kirsti kurki-suonio

ÄIDIN HOIVASTA YHTEISHUOLTOON

lapsen edun muuttuvat oikeudelliset tulkinnat



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA

A-sarja N:o 222

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 222

KIRSTI KURKI-SUONIO

ÄIDIN HOIVASTA YHTEIS-HUOLTOON – lapsen edun muuttuvat oikeudelliset tulkinnat

Oikeusvertaileva tutkimus

ENGLISH SUMMARY

HELSINKI 1999

ÄIDIN HOIVASTA YHTEISHUOLTOON – lapsen edun muuttuvat oikeudelliset tulkinnat

Oikeusvertaileva tutkimus

KIRJOITTANUT

KIRSTI KURKI-SUONIO

OIKEUSTIETEEN LISENSIAATTI

Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Porthanian luentosalissa III lauantaina toukokuun 8 päivänä 1999 kello 10.

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

© 1999 Suomalainen Lakimiesyhdistys
ja Kirsti Kurki-Suonio

ISSN 0356-7206 (painettu)

ISBN 951-855-175-8 (kovakantinen)
ISSN 2814-8053 (verkkojulkaisu)
ISBN 978-951-855-689-6 (PDF)
Vammalan Kirjapaino Oy Vammala 1999

ALKUSANAT

»Mikä se oikein on, se lapsen etu?» ihmetteli sosiaalialan työntekijä eräässä lehtiartikkelissa 1990-luvun alussa. Lause vastasi hyvin myös niitä tuntoja, joita omassa mielessäni oli herännyt. Sosiaalialalla lapsen edun määrittämisen ongelma oli liittynyt käytännön oikeustapauksiin. Minulle samainen kysymys oli herännyt lähinnä lapsioikeudellisten opinnäytetöiden pohjalta: kaikki lapsioikeuden tiet näyttivät johtavan lapsen edun äärelle, mutta siitä eteenpäin ei tuntunut löytyvän tien viittaa sen paremminkin kuin opastakaan. Mikä se lapsen etu oikein oli? Oliko vastausta etsittävä juridiikan päättelysäännöistä, arkipäivän kokemustiedosta, käyttäytymistieteellisistä tutkimustuloksista, jostain näiden väliltä tai niiden lisäksi? Lapsen etu esiintyi joka tapauksessa laissa, ja sen nojalla tehtiin oikeudellisia ratkaisuja. Koska lapsen etua oli mahdollista arvioida oikeudellisessa päätöksenteossa, siitä olisi mahdollista tehdä myös oikeustieteellinen tutkimus, päättelin.

»Työ tekijäänsä neuvoo», kuuluu vanha kansanviisaus. Tämä viisaus pätee hyvin myös oikeustieteellisen väitöskirjan kirjoittamiseen. Väitöskirjojen aiheethan ovat yleensä aiemmin vähän tutkittuja. Kirjan kirjoittamistakaan ei opi kuin kirjoittamalla. Aloittelevalla tutkijalla ei siksi usein ole sen parempaa neuvoa kuin tehdä työtä. Onneksi työtä ei kuitenkaan tarvitse tehdä yksin. Kokeneemmat tutkijat ovat auttaneet minua, kuten monia muitakin, omia vaivojaan säästämättä ja aikaansa laskematta. Haluan nimeltä mainiten kiittää ensimmäiseksi ohjaajaani professori lainsäädäntöneuvos *Markku Heliniä.* Hänellä oli malttia antaa omalle työlleni aikaa »neuvoa tekijäänsä», mutta myös kärsivällisyyttä lukea luonnosmaisiakin tekstejä, tukea työn keskeisten ajatusten kirkastumista ja lopulta oikoa niin hairahtuneita ajatustenjuoksuja kuin ontuvia lauseitakin. Erityinen kiitos kuuluu myös professori *Kevät Nousiaiselle,* jonka johdolla Helsingin yliopistossa alkanut naisoikeuden harrastus toi paitsi ajankohtaisia tuulia oikeustieteelliseen tiedekuntaan myös konkreettisia varoja tutkimuksen tekemiseen. Vastaväittäjääni dosentti *Heikki E.S. Mattilaa* kiitän etenkin hänen kannustavasta ja rauhoittavasta suhtautumisestaan tunnelman tiivistyessä työn loppuvaiheessa. *Kevät Nousiai-*

nen ja *Heikki E.S. Mattila* ovat arvioineet tutkimusta myös esitarkastajien näkökulmasta. Molemmat esittivät tehtävänsä perusteella tärkeitä huomautuksia, jotka auttoivat parantamaan lopputulosta.

Isäni, maisteri *Reijo Peltola* on tarkastanut teoksen suomenkielisen kieliasun ja Master of Arts *Anne Epstein* sen englanninkielisen tiivistelmän. Vammalan Kirjapainon ystävällinen henkilökunta on hoitanut kirjan painotyötä ja taiteilija *Katariina Kirjavainen* on sommitellut sille sopivan kannen. Kaikki mainitut henkilöt paneutuivat tahollaan tutkimukseni tuloksiin huolella ja taidolla, mistä esitän heille parhaat kiitokset. Kiitän myös tutkimusavustajinani eri vaiheissa toimineita nuoria jatko-opiskelijoita ja ylioppilaita *Petri Oulasmaata, Nina Orpanaa* ja *Teresa Pohjolaa* sekä varsinkin hankalan hovioikeusaineiston käsittelyyn tunnollisesti ja innostuneesti osallistunutta *Riitta-Sisko Kekkosta.*

Tämän tutkimuksen tekemisestä on maksettu palkkaa. Mainittu seikka on paitsi turvannut perheemme toimeentulon myös mahdollistanut keskittymisen tutkimukseen lastenhoidon ja kotitalouden ohessa. Tärkeimpinä rahoittajina ovat olleet Suomen Akatemia ja professori *Kevät Nousiaisen* johtamat »Oikeuden nainen – naisen oikeus» -tutkimusprojekti sekä Pohjoismaiden ministerineuvoston rahoittaman suurhankkeen »Norden och Europa» naisoikeustieteellinen osaprojekti »NordFru-Jus». Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitos on ollut se instituutio, joka on tarjonnut tutkimukselle välttämättömät työvälineet ja -yhteisön. Kodin ja tutkimuksen arkea ovat helpottaneet apurahat seuraavilta eri säätiöiltä ja rahastoilta: Suomalainen Lakimiesyhdistys, Alli Paasikiven säätiö, Suomen Kulttuurirahasto, Naisten tiedesäätiö sekä Jenny ja Antti Wihurin rahasto. Kiitän kaikkia tutkimukseni rahoittajia. Kiitos kuuluu Suomalaiselle Lakimiesyhdistykselle myös siitä, että tutkimus hyväksyttiin julkaistavaksi yhdistyksen A-sarjassa.

Monien nimeltä mainitsemattomien yksityisten ihmisten apu on ollut työn valmistumisen kannalta olennaista. Vähäisintä ei ole ollut oman äitini antama säännöllinen apu lasten hoidossa. Myös poikien isä on hoitanut osuutensa siinä mallikelpoisesti. Ystäviäni ja työtovereitani kiitän lämpimästi niin hyvin saamastani tuesta ja rohkaisusta kuin myös iloisista onnitteluista työn edistyessä. Poikiani *Ossia* ja *Saulia* osaan kiittää vain tärkeimmästä. Siitä, että he ovat olemassa.

Yksityisoikeuden laitoksella aurinkoisena naistenpäivänä 8. maaliskuuta 1999

Kirsti Kurki-Suonio

SISÄLLYS

ALKUSANAT V

SISÄLLYS VII

KIRJALLISUUSLUETTELO XVI

LYHENTEITÄ XLV

I TUTKIMUKSEN LÄHTÖKOHTA, METODI, RAJAUKSET, KYSYMYKSENASETTELU JA AINEISTO

1. Tutkimuksen lähtökohta – lapsen etu kulttuurisena käsitteenä 1

2. Tutkimuksen metodi – oikeusvertailu 2

3. Tutkimuskohteen rajaus – lapsen etu lapsen huoltoa koskevan ratkaisun kriteerinä 4

4. Tutkimusaiheen täsmentäminen ja kysymyksenasettelu 5

5. Tutkimusaineisto – mitä tutkitaan? 9

II VERTAILU

A Kalifornia

1. Tämän jakson tavoitteista ja sen perusteena olevasta aineistosta 11

2. Isän oikeudesta äidin etusijaan 12
   2.1. Lapsen etu poikkeuksena isän oikeuksille 12
   2.2. Äidin etusijan taustaa 15
   2.3. Äidin etusijaa koskeva »tender years» -oppi 17
   2.4. »Tender years» -oppi Kaliforniassa 19
   2.5. Kalifornian avioerouudistus ja äidin etusija 21

3. Psykologisen vanhemman yksinhuolto 25

3.1. Psykotieteiden murtautuminen – psykologinen vanhemmuus 25
3.1.1. Tieteestä ja avioerolapsista yleensä 25
3.1.2. 1963 Yale Note – psykologinen lapsen etu 27
3.1.3. Ellsworthin ja Levyn kritiikki 28
3.1.4. Goldstein – Freud – Solnit: Beyond the Best Interest of the Child 31
3.2. Sukupuolten tasa-arvo ja Kalifornian vuoden 1972 uudistus 36
3.3. Mnookinin lapsen etu -kritiikki 39
3.4. Psykologisen vanhemman yksinhuolto – yhteenveto 42

4. Sovinnollisen avioeron ihanteen vaikutus menettelytapoihin 43
4.1. Yleistä 43
4.2. Bargaining in the Shadow of the Law 47
4.3. Lapsen asiamies 49
4.4. Yhteenveto uusista menettelytavoista 53

5. Yhteishuolto 55
5.1. Yhteishuollon yleistyminen 55
5.2. Yhteishuollon käsite 57
5.3. Yhteishuollon käyttäytymistieteellinen perustelu 60
5.3.1. Tutkimuksen lisääntynyt kiinnostus avioerolapsiin 60
5.3.2. Wallerstein – Kelly: Surviving the Breakup 63
5.3.2.1. Tutkimuksen tavoitteet ja tutkimusmenetelmä 63
5.3.2.2. Tulokset 65
5.3.2.3. Lasten huoltoa koskevat suositukset 68
5.4. Kalifornian yhteishuoltolainsäädäntö ja isien oikeudet 71
5.5. Feministinen kritiikki ja vuoden 1988 lainmuutos 74

