion lain nojalla saadut huoltajuusoikeudet.⁴⁹ Suoraan lain nojalla uskotut huoltajuusoikeudet saattavat olla hankalia sopimuksen säännösten laintulkinnan kannalta, sillä joissain sopimusvaltiossa, vanhemmat saavat välittömästi yhteishuoltajuuden ja kumpikin saavat täten oikeuden määrätä esimerkiksi lapsen asuinpaikasta. Näissä tapauksissa kysymys toisen vanhemman suostumuksesta on ratkaiseva. Sopimuksen valmisteluraportissa todetaan, että vaikkakin kummallakin vanhemmista on asuinpaikkavaltion lain mukaisesti oikeus määrätä lapsen asuinpaikasta, se vanhempi, joka vie lapsen toiseen maahan ilman toisen vanhemman suostumusta, loukkaa menettelyllään toisen vanhemman huoltajuusoikeuksia.⁵⁰ Haagin sopimuksen valmisteluraportin mukaan kaappaajavanhempi osoittaa menettelyllään piittaamattomuutta toisen vanhemman huoltajuusoikeuksia kohtaan, estämällä toista vanhempaa käyttämästä hänelle uskottuja huoltajuusoikeuksia, ja täten syyllistyy sopimuksen valossa laittomaan lapsikaappaukseen.⁵¹

⁴⁷ Ks. esim. Savolainen, Matti: *The Hague Convention on Child Abduction of 1980 and Its Implementation in Finland*. *Nordic International Law* 1997, Vol 66(1), s. 103. Savolainen mainitsee esimerkkinä erityisestä huoltomuodosta ”testamentary guardianship”, joka tunnustetaan monessa common law -valtiossa. Tällä tarkoitetaan, että lapsen vanhemmat tekevät testamentissaan määräyksen siitä, kenelle lapsen huolto uskotaan kuolemanvaralta.

⁴⁸ *Schuz*: *The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis*, s. 10.

⁴⁹ Määräys löytyy sopimuksen artikla 3:ta. Päätöksillä tarkoitetaan tässä kontekstissa tuomioistuimen antamat päätökset sekä vanhempien kesken vahvistetut sopimukset huoltajuudesta.

⁵⁰ *Pérez-Vera, Elisa*: *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, 1982 kappale 71.

⁵¹ Vrt. kuitenkin Savolainen, Matti: *The Hague Convention on Child Abduction of 1980 and Its Implementation in Finland*. *Nordic International Law* 1997, Vol 66(1), s. 104 alaviite 12. Savolainen on alaviitteessään kyseenalaistanut Pérez-Veran näkemyksen, eikä pidä sitä tarpeeksi vakuuttavana. Savolaisen mukaan, jos artiklaa tulkitaan sanatarkasti, lapsen vieminen katsotaan sopimuksen valossa laittomaksi, mikäli lapsen vieminen tai palauttamatta jättäminen nimenomaisesti rikkoo kyseisen sopimusvaltion huoltajuuteen liittyviä säännöksiä. Tietyissä maissa, jos vanhemmilla on suoraan lain nojalla saatu yhteishuoltajuus, kummatkin vanhemmat saavat vapaasti määrätä lapsen asuinpaikasta. Täten menettelyä ei voida katsoa sopimuksen vastaiseksi, koska menettely ei sanatarkasti riko kyseisen valtion lakia. Savolainen ehdottaa, että sopimusvaltioiden tulisi pyrkiä ennakoimaan vastaavanlaisten tilanteiden varalta ja ottaa määräyksiä lakiin, jossa on huomioitu nämä niin sanotut riskit.

Jos lapsella todetaan olevan asuinpaikka Suomessa, lapsen huoltoa koskevat oikeudet ovat lueteltuina HTL:ssa. Tässä tutkielmassa ei kuitenkaan perehdytä lapsen huoltoon tai tapaamisoikeuteen liittyviin kotimaisiin tai kansainvälisiin ongelmiin sen tarkemmin, koska Haagin sopimus ei ota kantaa huoltopäätöksen tunnustamiseen tai täytäntöönpanoon tai niihin liittyviin erimielisyyksiin ollenkaan.⁵² Tätä vahvistaa Haagin sopimuksen artikla 19, jossa selkeästi todetaan, että sopimuksen mukaisesti annettua päätöstä, joka koskee lapsen palauttamista, ei ole missään nimessä pidettävä huollosta annettuna asiaratkaisuna. Haagin sopimus on tässä mielessä epätyypillinen omassa lajissaan, sillä sen pääasiallisena tarkoituksena on lapsikaappausten tehokas torjuminen, eikä huoltopäätösten tunnustaminen ja täytäntöönpano. Nämä asiat ovat lapsen palauttamisen jälkeen ratkaistava lapsen asuinpaikkavaltiossa kyseisen valtion lain mukaisesti. Tutkielman aiheen kannalta on kuitenkin tärkeä täsmentää, että mikäli lapsen kaappaaminen toiseen valtioon loukkaa huoltajan huolto- tai tapaamisoikeuksia, taakse jätetyllä vanhemmalla on mahdollisuus tukeutua Haagin lapsikaappaussääntelyn tarjoamiin apukeinoihin.

Haagin sopimuksen johdannossa todetaan, että lapsen etu on kaikkein tärkeimmällä sijalla lapsen huoltoa koskevissa kysymyksissä. Tiivistetysti, allekirjoittajavaltiot lupautuvat Haagin sopimuksen mukaisesti suojaamaan lapsen luvattoman poisviemisen tai palauttamatta jättämisen ja suojaamaan tätä haitallisilta vaikutuksilta. Lisäksi sopimusvaltioiden tulee saattaa voimaan menettelyjä, joiden tarkoituksena on turvata lapsen pikainen palauttaminen valtioon, jossa lapsella on asuinpaikka, sekä turvata vanhempien tapaamisoikeuden suojaaminen. Sopimuksessa on kuitenkin pyritty löytämään tasapaino lapsen tehokkaan palauttamisen ja lapsen edun turvaamisen välillä, joten Haagin sopimuksen pääperiaatteesta voidaan tietyin edellytyksin poiketa ja lapsen palauttaminen voi tuomioistuimen päätöksellä estyä. Nämä edellytykset ovat lueteltuina sopimuksen artikla 13:ssa. Näihin edellytyksiin, jotka tunnetaan nimityksellä kieltäytymisperusteet, palataan tarkemmin jaksoissa 4 ja 5.

⁵² Lue lisää lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta Suomessa esimerkiksi: *Gottberg, Eva*: Lapsen huolto, huoltoriidat ja pakkotäytäntöönpano, 1997.

2.2.3 Keskusviranomaisjärjestelmä

Yhtenä syynä Haagin lapsikaappaus sopimuksen menestykselle ja yhtenä sen vahvuutena on pidetty sopimuksen edellyttämää keskusviranomaisjärjestelmää. Keskusviranomaisjärjestelmä luotiin helpottamaan kunkin maan viranomaisten yhteistyötä sekä hakijan yhteyksiä toisen maan viranomaisiin. Kukin valtio voi sopimuksen kuudennen artiklan mukaan nimittää yhden tai useamman keskusviranomaisen huolehtimaan niistä velvoitteista, jotka ovat säädetty seitsemännessä artiklassa. Artiklan velvoiteluettelo ei kuitenkaan ole tyhjentävä.⁵³ Tilanteessa, jossa lapsi on kaapattu sopimuksen osapuolena olevaan valtioon, keskusviranomaisena Suomessa toimii oikeusministeriö, jonka tehtävänä on toimia lapsikaappaus sopimuksen velvoitteiden mukaisesti.⁵⁴

Oikeusministeriö on asianmukainen viranomainen tilanteissa, joissa lapsi on viety Suomesta rajojen yli ja myöskin tuotu ulkomailta Suomeen. Viimeisellä tarkoitetaan siis sitä, että oikeusministeriö on se viranomainen, jolle tulee toimittaa lapsen palautushakemus, mikäli lapsi on viety asuinpaikkavaltiostaan Suomeen. Suomeen tulevien palautushakemusten osalta oikeusministeriö tutkii ensin, täyttääkö hakemus sopimuksen edellytykset. Jos hakemus on asianmukainen ja perusteltu, oikeusministeriö hankkii hakijalle asianajajan, joka hoitaa asiaa päämiehensä ohjeiden mukaan.⁵⁵ Oikeusministeriö ei edusta ketään asianosaista, vaan toimii ainoastaan välittävänä viranomaisena, johon kaikki asianosaiset voivat tarvittaessa olla yhteydessä. Keskusviranomaisen neuvontapalvelut ovat aina maksuttomia.

Keskusviranomaisen, eli oikeusministeriön, pääasiallisina tehtävinä ovat:

- lapsen olinpaikan selvittäminen
- sovinnollisen ratkaisun ja vapaaehtoisin palauttamisen edistäminen
- neuvonta sopimuksen soveltamisessa ja hakemuksen tekemisessä
- hakemuksen välittäminen toisen sopimusvaltion keskusviranomaiselle
- yhteydenpito ulkomaiseen keskusviranomaiseen
- tiedustelujen tekeminen vieraan valtion lainsäädännöstä ja käytännöstä⁵⁶

⁵³ Keskusviranomaisten tehtävistä ja velvoitteista tarkemmin: Guide to Good Practice under The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Part I Central Authority Practice. Löytyy: https://assets.hcch.net/upload/abdguide_e.pdf (käyty 3.1.2018).

⁵⁴ Keskusviranomaisen velvoitteista on säädetty HTL 35 §:ssä. Huomaa, että oikeusministeriö toimii myös Haagin lastensuojelusopimuksessa tarkoitettuna keskusviranomaisena. Lue lisää: <https://oikeusministerio.fi/lastensuojelu-rajat-ylittavissa-tilanteissa> (käyty 9.12.2018).

⁵⁵ *Kemppainen, Outi - Norros, Merja - Salmenkylä, Hilikka*: Kansainvälisiin lapsikaappauksiin ja tapaamisoikeuksiin liittyvistä kysymyksistä, DL 4/2001, s. 679.

⁵⁶ Oikeusministeriön esite: Kansainvälinen lapsikaappaus. Helsinki 1999.

Lisäksi, HTL 35 §:ssä määrätään, että valtion ja kunnan sosiaalihuollon viranomaisten sekä poliisiviranomaisten tulee antaa oikeusministeriölle pyynnöstä virka-apua lapsen olinpaikan ja lapsen olosuhteiden selvittämiseksi, vieraassa valtiossa annetun lapsen huoltoa koskevan päätöksen täytäntöönpanon ja lapsen palauttamisen turvaamiseksi sekä lapsen luvattoman poisviemisen ehkäisemiseksi.

Oikeusministeriön tehtävänä on myös lähettää ja kääntää palautushakemus oikealle viranomaiselle, siihen maahan, johon lapsen epäillään kaapatun. Yksi sopimuksen keskeisimmistä periaatteista onkin, että keskusviranomaiset tekevät tiivistä yhteistyötä lapsen edun mukaisen päätöksen tekemiseksi. Oikeusministeriö ei kuitenkaan laadi itse hakemusta, vaan vanhemman tulee itse, tai lakimiehensä avustuksella tehdä hakemus, jonka laatimiseen oikeusministeriö toki antaa ohjeita.⁵⁷

2.2.4 Palauttamisprosessista lyhyesti

Kun lapsi on tuotu luvatta Suomeen toisesta Haagin lapsikaappaus sopimukseen kuuluvasta sopimusvaltiosta, palauttamishakemus saapuu oikeusministeriölle joko toisen keskusviranomaisen kautta tai suoraan vanhemmalta, jolta lapsi on kaapattu.⁵⁸ Sopimuksen artiklan 12 mukaan viranomaiset käsittelevät palauttamishakemuksia, jotka ovat tehty vuoden määräajan sisällä lapsen luvattoman poisviemisen jälkeen. Jos lapsen palauttamista koskeva menettely aloitetaan yli vuoden kuluttua kaappauksesta, Haagin lapsikaappaus sopimus sallii tuomioistuimen harkintansa mukaan kieltäytyä palauttamisesta edellyttäen, että lapsen osoitetaan sopeutuneen uuteen ympäristöönsä (12 artiklan toinen kappale).

Suomessa konventiossa säännelty prosessi menee tiivistetysti seuraavanlaisesti; kun oikeusministeriö vastaanottaa lapsen palauttamishakemuksen toisesta sopimusvaltiosta,

⁵⁷ Vrt. kuitenkin esim. Iso-Britanniaan, jossa paikallinen keskusviranomainen tarjoaa ilmaisen oikeusavun vanhemmille, joiden huoltajuusoikeuksia on rikottu. Heidät ohjataan lakimiehille, jotka ovat erikoistuneita lapsikaappaustapauksiin. Jossain maissa hakijaa edustaa yleinen syyttäjä tai valtion esimies, joten hakija ei tarvitse asianajajaa. *Schuz: The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis*, s. 39-40.

⁵⁸ Lapsen palauttamista koskevat hakemukset lähetetään oikeusministeriölle tai joissain tapauksissa jopa suoraan Helsingin hovioikeudelle. Perustuu oikeusministeriöstä saatuun tietoon, joka on vastaanotettu henkilökohtaiseen sähköpostiin 24.10.2018.

viranomaisen tulee ensisijaisesti paikantaa ja löytää lapsi.⁵⁹ Tämän jälkeen, oikeusministeriö välittää hakemuksen lapsikaappauksiin perehtyneelle asianajajalle.⁶⁰ Tehokas palauttaminen vaatii asianajajalta ensisijaisesti toimenpiteitä, jotka edistävät lapsen vapaaehtoista palauttamista. Sopimuksen seitsemännen artiklan mukaan on ryhdyttävä ”kaikkiin asianmukaisiin toimenpiteisiin – – lapsen vapaaehtoisen palauttamisen turvaamiseksi tai sovinnollisen ratkaisun aikaansaamiseksi”.⁶¹ Vapaaehtoinen palauttaminen, ei siten edellytä palauttamisoikeudenkäynnin aloittamista. Mikäli lapsen palauttamisesta ei kuitenkaan päästä yhteisymmärrykseen sovintoteitse, Helsingin hovioikeus tekee päätöksen palauttamisesta, joka on HTL 31 § mukaan toimivaltainen tuomioistuini asiassa.

Jos lapsi määrätään palautettavaksi, palauttaminen on HTL 46 §:n mukaan laitettava täytäntöön ja lapsen noutovaiheessa tulee noudattaa, mitä lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan päätöksen täytäntöönpanosta annetussa laissa (619/1996) säädetään (jäljempänä täytäntöönpanolaki).⁶² Jos lapsen kaapannut vanhempi päättää täytäntöönpano vaiheessa esimerkiksi piilotella lastaan tai muutoin vastustaa palauttamista, viranomaiset voivat tukeutua täytäntöönpanolain 32 § mukaisesti ulosottomiehen apuun.⁶³

Haagin lapsikaappaus sopimuksen avulla tuhansia lapsia on saatu onnistuneesti palautetuksi takaisin asuinpaikkavaltioonsa.⁶⁴ Toisaalta, sopimuksen toimivuuden kannalta on oikeuskirjallisuudessa ehdotettu, että onnistuneen palauttamisen jälkeen keskusviranomaisen tulisi laatia jonkun näköinen raportti siitä, miten prosessi onnistui ja mitkä ovat olleet

⁵⁹ Lisäksi, mikäli on uskomista, että lapsen turvallisuus on vaarassa, viranomaisten tulee ryhtyä hallinnollisiin toimenpiteisiin lapsen turvallisuuden turvaamiseksi. Keskusviranomaisen voi tukeutua esimerkiksi lastensuojelulain (417/2007) 38 §:ään, joka koskee kiireellistä sijoitusta. Sen nojalla lapsi voidaan sijoittaa kiireellisesti palauttamisprosessin ajaksi, jos lapsi on 40 §:ssä mainitusta syystä välittömässä vaarassa tai muutoin kiireellisen sijoituksen tai sijaishuollon tarpeessa.

⁶⁰ Huomaa, että eri sopimusvaltioissa on erinäköiset menettelyt. Menettelyiden on kuitenkin oltava sopusoinnussa Haagin sopimuksen tavoitteiden kanssa.

⁶¹ Alkuperäisen sanamuodon mukaan keskusviranomaisen on huolehdittava sovintoratkaisuun pääsemisestä, mutta kuten edellisessä alaviitteessä todettu, sopimusvaltioissa on eri käytännöt palauttamisprosessin tehtävänjaon suhteen. Ks. myös Haagin konferenssin vuonna 2012 julkaistu sovittelua koskeva käytännön opas. Löytyy osoitteesta: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6475&dtid=52> (käyty 16.12.2018).

⁶² Tässä tutkielmassa ei keskitytä palauttamispäätöksen täytäntöönpanoon sen tarkemmin. Jaksossa 4 tullaan kuitenkin tarkastelemaan lapsen mielipiteen huomioonottamista vielä palauttamispäätöksen täytäntöönpanovaiheessa.

⁶³ HE 60/1993 vp, s. 42.

⁶⁴ Vuonna 2015, keskusviranomaiset vastaanottivat 2 652 palauttamishakemusta (hakemus koski keskimäärin 1.3 lasta per hakemus). Vain 243 kappaletta hakemuksista päätyi palauttamishakemuksen hylkäämiseen. Ks. Part I — A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Global report, s. 3.

hallinnolliset toimenpiteet palauttamisen jälkeen lapsen asuinpaikkavaltiossa.⁶⁵ Näin tehtäessä, on katsottu, että voitaisiin paremmin ymmärtää, mikä vaikutus lapsen palauttamisella on ollut ja siten, myös vähentää mahdollisia haittoja palauttamisen aiheutumisesta.

2.3 Bryssel II a –asetus

Eurooppalainen lapsikaappaussäätely koki mullistuksen vuonna 2005 kun Bryssel II a –asetus (tässä kappaleessa vastedes asetukset) saatettiin voimaan kaikissa Euroopan unionin (EU) jäsenvaltioissa (lukuun ottamatta Tanskaa). Asetusta on sovellettu 1. maaliskuuta 2005 alkaen kaikissa jäsenvaltioissa, joita se sitoo ja asetusta on kansalliseen lainsäädäntöön nähden sovellettava ensisijaisesti.⁶⁶

Sanomattakin selvää on, että Brysselin II a-asetus soveltuu ainoastaan EU:n rajojen sisällä tapahtuvissa lapsikaappaustapauksissa. Tarkemmin sanoen, asetukset tulee sovellettavaksi, kun lapsella on ollut välittömästi ennen luvaton poisviemistä tai palauttamista jättämistä asuinpaikka jossain jäsenvaltiossa ja palauttamisvaatimus tulee toisesta jäsenvaltiosta. Asetusta sovelletaan jäsenvaltioiden välisiin suhteisiin ensisijaisesti vuoden 1980 Haagin lapsikaappaussopimuksen määräyksiin nähden, silloin kun on kyse asetuksen soveltamisalaan kuuluvista asioista (artikla 11). Muut Haagin sopimuksessa lapsikaappaukseen koskevat määräykset ovat sovellettavissa jäsenvaltioiden välisissä lapsikaappaustapauksissa.⁶⁷ Jäsenvaltioiden tulee siten lapsikaappausten oikeudellisia ongelmia ratkaistaessa ottaa huomioon sekä Haagin lapsikaappaussopimuksen säännökset että asetuksen määräykset. Näin ollen, asetukset on Haagin sopimuksen lisäksi Suomessa keskeisin säädös lapsikaappaustilanteita ratkaistaessa.

Asetuksessa on laajemmin säännöksiä liittyen vanhempainvastuuseen. Säännösten tavoitteena on poistaa huoltajan oikeuksien osalta syntyneet tulkintakysymykset. Lisäksi asetuksessa on palauttamispäätöksen liittyviä tehostavia säännöksiä. Yksi niistä lienee se,

⁶⁵ *Schuz: The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis*, s. 50-53.

⁶⁶ Asetusta sovelletaan muun muassa myös avioliiton purkamista koskeviin asioihin ja näiden menettelyjen yhteydessä käytäviin puolisoitten lasten huoltoa koskeviin oikeudenkäynteihin. Asetuksesta löytyy myös säännökset toisessa jäsenvaltiossa annetun päätöksen tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta. Lue lisää asetuksen voimaansaattamisesta: HE 186/2004 vp.

⁶⁷ Kaikki EU:n jäsenvaltiot ovat Haagin lapsikaappaussopimuksen sopimusvaltioita.

että asetuksen myötä lapsen palauttamista koskevat tuomiot ovat täytäntöönpanokelpoisia toisessa jäsenvaltiossa ilman, että niitä tarvitsee julistaa täytäntöönpanokelpoiksi.⁶⁸ Bryssel II a- asetuksen tehtävänä ei ole kuitenkaan syrjäyttää Haagin lapsikaappaus sopimusta, vaan pikemminkin täydentää ja vahvistaa sopimuksen peruseriaatteita.⁶⁹ Tervetulleena lisäyksenä on pidetty esimerkiksi kuuden viikon käsittelyaikaa, joka määrättiin velvollisuudeksi asetuksen 11.3 artiklaan.⁷⁰ Haagin sopimuksessa säädetty kuuden viikon käsittelyaika on pelkästään ohjeellinen. Huomattavia eroja säännöksiin välillä ei kuitenkaan ole, vaikka eräiden kieltäytymisperusteiden käyttöä kuitenkin asetuksen myötä on rajoitettu.

Rajoitus ilmenee esimerkiksi artiklassa 11.4, jossa määrätään, että tuomioistuimien ei voi hylätä lapsen palauttamishakemusta, vaikka olisikin vaarana, että lapsi joutuisi Haagin lapsikaappaus sopimuksen 13 artiklassa tarkoitettuihin kestämättömiin olosuhteisiin. Lapsi voidaan kuitenkin ainoastaan palauttaa, jos voidaan todeta, että kohdejäsenvaltiossa on toteutettu tarvittavat järjestelyt, joiden avulla voidaan turvata lapsen suojeleminen palauttamisen jälkeen. Periaatteena siis on, että lapsi on aina palautettava, jos hän voi saada suojeleminen alkuperäisessä asuin valtiossaan.⁷¹ Rajoitusta voidaan perustella EU:ssa vallitsevaan keskinäiseen luottamusperiaatteeseen, joka tarkoittaa sitä, että jäsenvaltioiden on luotettava toisen maan oikeusjärjestelmiin.⁷²

Toinen asetuksen tuoma vahvistus koskee lapsen kuulemistä, joka tuotiin asetuksen 11.2 artiklaan. Kohdan mukaan tuomioistuimen on varmistettava, että lapselle annetaan

⁶⁸ Vrt. kuitenkin: *Beaumont, Paul – Walker, Lara – Holliday, Jayne: Conflicts of EU Courts on Child Abduction: The reality of Article 11(6)-(8) Bryssel Iia proceedings across the EU*. Kirjoittajat ovat tutkineet asetuksen 11.6-8 artiklojen käyttöä EU:n jäsenvaltioissa. Artikloissa määrätään lapsikaappausasioiden eksekvatuurimenettelystä. Heidän tekemänsä tutkimuksen perusteella, asetuksen tuoma menettely on osoittautunut tehottomaksi järjestelmäksi, jota käytännössä sovelletaan hyvinkin harvoin jäsenvaltioiden välisissä lapsikaappausasioissa. Huomaa, että lapsen palauttamispäätöksen täytäntöönpanoon liittyvät ongelmat ovat tästä tutkielmasta rajattu pois.

⁶⁹ Vrt. *Trimings: Child Abduction Within the European Union*, s. 2. Teoksessa puhutaan jäsenvaltioiden tiukentuneista velvollisuuksista.

⁷⁰ Vrt. *McEleavy, Peter: The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?* *Journal of Private International Law*, April 2005, Vol 1(1), s. 26. McEleavy epäili jo vuonna 2005 asetettua kuuden viikon käsittelyaikaa, koska hän piti sitä liian optimistisena ja epärealistisena tavoitteena. McEleavyn epäilykset olivat perusteltuja, sillä vuonna 2015 tehdyssä raportissa, esimerkiksi Suomi ei onnistunut kertaakaan pysymään asetuksen asettamassa kuuden viikon velvoitteessa. Ks. Part II — A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Regional report, s. 11, kohta 41.

⁷¹ Euroopan komission ”Käytännön opas Bryssel Iia -asetuksen soveltamiseen”, 2014 s. 55.

⁷² Lue lisää keskinäisestä luottamusperiaatteesta: Weller, Matthias: *Mutual Trust: In Search of the Future of European Union Private International Law*. *Journal of Private International Law*, 2015, Vol. 11, No. 1, s. 64–102.

mahdollisuus tulla kuulluksi häntä koskevassa palauttamisasiassa. Velvollisuus lapsen mielipiteen selvittämiseksi selvästi tukee Yhdistyneiden kansakuntien (YK) lapsen oikeuksia koskevassa yleissopimuksessa (SopS 59-60/1991) mainittua lapsen osallistumisoikeuden turvaamista. Haagin lapsikaappaus sopimuksessa ei ole asetettu vastaavanlaista velvollisuutta, joten asetus antaa pidemmälle menevää suojaa lapsen osallistumisoikeuden turvaamiseksi.

Kansainvälisessä oikeuskirjallisuudessa on kritisoitu asetuksen voimaansaattamista etenkin lapsikaappaus säännöksiä osalta.⁷³ Suomessakin on kyseenalaistettu asetuksen tavoitteita ja voimaantumisen syitä, sillä asetuksen ja Haagin sopimuksen väliset erot ovat miltei olemattomat.⁷⁴ Erillisen eurooppalaisen lapsikaappausjärjestelmän rakentamista on pelätty luovan kuilun EU-valtioiden ja muun maailman välille, jonka johdosta koherenttia globaalia järjestelmää on vaikeaa ylläpitää.⁷⁵ Lisäksi, asetusta on pidetty ristiriitaisena samaiseen sopimukseen nähden, ja syynä on asetuksen säätämiseksi on pidetty enemmänkin poliittisena kuin käytännössä tarpeellisenä.⁷⁶ On katsottu, ettei asetuksen voimaansaattamiselle ollut lainsäädännöllistä tarvetta, sillä Haagissa 1980 laadittu lapsikaappaus sopimus oli toiminut hyvin ennen sen voimaantumista, jonka lisäksi asetuksen myötä tuomat tehostavat lisämääräykset koskien lapsikaappausmenettelyä ovat olleet odotettuja heikompia.⁷⁷ Etenkin tuomioistuinten velvollisuus huolehtia siitä, että lasta kuullaan ei ole käytännössä toiminut tarkoituksenmukaisesti.⁷⁸ Lapsen oikeudesta tulla kuulluksi ja kieltäytymisperusteiden rajoittamisesta asetuksen nojalla ja asetuksen lapsikaappausmääräyksiä tarpeellisuutta on kuitenkin tarkoituksenmukaisempaa tarkastella jaksossa 4, jossa perehdytään kieltäytymisperusteisiin tarkemmin

⁷³ Esim. McElevy on kyseenalaistanut asetuksessa olevien lapsikaappaus säännöksen tarpeellisuutta, jo ennen asetuksen voimaansaattamista. Ks. *McElevy, Peter*: Current Developments: I. Bryssel II bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition. *International and Comparative Law Quarterly* 2004, Vol.53(2), s. 509-511.

⁷⁴ Näin esim. *Helin, Markku*: Eurooppalaiset lapsikaappaus säännökset. *Defensor Legis* N:o 4/2004, s. 648.

⁷⁵ *Helin, Markku*: Eurooppalaiset lapsikaappaus säännökset. *Defensor Legis* N:o 4/2004, s. 652.

⁷⁶ Näin esim. *Trimings*: Child Abduction Within the European Union, s. 2-4. *Trimings* kyseenalaista asetuksen tarpeellisuutta melko jyrkästi etenkin palauttamisperusteiden toimivuuden osalta.

⁷⁷ Tästä esimerkkinä taas kuuden viikon käsittelyaika. Tilastot vuodelta 2015 osoittavat, että tapauksissa, joissa sovellettiin Brysselin asetusta, tuomioistuimet tekivät ratkaisun asiassa keskimäärin 20 viikkoa palauttamishakemuksen vastaanottopäivästä. Ainoastaan Haagin lapsikaappaus sopimusta sovellettaessa, tapaus ratkaistiin keskimäärin 24 viikossa. Erot eivät siis ole huikeat, joten asetuksen tuomaa lisätehostusta voidaan kyseenalaistaa. Ks. Part II — A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Regional report, s. 13.

⁷⁸ Näin esim: *Beaumont, Paul – Walker, Lara – Holliday, Jayne*: Conflicts of EU Courts on Child Abduction: The reality of Article 11(6)-(8) Bryssel IIa proceedings across the EU, s. 32.

2.5 Lapsikaappaus perus- sekä ihmisoikeus näkökulmasta

Ihmisoikeuksilla tarkoitetaan kansainvälisissä ja alueellisissa ihmisoikeussopimuksissa turvattuja yksilön, perustavanlaatuisia oikeuksia. Ihmisoikeussopimusten määräykset asettavat ihmisoikeuksien vähimmäistason, jota valtiot ovat kansainvälisten ihmisoikeussopimusten kautta sitoutuneet kunnioittamaan tai ainakin tavoittelemaan.⁷⁹ Ihmisoikeussopimukset säännökset ohjaavat sekä oikeudellisten toimijoiden laintulkintaa ja -soveltamista että lainvalmistelua.⁸⁰ Ihmisoikeudet ovat siten ylikansallinen lähde, jotka vaikuttavat kotimaisen lapsioikeuden sekä kansainvälisen lapsioikeuden tulkintaan.⁸¹ Ihmisoikeudet vaikuttavat tätä kautta koko oikeusjärjestykseen ja tästä syystä voidaankin sanoa, että lapsikaappaussäätely on ihmisoikeuspohjaista.⁸²

Suomen perustuslaissa on säädetty kaikille kuuluvista perusoikeuksista. Perusoikeuksilla tarkoitetaan kansallisissa perustuslaeissa turvattuja yksilölle kuuluvia oikeuksia. Myös EU:n oikeudessa turvataan yksilöille kuuluvia perusoikeuksia.⁸³ Sisällöllisesti perus- ja ihmisoikeudet ovatkin hyvin lähellä toisiaan, mutta niiden muodollinen ero näkyy siinä, että perusoikeussäännökset osoittavat valtiosisäistä oikeutta kun taas ihmisoikeuksilla on kansainvälinen yhteys.⁸⁴ Perus- sekä ihmisoikeudet muodostavat siis toisiaan täydentävät yksilön oikeuksia suojaavat turverkostot, jotka viimekädessä suojaavat sekä lapsia että vanhempia lapsikaappaustapauksissa.⁸⁵

Tärkeimmät lapsen oikeuksia koskevat lainkohdat ovat tämän tutkielman kannalta säädetty Suomen perustuslaissa (731/1999) lain 9, 10 ja 22 §:ssä sekä Suomea sitovissa Euroopan ihmisoikeussopimuksen (SopS 63/1999) 8. ja 6. artiklassa ja YK:n lapsen oikeuksia koskevassa yleissopimuksessa 3, 11 ja 12 artiklassa.

Lapsen oikeuksien sopimus (LOS) on otettu huomioon transformoitaessa Haagin lapsikaappaussopimuksen määräyksiä Suomen lainsäädäntöön.⁸⁶ Hallituksen esityksessä on

⁷⁹ *Nieminen*: Nuoren perus- ja ihmisoikeudet. Teoksessa: Nuorten oikeudet, s. 10.

⁸⁰ *Mikkola*: Kansainvälinen lapsioikeus, s. 9.

⁸¹ *Mikkola*: Kansainvälinen lapsioikeus, s. 9.

⁸² Samansuuntaisesti *Nieminen*: Nuoren perus- ja ihmisoikeudet. Teoksessa: Nuorten oikeudet, s. 12.

⁸³ Ks. Euroopan unionin perusoikeuskirja (2012/C 326/02).

⁸⁴ VNS 6/2014 vp, s. 9.

⁸⁵ HE 309/1993, vp, s. 15.

⁸⁶ Ks. HE 63/1993 vp, s. 23.

huomioitu ainoastaan artiklat 3 ja 11, mutta tämän tutkielman kannalta on tärkeä mainita myös LOS:en 12 artikla. LOS:en 3 artiklan mukaan kaikissa lasta koskevissa toimenpiteissä on otettava ensisijaisesti huomioon lapsen etu. Artiklan mukaan lapsen etu on otettava ensisijaisesti huomioon kaikissa julkisen tai yksityisen sosiaalihuollon, tuomioistuinten, hallintoviranomaisten tai lainsäädäntöelimien toimissa. Tärkeä on kuitenkin huomata, että pelkkä huomioon ottaminen ei ole riittävä, vaan lapsen edun tulee olla ensisijainen ratkaisuperuste häneen liittyvissä asioissa.⁸⁷ Kyseessä olevassa sopimuksessa on lisäksi määräys, jonka mukaan sopimusvaltioiden on ryhdyttävä ennaltaehkäiseviin toimiin lapsikaappauksien estämiseksi ja valtioiden tulee edistää siihen liittyviin sopimukseen liittymistä. Tämä määräys löytyy LOS 11 artiklasta. Artikla 12 määrää taas lapsen oikeudesta ilmaista mielipiteensä häneen liittyvissä asioissa, eli artikla sääntelee lapsen oikeudesta osallisuuteen.⁸⁸ Tärkeä on huomata, että kaikki edellä mainitut artiklat ovat kytköksissä toisiinsa ja etenkin lapsen edun artikla, jota myös kutsutaan LOS:en sateenvarjoartiklaksi, edellytetään otettavan huomioon mahdollisimman täysmääräisesti lapselle turvattuja oikeuksia toteutettaessa.⁸⁹

Vaikka Euroopan ihmisoikeussopimukseen (EIS) ei sisälly suoraa viittausta siihen, että lapset kuuluisivat EIS:n soveltamispiiriin, on katsottu, että sopimuksessa luetellut oikeudet kuuluvat yhtä lailla lapsille kuin aikuisillekin.⁹⁰ Tärkein määräys tämän tutkielman kannalta löytyy EIS:n 8. artiklasta, jossa määrätään yksilön oikeudesta nauttia perhe-elämästä. Mainittakoon myös EIS:n 6. artikla, jossa säädetään oikeudesta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Etenkin artiklassa suojattu oikeus tulla kuulluksi on tärkeä aiheen kannalta.⁹¹ Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (EIT) on joutunut ratkaisemaan, mikäli kantajan 8. artiklassa suojattu oikeus perhe-elämään on lapsikaappauksen myötä rikottu. On huomattava, että useimmiten EIT:ssa kantajina toimivat vanhemmat, joilta lapsi on kaapattu, eikä niinkään lapsi. Toisin sanoen taakse jätetyt vanhemmat väittävät, että heille kuuluvaa oikeutta perhe-elämään on rikottu, eikä lapsen henkilökohtaista oikeutta.

⁸⁷ General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para 1), s. 4.

⁸⁸ Lapsen osallistumisoikeutta tarkastellaan tarkemmin jaksossa 5.

⁸⁹ *Hakalehto-Wainio*: Lasten oikeudet lapsen oikeuksien sopimuksessa. Teoksessa: Ihmisoikeuksien käsikirja, s. 141.

⁹⁰ Handbook on European law relating to the rights of the child, 2015, s. 23.

⁹¹ Esimerkiksi lapsikaappauksessa *Hoholm v. Slovakia*, EIT määräsi Slovakian maksamaan korvauksia kantajalle kohtuuttoman pitkän oikeusprosessin vuoksi. Ks. *Hoholm v. Slovakia*, 35632/13, 13.01.2015.

EIT:n pääasiallisena tehtävänä on ratkaista ja löytää kohtuullinen tasapaino kummankin vanhemman, lapsen ja yleisen järjestyksen etujen välillä. EIT tehtävänä on siten tehdä punnintaa valtion harkintavallan sekä lapsen edun turvaamisen välillä, kuitenkin lapsen edun ollessa lähtökohtana arvioinnille.⁹² EIT on katsonut, että valtiolle kuuluvat positiiviset velvollisuudet ovat tulkittava ja arvioitava Haagin lapsikaappaus sopimuksen valossa.⁹³ Tämä tarkoittaa sitä, että EIT:n on arvioitava onko jäsenvaltio tehnyt kaikki voitavansa taakse jätetyn vanhemman ja lapsen yhdistämiseksi, ja jos näin ei ole, 8. artiklassa turvattu oikeus perhe-elämään katsotaan rikotun.⁹⁴ Tästä esimerkki melko tuoreesta tapauksesta *G.N. v. Puola*, jossa EIT katsoi, että Puola oli rikkonut taakse jätetyn vanhemman oikeutta perhe-elämään, kun Puolan tuomioistuimet olivat epäonnistuneet perusteluissaan olla määräämättä lapsi takaisin asuinpaikkavaltioonsa.⁹⁵ EIT:n mukaan Puolan tuomioistuimessa tehdyssä lapsen edun harkinnasta puuttuivat ne tärkeät tekijät, jotka ovat tarpeellisia Haagin lapsikaappaus sopimuksen tavoitteiden valossa.⁹⁶

Kansainväliset ihmisoikeussopimukset määrittelevät kuitenkin kansainvälisesti perusoikeuksille tavoitellun vähimmäistason ja kansallinen perustuslaki voi tarjota oikeuksille ihmisoikeussopimuksia perusteellisempaa ja pidemmälle menevämpää suojaa.⁹⁷ Suomessa perusoikeudet kuuluvat kaikille sen oikeudenkäyttöpiirissä oleville yksilöille ikää katsomatta. Siten perusoikeudet kuuluvat myös lapsille, mutta perusoikeusuudistuksen esitöissä on kuitenkin korostettu, että lapset tarvitsevat vajaavaltaisuutensa vuoksi erityistä huolenpitoa ja suojelua.⁹⁸ Lapset ovat kuitenkin lain edessä tasa-arvoisia, ellei poikkeuksia olla erikseen säädetty. Lapsille on myös turvattava mahdollisuus vaikuttaa itseään koskeviin asioihin heidän kehitystään vastaavasti, koska lapsella on lähtökohtaisesti

⁹² Näin esim. melko tuore tapaus: *GS v. Georgia*, 2361/13, 21.10.2015, kohta 43.

⁹³ Velvollisuudella tarkoitetaan valtion pääasiallista velvoitetta joutuisasti palauttaa lapsi asuinpaikkavaltioonsa.

⁹⁴ *Schulz, Andrea*: The 1980 Hague Child Abduction Convention and the European Convention on Human Rights .*Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 12, Issue 2 (Fall 2002), s. 370.

⁹⁵ *G.N. v. Puola*, 2171/14, 19.10.2016, kohta 65.

⁹⁶ Näihin tekijöihin palataan tarkemmin jaksossa 4.

⁹⁷ *Nieminen*: Nuoren perus- ja ihmisoikeudet. Teoksessa: Nuorten oikeudet, s. 9-10.

⁹⁸ HE 309/1993 vp, s. 45.

itseääräämisoikeus.⁹⁹ Tämä on erityisen tärkeää, kun on kyseessä lapsen kuulemisesta palauttamisasioissa.¹⁰⁰

Tärkein PL:n säännös on lain 10 §, joka suojaa perhe-elämää, koska lapsen oikeus elää molempien vanhempiensa kanssa ja kasvaa luonnollisessa elinympäristössään, on katsottu olevan lapsen erityinen perus- sekä ihmisoikeus etenkin lastensuojelua toteuttaessa.¹⁰¹ PL:n säännös mielletään usein pelkästään vanhemmille kuuluvana oikeutena, vaikka se on nimenomaisesti yllä olevien perusteiden mukaan myös lapsen oikeus. Koska kyseessä on lapsen perusoikeus, on viranomaisella PL 22 § mukaan velvollisuus turvata tämän oikeuden toteutuminen. Pieni lapsihan ei itse kykene valvomaan omia oikeuksiaan, joten käytännössä tuomioistuin harjoittaa lapsen oikeuksien valvomista palauttamalla lapsen asuinpaikkavaltioonsa, vaikkakin tämä tarkoittaisi lapsen erottamista toisesta vanhemmastaan.¹⁰²

Lapsikaappausmenettelyissä on jouduttu myös pohtimaan PL 9.3 §:n suhdetta palauttamismääräyksiin.¹⁰³ Säännöksen mukaan Suomen kansalaista ei voi vasten tahtoaan siirtää, karkottaa tai luovuttaa toiseen maahan. Korkein oikeus on kuitenkin antamissaan päätöksissään todennut, ettei lapsen palauttamista voida rinnastaa PL 9 §:ssä tarkoitettuun vastentahtoiseen siirtämiseen tai luovuttamiseen.¹⁰⁴ Lapsi sanamuodon mukaisesti palautetaan takaisin asuinmaahansa, eikä niinkään karkoteta, kuten PL 9 §:n mukaan tarkoitetaan.

2.4 Muita sääntelyjä

Lapsen palauttaminen takaisin alkuperäiseen asuinpaikkaan on puhtaasti siviilioikeudellinen toimenpide. Suomessa on kuitenkin mahdollisuus käynnistää rikosoikeudenkäynti, sillä rikoslain (39/1889) 25 luvun 5 a §:n mukaan lapsikaappaus on rangaistava teko.¹⁰⁵

⁹⁹ Lue lisää lasten perusoikeuksista ja itseääräämisoikeudesta Suomessa esimerkiksi: *Nieminen, Liisa*: Lasten perusoikeudet, 1990.

¹⁰⁰ Tästä tarkemmin jaksossa 5.

¹⁰¹ HE 252/2006 vp, s. 7-8 ja 28-46. Lue lisää: *Araneva, Mirjam*: Sijaishuollossa olevan lapsen yhteydenpito-oikeus. Teoksessa *Lapsen oikeudet lastensuojelussa*, s. 168-172.

¹⁰² Samansuuntaisesti: *Araneva*: Sijaishuollossa olevan lapsen yhteydenpito-oikeus. Teoksessa: *Lapsen oikeudet lastensuojelussa*, s. 168-172.

¹⁰³ Näin esim. tapauksissa KKO 2004:76 ja KKO 2004:129.

¹⁰⁴ Näin esim, myös alempana käsiteltävässä tapauksessa KKO 2016:65.

¹⁰⁵ Rikoslain 25. luvussa säädetään vapauteen kohdistuvista rikoksista. Samassa luvussa on myös säädetty, että lapsikaappauksesta voidaan jättää rangaistus tuomitsematta, jos rikoksesta epäilty tai rikosentekijä on

Lainkohdan mukaan rikokseen syyllistyy se, joka ottaa lapsen omavaltaisesti huostaansa ja vie hänet asuinvaltiostaan ulkomaille tai jättää palauttamatta asuinvaltioonsa. Rikoksesta voi seurata sakkorangaistus tai enintään kahden vuoden vankeusrangaistus.¹⁰⁶ Lapsikaappausta koskevalla säännöksellä on haluttu suojella lapsen tosiasiallisen huoltosuhteen rikkomattomuutta.¹⁰⁷ Oikeusministeriön laatimassa esitteessä kansainvälisistä lapsikaappauksista kuitenkin huomautetaan, että rikosprosessi voi merkittävästi hankaloittaa lapsen vapaaehtoista palauttamista.¹⁰⁸

Lisäksi Suomi on ratifioinut Haagin 1996 solmitun yleissopimuksen (SopS 9/2011, ns. Haagin lastensuojelusopimus). Vuonna 1996 solmittu yleissopimus koskee toimivaltaa, sovellettavaa lakia sekä tuomioiden tunnustamista ja täytäntöönpanoa vanhempainvastuuseen ja lasten suojeluun liittyvissä asioissa. Haagin lastensuojelusopimus ei vaikuta Haagin lapsikaappausopimuksen soveltamiseen niiden valtioiden välillä, jotka ovat molempien sopimusten osapuolia (50 artikla). Mikään ei kuitenkaan estä vetoamista Haagin lastensuojelusopimukseen luvattomasti poisviedyn tai palauttamatta jätetyn lapsen palauttamiseksi tai tapaamisoikeuden järjestämiseksi.¹⁰⁹

Mainitsemisen arvoinen kansainvälinen sopimus on myös Luxemburgissa 20.5.1980 tehty eurooppalainen yleissopimus lasten huoltoa koskevien päätösten tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta ja lasten palauttamisesta eli niin sanottu Luxemburgin sopimus (SopS 56/1994). Tämä sopimus on kuitenkin jäänyt taka-alalle Bryssel II a -asetuksen voimaansaattamisen jälkeen ja käytännössä sovelletaankin pelkästään edellä mainitun lisäksi

vapaaehtoisesti palauttanut lapsen, jos lapsen etu sitä vaatii tai jos oikeudenkäyntiä ja rangaistusta on tekoon johtaneet syyt huomioon ottaen pidettävä kohtuuttomina. Ks. rikoslain 25 luku 9 a §. Lue myös uutisoitu tapaus turkulaisäidistä, joka kaappasi lapsensa Dubaista Suomeen. Syyttäjä jätti rangaistuksen tuomitsematta, koska rangaistus ei olisi ollut lapsen etu. Ks. https://www.iltalehti.fi/kotimaa/201712192200616163_u0.shtml (käyty 22.10.2018).

¹⁰⁶ Lainkohdassa on kaksi kvalifointiperustetta, josta kuitenkin vain toinen tarvitsee toteutua, jotta syyte voidaan nostaa.

¹⁰⁷ Lue lisää lapsikaappauksen rikosoikeudellisen sääntelyn syistä: HE 169/2005 vp, s. 33-35.

¹⁰⁸ Oikeusministeriön esite: Kansainvälinen lapsikaappaus. Helsinki 1999. Vrt. kuitenkin: *Leslie, Donyale N: "A Difficult Situation Made Harder: A Parent's Choice between Civil Remedies and Criminal charges in International Child Abduction"*. Georgia Journal of International Comparative Law, Winter 2008, Vol.36(2), s. 381-412. Kirjoituksessa on esitetty esimerkkitapauksia maailmalta, jossa rikosprosessin aloittaminen on osoittautunut tehokkaaksi menettelyksi lapsen palauttamiseksi. Kirjoittaja toteaaakin artikkelin lopussa, että Haagin lapsikaappausopimuksen sopimusvaltiot tulisivatkin useammin hyödyntää rikosprosessia Haagin lapsikaappausopimuksen säännösten rinnalla.

¹⁰⁹ HE 218/2008 vp, s. 10.

myös Haagin lapsikaappausopimusta.

2.6 Lopuksi

Lapsikaappausjärjestelmä on sekä ihmis- että perusoikeuspohjaista, jossa on otettava huomioon kansallinen lainsäädäntö, kansainväliset yleissopimukset sekä eurooppalaisen yhteisön säännökset. Lapsikaappaukseen liittyviä ongelmia ratkaistaessa lainkäyttäjällä on monta eri instrumenttia, johon turvautua ja huoltajat voivat jopa aloittaa rikosprosessin lapsikaappauksen sattuessa.

Tiettyjen instrumenttien artiklat ja niissä mainittujen käsitteiden keskinäinen suhde ei aina ole kuitenkaan täysin selvä. Esimerkiksi LOS:n ja EIS:n lapsikaappauksen kannalta relevantit artiklat mainitaan kotimaisen lainsäädännön esitöissä, mutta artiklojen merkitystä ei juurikaan pohdita, eikä sopimuksien ja kotimaisen lainsäädännön keskinäistä suhdettakaan oikeastaan sen tarkemmin tarkastella.¹¹⁰ Tästä esimerkkinä voidaan mainita lapsen edun harkinta, josta EIS:n lisäksi myös LOS vaatii lapsen edun harkintaan holistisempaa lähestymistapaa, joka on taas ristiriidassa Haagin sopimuksen peruseriaatteiden kanssa. Kotimaisessa oikeuskäytännössä harvemmin edes törmätään siihen, että tuomioistuin suoraan viittaisi esimerkiksi LOS:en. Lapsikaappaustapauksista löytyy KKO 1996:151, jossa KKO nimenomaisesti viittaa LOS:en, mutta huomioitavaa on, että se on yleisesti ottaen hyvin epätavallista. Herääkin kysymys, että kuinka suuri vaikutus LOS:lla on lapsikaappaustilanteissa, koska esimerkiksi *Hakalehto-Wainio* on todennut, että Suomessa LOS:ta ei yleisestikään oteta tarpeeksi vakavasti, eikä sen potentiaalia tunnusteta tai tunnusteta kotimaisessa lainsäädäntötyössä.¹¹¹

Tässä jaksossa mainittujen artiklojen merkitystä ja eri instrumenttien keskinäisiä suhteita tarkastellaan kuitenkin tarkemmin seuraavissa kappaleissa, jossa käydään läpi lapsikaappaussääntelyn toteutumista oikeuskäytännössä erityisesti lapsen asuinpaikan määrittämisessä ja kieltäytymisperusteita soveltaessa.

¹¹⁰ Myös *Hakalehto-Wainio* tunnistanut ongelman. Lue *Hakalehto-Wainio*: Lasten oikeudet lapsen oikeuksien sopimuksessa. Teoksessa: Ihmisoikeuksien käsikirja, s. 157-158.

¹¹¹ Ks. *Hakalehto-Wainio*: Lasten oikeudet lapsen oikeuksien sopimuksessa. Teoksessa: Ihmisoikeuksien käsikirja, s. 158.

3 Lapsen asuinpaikka

3.1 Asuinpaikka käsitteenä kansainvälisessä yksityisoikeudessa

Kansainvälisessä yksityisoikeudessa henkilöstatuutilla tarkoitetaan sitä oikeusjärjestystä, jolla on tarkoitus ratkaista henkilöön läheisesti liittyvät oikeudelliset kysymykset. Tällä tarkoitetaan yleensä sitä oikeusjärjestystä, johon henkilöllä on vahvimmat ja pysyvimmat liittymät. Henkilöstatuutin peruseriaatteet ovat ajansaotossa muuttuneet asuinmaaperiaatteesta kansalaisuusperiaatteeseen ja lopulta nykypäivänä kaikista tavanomaiseen liittymäsääntöön eli asuin- tai kotipaikkaperiaatteeseen.¹¹² Yleisesti ottaen, voidaan sanoa, että viimeiseksi mainitut periaatteet ovatkin syrjäyttäneet muut henkilöstatuutit, ja esimerkiksi Suomen kansainvälisyksityisoikeudellista lainsäädäntöä uudistettaessa on monissa kysymyksissä siirrytty asuinmaaperiaatteeseen.¹¹³

Asuinpaikka ja kotipaikka ovat käsitteinä erotettavissa, mutta tulkinnalliset erot vaihtelevat eri maiden välillä.¹¹⁴ Suomessa käsitteitä ei ole lähdetty lainsäädännöllisesti määrittelemään, mutta eri lakien valmisteluvaiheissa käsitteet ovat olleet esillä, mutta lähtökohtaisesti käsitteet tarkoittavat kansainvälisessä yksityisoikeudessa samaa, mutta niiden yksityiskohtaisissa tulkinnoissa voi olla suuriakin eroja.¹¹⁵ Kotipaikalla tarkoitetaan valtiota, jossa henkilöllä on tarkoitus asua pysyvästi tai ainakin toistaiseksi. Kotipaikkaperiaatteen voi jakaa kahteen elementtiin: *tosiasialliseen* ja *tahtoon* liittyvään.¹¹⁶ Ensimmäinen tarkoittaa pysyväisluonteista asumista valtiossa, vaikkakin asuinpaikka vaihtuisi itse maan sisällä. Toisella tarkoitetaan sitä, että henkilöllä tulee olla *tarkoitus* jäädä asumaan valtioon pysyväisluontaisesti ja täten, mitään ajallisia edellytyksiä kotipaikan muodostumiselle ei ole.¹¹⁷

Asuinpaikan käsitteen merkitys on vakiintunut Haagin kansainvälisen yksityisoikeudellisen

¹¹² Lue lisää henkilöstatuutin historiasta ja käsitteestä esim. *Klami–Kuisma*: Suomen kansainvälinen yksityisoikeus, s. 172-176 ja *Helin*: Suomen kansainvälinen perhe- ja perintöoikeus, s. 113-119.

¹¹³ *Klami–Kuisma*: Suomen kansainvälinen yksityisoikeus, s. 173 ja HE 218/2008 vp, s. 10.

¹¹⁴ ”Asuin- ja kotipaikan eroa on Pohjoismaissa pidettykin suhteellisena. Niiden on katsottu yhtyvän, jolloin käsite kotipaikkaliittymä kattaa sekä asuin- että kotipaikan, ja niiden välillä mahdollisesti oleva pieni ero on katsottu voitavan ottaa huomioon tulkitsemalla kotipaikan käsitettä kulloinkin tarkoituksenmukaisella tavalla”. Näin *Mikkola*: Kansainvälinen avioliitto- ja jäämistöoikeus, s. 68.

¹¹⁵ Ks. *Mikkola*: Kansainvälinen avioliitto- ja jäämistöoikeus, s. 67-71, joka esittää vertailevia huomioita eri oikeusjärjestyksien välillä.

¹¹⁶ *Esko, Timo*: Kansainvälisen perhe- ja perintöoikeuden viimeaikaisesta kehityksestä DL 4/2001, s. 666. Kirjoittajan kursivoinnit.

¹¹⁷ *Mikkola*: Kansainvälinen lapsioikeus, s. 29.

konferenssin piirissä. Tiivistetysti, asuinpaikalla tarkoitetaan sitä valtiota, jossa henkilö tosiasiallisesti asuu ja hänellä on siellä keskeisin elinympäristönsä sekä tärkeimmät kiinnekohtansa.¹¹⁸ Henkilö voi myös oleskella luvattomasti asuinpaikkavaltiossaan, mutta pelkkä fyysinen oleskelu ei kuitenkaan yksinomaan riitä osoittamaan, että henkilöllä on siellä asuinpaikka.¹¹⁹ Asuinpaikan muodostaminen edellyttää siis olosuhteita, että henkilön elämän keskipisteen voidaan katsoa siirtyneen tuohon valtioon, vaikkakin se olisikin tarkoitettu väliaikaiseksi esimerkiksi työkomennuksen takia.¹²⁰

Muuttaminen ei siis yleensä muuta henkilön kotipaikkaa, kun taas asuinpaikka voi muuton tai pidemmän oleskelun myötä vaihtua, edellytyksenä, että henkilöllä on asuinpaikkavaltioon muodostunut keskeinen elinympäristö.¹²¹ Esimerkiksi eri maahan työkomennukselle lähtevän henkilön kotipaikka ei muutu, vaikkakin asuinpaikkavaltio muuttuisikin. Kotipaikka vaihtuu siten kankeammin kuin asuinpaikka ja käsitteiden eroavaisuudet yleensä selkeytyvätkin juuri muuttamisen yhteydessä.¹²²

Asuinpaikan käsitettä on viime vuosina käytetty entistä useammin yhdistävänä tekijänä kansainvälisellä sopimuskentällä, erityisesti perheoikeutta käsittelevissä instrumenteissa.¹²³ Eritoten Haagin konferenssin piirissä yleisin liittymä perheasioissa onkin asianosaisen asuinpaikka. Luontevana esimerkkinä voidaan tämän tutkielman kannalta pitää kansainvälisessä yksityisoikeudessa vakiintunutta periaatetta, jonka mukaan lapsen edun mukainen ratkaisu koskien lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta on yleensä luotettavimmin ja vaivattomimmin tehtävissä siinä tuomioistuimessa, missä lapsen asuinpaikka on. Tarkemmin asuinpaikka siis määrittää kysymyksen kansainvälisestä toimivallasta. Toimivallan lisäksi asuinpaikka on myös lainvalinnan yleisin liittymä perheasioissa.¹²⁴ Näin ollen, jos lapsella todetaan olevan asuinpaikka esimerkiksi Suomessa, lapsen huoltoon koskevista asioista on

¹¹⁸ HE 60/1993 vp, s. 16.

¹¹⁹ HE 60/1993 vp, s. 16 ja *Mikkola*: Kansainvälinen lapsioikeus, s. 29.

¹²⁰ *Mikkola*: Kansainvälinen lapsioikeus, s. 29.

¹²¹ *Mikkola*: Kansainvälinen lapsioikeus, s. 29.

¹²² *Mikkola*: Kansainvälinen avioliitto- ja jäämistöoikeus, s. 62.

¹²³ *Helin*: Suomen kansainvälinen perhe- ja perintöoikeus, s. 46.

¹²⁴ Useimmiten kansainvälisissä perheasioissa on kiinteä lainvalintasäännös, joka tarkoittaa sitä, että liittymäkohta käsittää vain yhden liittymän, eli tässä tapauksessa asuinpaikka, joka osoittaa sitovasti sovellettavan oikeusjärjestyksen. Lue lisää liittymistä ja lainvalintamahdollisuuksista lapsiasioissa esim. *Mikkola*: Kansainvälinen lapsioikeus, s. 14-17.

sovellettava Suomen lakia ja Suomen tuomioistuimet ovat toimivaltaisia tekemään ratkaisun asiassa.

3.2 Tarkemmin lapsen asuinpaikasta

Kun lapsi viedään rajan yli toiseen valtioon, lapsen poisvieminen katsotaan luvattomaksi, mikäli se loukkaa sen henkilön oikeuksia, jolle lapsen huolto kuuluu. Kysymys lapsen huollosta määräytyy lapsen asuinpaikan mukaisesti. Tämä tarkoittaa sitä, että lapsen asuinpaikan määrittäminen on tärkeää siksi, että asuinpaikka osoittaa, minkä valtion lakia on sovellettava kun ratkaistaan, kuka tai ketkä ovat lapsen huoltajia lapsikaappauksen tapahtuessa.¹²⁵ Jos lapsen poisvieminen katsotaan loukanneen huoltajalle kuuluvia oikeuksia lapsen asuinpaikkavaltion lain mukaisesti, lapsi on pääsääntöisesti palautettava takaisin lapsen asuinpaikkavaltioon. Tästä syystä lapsen asuinpaikkaa voidaan pitää tärkeimpänä liittymänä lapsen palauttamisasiaa ratkaistaessa. Tärkeä on kuitenkin huomata, ettei asuinpaikan määrittäminen tarkoita lopullista lapsen huoltoon liittyvä ratkaisua. Palauttamisen tarkoitus on ainoastaan korjata laitton asiutila, jotta lopullinen ratkaisu lapsen huollosta voidaan kansainvälisen oikeusperiaatteen mukaisesti tehdä lapsen asuinpaikkavaltiossa. Näin ollen Haagin lapsikaappausopimuksessa on tosin epäsuorasti edellytetty, että toimivalta lapsen huoltoa koskevissa asioissa kuuluu ensisijaisesti sen valtion viranomaisille, missä lapsella on asuinpaikka.¹²⁶

Haagin lapsikaappausopimuksessa, asuinpaikkakäsitteelle ei löydy yksityiskohtaisempaa määritelmää. Haagin sopimuksen valmisteluraportin mukaan asuinpaikka on vakiintunut käsite Haagin konferenssin piirissä ja sen takia sopimuksen valmistelun aikana katsottiin, että käsitteen yksityiskohtaisemmalle tarkastelulle ei ollut tarvetta.¹²⁷ Sopimuksen valmistelijat eivät kuitenkaan ottaneet huomioon sitä, että erityisesti lapsen asuinpaikan määrittämisestä koskevaa kansainvälistä oikeuskäytäntöä oli tuohon aikaan hyvin vähän, eikä lapsen suhdetta vanhempien asuinpaikkaan oltu juurikaan pohdittu.¹²⁸ Vaikkakin käsitteelle ei vielääkään löydy yleismaailmallista määritystä, nykyään INCADAT-oikeustapauskasikirja

¹²⁵ HE 60/1993 vp, s. 17.

¹²⁶ HE 60/1993 vp, s. 17.

¹²⁷ *Pérez-Vera, Elisa*: Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, 1982 kohta 66.

¹²⁸ *Schuz*: The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis, s. 175.

toimii olennaisena oikeusapuna sopimusvaltioiden yhtenäiselle tulkinnalle lapsen asuinpaikan määrittämisessä.¹²⁹

Sopimuksen valmisteluraportissa todetaan, ettei asuinpaikkaa voi sitoa mihinkään tiettyyn kansallisen lainsäädäntöön, eikä sille myöskään voi antaa mitään tarkkaa määritelmää itse sopimuksessa, koska se johtaisi asuinpaikkakäsitteen liialliseen oikeudellistumiseen.¹³⁰ Lapsen asuinpaikkaa ei siten ole haluttu kahlita minkään tietyn ratkaisupohjan varaan, koska käsite on pidettävä joustavana, jotta se vastasi lapsen tosiasiallista elämäntilannetta.¹³¹ Täten, on yleisesti ottaen katsottu, että lapsen asuinpaikan toteaminen Haagin lapsikaappaussopimuksen nojalla on enemmänkin tosiasiallisiin seikkoihin perustuvaa tulkintaa, kuin minkään tietyn oikeusjärjestelmän nojalla muodostuva käsite.¹³² Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että lapsen asuinpaikkaharkinta on tehtävä erillään ilman minkäänlaista oikeudellista opastusta, vaan eri oikeussäännöt opastavat, miten tosiseikkoja on kussakin tapauksessa tulkittava.¹³³ *Schuz* kuitenkin asianomaisesti huomauttaa, että eri oikeusvälineisiin ja niiden säännöksiin tukeuduttaessa, on pidettävä silmällä välineiden tavoitteita ja tarkoituksia, koska niillä voivat olla hyvinkin eri lähtökohdat asuinpaikan määrittämiselle ja käsitteellä ei välttämättä ole identtinen tarkoitus kyseisissä asiayhteyksissä.¹³⁴

Asuinpaikkakäsitteen avoimuus ja joustavuus on johtanut siihen, ettei yhtenevää määritelmää käsitteelle löydy. Tästä syystä ei liene yllättävää, että lapsen asuinpaikka on yksi käräjäidymmistä kysymyksistä lapsikaappaustapauksissa.¹³⁵ Käsitteen tulkinnanvaraisuus on antanut tuomioistuimille paljon tilaa subjektivisuudelle ja harkinnassa huomioon otettavat seikat vaihtelevat sopimusvaltioittain.¹³⁶ Lapsen asuinpaikan toteamisessa eri sopimusvaltiot

¹²⁹ Löytyy osoitteesta: <https://www.incadat.com/en>.

¹³⁰ *Pérez-Vera, Elisa*: Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, 1982 kohta 66.

¹³¹ *Schuz*: The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis, s. 180.

¹³² *Schuz*: The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis, s. 179.

¹³³ *Schuz, Rhona*: Policy Considerations in Determining the Habitual Residence of a Child and the Relevance of Context. *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol. 11, Issue 1 (Fall 2001), s. 109.

¹³⁴ *Schuz, Rhona*: Policy Considerations in Determining the Habitual Residence of a Child and the Relevance of Context. *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol. 11, Issue 1 (Fall 2001), s. 109.

¹³⁵ Esim. INCADAT- kansainvälisessä oikeustapaustapankissa lapsen asuinpaikan määrittämisestä ja huoltajuuteen liittyvistä kysymyksistä löytyy yli 700 tapausta ja vakava vaara-säännökseen liittyviä tapauksia on 595.

¹³⁶ *Rumenov, Ilija*: Determination of the Child's Habitual Residence According to the Bryssel II bis Regulation, 2013 s. 68.

saattavat harkinnassaan painottaa yksinomaan lapsen kytköksiä kyseiseen valtioon ja toiset valtiot taas antavat enemmän merkitystä vanhempien tarkoitukselle valtioon muuttamisesta tai siellä pysymisestä.¹³⁷ *Schuz* on teoksessaan perehtynyt tapauksiin, jossa on sovellettu Haagin sopimusta ja todennut, että esimerkiksi Iso-Britanniassa suositaan “*The parental intention*” – mallia, jolla tarkoitetaan sitä, että lapsen asuinpaikka määräytyy sen vanhemman mukaan, jolla on oikeus päättää siitä missä lapsi asuu, eli yleensä lapsen huoltajalla. *Schuz* jatkaa jakamalla asuinpaikan määrittämisen ”*The independent/Child-Centred*” - malliin, jonka mukaan lapsen asuinpaikka määritetään katsomalla lapsen tosiasiallisia kytköksiä kyseiseen valtioon, eikä niinkään vanhemman oikeuksia. Kolmanneksi hän esittää, ”*The combined/Hybrid*” - mallin, jonka mukaan molemmille edellä mainituille seikoille annetaan painoarvoa.