6. Presumptio pääasiallisen hoitajan etusijasta 77
6.1. Presumption sisältö 77
6.2. Presumptiota tukeva muu kuin feministinen kritiikki 80
6.3. Feministinen kritiikki erityisesti psykotieteellistä vallankäyttöä kohtaan ... 83

7. Oikeudelliset huoltoratkaisut ja uudemmat tutkimustulokset 87
7.1. Uudempien tutkimusten luonnehdintaa 87
7.2. Voiko yhteishuollosta olla haittaa? 90
7.3. Eronneet isät ja lapset 96
7.4. Yhteenvetoa 98

8. Kalifornian avioerolapset 1990-luvulla 99

B Englanti

1. Englannin jakson perustana oleva kirjallisuus 105

2. Isän valta, naisasia ja lapsen etu 106
2.1. Oikeudellisen kehityksen lähtökohta: isän valta perheessä 106

2.2. Ensimmäiset äitien aseman parantamiseksi säädetyt lait 108
2.3. Äänioikeus, avioero, lasten huolto – »What Will the Women Want Next?» 111
2.4. Vuoden 1925 kompromissi: lapsen etu 114

3. Äidin hoiva lapsen etuna 116
3.1. Syytön äiti 116
3.2. Syyllinen äiti – »split order» 119

4. Vuoden 1969 avioerouudistus 122

5. Sovittelu, yksinkertaistettu menettely ja lapsen huolto 125
5.1. Sovittelu 125
5.2. Yksinkertaistettu menettely 127
5.3. Lapsen huoltoa koskeva ratkaisu avioeromenettelyssä 129

6. Lapsen edun tulkinnat avioerouudistuksesta vuoden 1989 Children Act -lakiin 132
6.1. Leading case: lapsen etu ratkaisun ainoaksi perusteeksi 132
6.2. Lapsen etu – äidin hoiva 133
6.3. Status quo -periaate 137
6.4. Yhteishuolto 141

7. Lapsen etu ja lapsen oikeudet 145
7.1. Gillick-tapaus 145
7.2. Lapsen oikeuksia koskeva keskustelu 148
7.2.1. Johdanto 148
7.2.2. Freemanin teoria lasten oikeuksista 149
7.2.3. Liberaali paternalismi ja huollon määrääminen avioeron yhteydessä 152
7.2.4. Eekelaar ja lasten dynaaminen itsemääräämisoikeus 154
7.3. Lapsen oikeuksia koskevan keskustelun vaikutuksista 158

8. Children Act 1989 159
8.1. Uuden lapsilainsäädännön taustaa 159
8.2. Children Act 1989 -lain pääperiaatteet 160
8.2.1. Lapsen etu ja »statutory checklist» 160
8.2.2. Viipymättömyys, puuttumattomuus ja vanhemman vastuu 166
8.2.3. Vanhemman vastuu, kun vanhemmat ovat eronneet tai asuvat erillään 168
8.3. Lapsen itsenäinen asema prosessissa 172
8.4. Vanhemman vastuun arviointia 174

9. Uusi avioerolainsäädäntö 175
9.1. Yleiset periaatteet 175
9.2. Avioeroprosessin kulku 178
9.3. Erityisesti lasten asemaan liittyvistä järjestelyistä avioeroprosessin yhteydessä 179
9.4. Yhteenveto avioerouudistuksesta 181

C Saksa

1. Jakson taustalla olevasta saksalaisesta kirjallisuudesta 184

2. Isän valta »väterliche Gewalt» 185

3. Kansallissosialistien aika – lapsen etu 186
3.1. Yleistä 186
3.2. Avioero ja lapsen etu vuoden 1938 lain mukaan 187
3.3. Kansallissosialistien perintö 190

4. Saksan perusoikeudet ja lapsen etu 192
4.1. Perusoikeuksien ja lapsen huoltoa koskevan lainsäädännön välinen vuoropuhelu 192
4.2. Naisista tasa-arvoisia huoltajia 195
4.3. Yksinhuolto, yhteishuolto ja perheen autonomian suoja 198
4.3.1. Vanhempien yksimielinen ehdotus ja täysivaltainen yksinhuoltaja ... 198
4.3.2. Vanhempien oikeus sopia yhteisestä huollosta 199
4.3.3. Yhteisen huollon perusteleminen perheen autonomian näkökulmasta 203
4.3.4. Perheen autonomian suoja ja lapsen etu 204

5. Ratkaisuperusteina syyllisyys ja äitiys 205
5.1. Lapsen edun eri funktiot 205
5.2. Lapsen etu, syyllisyys ja äidin hoiva 207
5.2.1. Yleistä 207
5.2.2. Krüger: Syyttömien etusija useimmiten äitien hyväksi 211
5.2.3. Gernhuber: Syyllisyys lapsen kodin rikkomiseen 213
5.2.4. Dölle: Lapset palkinnoksi moraaliselle vanhemmalle 214
5.2.5. Schwoerer: Äitiys voi oikeuttaa syyllisyyden sivuuttamiseen 215
5.2.6. Yhteenveto 218

6. Tunnesiteen osoittama yksinhuoltaja 220
6.1. Psykologisoitumisen taustaa 220
6.2. Tunnesideteoria – Bindungstheorie 224
6.3. Tunnesiteet ja vuoden 1979 lainsäädäntö 227
6.4. Lapsen tunneside ja lapsen mielipide 230
6.5. Tapaamisoikeus – alkuperäisen tunnesideteorian torjuminen 234
6.6. Miksi yhteishuolto torjuttiin vuoden 1979 uudistuksessa? 237

7. Yhteishuolto ja lapsen etu 241
7.1. Yhteishuoltoa koskevan ratkaisun psykologinen perustelu – Fthenakis 241
7.2. Yhteisen huollon oikeudelliset edellytykset 244
7.3. Yhteishuolto Saksan oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa 245
7.4. Nachscheidungs-Familie – avioeroperheen käsite 247
7.5. Sosiaaliviranomaisten neuvonta ja sovittelu uudeksi interventiomalliksi ... 249
7.6. Hakemusmalli de lege ferenda -lähtökohdaksi 250

8. Naisnäkökulmasta Saksassa ... 253
8.1. Tasa-arvonäkökohdista ennen yhteishuoltoa ... 253
8.2. Yhteishuolto ja feministinen oikeustiede ... 255

9. Uuden vuosituhannen lapsioikeutta ... 259
9.1. Uudistuksen taustaa ... 259
9.2. Avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten huolto uuden lainsäädännön perusteella ... 261
9.3. Yhteishuollon säilyttäminen tai purkaminen, kun vanhemmat asuvat erillään ... 262
9.4. Lapsen etu ... 265
9.5. Lapsen oikeudet ... 268
9.6. Uusia teemoja perustuslainmukaisuutta koskevaan keskusteluun? ... 269

D Ruotsi

1. Ruotsia koskevan jakson aineistosta ... 272

2. Lapsen huolto ja vuoden 1915 avioerolainsäädäntö ... 272
2.1. Uusi liberaali avioerolainsäädäntö ... 272
2.2. Lasten huollon määrääminen ennen vuotta 1915 ... 275
2.3. »Ty med hänsyn till barnens bästa finnes skäligt» ... 277
2.4. Parannettiinko naisten asemaa? ... 279

3. »Med hänsyn främst till barnens bästa» ... 281

4. Tasa-arvoisen vanhemmuuden tavoite ... 283
4.1. 1970-luvun perhepolitiikka ja perheen tehtävät ... 283
4.2. Yksilön vapaus parisuhteessa yhteiskunnan turvin ... 285
4.3. Yksilön vapaus ja avioeron säätely ... 287
4.4. Perheoikeuden uudet tavoitteet ja lapsen huolto ... 288

5. Yhteishuollosta mahdollinen vaihtoehto ... 291
5.1. Yhteishuollon salliva laki ... 291
5.2. Miksi yhteishuolto? ... 293
5.3. Yhteishuollon käsite vuoden 1976 uudistuksessa ... 295

6. Bente ja Gunnar Öberg: Tuomioistuimesta terapiaan ... 296

7. »Om föräldraansvar m.m.» ... 299
7.1. Komitea ja lapsen oikeudet sekä tarpeet ... 299
7.2. Yhteishuolto ja kriisiterapia ihanteena ... 301
7.3. Lapsen tapaamisoikeus sekä määräämisoikeus ... 303
7.4. Lapsen puhevalta, asiamies ja kontaktihenkilö ... 305

8. Vuoden 1983 lapsen huoltoa koskevan lainsäädännön kokonaisuudistus ... 307

8.1. Yleistä ... 307
8.2. »Gemensam vårdnad» pääsäännöksi ... 308
8.3. Lapsen edun arvioiminen yksinhuollon määräämisessä ... 312
8.4. Lapsen tarve pitää yhteyttä läheisiinsä ... 314

9. Yhteishuolto käytännössä ... 315
9.1. Yhteishuollon yleistyminen tilastojen valossa ... 315
9.2. Lasten vuoroittaista hoitoa ja pioneerihenkeä ... 317

10. Vuoden 1990 osittaisuudistus – yhteisen huollon suosion vahvistaminen ... 321
10.1. Uudistuksen lähtökohta: lapsen oikeus vai lapsen etu? ... 321
10.2. Yhteishuollon edistäminen ... 325
10.3. Yksinhuolto ja tapaamisoikeuden merkitys ... 327
10.4. Vuoden 1990 menettelyllisiä uudistuksia ... 330

11. Lapsen kuuleminen – lapsen oikeudesta lapsen etu? ... 332

12. Yhteishuollon oikeudellistuminen ja Suomen malli ... 334

III VERTAILUN TULOKSET

1. Vertailulle asetetut tavoitteet ... 340

2. Ihanteet ... 341
2.1. Tilanne ennen lapsen etua – isän oikeudet ... 341
2.2. Äidin hoiva ... 342
2.3. Psykologisen vanhemman yksinhuolto ... 344
2.4. Yhteishuolto ... 347

3. Tulkinnan muutoksia selittäviä syitä ... 350
3.1. Avioerolapsia koskeva käyttäytymistieteellinen asiantuntemus ... 350
3.2. Sukupuoliroolien muuttuminen ... 352
3.3. Avioero- ja parisuhdekäsitysten muuttuminen ... 356

4. Ihanteellisten ratkaisumallien ja selittävien tekijöiden kokoaminen ... 362

5. Lapsen kuuleminen ... 363

IV LAPSEN EDUN TULKINNAT SUOMESSA

1. Vertailevan jakson ja Suomea koskevan jakson keskinäisestä suhteesta ... 367

2. Äidin hoivaa koskeva tulkintaihanne Suomessa ... 368
2.1. Äidin hoivaa koskevan tulkintaihanteen synty ... 368
2.1.1. Lähtökohtana vuoden 1929 perheoikeusuudistus ... 368