Haagin sopimuksen lähtökohtana kuitenkin on, että lapsen asuinpaikka ei voi automaattisesti määrittyä lainvastaisen teon eli lapsikaappauksen tuloksena, vaan se tulee määrittyä vapaaehtoisesti ja vapaan tahdon perusteella.¹³⁸ Mikäli lapsen asuinpaikka vaihtuisi saman tien, kun lapsi viedään luvottomasti pois maasta, sopimus olisi vailla merkitystä. Olisi kuitenkin sopimuksen periaatteiden vastaista olla ottamatta esimerkiksi huomioon se aika, jonka lapsi on viettänyt tietyssä valtiossa lainvastaisesta teosta huolimatta, koska lapsen asuinpaikan arviointi perustuisi ainoastaan maastaviennin luvallisuuteen, eikä lapsen tosiasialliseen elämäntilanteeseen.¹³⁹ Tästä syystä esimerkiksi lapsen palauttamishakemuksen vireillepanolle on laitettu vuoden määräaika, koska on katsottu, että vuosi on lapsen elämässä pitkä aika ja hänelle on saattanut jo muodostua elämänsä keskipiste uuteen asuinpaikkaan (artikla 12).

¹³⁷ *Schuz*: The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis, s. 186-194.

¹³⁸ *Rumenov, Ilija*: Determination of the Child’s Habitual Residence According to the Bryssel II bis Regulation, 2013 s. 67. *Rumenov* pohtii vapaan tahdon merkityksestä lapsen asuinpaikan määrittämisessä. *Rumenov*in mukaan asuinpaikka on lähtökohtaisesti muodostuttava vapaasta tahdosta, koska ketään ei voi pakottaa omaksumaan jonkin forumin lakia, jonne henkilö on viety tahdonvastaisesti. Kirjoittaja kuitenkin huomauttaa, että kyseistä valtiota on kuitenkin jonkun ajan päästä pidettävä henkilön asuinpaikkana, koska olisi epäloogista, jos henkilö pystyisi vuosia oleskelemaan jossain valtiossa ilman, että siitä koskaan muodostuisi henkilön asuinpaikka. Kuten tapauksessa *Cameron v. Cameron* 1996 Yhdistyneen kuningaskunnan tuomari osuvasti sen ilmaisee: “A residence need not always be adopted voluntarily before it can become a habitual residence. For example, even though Robinson Crusoe had no opportunity to escape, it is likely he would have been habitually resident on his desert island”.

¹³⁹ Samansuuntaisesti *Helin*: Suomen kansainvälinen perhe- ja perintöoikeus, s. 46.

Vaikka Brysselin Iia-asetus ei sinänsä sisällä tarkempaan asuinpaikan määrittystä, jäsenvaltiot voivat tukeutua Euroopan unionin tuomioistuimen (EU-tuomioistuin) antamiin ohjeisiin tekijöistä, joita on otettava huomioon lapsen asuinpaikan toteamisessa.¹⁴⁰ On otettava huomioon paitsi se, että lapsi on fyysisesti jossakin jäsenvaltiossa, mutta myös muitakin tekijöitä, jonka perusteella voidaan katsoa, että tällainen olinpaikka ei ole millään tavalla väliaikainen tai satunnainen.¹⁴¹ Lapsen asuinpaikka on ilmentää lisäksi tiettyä integroitumista sosiaaliseen ympäristöön ja perheympäristöön.¹⁴² Tässä arvioinnissa on erityisesti ”otettava huomioon jäsenvaltioon muuttamisen ja sen alueella oleskelun osalta sen kesto, säännöllisyys, olosuhteet ja syyt, lapsen kansalaisuus¹⁴³, koulunkäynnin paikka ja olosuhteet, se, osaako lapsi kyseisen valtion kieltä, sekä lapsen perhesiteet ja sosiaaliset siteet kyseisessä valtiossa”.¹⁴⁴ Asuinpaikkakäsite on Brysselin asetuksessa siten jätetty niin sanotusti auki, koska sen merkitystä on ymmärrettävä tapauskohtaisesti riippuen lapsen elämäntilanteesta.¹⁴⁵

Asuinpaikan käsitteen tulkinta ei ole sidottuna mihinkään tiettyyn kansalliseen lainsäädäntöön, vaan sen soveltamista varten on haluttu EU:n lainsäädännössä antaa ”itsenäinen” merkitys.¹⁴⁶ Tällä tavoitetaan sitä, että kaikissa jäsenvaltioiden välisissä asioissa pyrittäisiin tulkitsemaan asuinpaikkakäsitettä samalla tavalla, eikä jäsenvaltioiden mahdolliselle kansalliselle asuinpaikkakäsitteelle tulisi siten antaa merkitystä lapsen asuinpaikkaa määrittäessä. Tätä on perusteltu sillä, että EU:n yhteisöoikeudessa vallitsevat yhdenmukaisen soveltamisen ja yhdenvertaisuudenperiaate, jotka edellyttävät, että yhteisön oikeudessa määrittelemättömät käsitteet ovat tavallisesti ymmärrettävä asetuksen tavoitteiden ja tarkoitusten mukaisesti.¹⁴⁷ Vakiintuneen EU oikeuskäytännön mukaan, jos ei löydy nimenomaista viittausta jäsenvaltioiden oikeuteen asuinpaikan käsitteen sisällön ja

¹⁴⁰ Asetuksen 8 artiklan 1 kohdassa säädetään periaatteesta, jonka mukaan jäsenvaltioiden tuomioistuinten toimivalta vanhempainvastuuta koskeissa asioissa määräytyy sen mukaan, missä lapsen asuinpaikka on asian vireillepanoajankohtana, mutta siinä ei määritellä kyseisen käsitteen sisältöä.

¹⁴¹ Asia C-523/07, A, tuomio 2.4.2009, Kok., s. I-2805, kohta 38.

¹⁴² Asia C-523/07, A, tuomio 2.4.2009, Kok., s. I-2805, kohta 38.

¹⁴³ Vrt. kuitenkin KKO 2011:260 kohta 7, jossa oikeus toteaa, että lapsen tosiasiallisia olosuhteita punnitessa, kansainvälisessä oikeuskäytännössä ei ole annettu merkitystä sille missä lapsi on syntynyt.

¹⁴⁴ Asia C-523/07, A, tuomio 2.4.2009, Kok., s. I-2805, kohta 39.

¹⁴⁵ Euroopan komission ”Käytännön opas Bryssel Iia -asetuksen soveltamiseen”, 2014 s. 25. Asuinpaikan määrittystä ei ole tarkemmin avattu Bryssel Iia-asetuksen valmistelutöissä HE 186/2004 tai siihen liittyvässä lakivaliokunnan lausunnossakaan LaVM 28/1993.

¹⁴⁶ Euroopan komission ”Käytännön opas Bryssel Iia -asetuksen soveltamiseen”, 2014 s. 25.

¹⁴⁷ Asia C-523/07, A, tuomio 2.4.2009, Kok., s. I-2805, kohta 34. Yleisesti ottaen yhdenvertaisuusperiaate edellyttää sitä, ettei toisiinsa rinnastettavia tilanteita kohdella eri tavalla ja erilaisia tilanteita samalla tavalla, ellei muuta voida objektiivisesti perustella.

ulottuvuuden määrittämiseksi, käsite on tapauskohtaisesti määritettävä ottamalla huomioon säännöksen asiayhteys ja kyseisellä lainsäädännöllä tavoiteltu päämäärä.¹⁴⁸ Sovellettaessa Bryssel II-asetusta lapsen asuinpaikkaa määrittäessä, tuomioistuimen on siten huomioitava lapsikaappaussäännöksillä tavoiteltu päämäärä. Lisäksi kussakin asiassa on määritettävä, onko lapsella asuinpaikka tietyssä jäsenvaltiossa vai ei, niiden tosiseikkojen perusteella, jotka koskevat juuri kyseisen lapsen tilannetta.¹⁴⁹

Suomessa lapsen asuinpaikkavaltion käsitettä ollaan pohdittu tarkemmin esimerkiksi lapsen tapaamisoikeutta ja huoltoa koskevassa lain muutostöissä.¹⁵⁰ Lain esivalmisteluissa lapsen asuinpaikkana pidetään sitä valtiota, jota voidaan objektiivisesti havaittavien ja tosiasiallisten seikkojen perusteella katsoa muodostavan lapsen keskeisen elinympäristön.¹⁵¹ Asuinpaikkaa määriteltäessä pitää esimerkiksi ottaa huomioon, missä lapsella on kiinteimmät siteet, ei pelkästään vanhempiin, vaan myöskin toisiin läheisiin ihmisiin. Asuinpaikka ei kuitenkaan lapsen osalta määrity pelkästään perhesuhteiden perusteella. Tällä tarkoitetaan sitä, ettei lapsen asuinpaikka automaattisesti määräydy hänen vanhempiansa asuinpaikan mukaisesti, vaan ratkaisevaa on, missä lapsella on ollut elämänsä keskipiste.¹⁵² Hallituksen esityksen mukaan lapsen asuinpaikkaa määrittäessä on otettava huomioon myös asumisen kesto ja sen yhtäjaksoisuus.¹⁵³ Vakiintuneen käsityksen mukaan asuinpaikka määräytyy siis tosiasiallisesti vallitsevien, ulkonaisesti havaittavien seikkojen pohjalta. Asuinpaikan käsitteelle on siten tunnusomaista juurikin sen tulkinnanvaraisuus, ja käsitteen tulkinnanvaraisuutta on perusteltu sillä, että voidaan tarkoituksenmukaisemmin päästä joustaviin ja lapsen elämäntilannetta vastaaviin tuloksiin.¹⁵⁴

Lapsen huoltoa koskevilla oikeuksilla tarkoitetaan HTL 33 §:n mukaan oikeuksia ja velvollisuuksia huolehtia lapsen koskevista asioista, erityisesti oikeutta määrätä lapsen asuinpaikasta. Lapsen asuminen ei luonnollisestikaan rajoita vanhemman oikeutta määrätä

¹⁴⁸ Asia C-523/07, A, tuomio 2.4.2009, Kok., s. I-2805, kohta 34-35.

¹⁴⁹ Euroopan komission ”Käytännön opas Bryssel IIa -asetuksen soveltamiseen”, 2014 s. 25.

¹⁵⁰ HE 60/1993 vp, s. 16-17.

¹⁵¹ Vrt. kuitenkin *Schuz*: The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis, s. 190, joka ei pidä objektiivisen ja subjektiivisen (lapsen asuinpaikka määrittyy vanhemman asuinpaikan mukaisesti) jaottelun olevan järkevä terminologia, sillä lapsen omat subjektiiviset mielipiteet asiasta voivat palauttamiskysymyksissä tulla esille.

¹⁵² Englanninkielinen käännös ”the centre of the child’s interest”, vastaa paremmin asian tarkoitusta.

¹⁵³ HE 60/1993 vp, s. 16.

¹⁵⁴ Laintarkastuskunnan lausunto N:o 5/1989, Lapsikaappaus, s. 51.

omasta asuinpaikastaan, joka on PL 9 §:n mukaan jokaisen Suomen kansalaiselle kuuluva oikeus.¹⁵⁵ Erityisesti avioerotilanteissa, lapsen asuinpaikan vaihtamisesta Suomen rajojen sisäpuolella tulisi aina pyrkiä sopimaan huoltajien kesken, sillä mikäli lapsen asuinpaikan vaihtumisesta koituu riitaa, tällaisissa tapauksissa ei voida tukeutua kansainvälisen lapsikaappaukseen liittyviin ratkaisukaavoihin.¹⁵⁶

Ongelmallista kansainvälisisissä lapsikaappauksissa on siis se, ettei asuinpaikan käsitettä ole Haagin sopimuksissa määritelty. Sekä Haagin lapsikaappausopimuksessa että Brysselin II a-asetuksessa on noudatettu tätä perinnettä. Tästä syystä, asuinpaikan yksityiskohtaisempi määrittely vaihtelee maittain ja sen määrittelylle ei löydy globaalia ratkaisupohjaa, jota kaikki sopimusvaltiot yhtenäisesti noudattaisivat.¹⁵⁷ Asuinpaikan määrittely on jäänyt pelkästään oikeuskäytännön ja oikeusdoktriinin varaan, eli Suomen tuomioistuimen on tapauskohtaisesti harkittava, missä lapsen asuinpaikka on, ottamalla huomioon kaikki ne tosiseikat, jotka ovat tulleet käsiteltävästä asiasta ilmi ja jotka koskevat juuri kyseisen lapsen tilannetta. Alla olevat oikeustapaukset osoittavat kuinka haastavaa ja tulkinnanvaraista lapsen asuinpaikan määrittäminen oikeuskäytännössä on.

3.2.2 Ajallinen käsitys vai yhteistarkoitus?

Tapauksessa KKO 2008:98 korkein oikeus joutui harkitsemaan, mikäli asumisen kesto vai muuttamisen tarkoitus oli ratkaisevaa asuinpaikkaa määrittäessä. Tapauksessa tuli sovelletuksi sekä Haagin lapsikaappausopimus että Bryssel Iia-asetus. Ensiksi tarkastellaan hieman tapauksen taustoja ja sittemmin paneudutaan tuomioistuimen perusteluihin ja verrataan uudempia ennakkotapauksia asuinpaikan määrittymisestä.

Asiassa oli kysymys suomalaisen ja skotlantilaisen välinen avioliitto. Äiti oli suomalainen ja isä skotlantilainen ja heillä oli yhteiset alaikäiset 1- ja 3-vuotiaat lapset. Aviopuolisot olivat

¹⁵⁵ Perustuslain 9.1 § kuuluu seuraavasti: ”Suomen kansalaisella ja maassa laillisesti oleskelevalla ulkomaalaisella on vapaus liikkua maassa ja valita asuinpaikkansa”.

¹⁵⁶ *Gottberg* kutsuu tätä tilannetta osuvasti nimellä ”kotimainen lapsikaappaus”. *Gottberg, Eva*: Huoltoriita ja lapsen asumisen liittyvät kiireelliset ratkaisut, DL 6/2006, s. 957.

¹⁵⁷ Ks. tarkemmin asuinpaikan käsitteestä eri EU-jäsenvaltioiden lainsäädännössä esim. *Rumenov, Ilija*: Determination of the Child’s Habitual Residence According to the Bryssel II bis Regulation, 2013 s. 61-66.

asuneet Suomessa vuodesta 2000 ja lokakuussa 2007 he olivat koko perheen kanssa matkustaneet yhdessä Skotlantiin. Äiti oli huhtikuussa 2008 vienyt lapset takaisin Suomeen ilman isän suostumusta. Asiassa tuli siis ratkaista, oliko lapsilla ollut asuinpaikka Skotlannissa, kun he olivat matkustaneet äidin kanssa Suomeen. Asia ratkaistiin äänestyksellä.

Tapauksessa äiti (kaappajavanhempi) väitti, että heidän oli tarkoitus ainoastaan mennä kahden viikon lomamatkalle Skotlantiin, eikä niinkään jäädä pysyvästi asumaan. Äidin väittämän puolesta puhui se, että hän omisti kalustetun kodin Suomessa, johon hän myös palasi asumaan lastensa kanssa matkustettuaan pois Skotlannista. Lisäksi, hän oli varannut neuvola-ajan Suomessa seuraavalle marraskuulle, eikä kumpikaan puolisoista ollut tehnyt muuttoilmoitusta Suomesta lähdettyään.

Isä taas väitti, että heidän tarkoituksensa oli jäädä asumaan Skotlantiin ainakin toistaiseksi. Suomessa neuvolakirjauksista ilmeni, että perhe oli harkinnut muuttavansa Skotlantiin. Lasten isä oli myös ilmoittanut vero toimistolle lopettavansa yritystoimintansa Suomessa. Lisäksi, hän oli vuokrannut koko perheelle asunnon Skotlannista, jonka vuokrasopimus oli tehty kuudeksi kuukaudeksi eteenpäin. Isän väittämiä siitä, että lapsien asuinpaikka oli Skotlannissa, tuki myös se, että lapset olivat käyneet osapäivähoidossa Skotlannissa.

Hovioikeus katsoi, että lapsien asuinpaikka oli Skotlanti. Hovioikeus perustelee ratkaisussaan, että asuinpaikka voi muuton yhteydessä muuttua välittömästi, jos lapsi lähtee asuinpaikkavaltioistaan huoltajiensa suostumuksella ja sillä *tarkoituksella*, että he asettuisivat pysyvästi asumaan toiseen valtioon.¹⁵⁸ Kun kysymyksessä oli niin pienistä, 1- ja 3-vuotiaista lapsista, heidän keskeisen elinympäristön oli luonnollisesti siellä, missä vanhempienkin elinympäristö oli. Hovioikeus vetoaa perusteluissaan siihen, että kansainvälisessä oikeuskäytännössä ei olla asetettu vähimmäisaikaa asuinpaikan muuttumiselle, vaan riittävää on, että huoltajat ovat yhteistarkoituksessa päättäneet asettua aloilleen uuteen valtioon huomattavaksi ajaksi. Tässä tapauksessa kuusi kuukautta riitti osoittamaan

¹⁵⁸ Näin esimerkiksi kanadalaisessa tuomioistuimessa käsiteltävässä tapauksessa *DeHaan v. Gracia* 2004, jota tarkastellaan lähemmin sivulla 37-38.

huomattavan ajan, joka ilmeni isän tekemästä vuokrasopimuksesta.¹⁵⁹

Äiti valitti korkeimpaan oikeuteen, joka päätyi siihen tulokseen, että lapsien asuinpaikka oli Suomi, Skotlannissa yli kuuden kuukauden yhtäjaksoisen oleskelusta huolimatta.¹⁶⁰ Korkeimman oikeuden perusteluista ilmenee, että huoltajien yhteinen *tarkoitus* muutolle tuli ratkaisevaksi seikaksi asuinpaikan määrittämisessä. Oikeus katsoi, ettei huoltajien käyttäytymisen perusteella voitu päätellä, että oliko lasten äidin tarkoitus jäädä pysyvästi Skotlantiin. Näin ollen, asiassa jäi selvittämättä, mikä huoltajien *yhteistarkoitus* oli Skotlantiin mentäessä ja siellä oltaessa. Kun yhteistarkoituksesta ei päästy asiassa sopuun, eikä oikeuskäytännössä asuinpaikan muodostumiselle ole asetettu tiettyä aikarajaa, tuomioistuimen on otettava huomioon muut tosiasialliset olosuhteet kokonaisuutena.¹⁶¹ Tässä tapauksessa ratkaisevaksi tekijäksi tulivat muun muassa lasten perhesiteet Suomessa.

Ratkaisusta KKO 2008:98 voimme myös todeta, että todistustaakka asuinpaikan siirtymisestä on siihen vedonneella osapuolella, eli tässä tapauksessa lasten isällä.¹⁶² Isä vetosi siihen, että sosiaaliset siteet Skotlannissa olivat muodostuneet lastentarhan osapäivähoidosta ja paikallisen terveysaseman rekisteröitymisestä, minkä tuomioistuimen enemmistö sekä vähemmistö tyrmäsi. Oikeusneuvos Jokela lausuu kuitenkin osuvasti eriävissä mielipiteessään, ettei lapset olekaan heidän ikäänsä nähden voineet muodostaa sosiaalisia siteitä kodin ulkopuolelle. Harkittavaksi tuleekin, että mikäli isä olisi vedonnut siihen, että lapsilla oli muodostunut läheiset perhesiteet Skotlannissa, olisiko asiassa ratkaistu toisin? Skotlannissa asuessaan lapset olivat paljon yhteydessä Suomessa asuviin sukulaisiinsa ja tämä oli ratkaiseva tekijä tuomiossa. Korkein oikeus ei kuitenkaan antanut minkäänlaista arvoa sille, että perhe oli ensin asunut skotlantilaisen isoäitinsä luona ja ollut muihinkin isän puolen sukulaisiin yhteydessä. Ainoastaan vähemmistön eriävissä mielipiteessä asia huomioitiin.

Vertailtaessa enemmistön ja vähemmistön perusteluita, voimme todeta, että tuomarit ovat

¹⁵⁹ Vrt. kuitenkin HE 60/1993 vp, s. 16. Hallituksen esityksessä on todettu, että asuinpaikka voi muuttua määräaikaisen oleskelun myötä. Esityksessä annetaan esimerkki työstä, jonka pituus on tarkoitettu kestäämään esimerkiksi 3-5 vuotta.

¹⁶⁰ Vrt. *Cameron v. Cameron* 1996, Yhdistyneen kuningaskunnan tuomioistuin piti kolmea kuukautta huomattavana aikana.

¹⁶¹ Näin myös EU-tuomioistuimen antamassa ennakkoratkaisupyyntöissä: Asia C-497/10 PPU, 22.10.2012, kohta 51.

¹⁶² Huomioitavaa on kuitenkin, ettei mitään lainsäädännöllistä todistustaakkasääntöä ole.

olleet eri mieltä siitä, että kummalle elementille, muuttamisen *tarkoitukselle* vai *tosiasialliselle* asumiselle, on annettava merkitystä lasten asuinpaikkaa määriteltäessä. Vanhempien yhteistarkoituksen näyttämättä jättäminen, oli enemmistön mielestä ratkaiseva tekijä, kun taas vähemmistön mukaan perheen ajallinen sekä tosiasiallinen oleskelu Skotlannissa osoittautui ratkaisevaksi. Olihan perhe oleskellut Skotlannissa yhtäjaksoisesti kuuden kuukauden ajan ja siten lasten asuinpaikaksi olisi poisviemisen ajankohtaan mennessä muodostunut Skotlanti.¹⁶³ Lisäksi, äidin väittämä siitä, että perheen tarkoituksena oli lähteä Skotlantiin kahden viikon lomalle ei voida pitää uskottavana ja se, että Suomessa oleva koti-irtaimiston siirto Skotlantiin oli isän ilmoituksen mukaan tarkoitus järjestää myöhemmin, tukee vähemmistön perusteluita.

Koulu on kirjoituksessaan tuonut esille hyviä huomioita tapauksesta (KKO 2008:98). Yllä olevasta korkeimman oikeuden ratkaisusta saa sellaisen ymmärryksen, että yhteistarkoituksen näyttämättä jättäminen olisi ollut ratkaiseva seikka tuomioissa, vaikkakin muille olosuhteille on annettu merkitystä. *Koulun* mukaan huoltajien tarkoitus ja muut tosiasialliset olosuhteet uudessa valtiossa tulisi ratkaista kokonaisarvostelussa, eikä niin sanotusta kahdessa eri irrallisarvostelussa kuten ratkaisussa ollaan tehty.¹⁶⁴ Ilmeistä on, että mitä nuoremasta lapsesta on kyse, sitä enemmän merkitystä on annettava vanhempien asuinpaikalle, koska olisi vaikea määritellä pienen lapsen asuinpaikka erillisenä vanhempien asuinpaikasta.¹⁶⁵ Muut olosuhteet, kuten perhesiteet ja elinympäristö, saavat luonnollisesti enemmän merkitystä lapsen kasvaessa, mutta harkinta tulisi lapsen iästä huolimatta tehdä kokonaisvaltaisesti eikä kahdessa eri irrallisarvostelussa.

Yllä olevaan tapaukseen voinee verrata kanadalaisessa tuomioistuimessa käsiteltyä tapausta *DeHaan v. Gracia* (2004), jossa lasten asuinpaikka muuttui välittömästi, kun lapset muuttivat lasten äidin kanssa Ranskasta Kanadaan, koska tuomioistuin katsoi, vanhempien olevan yhteisymmärryksessä siitä, että muutto Kanadaan olisi tarkoittanut ”uuden elämän alkua”.¹⁶⁶ Lasten isän oli tarkoitus muuttaa perheen perässä, mutta muutti sittemmin mieltään ja aloitti lasten palauttamisprosessin vedoten siihen, että lasten asuinpaikka oli Ranskassa. Kanadan

¹⁶³ Vrt. kuitenkin Asia C-497/10 PPU, 22.10.2012, kohta 51, jossa EU-tuomioistuin toteaa, että oleskelun kesto voi siis olla vain indisiio arvioitaessa asuinpaikan pysyvyyttä, ja tämä arviointi on suoritettava ottamalla huomioon kaikki kullekin yksittäistapaukselle erityiset tosiseikat.

¹⁶⁴ *Koulu, Sanna*: Lapsikaappaukset KKO:n uusimmassa oikeuskäytännössä, DL 5/2010, s. 671.

¹⁶⁵ Vrt. KKO 2011:260, jota selostetaan tarkemmin alempana.

¹⁶⁶ *DeHaan v. Gracia* 2004, kohta 11.

tuomioistuimien antoi perusteluissaan merkitystä muun muassa sille, että Kanadassa lapset olivat ilmoitettu kouluun ja heille oli hankittu sairaanhoitovakuutukset. Lisäksi se, että vanhemmat olivat Ranskassa puhuneet lääkäreille ja ystäville Kanadaan muutosta, oli indisio pysyvistä asettumisesta Kanadaan. Lasten isä oli myös laittanut myyntiin Ranskassa olevan yrityksensä. Tapauksessa on siis monia yhtäläisyyksiä korkeimman oikeuden tapauksen KKO 2008:98 kanssa, ja on osoitus siitä, että kuinka paljon tuomarin subjektiiviset näkökannat voivat olla ratkaisevia lapsen asuinpaikan määrittämisessä ja siitä, että oikeuskäytäntö ei ole yhtenevää.

Myös ennakkotapauksen KKO 2011:260 avulla, jossa sovellettiin ainoastaan Haagin lapsikaappaus sopimusta, voidaan tarkastella kysymystä ajallisesta käsityksestä ja yhteistarkoituksen selvittämisestä lapsen asuinpaikan vaihtumisessa. Tapauksessa suomalainen äiti muutti lapsensa kanssa Suomeen, ilman kanadalaisen isän suostumusta. He olivat asuneet vuonna 2008 syntyneen lapsensa kanssa Kanadassa vuoteen 2010, jolloin lapsen äiti matkusti lapsensa kanssa Suomeen. Yhteistarkoitus Suomeen muutosta jäi näyttämättä, joten muut seikat tulivat merkitykselliseksi tapauksessa, kuten esimerkiksi se, että lapselle ja äidille oli ostettu paluuliput Kanadaan. Tämä oli osoitus siitä, että Suomessa oleskelu oli tarkoitettu tilapäiseksi. Siten KKO katsoi, että lapsen asuinpaikka oli välittömästi ennen luvaton poisviemistä Kanada ja isän huoltajana kuuluvia oikeuksia oli kaappauksen myötä rikottu. Lapsi määrättiin siten palautettavaksi Kanadaan. Tapauksessa ei kuitenkaan tehty arviointia siitä, että oliko lapsen oleskelu Suomessa muodostunut niin pysyväksi siitä huolimatta, että poisvientinä lapsen asuinpaikkavaltiota Kanadasta oli ollut luvaton.¹⁶⁷ Olihan lapsi asunut asiaa käsiteltäessä jo yli vuoden Suomessa.¹⁶⁸ Koska asuinpaikan käsitettä ei määritellä konventiossa, asuinpaikka on lapsen tosiasiallisiin olosuhteisiin viittaava käsite ja näin ollen, asuinpaikka voi muuttua luvattoman poisviennin seurauksena pitkäaikaisen ajan jälkeen.¹⁶⁹ Hallituksen esityksessä HTL:n valmistelutöissä todetaan, että kansainvälisen lapsikaappauksen jälkeen voidaan mahdollisesti katsoa, että lapsen oleskelu saavuttaa

¹⁶⁷ Vrt. KKO 2015:44 tuomioistuin oli ottanut tämän huomioon ratkaisussaan, kun taas tapauksessa KKO 2011:260 tällainen pohdinta puuttuu.

¹⁶⁸ Esimerkiksi *Gottberg* on sitä mieltä, että kotimaisissa lapsen huoltoriidoissa lapsen asuinpaikka oikeudenkäynnin aikana on oikeudellisesti relevantti tosiseikka, joka on otettava huomioon samanarvoisesti, siitä huolimatta oliko asiasta annettu väliaikais määräys lapsen asuinpaikasta tai ei. Lue: *Gottberg, Eva: Huoltoriita ja lapsen asumisen liittyvät kiireelliset ratkaisut*, DL 6/2006, s. 960.

¹⁶⁹ *Helin, Markku: Lapsen huolto- ja tapaamisoikeuslain säännökset lasta koskevista kansainvälisluonteisista riidoista*, DL 1995, s. 917 alaviite 34.

asuinpaikan siinä valtiossa, johon hänet on luvottomasti tuotu, jos hänen oleskelunsa siellä on muodostunut niin pysyväksi, että tämä valtio on katsottava lapsen tosiasialliseksi elinympäristöksi.¹⁷⁰

Yllä selostetut tapaukset ovat hyviä esimerkkejä siitä, että asuinpaikan määrittäminen on kysymyksenä haasteellinen, EU-tuomioistuimen tulkinnallisten ohjeistuksien olemassaolosta huolimatta. Korkein oikeus näyttää pyrkivän asuinpaikkaharkinnassaan ensiksi ottamaan selvää, mikä tarkoitus vanhemmilla on ollut ja vasta sitten, kun voidaan todeta, ettei yhteistarkoitusta saada selville, tuomioistuin antaa huomiota muille tosiseikoille.¹⁷¹ Koulun huomio ja kyseenalaistus irrallisarvostelusta on perusteltua, koska esimerkiksi Brysselin Iia-asetusta sovellettaessa, EU-tuomioistuin on korostanut erityisesti muiden tosiseikkojen huomioonottamisesta. Yllä olevista tapauksista huomaa esimerkiksi, että korkein oikeus välttelee asumisen keston huomioonottamista, vaikka se on tekijä, jolle voi antaa asiassa merkitystä.¹⁷² Tosiasiallisten seikkojen huomioon ottaminen ja niiden korostaminen, toisaalta antaa tilaa tuomareiden subjektiiviselle näkökannoille ja tästä syystä asuinpaikalle ei ole selvää määritelmää ohjeistuksista huolimatta.

Vaikka Haagin sopimusta sovellettaessa ei löydy samaisia ohjeistuksia kuten EU-oikeuskäytännössä, korkein oikeus näyttää silloinkin tukeutuvan kansainväliseen oikeuskäytäntöön, jossa keskitytään vanhempien yhteistarkoituksen näyttämiseen. Esimerkiksi tapauksessa KKO 2011:260, korkein oikeus viittasi ainoastaan tapauksiin, jossa vanhempien tarkoitus oli ollut ratkaisevia tekijöitä ratkaisuisissa.¹⁷³ Voidaankin sanoa, että etenkin yhdysvaltalainen tapaus *Mozes v. Mozes* vuodelta 2001, jota on pidetty vanhempien yhteistarkoituksen näyttämisen johtavana tapauksena, on vaikuttanut korkeimman oikeuden ratkaisuihin. Tapauksessa korostettiin, että asuinpaikka vaihtuu silloin, kuin vanhemmat ovat yhteistarkoituksessa muuttaneet uuteen valtioon aikomuksenaan hylätä alkuperäinen

¹⁷⁰ HE 63/1999, s. 17.

¹⁷¹ Luonnollista tietysti on, että lapsen asuinpaikan vaihdossa, huoltajien yhteistoiminnan periaatteella on korostettu velvoittavuus, mitä suuremmasta muutoksesta on kyse. HTL 5 § velvoittaa huoltajat yhteistoimintaan lasta koskevassa päätöksenteossa. Hallituksen esityksen mukaan huoltajien tulee tehdä yhdessä päätökset ainakin merkittävistä ja lapsen tulevaisuuden kannalta tärkeistä asioista. Tällaisina asioina on mainittu lapsen asuinpaikan valinta, mahdollinen muutto ulkomaille, koulutus ja terveydenhoito.

Lue lisää yhteistoimintaperiaatteesta: *Savolainen*: Lapsen huolto ja tapaamisoikeus, s. 39.

¹⁷² KKO 2008:98 enemmistö ei halunnut antaa asiassa merkitystä sille, kuten ei myöskään tapauksessa KKO 2011:260 (vaikkakin viimeisessä tapauksessa sovellettiin ainoastaan Haagin sopimusta ja kyseessä oli oikeudenkäynnin aikana oleva asumisesta).