2.1.2. Lapsen huollon määrääminen ennen vuotta 1930 369
2.1.2.1. Naimiskaaren avioerotilannetta koskevat määräykset 369
2.1.2.2. Erivapausavioerot ja lasten huollon määrääminen 371
2.1.2.3. Lapsista määrääminen vuode- ja asumuserotilanteissa 374
2.1.3. Vuoden 1929 lapsen huoltoa ja holhousta koskevat uudistukset 375
2.1.3.1. Uudistuneet periaatteet 375
2.1.3.2. Avioerouudistus ja lapsen huoltoon liittyvä interventio 379
2.1.3.3. Käsitys sukupuolista vuoden 1929 lainsäädännössä 383
2.1.3.3.1. Naisasialiikkeen vaatimukset ja lainvalmistelu 383
2.1.3.3.2. Avioliittolain perhekäsitys 386
2.1.3.3.3. Äitien oikeudet ja moraali 388
2.1.3.4. Yhteenveto lapsen edusta vuoden 1929 uudistuksessa 390
2.2. Äidin hoivaa koskevan ihanteen kehitys 1960-luvun lopulle 391
2.2.1. Kehitystä koskevia oletuksia ja suomalaisia erityispiirteitä 391
2.2.2. Asumuseromenettely – sovittelua tutkimisen sijasta 393
2.2.3. Äidin hoivan merkitys oikeuskirjallisuudessa 396
2.2.4. Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä 400
2.2.5. Huollosta erotetun vanhemman oikeudellinen asema 403

3. Psykologisen vanhemman yksinhuoltoa koskeva ihanne Suomessa 409
3.1. Vertailuun perustuvat oletukset ja ajanjakson suomalaiset erityispiirteet ... 409
3.2. Sukupuoliroolien kritiikki ja lasten hoito 411
3.2.1. Naisasialiike ja valtion perheoikeudellinen tasa-arvopolitiikka 411
3.2.2. Isien syrjintä lasten huollon määräämisessä 415
3.2.3. Sukupuoliroolien kritiikkiä koskeva yhteenveto 420
3.3. Avioeroprosessi ja lasten huolto muutosten vuosina 420
3.3.1. Ehdotus avioerolainsäädännön uudistamiseksi 420
3.3.2. Miksi Suomessa ei uudistettu avioero-oikeutta? 421
3.3.3. Avioerot syyllisyyskulissin varjossa 424
3.4. Yksilöllisen ja psykologisen tulkinnan ihanne 427
3.4.1. Ihanne todellisuuden vastakohdaksi 427
3.4.2. Lapsipaketin yksilöllinen lapsikäsite 427
3.4.3. Täytäntöönpanolaki 431
3.4.4. KKO 1978 II 80 – ehdottomuusperiaatteen ihanteellinen sisältö 434
3.5. Holhousehdotuksia toimikunnasta toiseen 437

4. Yhteishuolto suomalaisena ihanteena 440
4.1. Yhteishuoltoa koskeva tulkintaihanne ja suomalaisen yhteishuollon taustaa 440
4.2. Avioerouudistuksen toteutuminen 446
4.2.1. 1980-luvun avioerosovinto 446
4.2.2. Sovintoavioero 448
4.3. Lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan lain valmistelu 451
4.3.1. Kansainvälinen lapsen vuosi 1979 ja Suomen komitea 451
4.3.2. Vuoden 1981 työryhmän ehdotus lapsen huollon sääntelystä 452
4.3.2.1. Huomio lapsen henkilöön 452

4.3.2.2. Vanhemmuus- , sopimus- ja yhteishuolto-olettamat 454
4.3.2.3. Yhteishuollon luonne vuoden 1981 ehdotuksessa 456
4.4. Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta 462
4.4.1. Yleisesti lain lopullisesta ehdotuksesta 462
4.4.2. Lapsen tapaamisoikeus osana lapsen huoltoa 463
4.4.3. Sosiaaliviranomaisten osallistuminen ratkaisutoimintaan 466
4.4.3.1. Yleistä 466
4.4.3.2. Huoltoa ja tapaamisoikeutta koskeva sopimus 466
4.4.3.3. Lapsen edun selvitysmenettely 469
4.4.3.3.1. Yleistä 469
4.4.3.3.2. Sosiaalilautakunnat selvityksen hankkijoina 470
4.4.3.3.3. Sosiaalilautakunta sovittelijana 472
4.4.3.3.4. Sosiaalilautakunnat lasten asiamiehinä 475
4.4.3.4. Sosiaalilautakunta – suomalainen sovellus sovittelijoista ja asiantuntijoista 479
4.4.4. Yhteenveto Suomessa syntyneestä yhteishuollon ihanteesta 481
4.5. Yhteishuollon ihanteellisuuden tulkintoja lapsenhuoltolain säätämisen jälkeen 483
4.5.1. Etäistä ihannointia ja pakolla toteuttamista – vertailussa esiintyneitä tulkintoja 483
4.5.2. Yhteishuollon ihanne suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa 485
4.5.3. Yhteishuolto käytännön ihanteena 490
4.5.3.1. Yhteisen huollon yleistyminen 490
4.5.3.2. Miten vanhemmat päätyvät yhteishuoltoon? 492
4.5.3.3. Yhteishuollosta oikeuskäytännössä 496
4.6. Yhteishuollon ihanne hovioikeusaineiston valossa 497
4.6.1. Aineiston kuvaus 497
4.6.2. Miten lapsen huoltoa koskeva riita on muuttunut yhteishuollon vuoksi? 499
4.6.3. Aineiston luokitus 501
4.6.4. Ensiratkaisut ja niiden muuttamista koskevat ratkaisut 504
4.6.5. Tuomioistuimet ja yhteishuollon ihanne 506
4.6.5.1. Yhteisen huollon perusteleminen toisen vanhemman vastustaessa 506
4.6.5.2. Vanhempien keskinäiset erimielisyydet ja yhteishuolto 511
4.6.5.3. Vallitsevien olosuhteiden muuttamatta jättäminen tai niiden muuttaminen 516
4.6.5.4. Asumisesta riitelevät yhteishuoltajat ja yhteishuoltoa koskeva yksimielisyys 521
4.6.5.5. Selvityksissä olevien suositusten noudattaminen 524
4.6.5.6. Kokoavasti yhteishuollon suosimisesta hovioikeuksissa 528
4.6.6. Lapsen mielipide ja lapsen etu 530
4.6.7. Aineiston sukupuolijakautuma ja vanhempien muuttuvat roolit 536
4.6.7.1. Asumaan äidin luokse – yhä useamminko? 536
4.6.7.2. Yhteishuolto ja vanhemmuuden sukupuoliroolit 539
4.6.7.3. Miksi äidit vastustivat yhteishuoltoa? 541

4.6.7.4. Isien huolto – yhteishuoltoa 544
4.6.7.5. Äidit, isät ja ihanteet 546
4.6.8. Päätelmiä hovioikeusaineiston ilmentämästä tulkintaihanteesta 549

5. Vertailun tulokset ja Suomea koskeva jakso 552

V LOPPUSANAT 558

SUMMARY 561

OIKEUSTAPAUSLUETTELO 573

ASIAHAKEMISTO 581

KIRJALLISUUSLUETTELO:

Teokset, artikkelit yms.

Aarnio, Aulis: Lapsilainsäädännön taustaa, teoks. Lapsioikeuden pääpiirteet toim. *Heikki E.S. Mattila*, Juridica Helsinki 1981 s. 5–15. *Aarnio* (Mattila 1981).

Aarnio, Aulis – Helin, Markku: Avioliittolain muutetut säännökset, A-TIETO Oy Tampere 1988. *Aarnio – Helin* (1988).

Aarnio, Aulis – Helin, Markku: Suomen avioliitto-oikeus, 3. painos, Lakimiesliiton Kustannus Helsinki 1992. *Aarnio – Helin* (1992).

Abarbanel, Alice: Shared Parenting after Separation and Divorce: A Study of Joint Custody, American Journal of Orthopsychiatry 19 (1979) s. 320–329. *Abarbanel* (Amer.J.Orthopsychiat. 1979).

Agell, Anders: Barnrätt, Ett kompendium om faderskap, vårdnad, underhåll och adoption, Iustus Förlag, Uppsala 1976. *Agell* (1976).

Agell, Anders: Den svenska familjerättslagstiftningen. En resa utan mål. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1978, s. 1–27. *Agell* (JFT 1978).

Agell, Anders: Underhåll till barn och make. 1:a upplagan tredje tryckningen. Iustus Förlag Uppsala 1979. *Agell* (1979).

Agell, Anders: Föräldraansvar och barnrätt, Reflexioner kring en doktorsavhandling, Tidskrift for rettsvitenskap 1983, s. 429–438. *Agell* (TfR 1983).

Agell, Anders: Äktenskap Samboende Partnerskap, Iustus Förlag Uppsala 1995. *Agell* (1995).

Agell, Anders – Saldeen, Åke: Faderskap, vårdnad, adoption. Iustus Förlag Uppsala 1985. *Agell – Saldeen* (1985).

Agell, Anders – Saldeen, Åke: Faderskap, vårdnad, adoption, femte upplagan ombesörjd av Åke Saldeen. Iustus Förlag Uppsala 1991. *Agell – Saldeen* (1991).

Ahla, Eino J.: Erivapauksella myönnetyistä avioeroista ja näkökohtia avioero-lainsäädäntömme uudistuksesta II. Lakimies 1915 s. 65–106. *Ahla* (Lm 1915).

Ahrons, Constance R.: The Continuing Coparental Relationship Between Divorced Spouses, American Journal of Orthopsyhiatry (51) 1981 s. 415–428. *Ahrons* (Amer.J.Orthopsychiat. 1981).

Ahrons, Constance R.: The binuclear family: Parenting roles and relationships. Parent-Child Relationship, Post-Divorce, A seminar report, The Danish National Institute of Social Research, Copenhagen 1984, s. 54–79. *Ahrons* (Copenhagen 1984).

Ahrons, Constance A. – Miller, Richard B: The Effect of the Postdivorce Relationship on Paternal Involvement: A Longitudinal Analysis, American Journal of Ortho-

psychiatry 1993, s. 441–450. *Ahrons – Miller* (Amer.J.Orthopsychiat. 1993).