¹⁷³ Löytyvät ratkaisun kohdasta 7.

asuinpaikkansa.¹⁷⁴ Tapauksessa *Mozes v. Mozes*, tuomioistuin totesi kuitenkin, että asuinpaikka voi vaihtua vanhempien viipyilevästä yhteisymmärryksestä huolimatta ja tällöin oikeuden tulee ratkaista asia ottaen huomioon kaikki tosiasialliset seikat kokonaisarvostelussa. Näin kävi esimerkiksi tapauksessa *Cameron v. Cameron* 1996. Lapsen asuinpaikka oli vaihtunut Skotlannista Ranskaan kolmen kuukauden asumisen jälkeen, vaikka vanhemmat olivat sopineet, että he katsoisivat tilanteen uudestaan kuuden kuukauden jälkeen. Tapauksessa vanhemmat eivät olleet siis vielä täysin hylänneet ajatusta siitä, että lapset palaisivat takaisin Skotlantiin.

Lopuksi voidaan todeta, että lapsen asuinpaikan määrittämiselle ei löydy selkeää ratkaisupohjaa, eikä myöskään mitään tiettyä määräaikaa voida asettaa sille, milloin asuinpaikkavaltio vaihtuu, vaikkakin esimerkiksi kotimaisessa HTL:n esitöissä on maininta 3-5 vuoden määräajasta.¹⁷⁵ Arvio tehdään lopulta tapauskohtaisesti ottaen huomioon Haagin sopimuksen sekä Bryssel II a- asetuksen tavoitteet, riippuen tietysti oli lapsen asuinpaikka välittömästi ennen poisviemistä EU:ssa tai ei.

3.2.3 Olosuhteet

Kuten edellä moneen otteeseen todettu, tuomioistuimen on tapauskohtaisesti ratkaistava asuinpaikkaharkinnassaan, minkä kuvaavien olosuhteiden ja tosiseikkojen perusteella lapsen asuinpaikka on määrittynyt. Melko tuoreessa tapauksessa KKO 2015:44, korkein oikeus joutui harkitsemaan, mikäli lastensuojeluviranomaisen päätökselle lapsen kiireellisestä sijoituksesta tuli antaa merkitystä lapsen asuinpaikkaa määriteltäessä.

Kysymyksessä oli n. vuoden ikäisestä lapsesta, joka oli syntynyt Virossa. Lapsen äiti vei lapsen Virosta Suomeen elokuussa 2013, tarkoituksenaan asettua pysyvästi Suomeen. Virolaisen tuomioistuimen mukaan vanhemmilla oli yhteishuoltajuus, mutta lapsen äidillä oli oikeus päättää lapsen asuinpaikasta. Suomessa lastensuojeluviranomaisten syyskuussa 2014 tekemän kiireellistä sijoitusta koskevan päätöksen mukaan lapsi sijoitettiin isänsä luokse Viroon 60 päivän ajaksi. Tämän jälkeen lapsi asui taas äitinsä luona Suomessa.

¹⁷⁴ Kuten tapauksessa *DeHaan v. Garcia* 2004.

¹⁷⁵ HE 60/1993 vp, s. 16.

Päätös kiireellisestä sijoituksen tarpeesta perustui lastensuojelulain (417/2007) 38 §:ään, jonka syynä oli puutteelliset ja lapsiperheelle vaaralliset asumisolosuhteet. Lapsen äidillä ei ollut antaa asuinkelpoista kotia lapselle, joten lapsi sijoitettiin isänsä luokse Viroon 60 päivän ajaksi, joka venyi muutamalla viikolla määräajan rauettua. Lapsen palattua Suomeen joulukuussa 2014, äiti oli hankkinut heille sopivan kodin ja lapsi jatkoi tarhassa käyntiä. Hovioikeus katsoi, että Suomessa asuminen oli erityisesti asuinolosuhteet huomioon ottaen ollut ajan kulumisesta huolimatta varsin vakiintumatonta. Lapsen siteet Viroon olivat hovioikeuden mukaan olleet siinä määrin vahvat, että hänen asuinpaikkansa välittömästi ennen Suomeen viemistä oli ollut Viro. Lisäksi, isä oli tosiasiallisesti käyttänyt hänelle huoltajana kuuluvia oikeuksia ja näin ollen, lapsen vieminen pois lapsen asuinpaikkavaltiosta oli siten ollut Haagin sopimuksen 3 artiklassa tarkoitettulla tavalla luvaton. Hovioikeus määräsi lapsen palautettavaksi Viroon isänsä luo. Äiti valitti päätöksestä korkeimpaan oikeuteen.

Lapsen asuinpaikka oli välittömästi ennen luvatonta poisviemistä Viro ja isä oli tosiasiallisesti käyttänyt hänelle huoltajana kuuluvia oikeuksia. Näin ollen, HTL:n säännökset 30 § ja 32 § tulisivat ilman muuta sovellettavaksi. Brysselin Iia-asetuksen ja Haagin sopimuksen päälähtökohtana on suojata vanhempien huoltajuuteen koskevia oikeuksia korjaamalla laitton asiatic, palauttamalla lapsi takaisin asuinpaikkavaltioonsa. Huomattavaa tässä tapauksessa on kuitenkin se, että lapsen isä ei ollut ryhtynyt toimiin elokuussa 2013, kun lapsi ja äiti alun perin muutti Suomeen. Lapsen isä ryhtyi toimiin vasta kiireellisen marraskuussa 2014 eli sijoituksen jälkeen, kun hän haki virolaiselta tuomioistuimelta väliaikaista määräystä, jossa tuomioistuin kielsi äitiä viemästä lasta ulkomaille ilman isän suostumusta. Kun lapsi tuli takaisin Suomeen joulukuussa 2014, isä vaati lastaan palautettavaksi takaisin Viroon, vedoten siihen, että lapsen asuinpaikka on Viro.

Asiaa käsiteltäessä, lapsi oli vuorotellen asunut molemmissa valtioissa noin vuoden mittaisen jakson ajan. Huomionarvoista korkeimman oikeuden perusteluissa on se, että tuomioistuin yhtyy hovioikeuden ratkaisuun siinä mielessä, että lapsen asuinpaikkavaltio on ollut Viro, kun lapsen äiti on matkustanut sieltä pois elokuussa 2013. Korkein oikeus on kuitenkin harkinnassaan tehnyt ratkaisevaksi tekijäksi sen, että lapsen asuinpaikka oli muuttunut kiireellistä sijoitusta koskevan päätöksen *jälkeen*. Korkein oikeus perustelee tätä sillä, että arvioitaessa lapsen asuinpaikkaa välittömästi ennen väitettyä luvatonta poisvientiä on

tosiasiallisen olinpaikan lisäksi, kuitenkin tarkasteltava myös muita tekijöitä. Korkein oikeus on pitänyt ratkaisevana sitä, että lapselle ei ole ehtinyt 60 päivän sijoituksen aikana muodostua sellaisia vahvoja siteitä Viroon, jotka voisivat olla merkittäviä asiaa punnitessa.¹⁷⁶ Sijoituspäätös ei siis sellaisenaan osoita, että lapsen asuinpaikka muuttuisi ja ottaen huomioon toimenpiteen väliaikaisen luonteen. Näin ollen korkein oikeus katsoi, että äidin alkuperäinen ajatus pysyvästä asettautumisesta Suomeen, on lapsen asuinpaikaksi määräytynyt Suomi.¹⁷⁷ Tapauksessa siis lapsen kiireellinen sijoittaminen ja edestakaisin meneminen kahden valtion välillä, ei horjuttanut oikeuden tulkintaa siitä, että alkuperäinen tarkoitus pysyvästä asettumisesta on ratkaisevaa.

Tuomioistuin on perusteluissaan vedonnut EU:n oikeuskäytäntöön, jossa EU-tuomioistuin on antanut merkitystä vanhempien tai jommankumman vanhemman tarkoitukselle asettua lapsen kanssa pysyvästi toiseen jäsenvaltioon. Oikeus jatkaa, että tietyt ulkoiset seikat, kuten asunnon ostaminen tai vuokraaminen kyseisessä jäsenvaltiossa, voi olla osoitus lapsen asuinpaikan vaihtumisesta.¹⁷⁸ Kyseisessä tapauksessa lapsen äiti oli kuitenkin vasta sijoituksen jälkeen pystynyt hankkimaan lapselle sopivan kodin. Korkein oikeus ei ole ratkaisussaan ottanut kantaa niihin olosuhteisiin, jossa lapsi oli asunut ennen sijoitustaan. Lapsen äitihän ei voinut tarjota lapsellensa turvallista kotia Suomeen muuttaessa ja hovioikeus oli katsonut lapsen sopeutumisen Suomeen varsin vakiintumattomaksi. Korkein oikeus ei kuitenkaan antanut sijoitusta ennen vallitseville olosuhteille merkitystä, vaan merkittävä tekijä oli se, että lapsen äidin alkuperäinen tarkoitus oli ollut asettua pysyvästi Suomeen ja se, että äiti oli sijoituksen jälkeen hankkinut perheelle sopivan kodin.

Kiinnostusta herättävää tässä tapauksessa on siis se, että *tarkoituksen* näyttäminen pysyvästä asuinpaikan vaihtamisesta oli jälleen korkeimman oikeuden suosima linja. Jos vanhempien yhteistä tarkoitusta ei kyetä näyttämään toteen, jommankumman tarkoitus riittänee lapsen

¹⁷⁶ Korkeimman oikeuden arvioinnissa ei tosin punnita, minkälaiset siteet lapsella oli Virossa *ennen* sijoitusta.

¹⁷⁷ Lue myös *Gottberg, Eva*: Huoltoriita ja lapsen asumisen liittyvät kiireelliset ratkaisut, DL 6/2006, s. 966-967. *Gottberg* on artikkelissaan tarkastellut kotimaisten lapsen huoltoriitoihin liittyvien kiireellisten ratkaisujen oikeudellisia vaikutuksia. Hän toteaa, että väliaikaisen määräyksen ”tarpeen arvioinnissa ei pidä lähteä punnitsemaan määräyksen vaikutusta asiassa myöhemmin annettavaan ratkaisuun, koska kysymys ei ole ajankohtainen.” *Gottberg* viittaa kirjoituksessaan HTL 17 §:ssä säädettyihin väliaikaisimääräyksiin, jonka mukaan tuomioistuin voi lapsen huoltoa tai tapaamisoikeutta koskevan asian vireillä ollessa antaa väliaikaisen määräyksen lapsen asumisesta, tapaamisoikeudesta ja tapaamisen ja luonapidon ehdoista, sekä erityisistä syistä myös lapsen huollosta.

¹⁷⁸ KKO 2015:44, kohta 28. Viittaa EU-tuomioistuimen tuomioon: Asia C-523/07, A, tuomio 2.4.2009, Kok., s. I-2805, kohta 40.

asuinpaikan vaihtumiselle. Tapauksessa *AR v. RN*, skotlantilainen tuomioistuin on Bryssel IIa-asetuksen ja Haagin sopimuksen tavoitteita tulkittaessa toisaalta katsonut, että näyttö lapsen integroitumisesta sosiaaliseen ympäristöön ja perheympäristöön on paljon tärkeämpää, kuin kummankaan vanhemman tarkoituksen näyttäminen tai tietyn määräajan asettaminen asuinpaikan vaihtumiselle.¹⁷⁹ Tapauksessa KKO 2015:44 tällaista integroitumisen pohdintaa ei kuitenkaan tehty tarpeeksi, vaan korkein oikeus piti oikeastaan äidin alkuperäistä päätöstä ja tarkoitusta Suomeen muutosta tärkeämpänä. Tämä on ongelmallista tapauksen prejudikaattiarvoa ajatellen, koska EU-tuomioistuin on ohjeistuksissaan nimenomaisesti neuvonut sen jäsenvaltioita ottamaan asuinpaikan vaihtumisessa huomioon muutkin tekijät, kuten lapsen sopeutumisen perheympäristöönsä.

3.3 Erityistilanteita

Aluksi voimme todeta, että oikeustapauksissa, jossa lapsen asuinpaikan määrittäminen on ollut ratkaistavana, ei ole tuotu esille sitä tosiasiaa, että Haagin lapsikaappaus sopimuksen yhdestä keskeisideoista on se, että lapsi palautettaisiin sellaiseen tilaan, joka vallitsi ennen luvaton poisviemistä tai palauttamatta jättämistä.¹⁸⁰ Eli, toisin sanoen *status quo* –periaatteen merkitystä ei olla, ainakaan suoranaisesti, pohdittu lainkaan. Mainittakoon, että *status quo* ei ole ratkaisuperusteena mitenkään ensisijainen tai ylivoimainen, sillä sen on kuitenkin vain yksi lapsen edun arviointiperusteista.¹⁸¹ Punnittaessa lapsen edun periaatteita, tulee lapsen etua aina tarkastella lapsen näkökulmasta. Näin ollen tuomioistuimen päätökseen ei saa vaikuttaa se, että ratkaisu voi toisesta vanhemmasta tuntua epäoikeudenmukaiselta.¹⁸²

Tapauksissa, joissa on kyse vastasyntyneestä lapsesta, aiheuttavatkin eniten haasteita asuinpaikan määrittämisen näkökulmasta. Esimerkiksi tapauksessa KKO 2011:260, vanhemmat olivat matkustaneet Kanadasta Suomeen ja äiti oli synnyttänyt lapsen täällä. Tapauksessa oltiin sovittu, että synnytykseen jälkeen he matkustaisivat takaisin Kanadaan. Mitä tapahtuisi, jos asiaa ei oltaisikaan sovittu, ja jompikumpi vanhemmista olisi vienyt lapsen takaisin Kanadaan muutaman kuukauden päästä ilman toisen suostumusta? Se

¹⁷⁹ *AR v. RN* (Skotlanti) 2015 UKSC 35, s. 6.

¹⁸⁰ *Pérez-Vera, Elisa*: Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, 1982 kappale 16.

¹⁸¹ *Aaltonen*: Lapsioikeus ja lapsen oikeus tuomioistuimessa, s. 59.

¹⁸² *Aaltonen*: Lapsioikeus ja lapsen oikeus tuomioistuimessa, s. 59.

vanhempi, joka jäi Suomeen, laittaisi siten vireille palauttamisasian Kanadassa väittäen, että lapsen asuinpaikka on Suomessa ja lapsi tulisi palauttaa Suomeen. Eihän lapsi ole oikeastaan koskaan edes käynyt Kanadassa ja hänhän on virallisesti syntynyt Suomessa.

Oikeus on ratkaisuharkinnassaan tapauksessa KKO 2011:260, viitannut kansainväliseen oikeuskäytäntöön, jossa mainitaan, että kokonaisarvostelussa ei saa antaa ratkaisevaa merkitystä sille, missä maassa lapsi on syntynyt, mikäli vanhempien yhteistarkoitusta lapsen asuinpaikasta ei saada selkoa.¹⁸³ Edellä selostetusta tilanteesta ei löydy ennakkotapausta, mutta ratkaisusta KKO 2011:260 päätellen voinee olettaa, että näissä tapauksissa oikeus varmaan katsoisi Haagin lapsikaappaus sopimuksen nojalla, että lapsen asuinpaikka on se valtio, joka välittömästi oli vanhempien yhteinen asuinpaikkavaltio ennen lapsen syntymää.¹⁸⁴ Tosin voidaan myös väittää, että asuinpaikkavaltioksi tulisi lapsen synnyinmaa, koska tämä on ainoa maa, jossa lapsi on koskaan käynyt. Lapsen on toisaalta loogisesti ajateltuna sopeuduttava elinympäristöönsä, ennen kuin tiettyä valtiota voidaan kutsua asuinpaikaksi. Jos tähän on uskomista, lapsella ei siis tämän perusteella olisi asuinpaikkaa ollenkaan. Uskottavin lopputulos olisi siis se, että oikeus tarkastelisi ratkaisuharkinnassaan asuinpaikan määrittämistä vastasyntyneen lapsen näkökulmasta, ja näin ollen muut seikat, kuten lapsen perhesiteet ja niin edelleen, tulisivat merkittäviksi tekijöiksi.¹⁸⁵

EU-tuomioistuin on todennut, että lapsen iällä voi olla erityisen tärkeä merkitys juuri lapsen asuinpaikan määrittämisessä.¹⁸⁶ EU-tuomioistuin totesi tämän ottaessaan kantaa vastasyntyneen sylilapsen asuinpaikan harkinnassa.¹⁸⁷ Tapauksessa lapsen äiti oli vienyt lapsen vain muutaman kuukauden lapsen syntymän jälkeen Ranskaan, jonka valtion kansalaisia sekä äiti että lapsi oli. Tuomioistuimen mukaan vastasyntynyt lapsi väistämättäkin jakaa läheistensä, joista hän on riippuvainen, sosiaalisen piirin ja

¹⁸³ KKO 2011:260, kohta 7.

¹⁸⁴ Näin on pohdittu esim. isyyslain (11/2015) valmistelutöissä. Jos lapsen äiti on avioeron jälkeen raskaana asettunut asumaan Suomeen, mutta menehtynyt synnytyksvuoteella, on katsottava, että lapsen siteet Suomeen ovat vähäisemmät kuin siteet äidin entiseen asuinpaikkavaltioon, jossa lapsen isä asuu. Tällaisessa tilanteessa on perusteltua, että kysymys isyyden määräytymisestä välittömästi lain nojalla ratkaistaan vanhempien entisessä asuinpaikkavaltiossa sovellettavan lain nojalla. Lue lisää: HE 104/2009 vp, s. 17-18.

¹⁸⁵ Näin myös *Schuz: The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis*, s. 203. Teoksesta käy ilmi, ettei kansainvälisessä oikeuskäytännössä löydy tapauksia, jossa vastasyntyneen lapsen asuinpaikka olisi määritetty arvioimalla ainoastaan lapsen tosiasiallisia kytköksiä kyseiseen valtioon, eikä vanhempien oikeuksille olisi yhtään annettu painoarvoa. Kansainvälisellä tasolla ei löydy myöskään tapauksia, jossa oltaisiin tarkasteltu asiaa kummastakin näkökulmasta.

¹⁸⁶ Asia C-497/10 PPU, 22.10.2012, kohta 52.

¹⁸⁷ Asia C-497/10 PPU, 22.10.2012, kohta 55.

perheympäristön. Tästä syystä, ”unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä esitetyt arviointiperusteet, kuten syyt, joiden vuoksi lapsen äiti muuttaa toiseen jäsenvaltioon, äidin kielitaito ja lisäksi se, mistä hän on maantieteellisesti lähtöisin ja mikä on hänen perhetaustansa, voivat olla huomioon otettavia tekijöitä.” Ennakkoratkaisusta päätellen vastasyntyneen lapsen asuinpaikka voi siis vaihtua miltei saman tien, kun se, joka lasta tosiasiallisesti hoitaa, vie sylilapsen toiseen jäsenvaltioon.

Pienten lasten osalta asuinpaikan määrittäminen voi olla hankalaa esim. lapsen itsemääräämisoikeutta ajateltaessa, sillä lapsi on kärjistetysti sanottuna, täysin riippuvainen huoltajiensa toimintatavoista ja päätöksistä.¹⁸⁸ Lapsellahan ei ole juurikaan valinnanvaraa asuinpaikkansa valitsemisessa. Pieni lapsihan ei itse kykene valvomaan omia oikeuksiaan, joten voidaan sanoa, että tuomioistuin harjoittaa lapsen oikeuden valvomista selvittämällä lapsen asuinpaikkavaltion, vaikkakin tämä tarkoittaisi lopulta lapsen erottamista toisesta vanhemmastaan.¹⁸⁹ Lapsen edun ja lapsen itsemääräämisoikeuden yhteensovittamiseen liittyy kuitenkin ristiriitaisuuksia, jotka tulee ratkaista osallistumisoikeuden ja lapsen suojelun keskinäisellä punninnalla.¹⁹⁰

Tapauksessa KKO 2009:85 kyse oli 14-vuotiaasta lapsesta, joka omasta tahdostaan lähti Virosta Suomeen biologisen äitinsä luo. Virossa asuvan lapsen huoltaja laittoi palauttamishakemuksen vireille ja vaati lapsen palauttamista takaisin asuinpaikkavaltionsa, eli Viroon. Palauttamisprosessin aikana lapsi oli 15-vuotias. Teini-ikäinen lapsi vastusti vahvasti omaa palauttamistaan, ja korkeimman oikeuden arvioitavaksi tulikin, että kuinka paljon painoarvoa lapsen vastustukselle tulisi antaa ratkaisua tehtäessä. Lapsen mielipiteellä ja tahdonmuodostuksella on merkitystä tietysti silloin, kun vastustuksen tarkastelunäkökulma on Haagin sopimuksen mukainen kieltäytymisperuste. Ratkaisua voidaan kuitenkin tarkastella laajemmasta näkökulmasta ja sen perusteella voidaankin kysyä, mikä vaikutus lapsen omalla tahdolla on hänen oman asuinpaikkansa määrittämisessä.

Lapsikaappaustilanteissa varttuneemmankin lapsen mielipide huoltoasiaan, eli valintaan vanhempien välillä, on usein jäänyt vailla merkitystä, koska ajan kulumisen voi muuttaa

¹⁸⁸ Lue lisää: *Kurki-Suonio, Kirsti*: Kuka saa päättää lapsen asioista? LM 7-8/2010, jossa pohditaan vanhempien yhteistyön vaikeuksia ja oikeuden keinoja.

¹⁸⁹ Oikeudella viitataan lapsen oikeudesta perhe-elämään, joka on suojattu useammalla eri ihmisoikeusmääräyksellä ja perusoikeussäännöksellä. Ks. myös jakso 3.2.3.

¹⁹⁰ *Pollari & Lohiniva-Kerkelä* teoksessa: Lapsioikeus murroksessa, s. 280.

lapsen suhdetta kaappaajavanhempaan ja lapsen itsenäinen tahdonmuodostus voi heikentyä.¹⁹¹ Jos lapsi ei ota kantaa huoltoasiaan tai palauttamiseen, ja ilmaisee ainoastaan tahtonsa asuinpaikastaan, voitaisiinko lapsen itsenäiselle tahdonmuodostukselle antaa merkitystä asuinpaikkaharkinnassa? *Koulun* mukaan lapsen asuinpaikka tulisi määrittäytyä ilman huoltajien suostumusta, mikäli otetaan huomioon tosiasialliset seikat ja lapsen asumistarkoitus, joita asuinpaikkaharkinnassa yleensäkin painotetaan.¹⁹² Lapsen asuinpaikka tulisi vaihtua esimerkiksi pitkän ajan oleskelun myötä, vanhempien tahdosta riippumatta, ja tämä olisi myös yhdenmukaista asuinpaikkaa koskevien yleisten käytäntöjen kannalta ja johdonmukaista sopimuksen tavoitteita silmällä pitäen.¹⁹³ Tapauksessa *Mozes v. Mozes* 2001, yhdysvaltalainen tuomioistuin on perusteluissaan todennut, että vanhempien tarkoitukselle on annettava ratkaiseva merkitys, mikäli lapsen mielipiteelle valtioon muuttamisesta ei voida antaa asiassa merkitystä lapsen iän tai kypsyden takia.

Kotimaiset tuomioistuimet voisivat siis, ainakin teoriassa, antaa asuinpaikkaharkinnassa varttuneemman lapsen tahdonmuodostukselle enemmän painoarvoa, jos lapsi on tarpeeksi vanha ymmärtämään oleskelun tarkoituksen, vanhempien antamien tietojen perusteella.¹⁹⁴ Haagin sopimuksen valmisteleavassa raportissa on toisaalta todettu, että lapsen tahtoa ei sinänsä voida pitää asuinpaikkaharkinnassa merkittävänä tekijänä, ainoastaan kieltäytymisperusteena tarkasteltavana seikkana.¹⁹⁵ Huomioitavaa on, että tapauksessa KKO 2009:85, lapsi oli kuitenkin omasta tahdostaan lähtenyt maasta ja tämä oli merkittävä tekijä korkeimman oikeuden ratkaisussa, jossa lasta ei määrätty palautettavaksi.

3.4 Lopuksi

Haagin lapsikaappausopimuksella ja Bryssel Iia-asetuksella on ennen kaikkea ennaltaehkäisevä tarkoitus.¹⁹⁶ Toisaalta, helpoiten välttyisi asuinpaikkaa koskevilta riidoilta, jos vanhemmat tekisivät asiat asianmukaisia sopimuksia huoltajuudesta, jossa otetaan kantaa

¹⁹¹ Esim. KKO 2004:76.

¹⁹² *Koulu, Sanna*: Lapsikaappaukset KKO:n uusimmassa oikeuskäytännössä, DL 5/2010, s. 673.

¹⁹³ *Koulu, Sanna*: Lapsikaappaukset KKO:n uusimmassa oikeuskäytännössä, DL 5/2010, s. 673.

¹⁹⁴ *Schuz*: The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis, s. 192.

¹⁹⁵ *Pérez-Vera, Elisa*: Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, 1982 kappale 77. Vrt. Kuitenkin *Mozes v. Mozes* 2001.

¹⁹⁶ Näin myös *Gottberg Eva*: Huoltoriita ja lapsen asumisen liittyvät kiireelliset ratkaisut, DL 6/2006, s. 955, joka toteaa, että moni lapsikaappaus varmasti jää tekemättä, kun kaappausta suunnitteleva vanhempi selvittelee tarkemmin tilannettaan ja toteaa palauttamisen olevan suuri mahdollisuus. Mainittakoon kuitenkin myös lapsikaappaus rikosnimikkeen tuominen rikoslakiin vuonna 2005.

minkä valtion lakia sovelletaan mahdollisen huoltajuusriidan sattuessa. Tapauksessa KKO 2011:260, lapsen vanhemmat olivat tehneet sopimuksen sosiaaliviranomaisilla, jossa todettiin, että lapsi asuu äidillä. Huoltajuudesta ei kuitenkaan oltu sovittu, ja näin ollen sopimukselle ei voitu antaa merkitystä asuinpaikkaa määriteltäessä. Jos vanhemmat osaisivat ennakoita välirikon tullessa, miten huoltajuus- ja tapaamisasiat tulisi sopia, omavaltaisilta lapsikaappauksilta voitaisiin ainakin jokseenkin välttyä.¹⁹⁷

Huoltajien erimielisyystilanteissa lapsen asuinpaikasta, lapsikaappaustapaus saattaa ratketa jo lapsen asuinpaikan määrittämisellä, jolloin sopimuksen muita soveltamisedellytyksiä ei pohdita ollenkaan.¹⁹⁸ Tämä ei ole Haagin sopimuksen soveltuvuuden kannalta tarkoituksenmukaista, sillä sen tarkoituksena ei ole ottaa kantaa huoltoon liittyviin asioihin lainkaan. Tarkemmin ottaen, asuinpaikan määrittäminen johtaa käytännössä ratkaisevaksi tekijäksi huoltoasiassa, ja siten asuinpaikkaa koskevan tulkinnan merkitys korostuu lapsikaappausratkaisun oikeellisuuden ja ratkaisuun liittyvien oikeusturvanäkökohtien kannalta.¹⁹⁹ Oikeusturvalle ja päätöksenteon läpinäkyvyydelle on luonnollisesti ensisijaisen tärkeää, että perustelut ovat asianmukaiset ja selkeät. Kotimaiset ratkaisut kaipaivat sen takia niin sanottua rautalangalla vääntämistä, jotta asuinpaikka käsitteenä selkeytyisi ja siten tulevaisuudessa käsitteen yhdenmukainen tulkinta olisi mahdollista.

4 Vakava vaara - säännös

4.1 Aluksi

4.1.1 Säännöksen määrittely

Vaikka olisi riidatonta, että lapsi on viety luvottomasti pois asuinmaastaan, voidaan poikkeuksellisesti kieltäytyä lapsen palauttamisesta. Kun lapsen palauttamista esitetty vaatimus saapuu määräajan kuluessa, lapsen palauttamishakemuksen voi hylätä suhteellisen rajoitetuilla, lapsen asemaan liittyvillä perusteilla. Yksi näistä perusteista on se, jos todetaan, että lapsi joutuisi kestävämpiin olosuhteisiin palauttamisensa jälkeen ja on vakava vaara,

¹⁹⁷ Lue aiheesta lisää: *Koulu: Lapsen huolto- ja tapaamissopimukset*, 2014.

¹⁹⁸ *Koulu, Sanna*: Lapsikaappaukset KKO:n uusimmassa oikeuskäytännössä, DL 5/2010, s. 670.

¹⁹⁹ *Koulu, Sanna*: Lapsikaappaukset KKO:n uusimmassa oikeuskäytännössä, DL 5/2010, s. 672.

että lapselle koituu ruumiillisia tai henkisiä vaurioita.²⁰⁰ Määräys löytyy HTL 34 §:n 1 momentin 2 kohdasta ja tullaan vastedes kutsumaan vakava vaara-perusteeksi tai säännökseksi.²⁰¹

Lapsen palauttamisvaatimus on siis hylättävä, mikäli on vakava vaara, että lapsi joutuisi alttiiksi fyysisille tai psykologisille vaurioille palautettuaan alkuperäiseen asuinpaikkaansa. HTL:n esitöiden mukaan kieltäytymisperusteen soveltamiseen ei tarvitse osoittaa konkreettisen vaaran olemassa oloa, vaan riittää, että pystytään osoittamaan todennäköisen vaaran objektiivisesti todettavien seikkojen perusteella.²⁰² Määräystä sovellettaessa, on erotettava toisistaan riski, sen suuruus ja toteutumisen todennäköisyys.²⁰³ HTL 34 §:n 1 momentin 2 kohdan nojalla, hakemus voidaan hylätä myös, jos lapsi joutuu kestäättömiin olosuhteisiin. Kohdan soveltaminen vaatii näin ollen laajempaa olosuhdearviota.²⁰⁴ Hallituksen esityksessä on ainoastaan nimenomaisesti mainittu, ettei lasta tulisi palauttaa asuinpaikkavaltioonsa, jos tämä tarkoittaisi, että lapsi joutuisi palauttamisen jälkeen asumaan sotatoimialueella tai pakolaisleirillä. Olosuhteet asuinpaikkavaltiossa tulee selvästi olla haitalliset lapselle ja olosuhdearviointi tehdään luonnollisesti lapsen näkökulmasta. Haagin lapsikaappaus sopimusta valmisteltaessa todettiin kuitenkin, ettei määräykseen voida vedota, jos palauttaminen ainoastaan vahingoittaisi lasta kasvatuksellisesta tai taloudellisesta näkökulmasta.²⁰⁵ Toisin sanoen, palauttamiselle ei tulisi olla estoa, jos lapsi joutuisi köyhempiin olosuhteisiin tai hän joutuisi esimerkiksi vähemmän arvovaltaiseen kouluun.²⁰⁶

Vakava vaara - säännös voidaan kategorisoida kolmeen eri käsitteeseen: fyysiseen, henkiseen ja kestäättömiin olosuhteisiin. Säännösten kolme eri kategoriaa voidaan soveltaa yksittäisissä tilanteissa itsenäisesti, mutta tärkeää on kuitenkin huomata, että vaikka kaikki

²⁰⁰ Laintarkastuskunnan mielestä ”vakava vaara” vastasi paremmin tarkoitustaan, kuin ”on vakavasti pelättävissä”, joka alun perin oli hallituksen esitysehdotuksessa. Ks. Laintarkastuskunnan lausunto N:o 5/1989, Lapsikaappaus, s. 25-26.

²⁰¹ Haagin lapsikaappaus sopimuksessa kieltäytymisperuste löytyy konvention artikla 13 b kohdassa ja englanninkielinen lyhennetty termi on yleisesti tunnettu nimellä ”grave risk exception”.

²⁰² HE 60/1993 vp, s. 37.

²⁰³ Mikkola: Kansainvälinen lapsioikeus, s. 120.

²⁰⁴ Gottberg: Lapsen huolto, huoltoriidat ja pakkotäytäntöönpano, s. 223.

²⁰⁵ Pérez-Vera, Elisa: Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, 1982 kappale 116.