Ahrons, Constance R. – Rodgers, Roy H.: Divorced Families A Multidisciplinary Developmental View, W.W. Norton & Company, Inc. New York 1987. *Ahrons – Rodgers* (1987).

Ahvenainen, Taisto: Lasten huollosta päättäminen, teoks. Avioliitto-oikeutta, Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisuja N:o 25, Suomen Lakimiesliiton Kustannus Oy Helsinki 1979, s. 83–111. *Ahvenainen* (Avioliitto-oikeutta, 1979).

Alanen, Aatos: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja N:o 26, Werner Söderström Osakeyhtiö Porvoo 1965. *Alanen* (1965).

Alanen, Leena: Vanhemmuus, sukupuoli ja vanhemmuuksien poliittinen historia, teoks. Vanhemmuuksia, Oikeuden nainen – naisen oikeus -projektin seminaarijulkaisu, Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja 45, s. 17–29. *Alanen* (Vanhemmuuksia 1996).

Alternativ-Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge mit Begründung und Stellungnahmen, Neues elterliches Sorgerecht, Familienrechtskommission des Juristinnenbundes, Industriegesellschaft und Recht, Band 8, Gieseking Bielefeld 1977. *Alternativ-Entwurf des Juristinnenbundes* (1977).

Amato, Paul R.: Children's Adjustment to Divorce: Theories, Hypotheses, and Empirical Support, Journal of Marriage and the Family 55 (1993), s. 23–38. *Amato* (Journal of Marriage and the Family 1993).

Anttila, Kirsti: Finland, teoks. *Robert Chester* (ed.) Divorce in Europe, Martinus Nijhoff Social Sciences Division Leiden 1977. *Anttila* (Chester 1977).

Appendix A, Joint Custody Statutes and Judicial Interpretations (as of January 1, 1991), teoks. Joint Custody and Shared Parenting, toim. *Jay Folberg*, The Guilford Press USA 1991, s. 297–331. *Appendix A* (ed. *Folberg* 1991).

Arajärvi, Terttu: Miten avioero vaikuttaa lapseen? teoks. Avioero – raportti siitä kuinka Suomessa erotaan, toim. *Irma Heydemann – Tuula Koskenniemi*, Otava Helsinki 1971, s. 146–151. *Arajärvi* (Heydemann – Koskenniemi, 1971).

Arajärvi, Terttu – Koski, Maija-Liisa: Lapset ja avioero, 2. painos, Tammi Helsinki 1989. *Arajärvi – Koski* (1989).

Arditti, Joyce, A: Differences between Fathers with Joint Custody and Noncustodial Fathers, American Journal of Orthopsychiatry 1992 s. 186–195. *Arditti* (Amer. J.Orthopsychiat. 1992).

Aromaa, Kauko – Cantell, Ilkka – Jaakkola, Risto: Avoliitto, tutkimuksia avoliiton yleisyydestä ja yleistymisestä Suomessa, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 49, Helsinki 1981. *Aromaa – Cantell – Jaakkola* (1981).

Asquith, Stewart – Hill, Malcolm (ed.) Justice for Children. Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht 1994. Justice for Children (ed. *Asquith – Hill* 1994).

Atkins, Susan – Hoggett, Brenda: Women and the Law, Basil Blackwell Oxford 1984. *Atkins – Hoggett* (1984).

Backer, Inge Lorande: Barneloven, Kommentarutgave, Universitetsforlaget Oslo 1982. *Backer* (1982).

Bagshaw, Dale: Children of Divorce in Britain and in the United States: Current Issues in Relation to Child Custody and Access, Australian Journal of Family Law 1991 s. 32–56. *Bagshaw* (Australian Journal of Family Law 1991).

Bahr-Jendges, Jutta: Gleichberechtigung und Kindeswohl – ein Widerspruch? Die gerichtliche Gestaltung von Geschlechter- und Elternbeziehung bei der Regelung des Sorgerechts, Streit 1993 s. 27–38. *Bahr-Jendges* (Streit 1993).

Bainham, Andrew: The Children Act 1989, Welfare And Non-Interventionism, Family Law 1990 s. 143–145. *Bainham* (Fam Law 1990).

Bainham, Andrew – Cretney, Stephen: Children – The Modern Law. Family Law, Jordan Publishing, Bristol 1993. *Bainham – Cretney* (1993).

Balloff, Rainer – Walter, Eginhard: Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall? Einige theoretische und empirische Grundannahmen, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1990 s. 445–459. *Balloff – Walter* (FamRZ 1990).

Balloff, Rainer – Walter, Eginhard: Konzeptionelle Gedanken zur Trennungs- und Scheidungsintervention, Familie und Recht 1991 s. 63–69. *Balloff – Walter* (FuR 1991).

Bartlett, Kathrine T. – Stack, Carol B.: Joint Custody Feminism, and the Dependency Dilemma, teoks. Joint Custody and Shared Parenting, ed. *Jay Folberg*, The Guilford Press New York 1991, s. 63–87. *Bartlett – Stack* (ed. Folberg 1991).

Barton, Chris – Douglas, Gillian: Law and Parenthood, Butterwoths London 1995. *Barton – Douglas* (1995).

Baumbach, Adolf – Lauterbach, Wolfgang: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassung und anderen Nebengesetzen, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band I, 28 Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin 1965. *Baumbach – Lauterbach* (1965).

Beck, Strange: Ægteskabsret og samfundsudvikling – et perspektiv, teoks. *Jørgen Gravesen* (red.) Familieret, Juristforbundets Forlag København 1980, s. 173–196. *Beck* (Familieret 1980).

Beck, Strange – Højgaard Pedersen, Marianne: Forældremyndighed, teoks. *Jørgen Gravesen* (red.) Familieret, Juristforbundets Forlag København 1980. *Beck – Højgaard Pedersen* (Familieret 1980).

Beckman, Nils – Höglund, Olle: Svensk familjerättspraxis, Sjätte omarbetade upplagan, P A Nordstedt & Söners förlag, Stockholm 1977. *Beckman – Höglund* (1977).

Beckman, Nils – Höglund, Olle: Svensk familjerättspraxis 1, täydennettävä kokoelma, Nordstets Juridik, julkaisuvuoden osalta on viitattu kunkin täydennysosan ilmestymisvuoteen (1984–1998). *Beckman – Höglund* (ao.vsl.).

Beitzke, Günther: Familienrecht, Ein Studienbuch, 15., neubearbeitete Auflage, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1970. *Beitzke* (1970).

Beitzke, Günther: Familienrecht, Ein Studienbuch, 20., überarbeitete Auflage, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1981. *Beitzke* (1981).

Belchaus, Günter: Elterliches Sorgerecht, Kommentar zum Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, Verlag Dr. Otto Schmidt KG Köln 1980. *Belchaus* (1980).

Berggren, Tobias – Wikander, Ulla: Gemensam vårdnad – att skiljas som vänner. Askild & Kärnekull Förlag Stockholm 1977. *Berggren – Wikander* (1977).

Bergmann, Alexander – Ferid, Murad: Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Verlag für Standesamtwesen Frankfurt am Main, täydennettävä laitos. Viitteissä on mainittu ao. nidettä ilmaiseva numero (VIII tai X), maa, täydennysosan ilmestymisvuosi sekä toimittajat: *Bergmann – Ferid* (jne.)

Bertoia, Carl – Drakich, Janice: The Fathers' Rights Movement – Contradictions in

Rhetoric and Practice, Journal of Family Issues (14) 1993 s. 592–615. *Bertoia – Drakich* (Journal of Family Issues 1993).

Beschlüsse des 59. Deutschen Juristentages 15.–18.9.1992 in Hannover (Auszug), Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1992 (FamRZ 1992) s. 1275–1278.

Bevan, H. K.: Child Law, Butterworths London 1989. *Bevan* (1989).

Black, James C. – Cantor, Donald J.: Child Custody, Columbia University Press New York 1989. *Black – Cantor* (1989).

Bloom-Feshbach, Sally – Bloom-Feshbach, Jonathan – Gaughran, Jane: The Child's Tie to Both Parents: Separation Patterns and Nursery School Adjustment, American Journal of Orthopsychiatry 50 (1980) s. 505–521. *Bloom-Feshbach et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1980).

Bogdan, Michael: Internationella barnarov ur svensk rätts synvinkel, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1982 s. 97–139. *Bogdan* (JFT 1982).

Bogdan, Michael: Komparativ rättskunskap, Norstedts Juridik Stockholm 1993. *Bogdan* (1993).

Bottomley, Anne: Resolving family disputes: a critical view, teoks. State, Law, And the Family – Critical Prespectives, toim. *Michael D.A. Freeman* Tavistock Publications, Sweet and Maxwell, London 1984 s. 293–303. *Bottomley* (ed. Freeman 1984).

Bowlby, John: Maternal Care and Menthal Health, 2nd ed. WHO Geneva 1952, suom. Laura Jokinen »Lasten hoivan ja hellyden tarve», WSOY Porvoo 1957.

Boyd, Susan B.: From Gender Specificity to Gender Neutrality? Idelogies in Canadian Child Custody Law, teoks. Child Custody and the Politics of Gender (toim. *Carol Smart – Selma Sevenhuijsen*) Routledge London 1989, s. 126–157. *Boyd* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989).

Bradley, David: Homosexuality and Child Custody in English Law, International Journal of Law and the Family 1 (1987) s. 155–205. *Bradley* (IJLF 1987).

Breithaupt, Marianne: Der aufhaltsame Aufstieg des gemeinsamen Sorgerechts für geschiedene Eltern – aufgezeigt am Beispiel der Entwicklung in München, Kritische Justiz 1994, s. 419–437. *Breithaupt* (Kritische Justiz 1994).

Bromley, P. M.: Family Law, Second edition, Butterworths London 1962. *Bromley* (1962).

Bromley, P.M. – Lowe, N.V.: Bromley's Family Law, Seventh edition, Butterworths London 1987. *Bromley – Lowe* (1987).

Bromley, P.M. – Lowe, N.V.: Bromley's Family Law, Eighth edition, Butterworths London 1992. *Bromley – Lowe* (1992).

Brophy, Julia: Child care and the growth of power: the status of mothers in custody disputes, teoks. Women in Law: Explorations in Law, Family and Sexuality, toim. *Julia Brophy – Carol Smart*, Routledge & Kegan Paul, London 1985. *Brophy* (ed. Brophy – Smart 1985).

Brophy, Julia: Custody Law, Child Care and Inequality in Britain, teoks. Child Custody and the Politics of Gender, ed. *Carol Smart – Selma Sevenhuijsen*, Routlegde London 1989, s. 217–242. *Brophy* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989).

Brotzky, Muriel – Steinman, Susan – Zemmelman, Steven: Joint Custody Through Mediation: A Longitudinal Assessment of the Children, teoks. Joint Custody and Shared Parenting (toim. *Jay Folberg*), The Guilford Press USA 1991, s. 167–176. *Brotzky – Steinman – Zemmelman* (ed. Folberg 1991).

Bruch, Carol: And How Are the Children? The Effects of Ideology And Mediation on

Child Custody Law and Children's Well-Being in the United States, International Journal of Law and Family (2) 1988, s. 106–126. *Bruch* (IJLF 1988).

Brusiin, Otto: Zum Ehescheidungsproblem, Eine Rechtstheoretische Studie, Hyvinkää 1959. *Brusiin* (1959).

Bush, Malcolm – Goldman, Harold: The Psychological Parenting and Permanency Principles in Child Welfare: A Reappraisal and Critique, American Journal of Orthopsychiatry (52) 1982, s. 223–235. *Bush – Goldman* (Amer.J.Orthopsychiat. 1982).

Butler, Ian – Noaks, Lesley – Douglas, Gillian – Lowe, Nigel – Pithouse, Andrew: The Children Act and the Issue of Delay, Family Law 1993, s. 412–414. *Butler – Noaks – Douglas – Lowe – Pithouse* (Fam Law 1993).

Büttner, Helmut: Änderungen im Familienverfahrensrecht durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1998 s. 585–594. *Büttner* (FamRZ 1998).

Camara, Kathleen A. – Resnick, Gary: Styles of Conflict Resolution and Cooperation between Divorced Parents: Effects on Child Behavior and Adjustment, American Journal of Orthopsychiatry 1989, s. 560–575. *Camara – Resnick* (Amer. J. Orthopsychiat. 1989).

Candolin, A.: Till frågan om vårdnaden av barn, vilkas föräldrar leva åtskilda, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1937, s. 578–582. *Candolin* (JFT 1937).

Cantell, Ilkka – Jaakkola, Risto – Sirén, Reino: Tuomioistuinten päätökset lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta sekä lapselle suoritettavasta elatusavusta, Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 12/1987, Helsinki 1987. *Cantell – Jaakkola – Sirén* (LaVO 12/1987).

Cantell, Ilkka – Luoma, Sirkka-Liisa: Tutkimus lapsen huoltoa tai tapaamisoikeutta koskevista täytäntöönpanoasioista, Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 23/1978. *Cantell – Luoma* (LaVO 23/1978).

Caselius, Ilmari: Tapaamisoikeudesta, Lakimies 1952 s. 1–10. *Caselius* (Lm 1952).

Caselius, Ilmari: Aviopuolisoiden yhdenvertaisuudesta avioerossa ja osituksessa, Lakimies 1961 s. 253–264. *Caselius* (Lm 1961).

Chambers, David L.: Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce, Michigan Law Review 1984 Vol.83, No. 3, s.477–569. *Chambers* (Michigan Law Review 1984).

Chambers, David L.: The Abuses of Social Science: A Response to Fineman and Opie, Wisconsin Law Review 1987 s. 159–163. *Chambers* (Wisconsin Law Review 1987).

Chess, Stella – Thomas, Alexander: Infant Bonding: Mystique and Reality, American Journal of Orthopsychiatry 1982, s. 213–222. *Chess – Thomas* (Amer.J.Orthopsychiat. 1982).

Chydenius, Wilhelm: Finsk Äktenskapsrätt, andra upplagen, Akademiska Bokhandeln Helsingfors 1922. *Chydenius* (1922).

Clulow, Christopher: Training Implications of the Children Act 1989: The 'Check-List' and Divorce Preceedings, Family Law 1990 s. 263–266. *Clulow* (Fam Law 1990).

Cochran, Robert F. Jr.: Reconciling the Primary Caretaker Preference, the Joint Custody Preference, and the Case-by-Case Rule, teoks. Joint Custody and Shared Parenting, toim. *Jay Folberg*, The Guilford Press New York 1991, s. 218–240. *Cochran* (ed. Folberg 1991).

Coester, Michael: Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, Metzner Frankfurt am Main 1983. *Coester* (1983).

Coester, Michael: Neue Aspekte zur gemeinsamen elterlichen Verantwortung nach Trennung und Scheidung, Familie und Recht 1991, s. 70–74. *Coester* (FuR 1991).

Coester, Michael: Sorgerecht bei Elternscheidung und KJHG, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1992, s. 617–625. *Coester* (FamRZ 1992).

Coester, Michael: Elternrecht des nichtehelichen Vaters und Adoption – Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7.3.1995, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1995, s. 1245–1251. *Coester* (FamRZ 1995).

Commaille, Jacques: Familles sans justice? Le droit et la justice face aux transformations de la famille, Le Centurion Paris 1982. *Commaille* (1982).

Cretney, S.M.: »What Will the Women Want Next?» The Struggle for Power within the Family 1925–1975, The Law Quarterly Review (112) 1996 s. 110–137. *Cretney* (L.Q.R. 1996).

Cretney, S.M. – Masson, J.M.: Principles of Family Law, Fifth edition, Sweet & Maxwell London 1990. *Cretney – Masson* (1990).

Cretney, S.M. – Masson, J.M.: Principles of Family Law, Sixth edition, Sweet & Maxwell London 1997. *Cretney – Masson* (1997).

Crouch, Richard E.: Divorce Mediation, Private Legal Practice and Legal Ethics in the U.S.A. Chapter 14, teoks. The Resolution of Family Conflict Comparative Legal Perspectives ed. *John M. Eekelaar – Sanford N. Katz*, Butterwoths Toronto 1984, s. 211–232. *Crouch* (The Resolution .., 1984).

Cuny, Anneliese: Regelung des elterlichen Sorge nach Scheidung und Trennung des Ehe, teoks. Neues elterliches Sorgerecht, ks. edellä *Alternativ-Entwurf*, s. 169–177. *Cuny* (Alternativ-Entwurf des Juristinnenbundes 1977)

David, René – Jauffret-Spinosi, Camille: Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät I, Suomen Lakimiesliiton Kustannus Oy Helsinki 1982. *David – Jauffret-Spinosi* I (1982).

David, René – Jauffret-Spinosi, Camille: Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät II, Suomen Lakimiesliiton Kustannus Oy Helsinki 1986. *David – Jauffret-Spinosi* II (1986).

Davis, Beggy C.: »There is a Book out...»: An Analysis of Judicial Absorption of Legislative Facts, Harvard Law Review 100 (1987) s. 1539–1604. (ks. myös *Krause* (ed.) Child Law 1992 s. 215 alk.). *Davis* (Harvard Law Review 1987).

Demos, John: Past, Present and Personal, The Family and the Life Course in American History, New York Oxford University Press 1986. *Demos* (1986).

Dewar, John: Law and the Family, with *Stephen Parker*, Second edition, Butterworths London 1992. *Dewar* (1992).

Dickens, Bernard M.: The Modern Function and Limits of Parental Rights, Law Quarterly Review (97) 1981, s. 462–485. *Dickens* (LQR 1981).

Diederichsen, Uwe: Zur Reform des Eltern-Kind-Verhältnisses, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1978 s. 461–474. *Diederichsen* (FamRZ 1978).

Diederichsen, Uwe: Nationalsozialistische Ideologie in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Ehe- und Familienrecht, teoks. *Dreier, Ralf – Sellert, Wolfgang* (toim.) Recht und Justiz im »Dritten Reich», Suhrkamp Frankfurt am Main 1989, s. 241–272. *Diederichsen* (Dreier – Sellert 1989).

Dingwall, Robert – Eekelaar, John: A Wider Vision?, teoks. Divorce Mediation and the Legal Process, toim. *Robert Dingwall – John Eekelaar*, Clarendon Press Oxford

1988, s. 168–182. *Dingwall – Eekelaar* (ed. Dingwall – Eekelaar 1988).

Downey, Douglas B. – Powell, Brian: Do Children in Single-Parent Households Fare Better Living with Same-Sex Parents? Journal of Marriage and the Family (55) 1993, s. 55–70, *Downey – Powell* (Journal of Marriage and the Family 1993).

Duncan, Simon: Theorizing European Gender Systems, Journal of European Social Policy 1995 s, 263–284. *Duncan* (Journal of European Social Policy 1995).

Dölle, Hans: Familienrecht, Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Band II, Verlag C.F.Müller, Karlsruhe 1965. *Dölle II* (1965).

Edwards, Leonard P.: A Comprehensive Approach to the Representation of Children: The Child Advocacy Coordinating Council, Family Law Quarterly 27, 1993 s. 417–431. *Edwards* (Family Law Quarterly 1993).

Eekelaar, John: What Are Parental Rights? The Law Quarterly Review (89) 1973, s. 210–234. *Eekelaar* (LQR 1973).

Eekelaar, John: Family Law and Social Policy, Second edition, Weidenfeld and Nicolson London 1984. *Eekelaar* (1984).

Eekelaar, John: The Eclipse of Parental Rights, The Law Quarterly Review (102) 1986, s. 4–9. *Eekelaar* (LQR 1986).

Eekelaar, John: The Emergence of Children's Rights, Oxford Journal of Legal Studies 6 (1986) s. 161–182. *Eekelaar* (OxfordJLS 1986).

Eekelaar, John: Regulating Divorce, Clarendon Press Oxford 1991. *Eekelaar* (1991).

Eekelaar, John: The Importance of Thinking that Children Have Rights, teoks. Children, Rights, and the Law (ed. *Philip Alston – Stephen Parker – John Seymour*), Clarendon Press Oxford 1992, s. 221–244. *Eekelaar* (ed. Alston – Parker – Seymour, 1992).

Eekelaar, John: The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism, International Journal of Law and the Family 8 (1994) s. 42–61. *Eekelaar* (IJLF 1994).

Eekelaar, John: Family Justice: Ideal or Illusion? – Family Law and Communitarian Values, Current Legal Problems 1995 (Vol. 48) s. 191–216. *Eekelaar* (Current Legal Problems 1995).

Eekelaar, John – Clive, Eric with *Karen Clarke* and *Susan Raikes*: Custody after Divorce – The Disposition of Custody in Great Britain. Centre for Socio-Legal Studies, Wolfson College, Oxford 1977. *Eekelaar et al.* (1977).