²⁰⁶ Samansuuntaisesti Helin: Suomen kansainvälinen perhe- ja perintöoikeus, s. 449.

kolme on selvästi eroteltavissa, ovat ne myös yhteissovellettavissa.²⁰⁷ Kotimaisessa oikeuskäytännössäkään ei ole tarkoin lähdetty erottelemaan käsitteitä, vaan useimmiten säännöstä sovelletaan kokonaisuudessaan. Korkeimman oikeuden ennakkotapauksista löytyy kolme tapausta, jossa käsitellään HTL 34 §:n 1 momentin 2 kohtaa. Oikeuskäytäntöä tarkasteltaessa, voidaan kuitenkin todeta, että löytyy useampia tapauksia, joissa kaappaajavanhempi vetoaa kieltäytymisperusteeseen, mutta menestyksettä, koska kaappaajavanhempi ei ole pystynyt esittämään sellaisia seikkoja, jotka viittaisivat siihen, että lapsen ruumiillinen tai henkinen terveys olisi vakavassa vaarassa.²⁰⁸ Kyseisissä tapauksissa kieltäytymisperustetta ei ole voitu soveltaa, koska palauttamista vastustava osapuoli on esimerkiksi vedonnut hakijan riittämättömiin kasvatuskykyihin tai muihin henkilökohtaisiin ominaisuuksien puuttumiseen, ja nämä eivät tavallisesti riitä sellaisinaan kieltäytymisperusteiksi.²⁰⁹

Kyseessä olevan kieltäytymisperusteen soveltaminen vaatii kuitenkin käytännössä suppeaa tulkintaa ja sitä onkin sovellettu harvoin ainakin Suomen oikeuskäytännössä.²¹⁰ Suppean tulkinnan lisäksi on tärkeätä huomata, että vaikka vedottaisiinkin siihen, että lapsen palauttaminen mahdollisesti voisi aiheuttaa lapselle ruumiillisia tai henkisiä vaurioita, tuomioistuimien ei voi kieltäytyä lapsen palauttamisesta, jos on todettu, että lapsen asuinpaikkavaltiossa on toteutettu riittävät järjestelyt lapsen suojelemiseksi hänen palauttamisensa jälkeen. Lisämääräys rajoittaa kieltäytymisperusteen soveltamista tapauksissa, joissa lapsen asuinpaikka välittömästi ennen luvaton poisviemistä oli toisessa EU:n jäsenvaltiossa, mutta periaatetta on kunnioitettava myös Haagin sopimusvaltioiden välisissä lapsikaappauksissa.²¹¹ Suppean tulkinnan lisäksi, myöskin lisämääräys on osasyynä sille, miksi vakava vaara kieltäytymisperustetta harvemmin sovelletaan menestyksekkäästi kotimaisessa oikeuskäytännössä.

²⁰⁷ Prel. Doc. No 3 of June 2017 — Draft Guide to Good Practice on Article 13(1)(b) of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Viitataan vastedes nimellä ”Vakava vaara-tulkintasuositus” s. 14 kohdat 59-62.

²⁰⁸ Esim. KKO 2011:260 ja KKO 2003:32.

²⁰⁹ *Helin*: Suomen kansainvälinen perhe- ja perintöoikeus, s. 449.

²¹⁰ Vrt. Haagin lapsikaappaus sopimuksen tilastollista raporttia vuodelta 2017, jossa todetaan, että vuonna 2015 maailmanlaajuisesti artikla 13 b:n perusteella on hylätty eniten palauttamishakemuksia. Kaiken kaikkiaan 243 kappaletta hakemusta hylättiin, joista 47 kappaletta, eli 25 % hakemuksista hylättiin ”vakava vaara”-artiklan perusteella. Palauttamishakemuksia oli kaiken kaikkiaan 2270 kappaletta. Ks. Part I — A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Global report, s. 3.

²¹¹ *Pérez-Vera, Elisa*: Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, 1982 kappale 118.

4.1.1 Säännöksen rajoittava luonne

Informatiivinen lisämääräys lisättiin HTL 34 §:n 3 momenttiin Bryssel II a- asetuksen voimaansaattamisen yhteydessä, ja se viittaa asetuksen 11.4 artiklaan.²¹² Rajoittavan määräyksen lisäämistä voidaan pitää erikoisena ratkaisuna, sillä Haagin lapsikaappaus sopimuksen esitöissä on todettu, että vakava vaara säännöstä sovellettaessa on otettava huomioon lapsen asuinpaikan viranomaisten mahdollisuudet lapsen turvallisuuden järjestämiseksi.²¹³ Tarvetta EU:n jäsenvaltioita koskevaa poikkeusta perusteltiin kuitenkin sillä, että se vähentäisi vakava vaara kieltäytymisperusteen väärinkäyttöä.²¹⁴

Lisämääräyksen lisäämistä on kyseenalaistettu oikeusyhteisössä. *Trimmings* on teoksessaan tutkinut kieltäytymisperusteen soveltamista EU jäsenvaltioissa, ennen Bryssel Iia- asetuksen implementointia ja myöskin sen jälkeen. *Trimmingsin* tilastollisen analyysin mukaan kieltäytymisperusteen lisämääräys ei ole ollut välttämätön lapsikaappausjärjestelmän toimivuuden kannalta, vaikkakin kieltäytymisperusteen soveltaminen on jossain määrin vähentynyt.²¹⁵ Asetuksen 11.4 artikla, on joutunut kritiikin kohteeksi myös sen takia, ettei se esimerkiksi täsmennä kenellä on todistustaakka siitä, että lasten suojelemiseksi on riittävät järjestelyt lapsen todetussa asuinpaikkavaltiossa.²¹⁶ Kysymys siis kuuluu, että onko todistustaakka palauttamishakemuksen tehneellä vanhemmalla, vai onko tuomioistuimen lähtökohtaisesti luotettava siihen, että järjestelyt ovat kunnossa, kunnes kaappajavanhempi toisin näyttää? Tai tuleeko kenties tuomioistuimen oma-aloitteisesti selvittää ne olosuhteet, jotka vallitsevat lapsen asuinmaassa?

Haagin lapsikaappauskonvention valmisteluraportissa on erikseen mainittu, että se, joka vaatii palauttamishakemuksen hylkäämistä, on todistettava, että lapsi tullaan palauttamaan sellaisiin olosuhteisiin, jotka ovat sopimuksen artiklan 13 b nojalla perusteita palauttamisen hylkäämiselle.²¹⁷ Täten olisi luonnollista, että HTL 34 §:n 3 momenttia sovellettaessa,

²¹² HE 186/2004 vp, s. 10-11.

²¹³ Pérez-Vera, Elisa: Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, 1982 kappale 117.

²¹⁴ Euroopan yhteisöjen komission valmisteluasiakirja "lasten huoltoa koskevien päätösten vastavuoroisesta tunnustamisesta" Bryssel 27.3.2001, KOM (2001) 166 lopullinen, s. 7-8. Vrt. kuitenkin *Trimmings*, Katarina: Child Abduction Within the European Union, s. 69, joka on kyseenalaistanut väärinkäytön olemassaolon ja osittain myös todennut sen virheelliseksi.

²¹⁵ Lue lisää analyysin tuloksista *Trimmings*, Katarina: Child Abduction Within the European Union, s. 47-106.

²¹⁶ Tätä on kritisoinut esim. *Trimmings*: Child Abduction Within the European Union, s. 139-155.

²¹⁷ Pérez-Vera, Elisa: Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, 1982 kappale 114.

palauttamista vaativalla osapuolella on todistustaakka siitä, että asuinpaikkavaltiossa on sellaiset järjestelyt lapsen suojelemiseksi, että tämä pystytään sinne palauttamaan. Asetuksesta ei kuitenkaan löydy mitään selvää oikeudellista todistustaakkasäännöstä.²¹⁸ Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa on todettu, että palauttamista harkitsevan tuomioistuimen on helpompi päättää palauttamisesta, jos palauttamista vaativa osapuoli pystyy esittämään luotettavan suunnitelman lapsen asuinjärjestelyistä ja hoivasta palauttamisen jälkeen.²¹⁹ Asetuksen käytännön oppaassa on toisaalta todettu, että tuomari tarvitsee alkuperäisen asuinmaan keskusviranomaisen apua, arvioidessaan kyseisen jäsenvaltion vallitsevaa tilannetta.²²⁰ Voimme siten todeta, että on epäselvää, kenen tehtävänä on osoittaa, että lapsi tullaan palauttamaan sellaiseen asuinmaahan, jossa on otettu riittävät toimenpiteet lapsen suojelemiseksi.

Tuomioistuin ei voi kieltäytyä lapsen palauttamisesta, jos on todettu, että on toteutettu riittävät järjestelyt lapsen suojelemiseksi palauttamisen jälkeen. Sanamuoto ”on toteutettu” on aiheuttanut hämmennystä ja sitä on pidetty jopa epämääräisenä aikamuotonsa puolesta.²²¹ Epäselvää siis on, että onko järjestelyiden pitänyt olla konkretisoituina jo hakemuksen vireille pantaessa vai riittääkö, että alkuperäinen asuinvaltio tekee toimenpiteitä lapsen suojelemiseksi vasta palauttamisen jälkeen? Asetuksen käytännön oppaassa lausutaan melko ristiriitaisesti siitä, miten lisämääräystä on tulkittava. Oppaan mukaan tuomarin tulee arvioida, ”onko kyseisessä maassa *toteutettu* suojaavia toimenpiteitä ja ovatko ne riittävät turvaamaan lapsen suojelun palauttamisen jälkeen”.²²² Edellisessä kappaleessa kuitenkin lausutaan, että tuomarin on varmistettava, että kyseisen jäsenvaltion viranomaiset ”*ovat toteuttaneet*” konkreettisia toimenpiteitä suojellakseen lasta.²²³ Käytännön oppaan ristiriitaisuuksista huolimatta, artikkelin sanamuoto menee etusijalle ja täten, palauttamisen

²¹⁸ *Trimnings*: Child Abduction Within the European Union, s. 139-140.

²¹⁹ Näin esim. *Helin*: Suomen kansainvälinen perhe- ja perintöoikeus, s. 450. Helin huomauttaa kuitenkin, tuomioistuimen antamat määräykset lapsen hoivasta, eivät ole kuitenkaan lapsikaappaussovimuksen nojalla täytäntöönpanokelpoisia, vaan täytäntöönpanokelpoisuus riippuu täysin kyseisen valtion lainsäädännöstä.

²²⁰ Euroopan komission ”Käytännön opas Bryssel IIa -asetuksen soveltamiseen”, 2014, s. 55.

²²¹ *Trimnings*: Child Abduction Within the European Union, s. 144-145.

²²² Euroopan komission ”Käytännön opas Bryssel IIa -asetuksen soveltamiseen”, 2014, s. 55. Kirjoittajan kursivointi.

²²³ Euroopan komission ”Käytännön opas Bryssel IIa -asetuksen soveltamiseen”, 2014, s. 55. Kirjoittajan kursivointi.

edellytyksenä on, että suojaavien toimenpiteiden olemassaolo, ei pelkästään niiden mahdollinen, pystytään toteamaan palauttamispäätöstä tehtäessä.²²⁴

Toisaalta on huomattu, että asetuksessa ei ole myöskään otettu kantaa siihen, että mitä tarkoitetaan niin sanotuilla ”järjestelyillä” lapsen suojelemiseksi.²²⁵ Voitaisiinko niillä esimerkiksi tarkoittaa lapsen sijoittamista tai kaappajavanhemman hakemaa lähestymiskieltoa, jotta hän ei joutuisi väkivaltateon uhriksi? Toimenpiteiden tai järjestelyiden määritelmää ei ole pyritty asetuksessa sen tarkemmin selventämään ja täten, käsitteiden määrittelemättömyys antaa aihetta laajalle tulkinnalle. Käsitteen määrittelemättömyys johtaa kuitenkin eri tulkintoihin eri jäsenvaltioissa ja yksittäisten tuomareiden ratkaisuisissa, joten tämäkin antaa aihetta epäillä Bryssel IIa-asetuksen toimivuutta lapsikaappaustapauksissa.

Eli, vaikka olisikin epäilyksiä siitä, että lapsi saatettaisiin joutua palauttamaan esimerkiksi väkivaltateoista epäillyn hakemuksen tekijän luokse, on tuomioistuimen luotettava siihen, että toisessa jäsenvaltiossa on tarkoituksenmukaiset järjestelyt lapsen suojelemiseksi. Bryssel II-a asetuksen tuoman lisämääräyksen varjopuolena on siten pidetty sitä, että sen tarkoituksena on suojella ainoastaan kaapattua lasta, eikä esimerkiksi kaappaajavanhempaa, joka on vaarana joutua väkivallan kohteeksi.²²⁶ Mutta tämäkin lienee tulkinnanvaraista sillä, oikeuskirjallisuudessa on pidetty epävarmana sitä, että miten lisämääräys suhtautuisi vastaavanlaisiin tilanteisiin, ja sen takia esimerkiksi *Trimnings* on vaatinut suuntaviivoja tapauksiin, jossa ilmenee, että lapsi palautettaisiin olosuhteisiin, joihin liittyy perheväkivaltaa.²²⁷

²²⁴ *Trimnings*: Child Abduction Within the European Union, s. 145.

²²⁵ Prel. Doc. No 9 of May 2011 - Domestic and family violence and the Article 13 "grave risk" exception in the operation of the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*: a reflection paper, s. 35 kohta 140.

²²⁶ Näin myös esim. Beaumont, Paul – Walker, Lara – Holliday, Jayne: Conflicts of EU Courts on Child Abduction: The reality of Article 11(6)-(8) Bryssel IIa proceedings across the EU, s. 10.

²²⁷ Ks. *Trimnings*: Child Abduction Within the European Union, s. 24.

4.2 Perheväkivalta ja siihen liittyvät väitteet

Vakavaa vaara kieltäytymisperuste on yksi vaikeimmista tulkittavista säännöksistä Haagin sopimuksessa ja säännöstä tulkitaan hyvin vaihtelevasti eri sopimusvaltioissa.²²⁸ Haagin lapsikaappaus sopimuksen erityiskomissio on laatinut vuonna 2011 raportin, jossa pohditaan kyseessä olevan kieltäytymisperusteen soveltamisongelmia perheväkivallan valossa.²²⁹ Raportissa on tarkasteltu oikeustapauksien avulla muun muassa sitä, että mitä todisteita konkretisoituneesta väkivallasta on pidetty soveltamiskynnyksen ylittävänä ja kuinka pitkälle tuomioistuimet ovat menneet ottaakseen oma-aloitteisesti selvää perheväkivallan väitteistä ja niiden totuudenmukaisuudesta.²³⁰ Lisäksi raportissa on pohdittu sitä, että onko vakava vaara kieltäytymisperuste sovellettavissa tilanteissa, joissa lapsi on ainoastaan vaarassa altistua epäsuoranaisesti väkivallalle silmännäkijän muodossa.

Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa on hieman ristiriitaisia väitteitä siitä, että miten kieltäytymisperuste suhtautuu konkretisoituneeseen väkivaltaan. *Mikkolan* mukaan, mikäli väkivaltaisuus on konkretisoitunut, palauttamishakemus voidaan hylätä.²³¹ Kun taas *Helin ja Klami & Kuisma* pysyvät varauksellisempana ja pitävät kyseenalaisena sitä, että voidaanko konkretisoitunutta väkivaltaa pitää hylkäämisperusteena.²³² Kaikki kirjoittajat ovat kuitenkin yksimielisiä siitä, että lähtökohtaisesti on luotettava asuinpaikkavaltion viranomaisiin lastensuojeluasioissa, mikäli on kyse väkivallan uhasta. Esimerkkinä konkretisoituneesta väkivallasta voidaan kuitenkin mainita, KKO:n ratkaisu S 1995/1327.²³³ Tapauksessa isä, joka vaati lastensa palauttamista takaisin Israeliin, oli kotimaassaan tuomittu päällekkäusrikoksesta, jonka uhrina oli ollut miehen vaimo sekä heidän yhteiset lapsensa. Lapsia ei määrätty palautettavaksi, koska oli vakava vaara, että heihin kohdistuisi toistuvaa väkivaltaa palauttamisen jälkeen. KKO:n ratkaisusta voimmekin päätellä, että

²²⁸ Lue tarkemmin eri tulkinnoista esim: *Schuz: The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis*, s. 271-316.

²²⁹ Kuten itse raportissa, kun tässä jaksossa käytetään termiä perheväkivalta tai väkivalta, termi käsittää pahoinpitelyn tai hyväksikäytön erinäiset muodot kuten seksuaalisen, fyysisen tai psykologisen väkivallan. Lisäksi termiä käytetään riippumatta uhrista, oli se sitten vanhempi tai lapsi.

²³⁰ Domestic and family violence and the Article 13 “grave risk” exception in the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Reflection Paper, s. 21 kohdat 82-95.

²³¹ *Mikkola: Kansainvälinen lapsioikeus*, s. 121.

²³² *Helin: Suomen kansainvälinen perhe- ja perintöoikeus*, s. 449 ja *Klami–Kuisma: Suomen kansainvälinen yksityisoikeus*, s. 240.

²³³ Tapauksista ei ole julkaistu. Tapaus löytyy selostettuna esim. *Klami–Kuisma: Suomen kansainvälinen yksityisoikeus*, s. 240.

mikäli palauttamishakemuksen tekijä on tuomittu lapsiinsa kohdistuneesta väkivaltateosta, väkivalta voidaan katsoa konkretisoituneeksi ja täten kieltäytymisperusteen soveltamiskynnys on ylittynyt. Tapauksesta emme voi kuitenkaan päätellä mihin ratkaisuun KKO olisi päätynt, mikäli uhrina olisi ainoastaan ollut lasten äiti.

Vakava vaara - säännöstä on kritisoitu siitä, että sen soveltaminen vaatii selkeitä ja vakuuttavia todisteita konkretisoituneesta väkivallasta, kuten esimerkiksi yllä olevassa kotimaisessa tapauksessa käy ilmi.²³⁴ Moni vanhempi pakenee ja vie lapsensa rajojen yli paetakseen väkivaltaa, mutta eivät pysty oikeudenkäynnissä todistamaan väitteiden totuudenmukaisuutta, koska he eivät ole ilmoittaneet väkivallasta viranomaisille tai hakeutunut hoitoon vammojensa takia. Vahvan näytön puuttuessa, oikeuskirjallisuudessa on ehdotettu esimerkiksi turvapaikkahakijan tyylistä menettelyä, jossa otetaan selvää, onko pakenevan vanhemman väkivallan pelko aiheellinen.²³⁵ Tätä ehdotusta voidaan kuitenkin pitää liian optimistisena, ottaen huomioon, että lapsen palauttamisasiä on tarkoitettu tehokkaaksi summaariseksi prosessiksi, jossa ei ole tarkoitus läpikotaisin tutkia osapuolten väitteitä toisistaan ja se, että vakava vaara - säännöstä on lisäksi tulkittava suppeasti.

Yllä mainitussa erityiskomission laatimassa pöytäkirjassa on tutkittu ”kestämättömiin olosuhteisiin” sanamuotoa ja mikäli se tulisi sovellettavaksi tapauksiin, joissa lapsi on pelkkänä silminnäkijänä perheväkivallalle.²³⁶ Sopimuksen valmisteleavassa raportissa ei ole suoraa indikaatiota sille, että ”kestämättömät olosuhteet” voisi viitata vastaavanlaisiin tapauksiin, ja siten onkin luonnollista, että vaurioiden riskit on lähtökohtaisesti tulkittu siten, että lapsi olisi suoranaisesti uhrina väkivallalle.²³⁷ Esimerkiksi tapauksessa *Murray v. Director, Family Services* lasten äiti vetosi siihen, että lapset joutuisivat kestävämpiin olosuhteisiin ja olisivat vaarana altistua henkisille vaurioille, mikäli lapset palaisivat takaisin

²³⁴ Esim. *Simpson, Kyle*: What Constitutes a Grave Risk of Harm: Lowering the Hague Child Abduction Convention’s Article 13 (b) Evidentiary Burden to Protect Domestic Violence Victims. Julkaisussa: *George Mason Law Review* 2017, Vol.24(3), s. 864.

²³⁵ Lue lisää: *Simpson, Kyle*: What Constitutes a Grave Risk of Harm: Lowering the Hague Child Abduction Convention’s Article 13 (b) Evidentiary Burden to Protect Domestic Violence Victims. Julkaisussa: *George Mason Law Review* 2017, Vol.24(3), s. 863-864.

²³⁶ Prel. Doc. No 9 of May 2011 - Domestic and family violence and the Article 13 "grave risk" exception in the operation of the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*: a reflection paper, kohta 67.

²³⁷ Prel. Doc. No 9 of May 2011 - Domestic and family violence and the Article 13 "grave risk" exception in the operation of the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*: a reflection paper, kohdat 67-75.

äitinsä kanssa lasten asuinpaikkaan Uuteen-Seelantiin, jossa äiti oli vakavassa vaarassa joutua väkivallan uhriksi.²³⁸ Tapauksessa tuomioistuin kuitenkin katsoi, ettei palauttamiselle ollut estettä (vaikkakin se tunnusti vaaran), sillä äiti lapsineen voisi muuttaa eri paikkakunnalle ja hakea apua paikallisilta viranomaisilta.²³⁹

Erityiskomission raportin johtopäätöksissä todetaan, että kieltäytymisperusteen hyvinkin vaihteleva tulkinta perheväkivalta tapauksissa on ongelmallista Haagin sopimuksen tavoitteiden kannalta ja ongelman korjaamiseksi tulisi laatia käytännön ohjeet, jotta kyseisiin tapauksiin saataisiin yhtenevä käytäntö.²⁴⁰ Vakava vaaran ja kestäättömän olosuhteen termin määritelmää sekä säännöksen muita tulkinnallisia ongelmia, pyrittiin siten vuonna 2017 selkeyttämään erityiskomission laatiman tulkintasuosituksen avulla. Tulkintasuosituksen tarkoituksena on edesauttaa yhtenevää tulkintaa ja soveltamista Haagin lapsikaappausopimuksen sopimusvaltioissa. Tulkintasuosituksessa toki painotetaan, ettei asiakirja ole sopimusvaltioita velvoittava, vaan luonteeltaan ainoastaan neuvoa-antava kieltäytymisperusteen soveltamisessa.²⁴¹

Tulkintasuosituksessa on otettu kantaa edelliseen tulkintakysymykseen, eli pystyisikö kieltäytymisperustetta soveltamaan tilanteissa, joissa lapsi olisi vaarassa altistua perheväkivallan epäsuoranaiseksi uhriksi. Tulkintasuosituksen mukaan kyllä, mutta kieltäytymisperustetta on tulkittava tapauskohtaisesti.²⁴² Tapauksessa on otettava huomioon tietyt tosiseikat kuten poliisi-ilmoitukset, lapsen mielipide ja kohdevaltion mahdolliset toimenpiteet vanhemman sekä lapsen suojelemiseksi. Käytännössä siis tuomioistuin voi määrätä lapsen palautettavaksi, mikäli perhe voidaan sijoittaa turvakotiin, tai vanhempi voi hankkia itsellensä lähestymiskiellon, mutta tuomioistuimella on tietysti harkintavalta asiassa. Tämä pelkästään indikoi kieltäytymisperusteen korkeaa soveltamiskynnystä.

²³⁸ Murray v. Director, Family Services (1993) FLC 92-416.

²³⁹ Murray v. Director, Family Services (1993) FLC 92-416, s. 18.

²⁴⁰ Prel. Doc. No 9 of May 2011 - Domestic and family violence and the Article 13 "grave risk" exception in the operation of the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*: a reflection paper, kohdat 150-151.

²⁴¹ Vakava vaara tulkintasuositus, 2017, s. 4 kohdat 15-18.

²⁴² Vakava vaara tulkintasuositus, 2017, s. 72-76.

Erityiskomission laatimassa tulkintasuosituksessa on lisäksi annettu yleisiä neuvoja vakava vaara-perusteen asianmukaiseen soveltamiseen.²⁴³ Ensinnäkin, tuomioistuimen tulee kunnioittaa Haagin sopimuksen perustavoitteita, samalla kuin sen on pyrittävä suojelemaan lasta mahdollisilta vakavilta vaaroilta. Toiseksi, palauttamista ratkaistaessa, tuomioistuimen on pystyttävä rajaamaan, mitä kaikkea se ottaa huomioon palauttamisasiaa arvioitaessa, välttääkseen täysmittaista lapsen etua tarkastelevaa prosessia. Kolmanneksi, vakavaa vaara-perustetta tulee tulkita suppeasti, kuten kaikkia sopimuksessa mainittavia poikkeuksia yleensäkin. Tuomioistuimen on myös harkintansa mukaan palauttamisasiaa ratkaistaessa, kerättävä ja tutkittava todisteita esimerkiksi asiantuntijoiden lausuntoja, kuitenkin ilman aiheetonta viivästystä.

Lapsikaappausmenettelyn tarkoituksena on palauttaa lapsi takaisin asuinvaltioon, eikä huoltoriidan ratkaiseminen. Tapauksissa, joissa toinen vanhemmista vetoaa hakijan väkivaltaisuuteen tai päihdeongelmaan, on vaarana se, että palauttamismenettelyssä joudutaan ottamaan kantaa lapsen aineelliseen huoltoon, ja täten menettely saattaa lähestyä täystutkintaista huoltoriitaprosessia.²⁴⁴ Tämä ei tietenkään ole palauttamismenettelyn tarkoitus, kuten tulkintasuosituksessa todettu, vaan prosessin tarkoituksena on laittoman asiantilan ennallistaminen ja huoltoriidan ohjaaminen sinne mihin se kuuluu, eli lapsen asuinpaikkavaltioon.²⁴⁵ Seuraavassa kotimaisessa oikeustapauksessa henkilötodistelu tuli keskeiseen asemaan oikeuskäynnin aikana ja siten lähestyi huolestuttavan paljon täysimittaista huoltoriitaprosessia, joka ei ole palauttamismenettelyn tarkoitus.²⁴⁶

Tapauksessa KKO 1991:151, jossa kaappaajavanhempi vetosi kieltäytymisperusteeseen, väittäen, että palauttaminen saattaisi lapset lainkohdan mukaiseen vakavaan vaaraan. Äiti oli vienyt perheen kaksi lasta luvattomasti Ranskasta Suomeen. Äidin kertoman mukaan hän oli lähtenyt lastensa kanssa pois asuinpaikastaan, koska oli alkanut epäilemään, että isä käyttää tyttäriä seksuaalisesti hyväkseen. Väitteiden tueksi, äiti esitti oikeudessa Suomessa hankitut

²⁴³ Vakava vaara tulkintasuositus, 2017, s. 18 kohta 77.

²⁴⁴ *Gottberg*: Lapsen huolto, huoltoriidat ja pakkotäytäntöönpano, s. 223 ja *Helin, Markku*: Lapsen huolto- ja tapaamisoikeuslain säännökset lasta koskevista kansainvälisluonteisista riidoista, DL 1995, s. 924.

²⁴⁵ Ks. *Kemppainen, Outi - Norros, Merja - Salmenkylä, Hilikka*: Kansainvälisiin lapsikaappauksiin ja tapaamisoikeuksiin liittyvistä kysymyksistä, DL 4/2001, s. 678. Kirjoittajien mukaan Suomessa palauttamista koskevassa oikeudenkäynnissä ei ole tapana tutkia esimerkiksi väitteitä pahoinpitelystä tai insestistä, koska nämä asiat ovat luonteeltaan sellaisia, jotka kuuluvat huoltajuusoikeudenkäynteihin.

²⁴⁶ *Gottberg*: Lapsen huolto, huoltoriidat ja pakkotäytäntöönpano, s. 223 alaviite 274.

psykiatrin ja psykologin lausunnot. Lisäksi äiti väitti, että lapsen terapiahoitojen keskeyttäminen ja lasten isän kykenemättömyys hoitaa lapsia, aiheuttaisi lapsille niin vakavia henkisiä vaurioita, että isän tekemä palauttamishakemus tulisi näillä perusteilla hylätä.

KKO ei muuttanut hovioikeuden päätöstä ja määräsi lapset palautettavaksi takaisin asuinpaikkaansa eli Ranskaan. KKO kuitenkin myönsi, että tyttären palauttaminen Ranskaan saattaisi altistaa hänet ruumiillisille ja henkisille vaurioille, mikäli äidin väitteet pitäisivät paikkansa. Palauttamiselle ei kuitenkaan katsottu olevan estettä, sillä vaaraa ei ole, jos äiti palaa lastensa mukana Ranskaan ja pitää huolen siitä, että Ranskan viranomaiset ryhtyvät riittäviin toimenpiteisiin lasten suojelemiseksi. KKO perusteli palauttamishakemuksen hyväksymistä sillä, että lapsikaappaussovimuksen tarkoituksena on estää huoltoriitojen omavaltainen oikeuspaikan vaihtaminen ja täten, isään kohdistuvat syytökset tulisi tutkia lasten asuinpaikassa eli Ranskassa.

Tapauksesta voimmekin päätellä, kuten HTL:n esitöissäkkin on sanottu, mikäli objektiivisin seikkojen perusteella voidaan todeta, että lapsi olisi vakavassa vaarassa, palauttamishakemus tulee hylätä. Edellä mainitussa tapauksessa, lapseen kohdistuva mahdollinen vaara oli hyvinkin subjektiivinen, eikä sen olemassa oloa voitu todeta ja sen paikkansapitävyys tulee siten tutkia lasten asuinpaikkavaltiossa.²⁴⁷ Tapauksessa tuli ratkaisevaksi tekijäksi se, että lapsen äidillä oli mahdollisuus palata lastensa kanssa takaisin Ranskaan. Jos annettaisiin painoarvoa huoltajan vastustukselle ja ilmoitukselle siitä, ettei hän aio palata takaisin lastensa kanssa, riskinä on, että kaappajavanhempi pystyisi manipuloimaan prosessiin omaksi edukseen.²⁴⁸

Näin ollen, on epävarmaa, mikäli jopa paikkansapitävät väitteet riittäisivät osoittamaan, että lapsi on vakavassa vaarassa joutua alttiiksi henkisille tai fyysisille vaurioille. Kuitenkin, jos on vakava vaara, että lapselle koituu henkisiä tai fyysisiä vaurioita palauttamisesta, on tärkeä huomata, että vaurioiden riski on nimenomaan aina arvioitava lapsen näkökulmasta, eikä vanhemman.²⁴⁹

²⁴⁷ Huomaa kuitenkin, että KKO katsoi äidin olevan vastuussa siitä, että Ranskan viranomaiset ryhtyisivät riittäviin toimenpiteisiin.

²⁴⁸ *Helin, Markku*: Lapsen huolto- ja tapaamisoikeuslain säännökset lasta koskevista kansainvälisluonteisista riidoista, DL 1995, s. 925.

²⁴⁹ Vakava vaara tulkintasuositus, 2017, s. 13 kohdat 52-53.

4.3 Lapsen edun arvioinnista

Vaikkakin esimerkiksi erityskomission laatimassa tulkintasuosituksessa on mainittu, että asiantuntijoiden lausunnot tulee ottaa huomioon palauttamisasiaa ratkaistaessa, on se tehtävä harkinnan mukaisesti. Palauttamista vastustavalla osapuolellahan on todistustaakka siitä, että lapsi altistuisi vakavaan vaaraan palauttamisen takia. Näin ollen, kaappaajavanhempi voi esimerkiksi esittää asiantuntijalausuntoja siitä, että lapselle kehittyisi trauma, jos joutuisi erotetuksi vanhemmastaan. Erimielisyyksiä on kuitenkin koitunut siitä, kuinka laajasti tuomioistuimen on arvioitava näyttöä esimerkiksi koskien asiantuntijalausuntoja, koska tällaiset asiathan perinteisesti tutkitaan huoltoriidanalaisissa asioissa. Epäselvää on myös, kuinka paljon ja missä määrin tuomioistuinten on omatoimisesti pyrittävä selvittämään väitteiden totuudenmukaisuutta.²⁵⁰ Kysymys on tullut harkintaan EIT:ssa tapauksessa *Neulinger ja Shuruk v. Sveitsi*, jonka perustelut ovat joutuneet ankaran kritiikin kohteeksi.²⁵¹

Tapauksessa lapsen äiti oli esittänyt todisteena kieltäytymisperusteen tukemiseksi asiantuntijalausunnon, jossa todettiin, että lapsella olisi trauman riski, jos hänet äkillisesti erotettaisiin äidistään. EIT:n enemmistö oli sitä mieltä, että lausunnolle tulisi antaa merkitystä palauttamisasiaa ratkaistaessa, kun taas tuomioistuimen vähemmistö katsoi, että kysymys lapsen erottamisesta äidistään kuului ratkaistavaksi huoltoriidan yhteydessä. Tapauksen *Neulinger ja Shuruk v. Sveitsi* enemmistön mukaan lapsen edun periaate vaatii jäsenvaltioissa perusteellista näytön arviointia, joka on täysin vastoin EIT:n linjaa, jonka se oli omaksunut vain pari vuotta aikaisemmin tapauksessa *Maumosseuau ja Washington v. Ranska*.²⁵² Viimeiseksi mainitussa tapauksessa, EIT oli todennut, että lapsikaappaustapauksissa lapsen etu on tämän nopea palauttamisensa ja täten, lapsen syvällinen elämäntilanteentutkinta kuului lapsen asuinpaikkavaltiolle. Tämän lähestymistavan puolesta puhuu Haagin sopimuksen ohjeellinen säännös ja Bryssel II-

²⁵⁰ Vakava vaara tulkintasuositus, 2017, s. 13 kohta 52.

²⁵¹ *Neulinger ja Shuruk v. Sveitsi*, 06.07.2010, 41615/07. Kritiikkiä on antanut esim. *Helin, Markku*: Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja lapsikaappaukset – uusi linjaus? Oikeustieto 1/2014, s. 22-25 ja *Keller, Helen – Heri, Corina*: Protecting the Best Interests of the Child: International Child Abduction and the European Court of Human Rights. Nordic Journal of International Law. 2015, Vol. 84 Issue 2, s. 270-296. Keller ja Heri ovat kuitenkin sitä mieltä, että päätöksen lopputulos oli perusteltu, mutta kysymys lapsen edusta ja näytön arvioinnista on kritiikkensä ansainnut.

²⁵² *Maumosseuau ja Washington v. Ranska*, 39388/05, 06.12.2007, kohta 60.

asetuksen velvollisuus ratkaista asia kuudessa viikossa.²⁵³ Lapsikaappaussääntelyn valossa olisi siten epätarkoituksenmukaista toimittaa lapsen edun täysmääräinen tutkinta, koska prosessin hidastuminen voisi toimia kaappaajavanhemman eduksi ja täten sääntelyn ennaltaehkäisevä mekanismi vaarantuisi.²⁵⁴

Myös *Helin* ilmaisi huolestuneisuutensa tapauksen *Neulinger ja Shuruk v. Sveitsi* prejudikaattiarvosta, koska se osoittaa miten kansallisten tuomioistuinten (kuten Suomen) tulee menetellä, kun kieltäytymisperusteen valossa esitetään näyttöä.²⁵⁵ Tapauksen perusteluita ei kuitenkaan voi täysin tyrmätä, kun otetaan huomioon YK:n lapsen oikeuksien komitean yleiskommentti, jossa on selvennetty lapsen edun merkitystä ja sitä, miten se tulisi ensisijaisesti ottaa huomioon kaikissa lapseen liittyvissä toimitissa. Komitean yleisohjeistuksen mukaan lapsen edun arviointi on lapselle kuuluva oikeus, jota sopimusvaltioiden on kunnioitettava ryhtymällä kaikkiin tarpeellisiin, konkreettisiin sekä tarkoituksenmukaisiin toimenpiteisiin, jotta lapsen etu otettaisiin ensisijaisesti huomioon kaikissa lapsiin liittyvissä asioissa.²⁵⁶ Tästä syystä *Neulinger ja Shuruk v. Sveitsi* tapauksen omaksuttua tulkintaa ei voi yleisesti ottaen kyseenalaistaa, sillä se on linjassa LOS:n ja YK:n lapsen oikeuksien komitean annettujen yleisohjeistuksien kanssa.²⁵⁷

Lapsikaappauksen erityisluonteen takia ei ole kuitenkaan katsottu tarkoituksenmukaiseksi suorittaa lapsen edun täysmääräistä tutkintaa ja se tulee ymmärtää sen oikeassa asiayhteydessä.²⁵⁸ Näin ollen EIT on sittemmin etäännyttänyt itsensä *Neulinger ja Shuruk v. Sveitsi* otetusta tulkinnasta ja on todennut tapauksessa *X v. Latvia*, ettei EIS aseta minkäänlaista määrämuotoa lapsen edun tutkinnalle lapsikaappauksissa. Tapauksessa EIT toteaa, että vakava vaara artikla 13 on tarkoitettu sovellettavaksi tapauksissa, joissa tulee ilmi

²⁵³ Huoltoasiassa sosiaaliviranomaisten täystutkintainen selvitystyö voi kestää lähtökohtaisesti 3-4 kuukautta ellei kauemminkin. Lue lisää: *Aaltonen*: Lapsioikeus ja lapsen oikeus tuomioistuimissa, s. 201-203.

²⁵⁴ *Paton, Jennifer*: The Correct Approach to the Examination of the Best Interest of the Child in Abduction Convention Proceedings Following the Decision of The Supreme Court in RE E (Children) (Abduction: Custody Appeal). *Journal of Private International Law*, Vol. 8, Issue 3, 2012, s. 560-561.

²⁵⁵ *Helin, Markku*: Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja lapsikaappaukset – uusi linjaus? *Oikeustieto* 1/2014, s. 25.

²⁵⁶ General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para 1), s. 5 kohta 13.

²⁵⁷ *Keller, Helen – Heri, Corina*: Protecting the Best Interests of the Child: International Child Abduction and the European Court of Human Rights, s. 288

²⁵⁸ *Keller, Helen – Heri, Corina*: Protecting the Best Interests of the Child: International Child Abduction and the European Court of Human Rights, s. 288.

seikkoja, jonka mukaan lapsi jouduttaisiin palauttamaan olosuhteisiin, jotka voidaan katsoa ilmeisen kestävämmiksi ja jäsenvaltioilla on ainoastaan velvollisuus aidosti ottaa huomioon ne seikat, jotka voisivat estää lapsen palauttamisen Haagin lapsikaappausopimuksen säännöksiin nojalla.²⁵⁹ Mielenkiintoiseksi tapauksesta tekee kuitenkin sen, että lapsi sai pysyä äitinsä luona, vaikka tapauksesta ei käynyt ilmi, että lapsi palautettaisiin sellaisiin olosuhteisiin, joita voitaisiin pitää artikla 13 nojalla kestävämminä. Tapauksessa äiti vetosi ainoastaan siihen, että lapsi saisi traumaansa siitä, jos hänet erotettaisiin äidistään ja palautettaisiin isän luo Australiaan. Mikään ei osoittanut sitä, etteikö äiti olisi voinut palata lapsensa kanssa tämän isän luo, joten EIT:n päätöstä voidaan tässä määrin kuitenkin kyseenalaistaa, vaikkakin tuomioistuimen näkökanta koskien lapsen edun tutkintaa on tarkoituksenmukainen Haagin perusperiaatteita silmällä pitäen.²⁶⁰

Joka tapauksessa prosessuaalisista näkökulmista, *Helin* arvioi *X v. Latvia* tuomion jälkeen, että tuomioistuimen tulee tutkia riittävien järjestelyjen olemassaolo ja päätöksessään huolellisesti perustella se, miksi järjestelyt ovat riittäviä lapsen suojelemiseksi.²⁶¹ Seuraavassa kotimaisessa tapauksessa tällainen perustelu jäi kuitenkin puuttumaan.

KKO 2016:65 tapauksen tekee erityiseksi sen, että kaapatulle lapselle sekä tämän isälle oli myönnetty pakolaisasema Suomessa, lähdettyään lasten alkuperäisestä asuinmaasta Valko-Venäjältä. Merkitystä tapauksessa oli siten Haagin lapsikaappausopimuksen ohella myös Geneven pakolaissopimuksella (SopS 77/1968).²⁶²

Lapsen isä vetosi asiassa siihen, että lapsi joutuisi vaaraan, jos hänet palautettaisiin takaisin kotimaahansa. Isä oli paennut Suomeen ja luvattomasti ottanut lapsen mukanaan, koska hänellä oli aiheellinen uhka tulla vainotuksi kotimaassaan Valko-Venäjällä. Isää oli muun muassa uhattu lapsen vahingoittamisella, ja jos lapsi palautettaisiin asuinmaahansa ilman isäänsä, oli olemassa vaara, että lapseen kohdistettaisiin painostustoimia, jotta isä palasi Valko-Venäjälle. Täten isä vaati kieltäytymisperusteen soveltamista ja lapsen äidin toisaalta

²⁵⁹ *X v. Latvia*, 27853/09, 26.10.2013, kohta 116.

²⁶⁰ *Beaumont, Paul; Trimmings, Katarina; Walker, Lara; Holliday, Jayne*: ”Child Abduction: Recent Jurisprudence of The European Court Of Human Rights”. *The International and Comparative Law Quarterly*; Oxford Vol. 64, Iss. 1, (Jan 2015), s. 48.

²⁶¹ *Helin, Markku*: Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja lapsikaappaukset – uusi linjaus? *Oikeustieto* 1/2014, s. 25.

²⁶² Vastedes pelkkä pakolaissopimus.

palauttamishakemuksen hylkäämistä. Hovioikeuden mukaan asiassa tuli näytetyksi, että lapsen kohdistui vakava vaara joutua ruumiillisen tai henkisen vaurioiden uhriksi. Lapsen äiti valitti korkeimpaan oikeuteen, joka päätyi toiseen lopputulokseen, ja määräsi lapsen palautettavaksi Valko-Venäjälle.

Korkein oikeus perusteli palauttamista sillä, että lapsen äiti ei ollut osallistunut sellaiseen poliittiseen toimintaan, jonka perusteella lapsen isä oli päätenyt hakemaan pakolaisasemaa Suomesta. Täten asiassa ei ollut näytetty, että olisi aihetta epäillä lapsen joutuvan Valko-Venäjällä alttiiksi ruumiillisille tai henkisille vaurioille taikka muutoin kestävämmiin oloihin. Ratkaisusta ei kuitenkaan käy ilmi, miten lapsen turvallisuus järjestettäisiin tämän palattua Valko-Venäjälle.

Erityiseksi tapauksesta tekee sen, että lapselle oli tosiaan myönnetty turvapaikka Suomessa. Täten tapauksessa tuli arvioitavaksi, mikä merkitys lapsen pakolaisasemalla oli palauttamisasiassa. Pakolaissopimuksen tarkoituksena on suojata pakolaisaseman saaneen oikeutta oleskella turvapaikan myöntäneessä sopimusvaltiossa, ja täten, sopimusvaltio ei saa palauttaa pakolaista sellaiselle alueelle, jossa hänen henkensä on uhattuna.²⁶³ Haagin sopimuksen tavoitteena on taas korjata lähtökohtaisesti laitton asiatilanne, palauttamalla lapsi takaisin asuinmaahansa. Korkein oikeus totesi ratkaisussaan, että sopimukset ovat tavoitteidensa kannalta ristiriidassa keskenään, eikä Haagin sopimuksessa, joka on solmittu pakolaissopimuksen jälkeen, olla otettu kantaa sopimusten keskinäiseen etusijaan. Näin ollen korkein oikeus totesi:

...Haagin sopimuksen mukaisia kieltäytymisperusteita arvioitaessa on otettava huomioon mahdolliseen turvapaikkapäätökseen johtaneet syyt. Lapselle myönnetty turvapaikka ei sellaisenaan ole peruste olla soveltamatta Haagin sopimuksen palautusvelvoitetta, vaan palauttamista on arvioitava edellä mainittujen Haagin sopimuksesta ilmenevien kieltäytymisperusteiden kannalta lapsen etu huomioon ottaen.

Tapauksista ja etenkin viimeksi mainittua korkeimman oikeuden perustelua on kritisoitu, koska pakolaissopimuksen yhtenä pääperiaatteenahan on pakolaisaseman saaneen henkilön

²⁶³ Tapauksessa viitataan pakolaissopimuksen 32 ja 33 artikloihin. Geneven sopimuksen lisäksi, palautuskielto kirjattu ulkomaalaislain (301/2004) 147 §:ään ja perustuslain 9.4 §:ään.

palauttamiskielto.²⁶⁴ Palauttamiskiellon yhtenä tarkoituksena on suojella pakolaisia, jotka voivat kotimaassaan joutua vainon kohteeksi, kuten kyseessä olevassa tapauksesta kävi ilmi. Haagin sopimuksen kieltäytymisperusteen tarkoituksena on taas suojella lasta, jos on vakava vaara, että lapsi joutuisi palautetuksi kestävämpiin olosuhteisiin. Vakava vaara, ei tarvitse edellä selostetusti olla konkreettinen. Näillä perusteilla, olisi oletettavaa, että lapsi ei olisi tullut palautetuksi Valko-Venäjälle, mutta toisin kävi.

Tuomioistuin painotti ratkaisussaan, että lapsen palauttamishakemuksen hylkäämistä kieltäytymisperusteen nojalla on tutkittava lapsen edun kannalta. Tämä lausahdus oli viittaus edellä mainittuun EIT:n tapaukseen *X v. Latvia*, jossa lapsen edun täysmääräinen tutkinta katsottiin olevan vastoin Haagin sopimuksen tavoitteita. EIT on samaisessa tapauksessa todennut, että lapsen palauttamisesta asuinvaltioonsa tuomioistuimien tulee vakuuttua siitä, että kyseisessä valtiossa on olemassa riittävät turvatoimet ja mikäli tiedossa on riskitekijöitä, konkreettisia suojatoimenpiteitä on käytettävä.²⁶⁵ Korkeimman oikeuden tapauksessa ei kuitenkaan löydy selostusta näistä järjestelyistä, jotka riittivät perusteiksi lapsen palauttamiseksi. Tapauksessa ei myöskään tehdä selkoa niistä seikoista, jotka puhuivat sen puolesta, että lapsen palauttaminen takaisin tämän äitinsä luo olisi ollut lapsen etu. Tapauksessa käy kyllä ilmi ne seikat, jotka olisivat selkeästi puhuneet palauttamista vastaan, kuten esimerkiksi se tosiasia, että lapsen henkeä oltiin uhattu.

Ratkaisussaan tuomioistuin totesi, että turvapaikkapäätös voisi taustatietoineen toimia perusteena palauttamishakemuksen hylkäämiselle, mutta vaara on arvioitava lapsen näkökulmasta, eikä lapsen isän. Tämä on tietysti johdonmukaista ja perusteltavissa, mutta ratkaisua voidaan kuitenkin pitää liian jyrkkänä, siitä huolimatta, että kieltäytymisperuste vaatii suppeaa tulkintaa. Tämä johtuu siitä, että lapsen näkökulmasta tehty arviointi puuttuu tapauksesta kokonaan. Tapauksen puutteelliset perustelut johtunevat salassapitoa koskevista määräyksistä. Siitä huolimatta, tapauksen prejudikaattiarvoa ajatellen lienee kyseenalaistettavaa, että vakava vaara säännöksen liittyvät merkityksellisimmät perustelut ovat jääneet tapauksesta pois. Lisäksi, KKO viittaa ratkaisussaan hallituksen esitykseen, jossa todetaan, että kieltäytymisperusteen tyypilliseen soveltamispiiriin kuuluu tilanteet,

²⁶⁴ *Kuosma*: Turvapaikka ja pakolaisasema: kansainvälisen suojelun periaatteet, s.116. Kritiikkiä on antanut *Kurki-Suoni, Kirsti ja Tarvainen, Laura* teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein II 2016, s. 156-157.

²⁶⁵ *X v. Latvia*, 27853/09, 26.10.2013, kohta 108.

jossa lapsi joudutaan palauttamaan sotatoimialueelle taikka pakolaisleirille. Ennakkotapauksessa käytetty sana ”tyypillinen” ja hallituksen esityksessä mainittavien esimerkkien kirjaimellinen tulkitseminen, luonnehtii säännöksen tiukkaa tulkittamista, ja voi jopa aiheuttaa edellistä niukempaa säännöksen tulkintaa tulevaisuudessa.

Ratkaisu antaa siten sellaisen kuvan, että kieltäytymisperusteen soveltamiseksi, tuomioistuin mieltää ainoastaan hallituksen esityksessä mainitut olosuhteet ilmeisen kestävämmäksi ja pitää siten vakava vaara- säännöksen soveltamiskynnystä korkealla. Lopuksi voi lisäksi todeta, että oikeudelliselta kannalta olisi perusteltua seurata Haagin lapsikaappaus sopimuksen yhteissoveltamista Geneven pakolaissopimuksen kanssa, sillä yksittäistapauksissa sopimukset näyttävät vielä toistaiseksi olevan ristiriidassa keskenään ja tämä saattaa johtaa, yksittäisissä tapauksissa liiankin tiukkaan kieltäytymisperusteen soveltamiseen.²⁶⁶

4.4 Kokoavia näkökohtia

On muistettava, että lapsen palauttaminen on tarkoitettu kiireelliseksi summaariseksi prosessiksi, jonka tarkoituksena on ainoastaan palauttaa lapsi takaisin asuinmaahansa. Lapsikaappauksista usein uutisoidaan tavalla, jossa tämä asia ei tule selväksi, joten lapsen palauttaminen saattaaakin tästä syystä usein maallikon silmissä vaikuttaa epärealistiselta ja melko raa’alta menettelyltä. Tästä syystä lapsikaappaus tapauksissa ”*trial by newspaper*” onkin melko tavallista.²⁶⁷ Tiedotusvälineissä usein unohdetaan mainita se tosiasia, ettei lapsen palauttamisasiassa ole tarkoitus ottaa kantaa lapsen huoltoon ja tämän takia usein puuttuva pahoinpitelyväitteiden tutkinta voi vaikuttaa maallikon silmissä epäoikeudenmukaiselta. Haagin sopimuksen tarkoitus on suojata lasta luvattomalta poisviemiseltä tai palauttamatta jättämiseltä ja suojata lasta haitallisilta vaikutuksilta, joka kaappauksesta aiheutuu. Lisäksi, sopimuksen on tarkoitus turvata vanhempien tapaamisoikeuden suojaaminen. Tarkoituksena ei siten ole perinpohjaisesti tutkia osapuolten väittämiä toisistaan. Täten on hyvinkin mahdollista, että vaikka lapsi palautettaisiinkin vanhemman luo, jota epäillään esimerkiksi

²⁶⁶ Kurki-Suoni, Kirsti ja Tarvainen, Laura julkaisussa: KKO:n ratkaisut kommentein II 2016, s.157.

²⁶⁷ Kemppainen, Outi - Norros, Merja - Salmenkylä, Hilka: Kansainvälisiin lapsikaappauksiin ja tapaamisoikeuksiin liittyvistä kysymyksistä, DL 4/2001, s. 681. Trial by newspaper-termillä tarkoitetaan, asianajajan aloitteesta tapahtuvaa oikeusjutun käsittelyä julkisessa sanassa tavalla, joka puoltaa asianajajan päämiehen näkökohtia. Lue lisää esimerkiksi: Laitasalo, Jukka: Trial by newspaper, DL 4/2000, s. 553-556.

väkivaltaisuuksista, palautusmaan viranomaiset saattavat myöhemmin huoltoriitaoikeudenkäynnissä nähdä parhaakseen päättää huoltajuudesta kaappaajavanhemman eduksi.

KKO on edellä tarkasteltujen tapauksien perusteella tulkinnut Haagin sopimuksen säännöksiä melko kirjaimellisesti ja huomioitavaa on, että lapsen etu-tutkinta puuttuu lähes kokonaan eikä päätöksissä ole huolellisesti perusteltu sitä, että miksi järjestelyt ovat riittäviä lapsen suojelemiseksi.²⁶⁸ Ratkaisusta puuttuva lapsen edun harkinta on kyseenalaistettavissa, koska YK:n lapsen oikeuksien komitea on yleiskommentissaan selventänyt lapsen edun merkitystä ja miten se tulisi ensisijaisesti ottaa huomioon kaikissa lapseen liittyvissä toimissa.²⁶⁹ Komitea on määritellyt lapsen edun menettelysäännön, jonka mukaan kaikissa lapseen liittyvissä päätöksissä ja niiden perusteluista tulee käydä ilmi, että kuinka oikeutta on kunnioitettu päätöksessä, eli kerrottava, mitä on pidetty lapsen etuna ja millä perustein sekä kuinka lapsen etua on punnittu suhteessa muihin seikkoihin riippumatta siitä, onko kyse laajoista politiikkakysymyksistä vai yksittäistapauksista.²⁷⁰

Kempainen, Norros ja Salmenkylä, ovat artikkelissaan perehtynyt lapsikaappausmenettelyyn Suomessa ja toteavat käytännönkokemuksen perusteella, että palauttamishakemus, joka toimitetaan sen maan keskusviranomaisille johon lapsi on viety, on sisällöllisesti oltava suppea, koska ratkaisua tehtäessä ei oteta kantaa muuhun kuin siihen, että onko lapsi viety luvattomasti pois asuinpaikkavaltiostaan.²⁷¹ Lisäksi he toteavat, että hovioikeus voi tehdä päätöksensä pelkkien asiakirjojen perusteella, usein myös pyytämättä lisäselvityksiä tai -lausuntoja ja kuulematta todistajia, joten hakijaa neuvotaan välttämään hakemuksessaan huoltoriitaa muistuttavaa argumentointia. Lasten palauttamista vastustava osapuoli usein esittääkin väitteitä siitä, että lapsi altistuisi palautettuaan ruumiillisille tai henkisille vaurioille, ja käyttää vastauksessaan juurikin sellaista argumentointia, joka kuuluu huoltoriitaoikeudenkäyntiin. Jos nämä väitteet osoittautuvat virheellisiksi ja

²⁶⁸ Samansuuntaisesti myös *Klami–Kuisma*: Finnish law as an option: Private International Law in Finland, s. 71.

²⁶⁹ General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para 1).

²⁷⁰ General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para 1), s.

²⁷¹ *Kempainen, Outi - Norros, Merja - Salmenkylä, Hilikka*: Kansainvälisiin lapsikaappauksiin ja tapaamisoikeuksiin liittyvistä kysymyksistä, DL 4/2001, s. 681-682.

kaappaajavanhempi on väittämillään esimerkiksi yrittänyt pitkittää prosessia, kaappaajavanhemman asema tulevassa huoltoriidassa saattaa heikentyä ja sen takia kaappaajavanhemman ei kannata täysin perusteettomasti vastustaa lapsen palauttamista.

Kemppainen, Norros ja Salmenkylä toteavat myös, että edellisessä kappaleessa selostetuilla väitteillä ei yleensä menesty, ainakaan silloin kun palautusmaana on toinen EU jäsenvaltio tai Pohjoismaa.²⁷² Bryssel IIa-asetuksen lisämääräyksen soveltaminen taitaa ainakin Suomessa olla osasyynä sille, miksi kieltäytymisperustetta sovelletaan harvoin. Lisäksi lienee aiheellista todeta, että kieltäytymisperustetta arvioitaessa on vaikea välttää huoltajuusriidan kaltaista menettelyä ja täten, sen soveltaminen onkin osoittautunut oikeuskäytännössä melko haasteelliseksi. Haaste on siinä, että tuomioistuinten tehtävänä on suojella yksittäisiä lapsia fyysisiltä tai henkisiltä vaurioilta, kuitenkin loukkaamatta Haagin sopimuksen tavoitteita ja perusperiaatteita.

5 Lapsen oma mielipide

5.1 Lapsen osallisuudesta palauttamiskysymykseen

Edellisessä kappaleessa käsiteltiin kieltäytymisperustetta, jossa vanhemman osallisuus näyttää vakava vaara todeksi on kieltäytymisperusteen soveltamiselle erityisen tärkeää. Palauttaminen saattaa kuitenkin myös estyä lapsen oman vastustuksen johdosta ja täten, lapsen osallisuus palauttamisprosessiin voi koitua ratkaisevaksi. HTL 34 §:n 1 momentin 3 kohdan mukaan palauttamishakemus voidaan hylätä lapsen oman vastustamisen johdosta, jos tuomioistuin toteaa lapsen, joka on saavuttanut sellaisen iän ja kypsyyden, että lapsen vastustamiseen on aiheellista kiinnittää huomiota. Lapsen oma mielipide palauttamiskysymykseen voi siten estää lapsen palauttamisen takaisin tämän alkuperäiseen asuinmaahansa, jos katsotaan, että lapsi on tarpeeksi kehittynyt tekemään itsenäiseen harkintaan perustuvan ratkaisun.²⁷³

²⁷² *Kemppainen, Outi - Norros, Merja - Salmenkylä, Hilikka*: Kansainvälisiin lapsikaappauksiin ja tapaamisoikeuksiin liittyvistä kysymyksistä, DL 4/2001, s. 682.

²⁷³ HE 60/1993 vp, s. 37.

Lapsen oikeus osallistua on nimetty yhdeksi keskeiseksi lapsioikeudelliseksi oikeusperiaatteeksi, joka on tärkeä osa lapsen etua koskevissa käytännöissä.²⁷⁴ Täten, lapsen mielipiteen selvittäminen häntä itseään koskevissa asioissa, kuten palauttamisasiassa, on vahvasti kytkettynä lapsen perus- ja ihmisoikeuksiin. PL 6 §:n 3 momentissa on turvattu lapsen oikeus saada vaikuttaa häntä itseään koskeviin asioihin kehitystasonsa vastaavasti. Lisäksi lapsen osallisuus oikeutta koskeva tärkeä määräys on kirjattu LOS:en. Sopimuksen artiklan 12 mukaan lapsella on oikeus ilmaista omat mielipiteensä kaikissa itseään koskevissa asioissa ja ne on otettava huomioon lapsen iän ja kehitystason mukaisesti. Sääntelyllä halutaan yhdenvertaisuuden ja yksilön autonomisuuden nimissä turvata lapsen näkökulman huomioiminen hänen omaan elämäänsä vaikuttavissa asioissa.²⁷⁵ Lapsen osallistumisoikeus tapahtuu käytännössä lapsen kanssa kommunikaatiosta, lapsen kuuntelemisesta, kuulemisesta sekä hänen kunnioittamisestaan.²⁷⁶ Tämä oikeus on haluttu turvata myös lapsikaappausasioissa.

Ennen palauttamisasian ratkaisua Helsingin hovioikeuden on selvitettävä lapsen mielipide häntä koskevassa asiassa. Lapselle on annettava mahdollisuus osallistua häneen koskevaan palauttamisasiin, mikäli lapsi ikänsä puolesta tai muiden seikkojen perusteella voidaan katsoa saavuttaneen sellaisen kypsyyden, että hänen mielipiteelle on aiheellista antaa asiassa huomiota. Tästä tuomioistuimen selonottovelvollisuudesta määrätään HTL 39 §:ssä. Huomaa, ettei lakiin ole kuitenkaan sisälletty määräystä tavasta, jolla lapsen mielipide on selvitettävä. Laista ei myöskään löydy lapselle kuuluvaa oikeutta tulla henkilökohtaisesti kuulluksi tuomioistuimessa. Käytännössä lapsen mielipide selvitetään hovioikeuden toimesta lapsen olinpaikan sosiaalilautakunnalta ja selvitys esitetään kirjallisesti hovioikeudelle.²⁷⁷ On kuitenkin pidettävä mielessä se, ettei selvitys ole huoltoriitaa varten tehtävä selvitys, joka on luonteeltaan laajempi olosuhdeselvitys, vaan selvityksen tarkoituksena on ainoastaan ottaa selville vastustaako lapsi palauttamista ja voiko vastustamista ottaa huomioon palauttamisasiin harkitessa.²⁷⁸

²⁷⁴ *Pajulammi*: Lapsioikeus murroksessa. s. 89.

²⁷⁵ *Pajulammi*: Lapsioikeus murroksessa. s. 89.

²⁷⁶ *Pajulammi*: Lapsioikeus murroksessa. s. 96.

²⁷⁷ *Kemppainen, Outi - Norros, Merja - Salmenkylä, Hilikka*: Kansainvälisiin lapsikaappauksiin ja tapaamisoikeuksiin liittyvistä kysymyksistä, DL 4/2001, s. 682-683.

²⁷⁸ *Kemppainen, Outi - Norros, Merja - Salmenkylä, Hilikka*: Kansainvälisiin lapsikaappauksiin ja tapaamisoikeuksiin liittyvistä kysymyksistä, DL 4/2001, s. 682 ja *Aaltonen*: Lapsioikeus ja lapsen oikeus tuomioistuimissa, s. 197. Lue lisää huoltoselvityksestä Aaltonen teoksessa s. 195-211.

Lapsen omaan mielipiteeseen perustuvasta kieltäytymisperusteesta on määrätty Haagin lapsikaappaussopimuksen artiklassa 13. Säännöksen soveltamista ja siihen koskevan näytön arvioimista on yleisesti ottaen pidettävä erityisen hankalana, koska sopimusta laatiessa ei päästy yhteisymmärrykseen ikärajaista, joka osoittaisi minkä ikäisen lapsen mielipiteelle on kussakin tapauksessa annettava merkitystä.²⁷⁹ Valmisteluraportissa on maininta, että 15-vuotiaan palauttaminen vasten tämän tahtoa olisi erittäin vaikeasti perusteltavissa, ja täten käytännössä on katsottu, että kieltäytymisperuste koskee teini-ikäisiä lapsia.²⁸⁰ Tapauksessa KKO 2009:85 14-vuotias tyttö vastusti vahvasti palauttamistaan takaisin asuinpaikkavaltioonsa Viroon. Asiaa käsiteltäessä lapsi täytti 15 vuotta. Tuomioistuimien ratkaisussaan maininnut, että Haagin sopimus antaa mahdollisuuden sille, että sen ikäisten lasten mielipiteille annetaan suuri painoarvo, ja sen takia lähtökohtana tuleekin olla, ettei niin vanhaa lasta tule määrätä palautettavaksi.

Mitään vakiintunutta alaikärajaa ei ole kuitenkaan muodostunut, mutta voidaan todeta, että kansainvälisessä tasolla yli 10-vuotiaan lapsen mielipiteelle on annettu useammin painoarvoa, kuin alle 10-vuotiaan.²⁸¹ Selkeää ikärajaa ei ole myöskään asetettu HTL:n säännöksiin. HTL 11 §:ssä ja 39 §:ssä on säädetty lapsen mielipiteen selvittämisestä, jossa lapsen ikä on sidottuna sekä lapsen biologiseen ikään että kehitystasoon. Tämä tarkoittaa sitä, että lapsen mielipiteen merkitystä arvioidessa on otettava huomioon muitakin seikkoja kuin pelkästään lapsen biologinen ikä. Hallituksen esityksessä kuitenkin mainitaan, että kieltäytymisperustetta tulkittaessa on lähtökohtaisesti otettava huomioon täytäntöönpanolaissa vahvistetut periaatteet.²⁸² Tällä tarkoitetaan kyseisen lain 2 §:ä, jossa säädetään 12-vuotiaan lapsen oikeudesta vastustaa täytäntöönpanoa, ja myöskin nuoremman oikeudesta, jos lapsi on niin kehittynyt, että tämän vastukselle voi antaa huomiota.

²⁷⁹ *Pérez-Vera, Elisa*: Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, 1982, kappale 30. Raportin mukaan ikärajan kirjaaminen epäonnistui, koska erinäiset ehdotukset olivat kirjoittajan mukaan satunnaisia, ellei jopa keinotekoisia.

²⁸⁰ *Pérez-Vera, Elisa*: Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, 1982, kappale 30 ja *Mikkola*: Kansainvälinen lapsioikeus, s. 111.

²⁸¹ *Mikkola*: Kansainvälinen lapsioikeus, s. 111 ja *Schuz*: The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis, s. 323. Vuonna 2015, tapauksissa, joissa lapsen mielipide johti palauttamishakemuksen hylkäämiseen, lapsen ikä oli keskimäärin 11 vuotta. Nuorin oli neljä vuotias ja vanhin 15 vuotias. Ks lisää: Part I — A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Global report, s. 17.

²⁸² HE 60/1993 vp s. 37.