Eekelaar, John – Dingwall, Robert: The Development of Conciliation in England, teoks. Divorce Mediation and the Legal Process ed. *Robert Dingwall – John Eekelaar*, Clarendon Press Oxford 1988, s. 3–22. *Eekelaar – Dingwall* (ed. Dingwall – Eekelaar 1988).

Elkin, Meyer: Joint Custody: In the Best Interest of the Family, teoks. Joint Custody and Shared Parenting, 2nd ed. toim. *Jay Folberg*, The Guilford Press, New York 1991, s. 11–25. *Elkin* (ed. Folberg 1991).

Elliott, Jane – Ochiltree, Gay – Richards, Martin – Sinclair, Christina – Tasker, Fiona: Divorce and Children: A British Challenge to the Wallerstein View, Family Law 1990 s. 309–310. *Elliott et al.* (Fam Law 1990).

Ellsworth, Phoebe C. – Levy, Robert J.: Legislative reform of Child Custody Adjudication, An Effort to Rely on Social Science Data in Formulating Legal Policies, Law and Society Review 1969 s. 167–233. *Ellsworth – Levy* (1969).

Elster, Jon: Solomonic Judgements: Against the Best Interest of the Child (The University of Chicago Law Review 1987) s. 1–45. *Elster* (The University of Chicago Law Review 1987).

Encyclopædia iuridica fennica III Perhe-, työ- ja sosiaalioikeus. Suomalainen oikeustietosanakirja, Suomalainen Lakimiesyhdistys, Jyväskylä 1996. Teokseen on viitattu kunkin sana-artikkelin kirjoittajan nimellä ja lyhenteellä, esim. *Helin* (EIF III 1996). Sivujen asemesta on viitattu teoksen numeroituihin palstoihin.

Encyclopædia iuridica fennica VI Kansainväliset suhteet. Suomalainen oikeustietosanakirja, Suomalainen Lakimiesyhdistys, Jyväskylä 1998. Teokseen on viitattu kunkin sana-artikkelin kirjoittajan nimellä ja lyhenteellä samoin kuin em. III osan osalta.

Esko, Martti: Mies ja isyys, Perheen kehitysvaiheet ja isän muuttuva rooli, Werner Söderström Osakeyhtiö, Porvoo 1984. *Esko* (1984).

Esko, Martti: Viisi vuosikymmentä avioliitto- ja perheneuvontaa, Sielunhoidon aikakauskirja (6) 1993, s. 13–25. *Esko* (Sielunhoidon aikakauskirja 1993).

Ewerlöf, Göran – Röst Andréasson, Barbro – Sverne, Tor: Barnets bästa. Om föräldrars och samhällets ansvar, Publica Liber Förlag Stockholm 1982. *Ewerlöf – Röst Andréasson – Sverne* (1982).

Family Law and Child Law Statutes, toim. *Susan Vaulkhard* 3rd Edition, Longman, London 1990. *Statutes* (ed. Vaulkhard 1990).

Fehmel, Hans-Werner: Gemeinsames elterliches Sorgerecht nach der Scheidung?, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1979 s. 380–381. *Fehmel* (FamRZ 1979).

Feldman, Linda – Mitchels, Barbara: The Children Act 1989, A Practical Guide, Longman London 1990. *Feldman – Mitchels* (1990).

Felner, Robert D – Farber, Stephanie S.: Social Policy for Child Custody, A Multidisciplinary Framework, American Journal of Orthopsychiatry (50) 1980 s. 341–347. *Felner – Farber* (Amer.J.Orthopsychiat. 1980).

Fineman, Martha L.: A Reply to David Chambers, Wisconsin Law Review 1987 s. 165–169. *Fineman* (Wisconsin Law Review 1987).

Fineman, Martha: Dominant Discourse, Professional Language, and Legal Change in Child Custody Decisionmaking, Harvard Law Review, 101 (1988) s. 727–774. *Fineman* (Harvard Law Review 1988).

Fineman, Martha L.: The Politics of Custody and Gender: Child Advocacy and the Transformation of Custody Decision Making in the USA, teoks. Child Custody and the Politics of Gender *Carol Smart – Selma Sevenhuijsen* (ed.) London Routledge 1989, s. 27–50. *Fineman* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989).

Fineman, Martha Albertson: The Neutred Mother, the Sexual Family And Other Twentieth Century Tragedies, Routledge New York 1995. *Fineman* (1995).

Folberg, Jay H.: Divorce Mediation – The Emerging American Model, Chapter 13, teoks. The Resolution of Family Conflict Comparative Legal Perspectives ed. *John M. Eekelaar – Sanford N. Katz*, Butterwoths Toronto 1984, s. 193–210. *Folberg* (The Resolution .., 1984).

Folberg, Jay: Child Custody Law: The American Perspective, teoks. Parent-Child Relationship, Post-Divorce; a seminar report, The Danish National Institute of Social Research, Stencil. Copenhagen 1984, s. 252–301. *Folberg* (Copenhagen 1984).

Folberg, Jay: Custody Overview, teoks. Joint Custody and Shared Parenting (toim. *Jay*

Folberg), The Guilford Press, New York 1991, *s. 3–10. Folberg* (ed. Folberg 1991).

Forsberg, Hannele: Sosiaalitoimiston isä: kaivattu toivoton ja uhkaava, teoks. *Leena Eräsaari – Raija Julkunen – Harriet Silius* (toim.) Naiset yksityisen ja julkisen rajalla, Vastapaino Tampere 1995, s. 132–149. *Forsberg* (Eräsaari – Julkunen – Silius 1995).

Foster, Henry Jr. – Freed, Doris Jonas: A Bill of Rights for Children, Family Law Quarterly (6) 1972, s. 343–375, ks. myös Child Law ed. *Harry D. Krause*. s. 3–35. *Foster – Freed* (Family Law Quarterly 1972).

Frank, Rainer: Germany, The Need for Reform in Parentage Law, teoks. *Andrew Bainham* (ed.) The International Survey of Family Law 1995 s. 167–177. *Frank* (International Survey of Family Law 1995).

Frank, Rainer: Germany, A Fundamental Reform of Parentade Law is Pending, teoks. *Andrew Bainham* (ed.) The International Survey of Family Law 1996, s. 179–187. *Frank* (International Survey of Family Law 1996).

Freeman, M.D.A.: Child Law at the Crossroads, Current Legal Problems 1974 s. 165–211. *Freeman* (Current Legal Problems 1974).

Freeman, Michael D.A.: The Rights and Wrongs of Children, Frances Pinter London 1983. *Freeman* (1983).

Freeman, Michael D.A.: Questioning the Delegalization Movement in Family Law; Do We Really Want a Family Court? teoks. The Resolution of Family Conflict, Comparative Legal Perspective, ed. *John M. Eekelaar – Sanford N. Katz*, Butterworths, Toronto 1984, s. 7–25. *Freeman* (The Resolution... 1984).

Freeman, Michael D.A.: Introduction: Rights, Ideology and Children, teoks. The Ideologies of Children's Rights (ed. *Michael Freeman – Philip Veerman*), Martinus Nijhoff Publishers /Kluwer Dordrecht 1992, s. 3–6. *Freeman* (ed. Freeman – Veerman 1992).

Freeman, Michael D.A.: Taking Children's Rights More Seriously, teoks. Children, Rights, and the Law (ed. *Philip Alston – Stephen Parker – John Seymour*), Clarendon Press Oxford 1992, s. 52–71. *Freeman* (ed. Alston – Parker – Seymour 1992).

Freeman, M.D.A.: England: Back to Basics, University of Louisville Journal of Family Law 33 (1994–95) Annual Survey of Family Law (17) 1993, s. 329–352. *Freeman* (Journal of Family Law 1994–95).

Fthenakis, Wassilios E.: Psychologische Beiträge zur Bestimmung von Kindeswohl und elterlichen Verantwortung, teoks. Persönlichkeit, Familie, Eigentum – Grundrechte aus der Sicht der Sozial- und Verhaltenswissenschaften, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie XII, Hrsg. *Ernst-Joachim Lampe*, Westdeutscher Verlag Opladen 1987, s. 182–224. *Fthenakis* (Lampe 1987).

Fthenakis, Wassilios E. – Niesel, Renate – Kunze, Hans-Rainer: Ehescheidung, Konsequenzen für Eltern und Kinder, Urban & Schwarzenberg München 1982. *Fthenakis u.a.* (1982).

Furstenberg, Frank F. – Cherlin, Andrew J.: Geteilte Familien alkuperäisteos: Divided Families, Harvard University Press 1991, saksankielinen käännös Ulrike Stopfel, Klett-Cotta Stuttgart 1993. *Furstenberg – Cherlin* (1993).

Gadolin, A. W.: Suomen holhousoikeuden pääpiirteet, Söderström Helsinki 1936. *Gadolin* (1936).

Garvin, Vicki – Kalter, Neil – Hansell, James: Divorced Women: Individual Differences

in Stressors, Mediating Factors, and Adjustment Outcome, American Journal of Orthopsychiatry 1993 s. 232–240, *Garvin et al* (Amer.J.Orthopsychiat. 1993).

Gernhuber, Joachim: Lehrbuch des Familienrechts, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandling München 1964. *Gernhuber* (1964).

Gernhuber, Joachim: Lehrbuch des Familienrechts 3., völlig neubearbeitete Auflage, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung München 1980. *Gernhuber* (1980).

Gernhuber, Joachim: Kindeswohl und Elternwille, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1973 s. 229–244. *Gernhuber* (FamRZ 1973).

Giesen, Dieter: The Reform of Family Law in Germany, teoks. The Reform of Family Law in Europe *A.G. Chloros* (ed.), Kluwer Deventer 1978, s. 111–138. *Giesen* (ed. Chloros 1978).

Glendon, Mary Ann: The Transformation of Family Law, State, Law, and Family in the United States and Western Europe, Chicago Press 1989. *Glendon* (1989).

Goldstein, Joseph: In Whose Best Interest? Teoks. Joint Custody and Shared Parenting, *Jay Folberg* (ed.), The Guilford Press, New York 1991, s. 16–25. *Goldstein* (ed. Folberg 1991).

Goldstein, Joseph – Freud, Anna – Solnit, Albert J.: Beyond the Best Interest of the Child, New Edition with Epilogue, London Burnett Books 1980. Teokseen on viitattu 1. painoksen ilmestymisvuoden 1973 mukaan. *Goldstein – Freud – Solnit* (1973).