Suomessa 12 vuotta onkin muodostunut keskeiseksi iäksi lapsiasioissa, etenkin lapsen huoltoa koskevissa asioissa. 12 vuoden ikäraja ei kuitenkaan ole ehdoton harkittaessa sitä, onko lasten mielipide otettava yksittäisessä asiassa huomioon.²⁸³ Lisäksi, HTL 46 §:n 2 momentissa määrätään, että lapsen palauttaminen voidaan jättää panematta täytäntöön, jos lapsi vastustaa palauttamista ja hän on saavuttanut sellaisen iän ja kypsyyden, että hänen mielipiteeseensä on aiheellista kiinnittää huomiota. Lain esitöissä myös edellä mainitun säännöksen kohdalla viitataan 12 vuoden ikärajaan.²⁸⁴ *Mikkola* kuitenkin toteaa, että lapsen palauttamismenettelyssä 12 vuoden ikärajalta ei kuitenkaan ole samaa merkitystä kuin lapsen huoltoa tai tapaamisoikeutta koskevan päätöksen ratkaisussa, koska palauttamisprosessissa ei oteta kantaan lapsen huoltoasiaan ollenkaan.²⁸⁵ Lisäksi *Kuisma* on todennut että, mitä vanhemmasta esityöstä on kyse, sitä vähemmän sille tulisi antaa painoarvoa lakia tulkittaessa.²⁸⁶ Toki tämän asian *Kuisma* tuo esille osoittaakseen, että lapsikaappauksiin liittyvät oikeuskysymykset, kuten ikärajan vahvistaminen, ovat tulkinnallisesti osoittautuneet hyvin hankalaksi.²⁸⁷ Eli tämä antaa aiheita epäillä, että kuinka suurta merkitystä on loppujen lopuksi annettava lapsikaappaussääntelyn kotimaisille lain esitöille ja niissä viitattuihin 12 ikärajoihin. On kuitenkin muistettava, että tuomioistuimien on lapsikaappausasioissa usein tukeutunut lain esitöihin ja niissä oleviin esimerkkeihin sekä viittauksiin.

Joka tapauksessa, pelkästään iän perusteella on hankala arvioida, onko lapsi saavuttanut sellaisen kypsyyden, jotta hän pystyisi ymmärtämään tilanteen vakavuuden ja sen perusteella itsenäisesti muodostaa käsityksensä siitä, mitä hän nimenomaisesti vastustaa. Tuomioistuimen tulee siten tapauskohtaisesti arvioida, onko lapsi ymmärtänyt mitä hän vastustaa, mitä siitä seuraa ja onko vastustus itsenäisen tahdonmuodostuksen tulos. Tuomioistuimen harkittavaksi tulee myös, onko vastustuksen muodostamiselle saattanut liittyä esimerkiksi pakottamista, manipulointia tai taivuttelua.²⁸⁸ Lapsen mielipiteen

²⁸³ Vrt. YK:n lapsen oikeuksien komitean antamaa kommenttia, jossa komitea ilmaisee huolensa ja kritisoi Suomea 12-vuoden ikärajan mainitsemisesta lainsäädännössä. Komitea on kommentissaan kehottanut Suomen viranomaisia ottamaan huomioon nuorempienkin lasten mielipiteet, mikäli voidaan katsoa sen aiheelliseksi. Lue lisää: UN Committee on the Rights of the Child: Concluding Observations: Finland, 16 October 2000, CRC/C/15/Add.132, kohdat 29 ja 30.

²⁸⁴ HE 60/1993 vp s. 42.

²⁸⁵ *Mikkola*: Kansainvälinen lapsioikeus, s. 113.

²⁸⁶ *Kuisma, Eira*: Oikeustapauksia, kommentteja KKO 2004:76 ja KKO 2004:129. LM 3/2005, s. 472.

²⁸⁷ Toisaalta, lapsikaappaussäännöksiä ei ole juurikaan uudistettu (Bryssel IIa-asetuksien lisämääräyksiä lukuun ottamatta), joten kotimaisissa tapauksissa on luontevaa, että tulkinnallisissa kysymyksissä tukeudutaan lain esivalmistelutöihin. Näin ollen *Kuisman* toteaminen lienee hieman kyseenalainen.

²⁸⁸ *Helin*: Suomen kansainvälinen perhe- ja perintöoikeus, s. 453.

selvittämiseksi palauttamisasiassa korkein oikeus on kahdessa ratkaisussaan ottanut huomioon oikeuskirjallisuudessa muodostunut lapsen mielipiteen arvioinnin apuvälineeksi muodostuneen opin, nimeltään *informed consent*-doktriinin eli oppi tietoisesta suostumuksesta.²⁸⁹ *Informed consent* -doktriinin mukaan lapsen antamaa tahdonilmausta voidaan pitää oikeudellisesti merkityksellisenä, jos lapsen tahdonmuodostus täyttää seuraavat edellytykset:

1. alaikäisellä on asian laatuun nähden riittävä päättämiskyky,
2. alaikäiselle on annettu asianmukainen tieto asiastaan ja päätöksen seurauksista,
3. alaikäinen on harkinnut asiaa huolellisesti ja
4. hän on ilmaissut tahtonsa ilman pakkoa ja painostusta.

Kriteerit eivät perustu mihinkään lakisääteiseen oikeusohjeeseen, vaan ne perustuvat oikeuskirjallisuudessa vakiintuneeseen ohjenuoraan, jota sittemmin on sovellettu myös oikeuskäytännössä. Tietoisesta suostumuksesta opilla on siten prejudikaattiarvoa (vaikkei sitä suoranaisesti olekaan nimetty ratkaisun perusteluissa), mutta sitä ei tulisi käyttää yleispätevänä arvioimisperusteena lapsen mielipiteen merkityksellisyyttä arvioitaessa.²⁹⁰

Lapsen mielipide palauttamisasiaa ratkaistaessa voi oikeudellisesti olla täysin merkityksetön tai ratkaiseva koko prosessin kannalta. Pelkkä väite lapsen vastustamisesta ei kuitenkaan riitä, vaan lapsen vastustamisesta on usein esitettävä kirjallista näyttöä.²⁹¹ Tuomioistuimien tekee lopulta ratkaisun, onko näyttö tarpeeksi riittävää ja voiko sen perusteella todeta, että lapsi on vapaasti ilmaissut mielipiteensä palauttamisesta.

5.2 Lapsen kuulemisen velvollisuudesta

Haagin lapsikaappaussojimuksessa ei ole asetettu mitään selkeää vaatimusta lapsen kuulemiselle, mutta Bryssel IIa- asetuksen voimaansaattamisen myötä, EU:n jäsenvaltioille on asetettu velvollisuus lapsen kuulemiseksi lapsikaappaustapauksissa. Velvollisuuden asettaminen nähtiin tarpeellisenä etenkin eksekvatuurimenettelyn poistumisen myötä ja täten

²⁸⁹ Lue lisää doktriinista esim. *Pajulammi*: Lapsi, oikeus ja osallisuus, s. 229-235, *Godzinsky* teoksessa: Lapsioikeus murroksessa, s. 176-180 ja *Auvinen*: Huoltoriidat tuomioistuimissa, s. 394-396.

²⁹⁰ Näin *Pajulammi*: Lapsi, oikeus ja osallisuus, s. 235.

²⁹¹ *Pajulammi*: Lapsi, oikeus ja osallisuus, s. 235.

haluttiin varmistua siitä, että lapselle on annettu mahdollisuus tulla kuulluksi prosessin aikana.²⁹²

Asetuksessa on korostettu että, lapselle on annettava mahdollisuus antaa mielipide häntä koskevassa asiassa. Velvollisuus ei kuitenkaan ole absoluuttinen, vaan tuomioistuimen, jonka tehtävänä on ratkaista kysymys lapsen palauttamisesta, on arvioitava, onko kuuleminen tarkoituksenmukaisesta ja onko se tarpeellista lapsen etuun liittyvien vaatimusten perusteella kussakin yksittäistapauksessa.²⁹³ EU-tuomioistuin on tunnistanut, että aina ei ole tarkoituksenmukaista kuulla lasta, erityisesti tilanteissa jolloin lapsen kuuleminen edellyttää lapsen fyysistä läsnäoloa tuomioistuimessa, koska tämä voi osoittautua epäasianmukaiseksi tai jopa vahingolliseksi lapsen psyykkisen terveyden kannalta.²⁹⁴ Kuulemisen toteuttamistavalle ei ole Bryssel IIa-asetuksessa mitään määrämuotoa, vaan lapsen kuuleminen toteutuu kansallisten menettelyjen mukaan.²⁹⁵

Kuulemisen velvollisuutta voidaan pitää erittäin hyvänä ja tervetulleena lisänä etenkin lapsen oikeussuojaa ajatellen. Lapsen kuuleminen ja sen tuoma oikeussuoja ei ole kuitenkaan toteutunut odotetusti. Tilastot osoittavat, että suurimmassa osassa jäsenvaltioiden välisissä lapsikaappaustapauksissa, jossa on sovellettu artikla 13, lasta ei kuulla lainkaan ja tästä syystä Bryssel IIa-asetuksen tuomaa lisäsuojaa onkin kyseenalaistettu.²⁹⁶ Bryssel IIa-asetuksen lähtökohtainen tavoite on yhtenäistää perheoikeuteen liittyviä menettelytapoja, mutta lapsen kuuleminen ja lapsen mielipiteen selvittäminen on kuitenkin edelleen sidottuna kansalliseen lakiin. Tästä syystä lapsen kuulemiseen liittyvä menettely vaihtelee jäsenvaltioittain ja on siten ristiriidassa Bryssel IIa-asetuksen tavoitteiden kanssa.²⁹⁷ Lisäksi,

²⁹² Euroopan komission ”Käytännön opas Bryssel IIa -asetuksen soveltamiseen”, 2014 s. 77. Kunnioittaen tietysti myös EIS:n 6. artiklaa, jossa suojataan henkilön oikeudesta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin sekä Euroopan unionin perusoikeuskirja 24 artiklaa (1), jossa lapsen oikeudesta tulla kuulluksi on turvattu.

²⁹³ Asia C 491/10 PPU, 22.12.2010, kohta 64.

²⁹⁴ Asia C 491/10 PPU, 22.12.2010, kohta 64.

²⁹⁵ Euroopan komission ”Käytännön opas Bryssel IIa -asetuksen soveltamiseen”, 2014 s. 77.

²⁹⁶ Ks. *Beaumont, Paul – Walker, Lara – Holliday, Jayne: Conflicts of EU Courts on Child Abduction: The reality of Article 11(6)-(8) Bryssel IIa proceedings across the EU*, s. 32. Kirjoittajat ovat tutkineet EU:n sisäisiä lapsikaappaustapauksia vuosilta 2005-2014, jossa lapsen kuuleminen olisi artikla 11.8 nojalla velvoitettava. Tutkimus osoitti, että 63 prosenttia tapauksista, joissa lapsi oli yli kuusi vuotias, lasta ei kuultu lainkaan asiassa. Tutkimuksessa oltiin toisaalta ainoastaan tutkittu tapauksia, jotka olivat menneet keskusviranomaisten kautta. Täten, tutkimuksessa oleva data ei ole tyhjentävä, sillä kaikki lapsikaappausasiat eivät kulje keskusviranomaisten kautta, vaan vanhemmat voivat laittaa hakemuksensa suoraan toimivaltaiselle tuomioistuimelle.

²⁹⁷ *Zoetewij-Turhan, Margarite Helena, "Bryssel II Bis: The Right of the Child to Be Heard in International Proceedings."* *Pravnik; Ljubljana Vol. 70, Iss. 11/12, (2015), s. 874.*

sekä EIT:n että EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöä tarkasteltaessa, voidaan todeta, että Bryssel IIa-asetus on ainoastaan tuonut vähimmäisvaatimuksen lapsen kuulemiseksi. Esimerkiksi tapauksessa *Šneersone and Kampanella v. Italia*, EIT totesi, että Italia ei ollut loukannut äidin oikeutta perhe-elämään 8 artiklan nojalla, vaikka äitiä tai lasta ei oltu tapauksessa kuultu. Tämä perusteltiin sillä, että tapauksessa oli käynyt ilmi, että osapuolille oltiin varattu tilaisuus tulla kuulluksi, mutta äiti oli jättänyt tulematta paikalle lapsensa kanssa kuulemisen ajankohtana.²⁹⁸ Velvollisuus ei näytä siis menevän ylitse sen, että lapselle on ainoastaan annettu mahdollisuus tulla kuulluksi. Tästä syystä ei voida väittää, että lapsen oikeus tulla kuulluksi ja lapsen oikeus antaa mielipiteensä tuomarikunnalle olisi EU:n lainsäädännön nojalla taattu.²⁹⁹

5.3 Oikeustapauksia ja arviointia

5.3.1 Lapsen vastustaminen palauttamista koskevassa oikeudenkäynnissä

Kysymys siitä, oliko 9- ja 12-vuotiaan sisarusten vastustamista otettava huomioon palauttamisasiassa, tuli tuomioistuimen ratkaistavaksi tapauksessa KKO 2004:76. Tapauksessa isä vaati lapset palautettavaksi takaisin heidän asuinpaikkavaltioonsa Yhdysvaltoihin. Lasten äiti vaati palauttamishakemuksen hylkäämistä, vedoten lasten vastustamiseen. Lasten vastustamisen paikkansapitävyyden tukemiseksi, äiti esitti oikeudenkäynnissä psykiatrin teettämän lausunnon, jonka mukaan lapset olivat ilmaisseet haluttomuutensa takaisinmuuton suhteen. Kaapattujen lasten mielipide oli siis sinänsä selvitetty, mutta Helsingin hovioikeus pyysi sosiaalilautakunnalta lisäselvityksen lapsen mielipiteestä.

Lasten mielipide oli selvitetty pitkäkestoisissa terapiasessioissa kuten puhe- ja leikkiterapian avulla. Näissä sessioissa ilmeni, että lapset olivat selkeästi vastustaneet muuttoa takaisin Yhdysvaltoihin isänsä luo. Lapset olivat myös ilmaisseet toiveensa jäädä Suomeen ja kertonut pelkäävänsä isäänsä, koska tällä tuli aika ajoittain kontrolloimattomia raivonpuuskauksia. Psykiatrin mukaan molemmat lapset olivat saavuttaneet sellaisen iän ja

²⁹⁸ Lue lisää: *Šneersone and Kampanella v. Italia*, 14737/09, 12.10.2011, jossa EIT totesi myös, ettei myöskään EIS:n artikla 6 voitu katsoa rikotun.

²⁹⁹ Näin myös: *Zoetewej-Turhan, Margarite Helena*, "Bryssel II Bis: The Right of the Child to Be Heard in International Proceedings." *Pravnik; Ljubljana* Vol. 70, Iss. 11/12, (2015), s. 874.

kypsyden, että heidän mielipiteelle oli aiheellista kiinnittää huomioita. Näin hovioikeus arvioi, että lasten vastustaminen oli este lasten palauttamiselle.

Isä valitti päätöksestä ja vaati lapsia edelleen palautettavaksi Yhdysvaltoihin. KKO:n ratkaistavaksi tuli, voidaanko katsoa, että lapset vastustivat palauttamista HTL 34 §:n 1 momentin 3 kohdan edellyttämällä tavalla. KKO totesi, ettei pelkkä ilmaisu riitä kieltäytymisperusteeksi, vaan merkitystä on sillä, ovatko lapset saaneet asiasta riittävästi tietoa, ovatko he voineet harkita asiaa huolellisesti ja ovatko he muodostaneet ja ilmaisseet tahtonsa aidosti ilman minkäänlaista sopimatonta vaikuttamista. Asiassa tuli siten ratkaistavaksi, tiesivätkö lapset mistä oli kysymys ja mitä ratkaisusta seuraisi.

Kuten edellä huomaamme, KKO on ratkaisussaan käyttänyt mittapuuna *informed consent*-oppia. Lapsen mielipiteen merkityksen arvioinnissa häneen koskevassa päätöksenteossa, on *informed consent*-opin mukaan otettava huomioon, onko lapsi saanut riittävästi tietoa, jonka perusteella hän voi muodostaa mielipiteen asiasta.³⁰⁰ Jotta tämä tiedonsaanti olisi tarpeeksi riittävä, vaatimuksena on, että lapselle on esitetty eri ratkaisuvaihtoehtoja sekä hänelle on kerrottu, mitä hänen tahdonilmaisustaan käytännössä seuraisi.³⁰¹ Tämän lisäksi lapsen on voitava harkita huolellisesti asiaa, ennen kuin hän antaa mielipiteensä asiassa. Harkintaa varten lapsen on oltava tarpeeksi kehittynyt sekä hänellä tulee olla riittävästi tietoa, jotta hän voi lausua mielipiteensä asiasta.³⁰² Lapsen huolellisen harkinnan arvioinnissa on otettava muun muassa huomioon, onko lapselle annettu riittävä tieto sekä ne olosuhteet, jossa lapsen mielipidettä kysytään.³⁰³

Yllä tehdyn arvioinnin mukaan tuomioistuimien totesi, että psykiatrin antamien lausuntojen perusteella ei voitu katsoa, että lapset olisivat olleet perillä siitä, että mistä asiassa oli kysymys. Tuomioistuimien totesi, ettei lapsia oltu tarpeeksi informoitu siitä, että mikä merkitys käsiteltävällä asialla oli heidän nykyisen tai tulevan elämänsä kannalta ja siten lasten kyky ymmärtää syy-seuraussuhteet katsottiin puutteellisiksi. Lausunnon perusteella ei myöskään voitu tehdä luotettavaa päätelmää siitä, että lasten mielipiteet olisivat vapaan tahdon ja

³⁰⁰ Lapsen tiedonsaanninoikeutta on korostettu etenkin lastensuojelulain esitöissä. Ks. HE 252/2006 vp, s. 118.

³⁰¹ *Godzinsky* teoksessa: Lapsioikeus murroksessa, s. 177-178.

³⁰² *Godzinsky* teoksessa: Lapsioikeus murroksessa, s. 177-178.

³⁰³ *Pajulampi*: Lapsi, oikeus ja osallisuus, s. 233.

itsenäisen ajattelun muodostamia käsityksiä. Näin KKO katsoi, ettei lasten vastustamista voitu katsoa täyttävän laissa säädetyn kieltäytymisperusteen edellytyksiä.

Kuisma on tuonut esille seikkoja, jonka perusteella KKO:n ratkaisu on jossain määrin altis kritiikille. Ratkaisusta ei esimerkiksi käy ilmi, että millä perusteilla KKO on kyseenalaistanut lasten itsenäisen tahdonmuodostuksen.³⁰⁴ Ratkaisussa ei ole tuotu esille, mitkä olivat ne konkreettiset lausumat, jotka saivat tuomioistuimen epäilemään lasten tahdonmuodostuksen epäitsenäisyyttä.³⁰⁵ Ratkaisusta jää kaipaamaan, mitkä ovat olleet ne yksittäiset seikat lapsen mielipiteessä tai sosiaalilautakunnan selvityksessä, joista ilmeni, ettei lapsen mielipide ollut muodostunut vapaasta tahdosta.³⁰⁶ *Kangas* tuo ilmi kommentissaan, että lapset olivat asuneet äitinsä luona Suomessa koko käsittelyn ajan, joka kesti kokonaisuudessaan, yhden vuoden ja kaksi kuukautta.³⁰⁷ Osan tästä ajasta lapset olivat piilotettuina eivätkä he käyneet koulua tai eläneet normaalia elämää. Kyseisestä ratkaisusta ei kuitenkaan käy ilmi, että olisikohan mahdollisesti tällä *Kankaan* kutsumalla ”törkeällä täytäntöönpanosabotaasilla” ollut vaikutusta lasten muodostamaan mielipiteeseen.³⁰⁸

Valjakan mielestä tapauksessa KKO 2004:76 tuomioistuimen olisi pitänyt varata lapsille tilaisuus tulla oikeudenkäynnissä henkilökohtaisesti kuulluksi ja siten olisi tullut parhaiten selvitettyksi lapsen perusteltu mielipide.³⁰⁹ Henkilökohtainen kuuleminen olisi ollut paikallaan, koska lasten psykiatri- tai terapiakäyntejä ei oltu videoitu, joka olisi näytönarvioinnin kannalta ollut erityisen tärkeää. *Valjakan* mukaan näytöksi ei riitä pelkästään se, että tiedetään *mitä* on sanottu, vaan myös sillä on merkitystä, että *miten* se on sanottu.³¹⁰ Eli, lapsen mielipidettä selvitetessä on siten kiinnitettävä huomiota myös äänenpainoon sekä lapsen ilmeisiin, johon oikeudella ei ollut mahdollisuutta. *Valjakan* mukaan kuuleminen olisi ollut lapsille taatun oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin (PL 21 §

³⁰⁴ Kritiikkiä on antanut *Kuisma* artikkelissaan: *Kuisma, Eira*: Oikeustapauksia, kommentteja KKO 2004:76 ja KKO 2004:129. LM 3/2005, s. 473. Vrt. kuitenkin *Kangas* julkaisussa: KKO:n ratkaisut kommentein II 2004, s. 75. *Kankaan* mielestä ratkaisu on kokonaisuudessaan ”erittäin hyvin perusteltu, selkeä ja johdonmukainen”.

³⁰⁵ *Kuisma* kuitenkin huomauttaa, että hyväksyttävänä syynä perusteluiden niukkuuteen voidaan pitää lasten yksityisyyden suojaamista.

³⁰⁶ Vrt. *Kangas* julkaisussa: KKO:n ratkaisut kommentein II 2004, s.73, jonka mielestä lasten mielipiteen merkityksellisuuden arviointi on katsottu olevan perusteltu ja korrekti. *Kangas* ei ole kommentissaan kyseenalaistanut tuomioistuimen perusteluita lainkaan.

³⁰⁷ *Kangas* julkaisussa: KKO:n ratkaisut kommentein II 2004, s. 73.

³⁰⁸ *Kangas* julkaisussa: KKO:n ratkaisut kommentein II 2004, s. 73. Ks. kuitenkin seuraavaksi selostettu tapaus.

³⁰⁹ *Valjakka, Eeva*: Kommentoituja oikeustapauksia. Oikeustieto 2/2005, s. 5.

³¹⁰ *Valjakka, Eeva*: Kommentoituja oikeustapauksia. Oikeustieto 2/2005, s. 5. Kirjoittajan oma kursivointi.

ja EIS 6 artikla) sekä lapsen osallistumisoikeuden (PL 6 §:n 3 momentti ja LOS 12 artikla) kannalta heidän oikeuksien toteutumisen edellytyksenä. Vaikkakin *Valjakka* tuo kommentissaan esille valideja näkökohtia, on muistettava, että lapset olivat prosessin aikana asuneet kaappaajavanhemman luona jo pidemmän aikaa. Ajan kulumisenhan on jo omiaan vaikuttamaan lasten elinolosuhteiden vakiintumiseen, joka taas muovaa lapsen mielipidettä myönteisemmäksi Suomeen jäämisestä. Eli, jos tuomioistuimien olisi varannut aikaa lasten kuulemiselle, oikeudenkäynti olisi varmasti viivästynyt entisestään. Tämä viivästyminen olisi varmasti koitunut kaappajavanhemman eduksi, koska kuten tuomioistuimien toteaa, lapset yleensä myötäilevät usein sen vanhemman mielipidettä, jonka luona asuu, eli tässä tapauksessa äidin.

Lisäksi on muistettava, että lapsen palauttaminen on tarkoitettu nopeaksi ja summaariseksi prosessiksi, jossa on vältettävä täystutkintaisen huoltoriitaa muistuttavaa oikeudenkäyntiä. Suomessa lapsia kuullaan muutoinkin harvoin oikeudessa, ja jos kuullaan, sille pitää olla HTL 15 §:n mukaan erityisen painava syy ja kuuleminen tulee olla välttämätöntä asian ratkaisemiseksi.³¹¹ Lisäksi lapsen on suostuttava siihen ja kuulemisesta ei saa koitua haittaa lapselle. Erityisen painavana syynä on pidetty esimerkiksi sosiaalitoimen selvityksen vakavaa puutteellisuutta, johon tässä tapauksessa ei edes vedottu. Lapsen henkilökohtaiselle kuulemiselle on siten asetettu erittäin korkea rima, ja erityisesti pienten lasten kuuleminen oikeudenkäynnissä on pikemminkin käytöksen arviointia, joka taas vaatii usein sellaista asiantuntemusta, jota tuomareilla ei yleensä ole.³¹²

Henkilökohtaisella kuulemisella ei välttämättä siten olisi ollut merkitystä, koska oikeudenkäynnissä näyttönä käytetty psykiatrin lausuntokin oli annettu vasta puoli vuotta kaappaamisen jälkeen. Kuusi kuukautta on pitkä aika, ja lapsi on siinä ajassa ehtinyt ainakin jo jossain määrin sopeutumaan uuteen kotimaahansa. Täten KKO teki perustellusti ratkaisun pelkän kirjallisen näytön perusteella, koska lisäajan kulumisen olisi taatusti vaikuttanut lasten mielipiteen puolueettomuuteen. On huomattava myös, että hovioikeus pyrki lasten mielipiteen selvittämiseksi pyytämällä lisälausunnon sosiaaliviranomaisen toimesta. Eri asia on kuitenkin se, että millä tavalla lasten mielipiteet selvitettiin, eikä KKO:ta voi kritisoida siitä, että lapsen mielipiteen selvittämisessä ei toteutettu tarkoituksenmukaisia metodeja.

³¹¹ *Aaltonen*: Lapsioikeus ja lapsen oikeus tuomioistuimissa, s. 271.

³¹² *Aaltonen*: Lapsioikeus ja lapsen oikeus tuomioistuimissa, s. 269.

Kuuleminen on lapselle kuuluva oikeus, eikä velvollisuus, ja tästä syystä kuuleminen on täyttänyt tehtävänsä, silloinkin kun lapsi ei nimenomaisesti ottaisi asiaan kantaa häneen liittyvässä asiassa.³¹³ Täten on melko radikaalia moittia tuomioistuinta lasten perus- ja ihmisoikeuksien loukkaamisesta, etenkin kun otetaan huomioon se tosiasia, että lasten mielipiteillä ei voida antaa merkitystä siitä syystä, että on aihetta epäillä äidin vaikuttaneen lapsen tahdonmuodostukseen. Lisäksi, kyseinen tapaus oli käsittelyn aikana myös rankan mediamylläytyksen kohteena.³¹⁴ Näin, lasten kuuleminen oikeudenkäynnissä ei olisi tarpeellista, koska lasten itsenäisen mielipiteen saaminen olisi käytännössä ollut mahdotonta.

Tapaus sai kuitenkin jatkoa, kun tuomioistuimen tuli ratkaisussaan KKO 2004:129 tarkastella niitä edellytyksiä, joiden perusteella KKO:n ratkaisu KKO 2004:76 oli täytäntöönpantavissa. Ratkaisussa KKO 2004:129 on pohdittu enemmän lapsen mielipiteen epäitsenäisyyttä. Ratkaisussa oikeusneuvos Lehtimaja on antanut eriävän mielipiteen asiasta, ja myös hän oli sitä mieltä, että lapsia olisi pitänyt henkilökohtaisesti kuulla oikeudenkäynnin aikana.

5.3.2 Lapsen vastustaminen täytäntöönpanovaiheessa

Palauttamispäätöksen täytäntöönpanosta säädetään erikseen HTL 46 §:n 2 momentissa, eikä yleisessä kansallisessa täytäntöönpanolaissa. Lapsen palauttamista koskeva päätös pannaan siten täytäntöön HTL:n säännöksen mukaan, eikä yleisen täytäntöönpanolain nojalla.³¹⁵ HTL 46 §:n 2 momentissa määrätään, että palauttamispäätös voidaan jättää panematta täytäntöön, mikäli lapsi vielä täytäntöönpanovaiheessa vastustaa palauttamista ja hän on saavuttanut sellaisen iän ja kypsyyden, että hänen mielipiteeseen on aihetta kiinnittää huomiota.³¹⁶ Lain esitöissä, tarkoittaen lapsen palauttamispäätöksen täytäntöönpanoa, on viitattu yleiseen täytäntöönpanolakiin.³¹⁷ Lapsen palauttamista koskevan päätöksen täytäntöönpanoa tulee siten arvioida sekä kotimaisen täytäntöönpanonormien mukaan, että Haagin sopimuksen

³¹³ *Aaltonen*: Lapsioikeus ja lapsen oikeus tuomioistuimissa, s. 259.

³¹⁴ Ks. esim. Kaleva-lehdessä 20.10.2004 julkaistu artikkeli ”Ristijärven piilopaikka paljastui”. Löytyy: <https://www.kaleva.fi/uutiset/kotimaa/ristijarven-piilopaikka-paljastui/402963/> (käyty 10.11.2018).

³¹⁵ Ks. kuitenkin LaVM 7/1996, s 2. Mietinnön mukaan ”lait muodostavat siviilioikeudellisten säännösten ketjun, jossa ensimmäisenä lenkinä on laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta ja toisena täytäntöönpanolaki”.

³¹⁶ HTL 46.2 § on astunut voimaan täytäntöönpanolain jälkeen, joten mahdolliset ristiriidat lakien välillä ei tule kyseeseen, sillä derogaatio-opin mukaan myöhemmin säädetty laki syrjäyttää aikaisemman lain.

³¹⁷ Ks. HE 60/1993 vp, s. 42-43.

päätavoitteen valossa, jonka mukaan lapsi tulee lähtökohtaisesti aina palauttaa takaisin asuinpaikkavaltioonsa.

Tapauksessa KKO 2004:129, Espoon käräjäoikeus määräsi HTL 46 § :n nojalla, että KKO:n päätöksestä ilmenevä määräys lasten palauttamisesta Yhdysvaltoihin oli pantava täytäntöön ja että lapset oli noudettava ulosottomiehen toimesta. Täytäntöönpanovaihe viivästyi, koska lasten äiti ei noudattanut käräjäoikeuden määräyksiä koskien lasten noutoa, vaan siirsi heidän olinpaikkaansa. Kun lasten olinpaikka saatiin selvitettyä, lapset olivat noutotilanteessa vahvasti vastustaneet palauttamista ja täten, lasten äiti vaati täytäntöönpanon epäämistä lasten vastustamisen johdosta.³¹⁸ Lasten äiti vaati lasten mielipiteen uudelleenarviointia oikeudenkäynnissä lasten henkilökohtaisen kuulemisen tai ainakin uuden erillisen lausunnon muodossa.

Käräjäoikeus hylkäsi äidin vaatimuksen täytäntöönpanokiellosta. Lasten äiti valitti hovioikeuteen päätöksestä, joka taas ratkaisi asian äidin eduksi. Hovioikeus on perusteluissaan korostanut lapsen itsemääräämisoikeutta, johon kuuluu lapsen oikeus muuttaa mielipiteensä vielä noutovaiheessakin.³¹⁹ Lasten isä taas valitti asiasta korkeimpaan oikeuteen, joka päätyi ratkaisussaan siihen, että lasten palauttamista koskeva määräys on pantava täytäntöön, eikä lasten vastustamista tule ottaa huomioon täytäntöönpanovaiheessa kyseissä tapauksessa.

Koska HTL 46 § on sovellettava rinnakkain muitten kotimaisten täytäntöönpanonormien kanssa, lasten palauttamisen täytäntöönpanovaiheessa ulosottomiehelle on annettu viimekätinen harkintavalta lapsen vastustamisen huomioonottamisessa. Hovioikeus on ratkaisussaan viitannut oikeusministeriön ohjeeseen noutomenettelystä ja väliaikaisesta turvaamistoimesta lapsen huolto ja tapaamisoikeutta koskevan päätöksen täytäntöönpanossa.³²⁰ Ohjeessa viitataan täytäntöönpanolain 2 §, jonka mukaan ulosottomiehen on luovuttava noudosta, mikäli 12-vuotias tai nuorempi lapsi, joka on tarpeeksi kehittynyt, vastustaa täytäntöönpanoa. Käsillä olevassa tapauksessa, vanhempi

³¹⁸ Oikeudessa tuli ratkaistavaksi muitakin asioita, kuten toimivaltaan ja viranomaisten menettelyyn liittyviä kysymyksiä, mutta tämän tutkielman aiheen rajoissa on tärkeä ainoastaan keskittyä lasten mielipiteen merkitykseen palauttamispäätöksen täytäntöönpanovaiheessa.

³¹⁹ Mielenkiintoista on, miksi hovioikeus tuo tämän esille sovellettavissa oikeusohjeissa, koska lapsethan ei edes muuttaneet mielipidettään prosessin aikana, vaan lapsethan olivat kokoajan vastustaneet palauttamistaan.