Goldstein, Joseph – Freud, Anna – Solnit, Albert J.: Before the Best Interest of the Child, The Free Press, A Division of Macmillan Publishing Co., Inc. New York 1979. *Goldstein – Freud – Solnit* (1979).

Gottberg-Talve, Eva: Lapsen edusta oikeudellisen huolto-, tapaamisoikeus- ja holhousratkaisun päätavoitteena ja perustelukohtana. Defensor Legis 1991 s. 444–465. *Gottberg-Talve* (DL 1991).

Gottberg, Eva: Oikeustapausselostus KKO 1991:36. Lakimies 1991 s. 1297–1303. *Gottberg* (Lm 1991).

Gottberg, Eva: Keskeinen perhelainsäädäntö yksinhuoltajan kannalta teoks. *Gottberg, Eva – Sairisalo, Heljä* (toim.): Yksinhuoltajan elämänhallinnan opas, Ajatus Helsinki 1994. *Gottberg* (Gottberg – Sairisalo 1994).

Gottberg, Eva: Perhe, elatus ja sosiaaliturva, Tutkimus yksityisen ja julkisen elatusvastuun rajoista, rakenteesta ja toimivuudesta, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, Yksityisoikeuden sarja A:80, Turku 1995. *Gottberg* (1995).

Gottberg, Eva: Perhesuhteet ja lainsäädäntö, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, Yksityisoikeuden sarja A:83, Turku 1996. *Gottberg* (1996).

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

Graf, Georg: Die internationale Verbundszuständigkeit, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung Band 46, Verlag V. Florentz München 1984. *Graf* (1984).

Graversen, Jørgen: Fælles forældremyndighed efter separation og skilsmisse og andre forældremyndighedsproblemer, teoks. *Graversen, Jørgen – Koch-Nielsen, Inger*: Falles forældremyndighed ved separation og skilsmisse, To artikler, Socialforskningsinstituttet, meddelelse 43, København 1984, s. 9–49. *Graversen* (To artikler, 1984).

Greif, Judith Brown: Fathers, Children and Joint Custody, American Journal of Ortho-

psychiatry 1979 (Vol 49) s. 311–319. *Greif* (Amer.J.Orthopsychiat. 1979).

Greycar, Regina: Equal Rights *versus* Fathers' Rights: The Child Custody Debate in Australia, teoks. Child Custody and the Politics of Gender, toim. *Carol Smart – Selma Sevenhuijsen*, London Routlegde 1989, s. 158–189. *Greycar* (1989).

Gross, Helga: Das Recht der elterlichen Sorge, Neuregelung ab 1.1.1980, 2., ergänzte Auflage, Kleinere Schriften des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, Heft 64, Eigenverlag des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge 1980. *Gross* (1980).

Grossberg, Michael: Governing the Hearth – Law anf Family in Ninetheenth-century America, The University of North Carolina Press, Chapel Hill 1985. *Grossberg* (1985).

Grziwotz, Herbert: Rechtsprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1994 s. 1217–1226. *Grziwotz* (FamRZ 1994).

Halla, Klaus: Ennakotietoja elatusvelvollisista, Sosiaali-ja terveysministeriö, tutkimusosasto, Julkaisuja 6/1978. *Halla* (STM 6/1978).

Halme-Kauranen, Ritva – Jaakkola, Risto: Lausunnot holhouslainsäädännön uudistamistyöryhmän ehdotuksesta, Tiivistelmä. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 10/1981, Helsinki 1981. *Halme-Kauranen – Jaakkola* (LaVO 10/1981).

Healy, Joseph M. – Malley, Janet E. – Stewart, Abigail J.: Children and Their Fathers after Parental Separation, American Journal of Orthopsychiatry 1990 s. 531–543, *Healy et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1990).

Heikonen, A. R.: Lapsen huollosta erotetun vanhemman oikeudesta tavata lasta. Lakimies 1951 s. 667–679. *Heikonen* (Lm 1951).

Heiliger, Anita: Zur Problematik einer Konzeption nachehelicher gemeinsamer elterlicher Sorge als Regelfall im Kontext einer geplanten Reform des Kindschaftsrecht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1992, s. 1006–1011. *Heiliger* (FamRZ 1992).

Helin, Markku: Suomalainen avioeroprosessi, Helsinki Tammi 1974. *Helin* (1974).

Helin, Markku: Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja n:o 178, Vammala 1988. *Helin* (1988).

Helin, Markku: Lapsen huolto, teoks. Lapsioikeuden pääpiirteet, toim. *Heikki E.S. Mattila* 2. painos, Juridica Helsinki 1984 s.89–149. *Helin* (Mattila 1984).

Helin, Markku (EIF III 1996), ks. Encyclopædia iuridica fennica III.

Helin, Markku: Lapsen huolto- ja tapaamisoikeuslain säännökset lasta koskevista kansaivälisluonteisista riidoista. Defensor Legis 1995, s. 901–931. *Helin* (DL 1995).

Helin, Markku – Linna, Tuula – Rintala, Matti: Huolto- ja tapaamispäätöksen täytäntöönpano, Kauppakaari Oy Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1997. *Helin – Linna – Rintala* (1997).

Henrich, Dieter: Probleme der deutschen Rechtseinheit im Familienrecht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1991 s. 873–878. *Henrich* (FamRZ 1991).

Hermanns, Manfred: Neuere sozialwissenschaftliche Befunde zum inhaltlichen Verständnis von Ehe und Familie, Zeitschrift für das ganze Familienrecht 1994 s. 1001–1007. *Hermanns* (FamRZ 1994).

Hess, Robert D. – Camara, Kathleen A.: Post-Divorce Family Relationships as Mediating Factors in the Consequences of Divorce for Children, Journal of Social Issues (35) 1979 s. 79–96. *Hess – Camara* (Journal of Social Issues 1979).

Hetherington, Mavis E. – Cox, Martha – Cox, Roger: Play and Social Interaction in Children Following Divorce, Journal of Social Issues 1979 (Vol. 35) s. 26–49. *Hetherington – Cox – Cox* (Journal of Social Issues 1979).

Hirsch, Martin – Majer, Diemut – Meinck, Jürgen: Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus, Ausgewählte Schriften, Gesetze und Gerichtsentscheidungen von 1933 bis 1945. Bund-Verlag Köln 1984. *Hirsch – Majer – Meinck* (1984).

Hoff, Joan: Law, Gender, and Injustice, A Legal History of U.S. Women, New York University Press, New York 1991. *Hoff* (1991).

Hoggett, Brenda: The Children Bill: The Aim. Family Law 1989 s. 217–221. *Hoggett* (Fam Law 1989).

Hoggett, Brenda M. – Pearl, David S.: The Family Law and Society, Cases and Materials, Second Edition, Butterwoths London 1987. *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987).

Huttunen, Oiva: Avioliittolaki ynnä siihen liittyvät lait ja asetukset, 2. painos, WSOY Porvoo 1945. *Huttunen* (1945).

Häggman, Kai: Perheen vuosisata, Perheen ihanne ja sivistyneistön elämäntapa 1800-luvun Suomessa, Painatuskeskus Helsinki 1994. *Häggman* (1994).

Hämäläinen, Kirsti: Miten sopimusta rakennetaan? Sosiaalityöntekijän vaikuttamiskeinot puheen tasolla lapsen huolto- ja tapaamisoikeusneuvottelussa, Julkaisematon pro gradu -tutkielma, Tampereen yliopisto, Sosiaalipolitiikka / sosiaalityö, syksy 1996. *Hämäläinen* (pro gradu).

Ideologies of Children's Rights, ed. *Michael Freeman & Philip Veerman*, Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht 1992. *Ideologies of Children's Rights* (ed. Freeman – Veerman 1992).

Inger, Göran: Svensk rättshistoria, upplaga 2:1, Liber Förlag Lund 1983. *Inger* (1983).

Jaakkola, Risto: Lausunnot avioliittolakikomitean I mietinnöstä, Tiivistelmä, Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisu 3/1975, Helsinki 1975. *Jaakkola* (OM 3/1975).

Jaakkola, Risto: Lausunnot avioliittotoimikunnan mietinnöstä, Tiivistelmä, Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 4/1984, Helsinki 1984. *Jaakkola* (LaVO 4/1984).

Jaakkola, Risto: Avioero 1988, Lainuudistuksen ensimmäinen vuosi, Tutkimus Helsingin raastuvanoikeuteen tehdyistä avioerohakemuksista, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 94, Helsinki 1989. *Jaakkola* (1989).

Jacobsson, Ulla: Ett barns rättigheter, Askild & Kärnekull Förlag 1978. *Jacobsson* (1978).

Jallinoja, Riitta: Suomalaisen naisasialiikkeen taistelukaudet, WSOY Porvoo 1983. *Jallinoja* (1983).

Jallinoja, Riitta: Perhekäsityksistä perhettä koskeviin ratkaisuihin. II Luku teoksessa *Haavio-Mannila, Elina – Jallinoja, Riitta – Strandell, Harriet*: Perhe, työ ja tunteet – ratkaisuja ja ristiriitoja. WSOY Porvoo 1984 s. 37–110. *Jallinoja* (Perhe, työ ja tunteet, 1984).

Jallinoja, Riitta: Johdatus perhesosiologiaan, WSOY Porvoo 1985. *Jallinoja* (1985).

Jans, Karl-Wilhelm – Happe, Günter: Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, Kommentar, Kohlhammer Köln 1980, *Jans – Happe* (1980).

Joensuu, Matti: Avoliitto, avioliitto, perhe, 2. painos, WSOY Porvoo 1972. *Joensuu* (1972).

Johnston, Janet R.: Domestic Violance and Parent-Child Relationships in Families Disputing Custody. Australian Journal of Family Law (1995) s. 12–25. *Johnston* (Australian Journal of Family Law 1995).

Johnston, Janet R. – Kline, Marsha – Tschnn, Jeanne M.: Ongoing Postdivorce Conflict: Effects on Children of Joint Custody and Frequent Access, American Journal of Orthopsychiatry 1989 s. 576–592. *Johnston et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1989).

Jokela, Heikki: Ruotsiin hoidettavaksi siirrettyjä suomalaislapsia koskevista oikeuskysymyksistä, Lakimies 1954 s. 488–501. *Jokela* (Lm 1954).

Jones, Sally: The ascertainable wishes and feelings of the child, Journal of Child Law 4 (1992) s. 181–185. *Jones* (Journal of Child Law 1992).