³²⁰ Oikeusministeriön ohje 18.10.1996.

lapsi oli noutotilanteessa täyttänyt jo 13 vuotta, ja tämä oli ratkaiseva tekijä hovioikeuden tuomiossa. Tapauksessa oltiin kiinnitetty myös huomiota ohjeen kohtaan, jossa todetaan, että ulosottomiehen on noutotilanteessa otettava huomioon lapsen itsemääräämisoikeus, jos lapsi pystyy itsenäisesti tuomaan esiin oman kantansa ja perustelemaan ne.³²¹ Hovioikeus jätti kuitenkin huomioimatta, että ohjeessa mainitaan myös, että jos asiassa on jo tutkittu ja ratkaistu, että lapsi ei ole tarpeeksi kehittynyt, on ensimmäisen asteen tuomioistuimen kantaa pidettävä lähtökohtaisesti määrävänä.³²² Ohjeessa jatketaan, että ainoastaan aivan poikkeuksellisesti, jos lapsen kehitystasoa ei ole voitu perusteellisesti selvittää, ja jo kehittynyt lapsi selkeästi ilmaisee vastustuksensa, ulosottomies voi katsoa vastoin ensimmäisen asteen päätöstä, että lapsella on itsemääräämisoikeus ja jättää noudon toimittamatta.³²³ Tätä kohtaa ei oltu hovioikeuden ratkaisussa huomioitu, jonka taas KKO toi perusteluissaan esille.

KKO toteaa perusteluissaan, että ulosottomiehen harkintavalta on rajoitetumpi tapauksissa, joissa lapsen mielipiteen merkityksellisyys on jo ratkaistu, eikä päätöksen ja täytäntöönpanovaiheen välissä ole tapahtunut olennaisia muutoksia. KKO:n perustelu on siten linjassa oikeusministeriön ohjeen kanssa, koska lasten mielipiteen merkityksellisyys oltiin jo tutkittu, eikä pystytty havaitsemaan, että lasten kysy omaehtoiseen harkintaan ja tahdonmuodostukseen olisi selkeästi kehittynyt aiemmin tehdyn päätöksen jälkeen. Lisäksi lapsen vastustamisen uudelleenarviointi täytäntöönpanovaiheessa on omiaan viivästyttämään koko palauttamisprosessia ja tämä menettely olisi täysin vastoin Haagin sopimuksen tavoitteita. Tähän tuomioistuinkin kiinnitti huomioita perusteluissaan, eikä täten voitu katsoa tarkoituksenmukaiseksi Haagin sopimuksen valossa uudelleenarvioida lasten mielipidettä kuulemisen tai uuden lausunnon hankkimisen muodossa.

Mielenkiintoiseksi tapauksesta tekee kuitenkin sen, että Itä-Suomen hovioikeudella on ollut hyvin eri näkemys asianhaaroista kuin KKO:lla.³²⁴ Hovioikeuden perusteluista saa sellaisen kuvan, ettei hovioikeudella ole ollut syytäkään epäillä sitä, että äiti olisi manipuloinut tai

³²¹ Oikeusministeriön ohje 18.10.1996, s. 9.

³²² Oikeusministeriön ohje 18.10.1996, s. 9.

³²³ Ks kuitenkin LaVM 7/1996 vp, s. 5, jossa todetaan: ”Se, että vanhempi, jonka luona lapsi on, vastustaa noutoa, ei ole syy jättää täytäntöönpanoa sillensä, vaan silloin ulosottomiehellä on käytettävissään ulosottolain nojalla tarpeelliset voimakeinot kuten poliisin virka-apu.”

³²⁴ Itä-Suomen hovioikeus 26.11.2004 nro 04/1271.

muutoin sopimattomasti vaikuttanut lasten mielipiteeseen ennen palauttamispäätöksen tekoa tai sen jälkeenkään. KKO on taas perustelluissaan vahvasti ilmaisseet epäilyksensä äidin vaikuttamisesta lapsen mielipiteisiin. Hovioikeuden ratkaisussa isää syytetään lasten painostamisesta, eikä äidin toimintaa ole kyseenalaistettu lainkaan. Tästä syystä, olisi mielenkiintoista ja myöskin tärkeää tietää ne nimenomaiset seikat, johon KKO on perustanut epäilyksensä, ja jonka perusteella se totesi mahdottomaksi selvittää lasten puolueettoman mielipiteen.

Äidin vaatimus lasten henkilökohtaisesta kuulemista tuomioistuimessa, tuki eriävän mielipiteen antanut oikeusneuvos Lehtimaja. Tuomarin mukaan se tosiasia, että lasten äiti ei ollut voinut vaikuttaa lasten tahdonmuodostukseen sen kahden kuukauden aikana, jolloin lapset olivat sijoitettuina hoitolaitokseen, olisi pitänyt ottaa huomioon lapsen henkilökohtaisen kuulemisen harkinnassa. Lisäksi Lehtimaja korostaa, että HTL 46 §:n 2 momentissa ei ole säädetty siitä, että minkälaista vastustuksen tulee olla täytäntöönpanovaiheessa, eikä vastustuksen huomioitta ottamiselle riitä, että mielipide on jo aikaisemmassa vaiheessa selvitetty.³²⁵ Lehtimaja on eriävässä lausunnossa kuitenkin tuonut esille seikkoja, jotka antavat aihetta kyseenalaista enemmistön perusteluita hylätä lasten henkilökohtainen kuuleminen. Tuomioistuin hylkäsi vaatimuksen sillä perusteella, että on aihetta epäillä, ettei lapset pysty antamaan itsenäisesti ja vapaasta tahdosta muodostettua mielipidettä. Lehtimajan mukaan epävarmuus ei riitä kumoamaan lapsen oikeutta tulla kuulluksi asiassa ja siten olla esteenä heidän oikeuden toteutumiselle. Eri asia on, että olisiko lasten vastustaminen sen sisältöistä, että se olisi riittänyt palauttamisen täytäntöönpanon hylkäämiseen.

Lopuksi voinee siten todeta, että jo epävarmuus lapsen puolueettomuudesta riittää tuomioistuimen mukaan olla varaamatta lapselle tilaisuutta tulla henkilökohtaisesti kuulluksi häntä koskevassa palauttamisasiassa. Jotta tuomioistuin lähtisi uudelleen selvittämään lapsen mielipidettä asiassa, vaatimuksena on, että palauttamisasian ratkaisun ja täytäntöönpanovaiheen välillä on olosuhteet muuttuneet äärimmäisen paljon.

³²⁵ Vrt. kuitenkin edellä selostettuun oikeusministeriön ohjeeseen, jossa nimenomaisesti on sanottu, että tällä asialla on vaikutusta. Näin myös *Kuisma, Eira: Oikeustapauksia, kommentteja KKO 2004:76 ja KKO 2004:129. LM 3/2005, s. 477.* Kirjoittaja korostaa, että olisi äärimmäisen poikkeuksellista, että alempi oikeusaste ottaisi uudelleen arvioitavaksi jutun, joka on jo korkeimmassa asteessa ratkaistu.

5.4 Pohdintaa

Kieltäytymisperusteen arviointi ja lapsen mielipiteen merkityksellisyys on arvioitava kiireellisesti, kuten menettely on kokonaisuudessaankin tarkoitettu. Lapsikaappausasia on ratkaistava kuudessa viikossa ja tässä ajassa lapsen mielipiteen oikeudellinen merkityksellisyys on arvioitava sekä ratkaistava. Kiireellisyyden vaatimuksesta on määrätty Haagin sopimuksen 11 artiklassa. Kiireellisyyttä on korostettava siitä syystä, että asian viivästyminen saattaa johtaa lapsen juurtumiseen uuteen asuinpaikkaansa ja sitä vaikeampi on suojata palauttamishakemuksen tehneen vanhemman huoltajuusoikeuksia, kun lapsi sopeutuu uuteen elinympäristöönsä.

Edellä läpikäydyssä oikeustapauksessa asia pitkittyi kaappaajavanhemman toiminnan johdosta. Lasten äiti siirsi lapsia paikasta toiseen, eikä saapunut paikalle viranomaisten kanssa sovittuihin tapaamisiin. Haagin sopimusten päätavoitteita kunnioittaen, viranomaisten tulisi huomioida prosessin pitkittämismahdollisuudet ja täten ennaltaehkäisevästi pyrkiä estämään vastaavanlaisia tilanteita.³²⁶ Lapsen edun kannalta on tärkeä, että nopeasti päästään molempia osapuolia tyydyttävään lopputulokseen, koska lapsikaappausta koskeva asia on henkisesti raskas sekä lapselle että vanhemmille. Sen takia palauttamishakemuksen saapuessa osapuolia kehoitetaan ensisijaisesti pyrkimään sovinnolliseen ratkaisuun tai vapaaehtoiseen palauttamiseen.³²⁷

Lapsikaappaustapaukset ovat tunnetusti herkkiä, ellei jopa melko dramaattisia tilanteita, täten olisi erityisen tärkeää, että asianajajat, jotka saavat lapsikaappaustapauksen pöydällensä, olisivat aiheeseen perehtyneitä sekä ensisijaisesti sovinnollisuudelle myönteisiä.³²⁸ Lapsikaappaustilanteissa, sovinnon saavuttaminen voi vaikeutua, koska vanhemmat asuvat eri maissa tai he eivät kertakaikkisesti halua osallistua prosessiin tulehtuneiden välien takia. Silti on lähtökohtaisesti yritettävä ratkaista tilanne sovinnollisin

³²⁶ Samansuuntaisesti *Kuisma, Eira*: Oikeustapauksia, kommentteja KKO 2004:76 ja KKO 2004:129. LM 3/2005, s. 477.

³²⁷ Haagin lapsikaappaus sopimuksen seitsemännen artiklan mukaan keskusviranomaisten on ryhdyttävä ”kaikkiin asianmukaisiin toimenpiteisiin – lapsen vapaaehtoisen palauttamisen turvaamiseksi tai sovinnollisen ratkaisun aikaansaamiseksi”.

³²⁸ Samansuuntaisesti: *Kemppäinen, Outi - Norros, Merja - Salmenkylä, Hilka*: Kansainvälisiin lapsikaappauksiin ja tapaamisoikeuksiin liittyvistä kysymyksistä, DL 4/2001, s. 679.

toimenpitein ja kannustaa vanhempia sopimaan.³²⁹ Ainakin Suomessa toistaiseksi lapset osallistuvat hyvin vähän sovintomenettelyihin ja riskinä on, että lapsen ääni hukkuu aikuisten välisissä neuvotteluissa.³³⁰ Sovinnossa on kuitenkin täysmääräisesti toteutettava lapsen oikeus osallisuuteen.³³¹ Lapsen oikeuksien, eritoten lapsen osallisuuden, pystyttäisiin lapsiystävällisemmin toteuttamaan juuri sovinnollisin menetelmin myös lapsikaappaustapauksissa.³³² Lisäksi, koska lapsen henkilökohtaiselle kuulemiselle on sovintomenettelyssä asetettu matalampi kynnys kuin täysmääräisessä oikeudenkäynnissä, lapsen mielipide palauttamisasiaan tulisi helpommin selvitettäväksi henkilökohtaisella kuulemisella sovintokäsittelyssä.³³³

Kaappaajavanhempaa on varmasti vaikea saada ymmärtämään, että lapsen palauttaminen ei tarkoita sitä, että lapsi lopullisesti jäisi taakse jätetyn vanhemman luo. Tämän pelossa, kaappaajavanhempi saattaa vaikuttaa lapsen tahdonmuodostukseen ja se voi koitua kohtaloksi palauttamismenettelyssä.³³⁴ Tästä syystä, jos oikeudenkäynnin aikana käy ilmi, että kaappaajavanhempi on vaikuttanut lapsen tahdonmuodostukseen, kaappaajan mahdollisuudet vedota lapsen mielipiteeseen kieltäytymisperusteena ovat erittäin vähäiset. Täten, jos lapsikaappausta koskeva asia etenee oikeudenkäyntiin asti ja lapsen mielipiteeseen vedotaan kieltäytymisperusteena, on ilmeisen tärkeää, että lapselle pystytään selventämään mistä asiasta on kysymys. Tämä voi olla hyvinkin hankalaa, koska useimmiten aikuisetkaan eivät ymmärrä, että mitkä tosiseikat ovat oikeudellisesti merkityksellisiä lapsen palauttamisasiassa.

³²⁹ Näin todetaan Haagin konferenssin laatimassa oppaassa koskien sovittelua lapsikaappauksissa. Ks. Hyvien toimintatapojen opas, Kansainvälisestä lapsikaappauksesta Haagissa 25 päivänä lokakuuta 1980 tehty yksityisoikeuden alaa koskeva yleissopimus, Sovittelu. 2012.

³³⁰ Ks. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 12/2016: Ei niin suurta riitaa, ettei sopu sitä sovita. Asiantuntija-avusteisen huoltoriitojen tuomioistuinsovittelun seurantaryhmän loppuraportti, s. 72. OM:n seurantaryhmä lähetti vuonna 2015 kyselyn sovittelijatuomareille, jossa pyydettiin selventämään lapsen kuulemisesta huoltoriidoissa. Tuloksista ilmeni, että valtaosa tuomareista ei ollut kertaakaan tavannut lasta sovittelun aikana ja hyvin pieni osa oli ollut edes mukana kuulemistilaisuudessa, jos sellaista oltiin järjestetty.

³³¹ Ks. myös HE 114/2004 vp, s. 147, jossa todetaan, että sovinnollisuudella ei pelkästään ole kustannusvaikutuksia, vaan sovittelun on myös katsottu edistävän lapsen etua vähentämällä ristiriitoja hänen kasvuympäristössään. Huomioitavaa on, että sovinnolliseen lopputulokseen pääseminen voi kuitenkin hankaloitua, koska lapsikaappausasioissa osapuolilla on useimmissa tapauksissa oikeus maksuttomaan oikeudenkäyntiin ja täten tämä saattaa kannustaa viemään asia oikeuteen asti.

³³² Samansuuntaisesti myös: *Toivonen & Salminen*: Sovinnolliset menettelyt vaihtoehtona lastensuojelussa. Teoksessa: Lapsen oikeudet lastensuojelussa, s. 306.

³³³ Näin LaVM 5/2004 vp, s. 3. Valiokunta toteaa, että varsinkin varttuneemman lapsen kohdalla kuulemisen kynnys sovintomenettelyssä ei ole aivan niin korkealla.

³³⁴ Kangas pitää lapsen manipulointia lapsen henkiseksi hyväksikäytöksi, jossa lasta käytetään aikuisen tarkoitusperien saavuttamiseksi. Ks. *Kangas*: Perhe- ja jäämistöoikeuden perusteet, s. 119.

Yllä mainitussa tapauksessa KKO 2004:76 lasten äiti oli vastauksessaan viitannut kansainväliseen oikeuskäytäntöön, jossa 8- ja 9-vuotiaiden mielipidettä oli pidetty oikeudellisesti merkityksellisenä. Kyseessä olevassa KKO:n tapauksessa 12-vuotiaan pojan mielipiteellä ei ollut todistusarvoa, koska ei voitu katsoa, että hän olisi ymmärtänyt asian ytimen. Eli pelkkä ikä ei ole riittävä peruste yksittäisen lapsen mielipiteen merkitystä arvioitaessa, vaan tarkoitus on selvittää, onko lapsi tarpeeksi kypsä muodostamaan mielipiteen asiasta. Ikä ja kypsyys eivät siten ole sama asia ja tämä on varmasti vaikea maallikon ymmärtää. Tästä syystä olisi erityisen tärkeää, että tuomioistuin selkeästi perustelisi, että millä perusteella yksittäinen lapsi on katsottu olevan tarpeeksi kypsä muodostamaan mielipiteensä ja minkä takia sitä voidaan pitää oikeudellisesti merkittävänä. Esimerkiksi tapauksessa KKO 2009:85, jossa 14-vuotiaan vankka vastustaminen johti palauttamishakemuksen hylkäämiseen, kävi ilmi, että tyttö oli uhannut itsetuhoisella käyttäytymisellä, mikäli hänet palautettaisiin takaisin asuinpaikkavaltioonsa Viroon. Lapsen kyky muodostaa kypsä mielipide voitaisiin jokseenkin tässä vaiheessa kyseenalaistaa, mutta siitä huolimatta, tuomioistuin totesi, että selvityksen mukaan ilmeni varsin selvästi, että lapsen tahto oli harkittu ja vakaa. Tuomioistuin ei tuonut esille niitä konkreettisia seikkoja, joiden perusteella tämä johtopäätös oltiin tehty. Kuitenkin oikeudellisesti lienee merkityksellisintä se, että tuomioistuimen mukaan on perusteltua aina lähteä siitä, että 15-vuotiaan lapsen vastustaessa palauttamista lasta ei ole määrättävä palautettavaksi.

Vaikkei iällä sinänsä pitäisi olla merkitystä palauttamisasiaa ratkaistaessa, on selvää, että mitä lähempänä lapsi on 16-vuotta, sitä enemmän lapsen vastustaminen painaa asiassa. Jopa Haagin sopimuksen valmistelutöissä on todettu, että käytännössä on miltei mahdotonta sivuttaa teini-ikäisen vastustaminen. Tämä asettaa eri ikäiset lapset eri arvoiseen asemaan, jolloin lapsen kypsyystaso tulee ratkaisevaksi. Kirjallisen näytön perusteella voi olla hyvinkin vaikea tulkita kuinka kypsä lapsi loppujen lopulta on. Tässä mielessä, *Valjakan* esittämä ehdotus lasten kuulemisesta yksittäisissä tapauksissa on tarkoituksenmukainen lapsen kypsyystason selvittämiseksi. Eritoten tähän asiaan tuli kiinnitettyä huomioita yhdysvaltalaisen poikien kohdalla, sillä hovioikeudella ja KKO:lla oli hyvinkin eri käsitykset lasten kypsyudesta. Kypsyystaso on jo itsessään hyvin epämääräinen käsite ja sen määrittely vaatii asiantuntemusta. Tämän takia, tuomareiden elämäkokemus, omat asenteet ja aatteet, voivat siten vaikuttaa suuresti käsiteltävään tapaukseen.

Lopuksi voidaan todeta, että on epäselvää, kuinka suurta merkitystä on annettava yleisiin kansallisiin täytäntöönpanonormeihin ja niihin liittyviin oikeusohjeisiin. Palauttamispäätöksen täytäntöönpanossahan ei oteta kantaa lapsen huoltoon tai tapaamisoikeuteen ollenkaan, kuten yleisessä kansallisessa täytäntöönpanolaissa. Lainsoveltajan on siten palauttamisasiaa ratkaistaessa ja sen täytäntöönpanossa otettava huomioon sekä Haagin sopimuksen säännökset, että kotimaiset normit, tietämättä kuinka suurta painoarvoa eri käytännönohjeisiin on annettava. Sen takia on syytä katsastaa ja selvittää lakien keskinäistä suhdetta Haagin lapsikaappaus sopimukseen ja pohdittava, mitkä kotimaiset huoltajuudensiirtotilanteisiin liittyvät oikeusohjeet ovat suoraan sovellettavissa kaapattujen lapsien palautuksiin.³³⁵

6 Loppupäätelmät

Haagin kansainvälistä lapsikaappaus sopimusta voidaan pitää kansainvälisenä menestystarina ei pelkästään sen suuren sopimusvaltiomäärän takia, mutta myöskin sen toimivuuden kannalta. Konventio on todettu tehokkaaksi työkaluksi, johon sopimuksen ratifioineissa valtioissa asuvat huoltajat voivat tukeutua lapsikaappauksen sattuessa. Globalisaation myötä sopimuksen merkitys on kasvanut entisestään ja sopimusvaltioiden määrän odotetaan kasvavan.

EU:n jäsenvaltioissa asuvat huoltajat tai viranomaiset voivat Haagin lapsikaappaus sopimuksen lisäksi tukeutua Bryssel IIa-asetukseen. Tässä tutkielmassa on perehdytty tutkielman aiheen kannalta olennaisiin Bryssel IIa-asetuksen voimaansaattamisen myötä tullessiin tehostaviin lapsikaappausta koskeviin määräyksiin. Asetuksessa on muun muassa haluttu tiukentaa EU:n jäsenvaltioiden velvollisuuksia ja vahvistaa jäsenvaltioiden välillä vallitsevaa luottamusperiaatetta, rajoittamalla vakava vaara-säännöksen soveltamista, suojaamalla lapsen oikeutta tulla kuulluksi ja selkeyttämällä asuinpaikan määritelmää. Ensivaikutelmaltaan Bryssel IIa-asetus on Haagin lapsikaappaus sopimuksen rinnalla tehokas instrumentti, jonka säädetyjä lisämääräyksiä voidaan lähtökohtaisesti pitää tervetulleina

³³⁵ Näin pohti entinen Oikeusministeri Johannes Koskinen YLE:lle antamassaan haastattelussa Yhdysvaltaisten poikien palauttamisasiasta. Ks. artikkeli julkaistu 21.12.2004. ”Poikien palautus Yhdysvaltoihin alkoi”. Löytyy: <https://yle.fi/uutiset/3-5195047> (käyty 24.11.2018).

lisinä huoltajien ja lapsien oikeussuojan turvaamiseksi. Tutkielmassa tarkastellun aineiston perusteella, voimme kuitenkin todeta, ettei Bryssel IIa-asetuksen lisämääräykset ole toimineet odotetusti. Näin ollen asetuksen tehostavien lapsikaappausäännöksiä tuomista EU-lainsäädäntöön voidaan kyseenalaistaa.

Asuinpaikan määritelmää on EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön myötä pyritty selventämään. Tässä tutkielmassa läpikäytyjen tapauksien perusteella voidaan kuitenkin todeta, että asuinpaikan määrittäminen on edelleen käytännössä hankalaa, eikä yhtenevää ratkaisupohjaa löydy. Tämä johtuu siitä, että eri valtioissa eri tuomarit korostavat tiettyjä seikkoja enemmän kuin toiset. Tiedyt tuomarit saattavat esimerkiksi pitää vanhempien yhteistarkoituksen löytämisestä ratkaisevana, kun taas toiset pyrkivät ainoastaan katsomaan lapsen tosiasiallisia kytköksiä kyseiseen valtioon ja toiset sitten taas molempia. Tämä tulkinnallinen ongelma on ollut käsillä jo ennen Bryssel IIa-asetuksen voimaansaattamista ja sama ongelma pätee edelleen, myöskin niissä tapauksissa, joissa sovelletaan ainoastaan Haagin lapsikaappaus sopimusta. Asuinpaikan käsite on kuitenkin jatkossa pidettävä dynaamisena ja joustavana, jotta se voidaan tapauskohtaisesti määrittää tietyn lapsen elämäntilanteeseen. Toisaalta, tuomareiden hyvin eriävät näkökulmat siitä, mihin seikkoihin on eniten annettava painoarvoa, on ongelmallinen, koska epäyhtenäinen oikeuskäytäntö saattaa herättää epäluottamusta koko lapsikaappausoikeusjärjestelmää kohtaan. Asuinpaikkaa koskevan tulkinnan merkitys korostuu lapsikaappausratkaisun oikeellisuuden ja ratkaisuun liittyvien oikeusturvanäkökohtien kannalta, koska asuinpaikan määrittäminen johtaa käytännössä ratkaisevaksi tekijäksi huoltoasiassa. Täten olisi erityisen tärkeää, että entistä paremmin pyrittäisiin selventämään asuinpaikan määritelmää, ei pelkästään eurooppalaisessa yhteisössä, vaan koko Haagin lapsikaappaus sopimuksen soveltamispiirissä.

Bryssel IIa-asetuksen lisämääräyksiin tuotiin 11.4 artikla, joka rajoittaa kieltäytymisperusteen vakava vaara-säännöksen soveltamista. Artiklan sanamuotoa ja sen epämääräisyyttä on oikeusyhteisössä kritisoitu. Artikla ei täsmennä kenellä on todistustaakka siitä, että järjestelyt lapsen suojelemiseksi on tarkoituksenmukaisesti järjestetty lapsen asuinpaikassa. Se ei myöskään täsmennä, mitkä ovat ne kyseiset järjestelyt, joita voidaan pitää tarkoituksenmukaisena. Bryssel IIa-asetuksen 11.4 artiklan tarpeellisuutta voidaan oikeastaan kyseenalaistaa kokonaisuudessaan, sillä jo ennen Bryssel IIa-asetuksen

voimaansaattamista, Haagin lapsikaappaus sopimusta ja sen artikla 13:ta sovellettaessa, on pitänyt ottaa huomioon lapsen asuinpaikkavaltion mahdollisuudet lapsen suojelemiseksi.

Voimme lisäksi todeta, että kun vedotaan lapsen mielipiteeseen kieltäytymisperusteena, Bryssel IIa-asetuksen asettama lapsen kuulemisvelvollisuus ei ole toteutunut ainakaan täysin odotetulla tavalla. Asetuksen soveltamisoppaassa on korostettu lapsen mielipiteen selvittämisen tärkeyttä lapsikaappaus tapauksissa. Tutkimukset ovat kuitenkin osoittaneet, että useimmiten lapsi ei tule kuulluksi asiassa, sillä lisämääräys ei velvoita jäsenvaltioita henkilökohtaisesti kuulemaan lasta asiassa, vaan velvollisuuden täyttymiseksi riittää, että lapselle on ainoastaan varattu tilaisuus tulla kuulluksi. Tästä syystä ei voida väittää, että lapsen oikeus tulla kuulluksi ja lapsen oikeus antaa mielipiteensä tuomarikunnalle olisi EU:n lainsäädännön nojalla taattu. Bryssel IIa-asetuksen lähtökohtainen tavoitehan on yhtenäistää perheoikeuteen liittyviä menettelytapoja, mutta lapsen kuuleminen ja lapsen mielipiteen selvittäminen on kuitenkin edelleen sidottuna kansalliseen lakiin. Tästä syystä lapsen kuulemiseen liittyvä menettely vaihtelee jäsenvaltioittain, joka saattaa johtaa epäyhtenäiseen oikeuskäytäntöön EU:ssa. Tämä on sitten taas ristiriidassa Bryssel IIa-asetuksen lähtökohtaisten tavoitteiden kanssa, ja siten kuulemisvelvollisuuden vaikutusta lapsikaappaus sääntelyyn voidaan pitää moitittavana.

Epäyhtenäisen oikeuskäytännön lisäksi, lapsikaappausta koskevan oikeusjärjestelmän monikerroksisuus voi olla osatekijänä mahdolliseen epäluottamukseen, sillä Haagin lapsikaappausjärjestelmäänhan vaikuttavat sekä kansalliset että kansainväliset normit, kuten kansainväliset ihmisoikeussääntelyt sekä Euroopan yhteisoikeudelliset säännökset. Mahdollinen epäluottamus voi johtua siitä, että eri instrumenttien keskinäiset suhteet eivät aina ole täysin selvät. Etenkin LOS ja lapsen oikeuksien komitean asettamat edellytykset lapsen edun arvioinnille ja huomioonottamiselle ovat ristiriidassa lapsikaappaus sääntelyn peruseriaatteiden kanssa. Mainittakoon myös tässä tutkielmassa tarkasteltu kotimainen tapaus, jossa pakolaissopimuksen ja lapsikaappaus sääntelyn keskinäinen suhde on kerrassaan vaikeaselkoinen. Täten, lainsoveltajalla on monta eri lähdettä, johon tukeutua päätöstä tehdessään, ja tiettyjen konventioiden epäselvä keskinäinen suhde ja kirjava oikeuskäytäntö hankaloittaa yhtenäisen oikeuskäytännön muodostumista. Tämä saattaa siten herättää epäluuloja koko lapsikaappaus sääntelyn toimivuutta kohtaan.

Monikerroksisuus sekä käsitteiden epätarkkuus, erityisesti lapsen edun arvioinnissa havainnollistuu myös siinä, että kumpaakin sääntelyä sovellettaessa (yhdessä tai erikseen) voidaan ottaa huomioon EIT ratkaisukäytäntö. EIT on kuitenkin ollut ailahteleva lapsen edun ja siihen liittyvän harkinnan suhteen. Palauttamisasiassa ei ole tarkoitus tehdä perusteellista lapsen edun arviointia, koska palauttamisasiassa pyritään mahdollisimman nopeaan ratkaisuun. Erityisen vaikeaa on kuitenkin tasapainon löytäminen nopean käsittelyn ja lapsen edun riittävän perusteellisen arvioinnin välillä, etenkin kieltäytymisperusteita arvioitaessa. Vaikkakin palauttamisasiassa on tarkoitus välttää täystutkintaista lapsen edun arviointia, tässä tutkielmassa läpikäytyt kotimaiset oikeustapaukset ovat kuitenkin jääneet mahdollisesti liiankin suppeahkiksi lapsen edun arvioinnissa. Ratkaisut eivät ole tarpeeksi yksityiskohtaisia, eikä ratkaisuissa tuoda tarpeeksi selvästi esille niitä tosiseikkoja, jotka puhuvat lapsen palauttamisen puolesta tai niitä vastaan. Tätä voidaan pitää ongelmallisena, sillä maallikko ei aina ymmärrä, että kyseessä on summaarinen prosessi, jonka tavoitteena on ainoastaan korjata laitton asiatila. Näin ollen julkaistuihin ratkaisuihin tulisi sisällyttää sellainen lapsen edun arviointi, jossa tuodaan esille ne yksittäiset seikat, jotka puoltavat sitä, että lapsi palautetaan takaisin asuinpaikkavaltioon tai vaihtoehtoisesti jätetään palauttamatta sinne.

Yhtenä syynä lapsen edun harkinnan ja muiden perusteluiden puuttumiselle voidaan kuitenkin selittää lapsen yksityisyyden suojalla. Palauttamisasiassa tulee varmasti esiin asioita, jotka ovat omiaan vähentämään lasten yksityisyydensuojaa ja tämän takia ratkaisussa ei voida tuoda julki asioita, jotka kuuluvat perhe-elämänsuojan ja lapsen yksityisyydensuojan alle. Tämä pätee yhtä lailla ratkaisuihin, jotka koskevat lapsen mielipidettä tai vakava vaarasäännöstä. Yhtenäisen oikeuskäytännön kannalta sekä yleisen ymmärryksen takia olisi kuitenkin erityisen tärkeää, että mallikotkin ymmärtäisivät mistä palauttamisratkaisuissa on kyse. Lapsikaappaustapauksia varmastikin suurennellaan mediassa, koska palauttamisprosessin ydintarkoitusta ei tuoda tarpeeksi esille ja siksi olisi tärkeää, että ratkaisuista kävisi selkeästi ilmi ne seikat, miksi on päädytty tiettyyn lopputulokseen. Lisäksi, tosiseikkojen ilmi tuonnilla voisi mahdollisesti olla entistä tehokkaampi ennaltaehkäisevä vaikutus.

Tulevaisuuden kannalta olisi monikerroksisuutta silmällä pitäen myös tärkeä selventää, etenkin kotimaassa, että mitkä lapsia koskevat oikeusohjeet ovat suoraan sovellettavissa

palauttamisriidoissa. Tämä ongelma tuli esille lapsen mielipidettä koskevassa ratkaisussa, jossa tuomioistuin on esimerkiksi viitannut *Gottbergin* teokseen sekä erääseen viranomaisen tekemään ohjeeseen, jotka käsittelevät lapsen huoltoa ja pakkotäytäntöönpanoa. Tässäkin tutkielmassa on viitattu useampaan huoltajuusriitoja käsittelevään teokseen, vaikka palauttamisriidoissa ei ole tarkoitus ottaa kantaa lapsen huoltoon tai tapaamisoikeuteen ollenkaan. Täten lainsäätäjän tulisi pohtia ja selventää, mitkä kotimaiset lapsia koskevat huoltajuudensiirtotilanteisiin liittyvät ohjeet ovat suoraan sovellettavissa lapsen palauttamista tarkasteltaessa. Tämä on tärkeää ei pelkästään lapsen, mutta myös vanhempien oikeusturvan kannalta.

Kaikesta huolimatta, kansainvälinen lapsikaappaussäätely on yleisesti ottaen hyvällä mallilla ja sen kehittämiseksi on laadittu useita eri käytännön ohjeita sekä suosituksia. Etenkin Haagin konferenssin erityiskomission vuoden 2017 laatima vakava vaara-tulkintasuositus, on selkeä osoitus siitä, että lapsikaappausjärjestelmän tulkinnanvaraisten käsitteiden sekä menettelyiden selventämisen eteen tehdään paljon töitä, jotta luottamus lapsikaappausjärjestelmään säilyisi vielä jatkossakin.