Julkunen, Raija: Julkinen ja yksityinen hyvinvointivaltiossa, teoks. *Leena Eräsaari – Raija Julkunen – Harriet Silius* (toim): Naiset yksityisen ja julkisen rajalla, Vastapaino Tampere 1995, s. 203–213. *Julkunen* (Eräsaari – Julkunen – Silius 1995).

Juridiska Föreningens förhandlingar år 1939. 3. Kunna makar, vilka vunnit äktenskapsskillnad, avtalsvis vidtaga bindande ändring i rättens beslut om vårdnaden av makarnas barn? Kirjalliset alustukset *Kurt Kaira* (Centralavdelningen), *Hugo Sundqvist* (Åbo filialavdelningen) ym. sekä keskustelun tulokset, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1940, s. 104–110. *Kaira* ym. (JFT 1940).

Justander, Kalle: Lasten oikeudet, teoks. Kansainväliset ihmisoikeudet, toim. *Marjut Helminen – K.J.Lång*, Lakimiesliiton Kustannus 1987 Helsinki, s. 232–248. *Justander* (Helminen – Lång, 1987).

Jänterä, Maarit: Lapsi kansainvälisissä suhteissa, teoks. Lapsioikeuden pääpiirteet, toim. *Heikki E.S. Mattila*, Juridica Helsinki 1981, s. 250–283. *Jänterä* (Mattila 1981).

Jänterä-Jareborg: Maarit: Lapsi kansainvälisissä suhteissa, teoks. Lapsioikeuden pääpiirteet 2.painos toim. *Heikki E.S. Mattila*, Juridica Helsinki 1984, s. 301–333. *Jänterä-Jareborg* (Mattila 1984).

Jänterä-Jareborg, Maarit: Partsautonomi och efterlevande makes rättsställning, En internationellt-privaträttslig studie, Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala, Iustus Förlag Uppsala 1989. *Jänterä-Jareborg* (1989).

Kaira ym. (JFT 1940) ks. *Juridiska Föreningens förhandlingar*.

Kalter, Neil: Long-Term Effects of Divorce on Children: A Developmental Vulnerability Model, American Journal of Orthopsychiatry 1987 s. 587–600. *Kalter* (Amer.J.Orthopsychiat. 1987).

Kalter, Neil: Research Perspectives on Children of Divorce: Introduction, American Journal of Orthopsychiatry 1989 s. 557–559. *Kalter* (Amer.J.Orthopsychiat. 1989).

Kalter, Neil – Kloner Amy – Schreier, Shelly – Okla, Katherine: Predictors of Children's Postdivorce Adjustment, American Journal of Orthopsychiatry 1989, s. 605–618, *Kalter et al* (Amer.J.Orthopsychiat. 1989).

Kangas, Urpo: Det nationalsocialistiska rättstänkandet och de reaktioner som det uppväckte i Finland, Oikeustiede – Jurisprudentia XX 1987 s. 6–107. *Kangas* (Oikeustiede – Jurisprudentia 1987).

Kangas, Urpo: Omaisuuden yhteisyydestä omaisuuden erillisyyteen, Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja 52, Helsingin yliopisto, Helsinki 1996. *Kangas* (1996).

Karisto, Antti – Takala, Pentti – Haapola, Ilkka: Elintaso, elämäntapa, sosiaalipolitiikka. Aineistoa suomalaisen yhteiskunnan muutoksesta, WSOY Porvoo 1984. *Karisto – Takala – Haapola* (1984).

Kellerhals, Jean – Perrin, Jean François – Voneche, Laura: Switzerland, teoks. *Robert Chester* (ed.): Divorce in Europe, Martinus Nijhoff Social Sciences Division Leiden 1977. *Kellerhals – Perrin – Voneche* (ed. Chester 1977).

Ketonen, Anne – Koski, Maija-Liisa – Gottberg, Eva: Lapsen huolto ja tapaamisoikeus ja Euroopan ihmisoikeusyleissopimus, DL 1991 s. 731–758. *Ketonen – Koski – Gottberg* (DL 1991).

Kilpeläinen, Karla (EIF VI 1998), ks. Encyclopædia iuridica fennica VI.

Kindschaftsrecht im Wandel, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 40, im Institut hrsg. von *Peter Dopfel*, J.C.Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1994. *Kindschaftsrecht im Wandel* (MPI 1994).

Kirkolliskokous, ks. Suomen evankelis-luterilaisen kirkon...

Kirstinä, Kati: Kati tykkää äidistä, teoks. Pikku Pegasos, 400 kauneinta lastenrunoa, toim. *Kaarina Helakisa*, 9. painos Kustannusosakeyhtiö Otava Helsinki 1986, s. 58.

Kitson, Gay C – Morgan, Leslie A.: The Multiple Consequences of Divorce: A Decade Review, Journal of Marriage and the Family 52 (1990) s. 913–924, *Kitson – Morgan* (Journal of Marriage and the Family 1990).

Klenner, Wolfgang: Rituale der Umgangsvereitelung bei getrenntlebenden oder geschiedenen Eltern – Eine psychologische Studie zur elterlichen Verantwortung, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1995 s. 1529–1535. *Klenner* (FamRZ 1995).

Koljonen, Asa: Avioerolasten huollosta ja elatusavusta, Defensor Legis 1970 s. 527–544. *Koljonen* (DL 1970).

Kollhosser, Helmut: Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit: zugleich ein Beitrag zum Allgemeinen Verfahrensrecht, C.H. Beck München 1970. *Kollhosser* (1970).

Koskelo, Pauliine: Avioerot ja niihin vaikuttaneet tekijät vuosina 1930–1977. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 8/1979. *Koskelo* (LaVO 8/1979).

Koski, Maija-Liisa: »Riittävän hyvän vanhemmuuden» arvioiminen, teoks. Lapsen etu, toim. *Soile Aho – Ulla Kulmala – Hannele Räihä – Sirpa Porkka – Taru Timlin*, Turun yliopiston täydennyskoulutuskeskus 1995, s. 3–13. *Koski* (Aho – Kulmala – Räihä – Porkka – Timlin, 1995).

Koski-Hyvärinen, Pirjo – Puttonen, Tuula: Isät tänään, Mannerheimin lastensuojeluliiton julkaisu, lapsiraportti A 54, Mannerheimin lastensuojeluliitto 1987. *Koski-Hyvärinen – Puttonen* (1987).

Kram, Shirley Wohl – Frank, Neil A.: The Law of Child Custody: Development of the Substantive Law, Lexington Books D.C. Heath and Company, Lexington, Massachusetts 1982. *Kram – Frank* (1982).

Krause, Harry D. (ed.): Child Law, Parent, Child and State, The International Library of Esseys in Law & Legal Theory, Areas 13, Darthmouth Aldershot 1992.

Krause, Harry D: Family Law in a Nutshell, third edition, West Publishing Co. 1995, St. Paul, Minn. *Krause* (1995).

Kropholler, Jan: Gleichberechtigung durch Richterrecht, Schriften zum europäischen

Zivil-, Handels- und Prozessrecht Band 84, Gieseking Bielefeld 1975. *Kropholler* (1975).

Kropholler, Jan: Internationales Privatrecht, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1990. *Kropholler* (1990).

Krüger, Hildegard – Breetzke, Ernst – Nowack, Kuno: Gleichberechtigungsgesetz, Kommentar, Beck München 1958. *Krüger – Breetzke – Nowack* (1958).

Kurki-Suonio, Kirsti: Isien oikeudet ja lapsen etu – Naisnäkökulma ja lapsen huollon määräytyminen, teoks. Naisnäkökulmia oikeuteen, toim. *Riitta Turunen*, Gaudeamus 1992. *Kurki-Suonio* (Turunen, 1992).

Kurki-Suonio, Kirsti: Gemensam vårdnad – vad döljer man med barnets bästa? teoks. *Gudrun Nordborg* (red.) 13 kvinnoperspektiv på rätten, Iustus Förlag Uppsala 1995. *Kurki-Suonio* (Nordborg 1995).

Kurki-Suonio, Kirsti: Oikeusjärjestelmä ja naisen vanhemmuus – johdannoksi. teoks. Vanhemmuuksia, Oikeuden nainen – naisen oikeus -projektin seminaarijulkaisu, Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja 45, Helsinki 1996, s. 1–15. *Kurki-Suonio* (Vanhemmuuksia 1996).

Kurki-Suonio, Kirsti (EIF III 1996), ks. Encyclopædia iuridica fennica III.

Kuronen, Marjo: Naiset kohtaavat neuvolassa, teoks. *Leena Eräsaari – Raija Julkunen – Harriet Silius* (toim.) Naiset yksityisen ja julkisen rajalla, Vastapaino Tampere 1995, s. 111–131. *Kuronen* (Eräsaari – Julkunen – Silius, 1995).

Kurtz, Linda: Psychosocial Coping Resources in Elementary School-Age Children of Divorce, American Journal of Orthopsychiatry 1994, *Kurtz* (Amer.J.Orthopsychiat. 1994).

Kyllönen, Riitta: Kuvaileva selonteko, Julkaisematon moniste, Tampereen yliopiston sosiologian laitos, 1988. *Kyllönen* (Kuvaileva selonteko).

Kyllönen, Riitta: »Mitä se sitten on se yhteishuolto?» Laadullinen tutkimus tamperelaisten huoltajien kokemuksista, julkaisematon sosiologian pro gradu -tutkielma, Tampereen yliopiston sosiologian laitos, lokakuu 1988. *Kyllönen* (pro gradu).

Lahikainen, Anja Riitta – Strandell, Harriet: Lapsen kasvuehdot Suomessa, Gaudeamus Helsinki 1988. *Lahikainen – Strandell* (1988).

Lamb, Michael E.: The Role of the Father: An Overview, teoks. The Role of the Father in Child Development, toim. *Michael E. Lamb*, John Wiley & Sons, New York 1976, s. 1–35. *Lamb* (Lamb 1976).

Laurinkari, Helena: Huolto, teoks. Lapsioikeuden pääpiirteet, toim. *Heikki E. S. Mattila*, Juridica Helsinki 1981, s. 79–115. *Laurinkari* (Mattila 1981).

Lempp, Reinhart: Das Wohl des Kindes in §§ 1666 und 1671 BGB, Neue juristische Wochenschrift 1963, s. 1659–1662. *Lempp* (NJW 1963).

Lempp, Reinhart: Die Rechtsstellung des Kindes aus geschiedener Ehe aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, Neue juristische Wochenschrift 1972 s. 315–319. *Lempp* (NJW 1972).

Lempp, Reinhart: Die Ehescheidung und das Kind, Ein Ratgeber für Eltern, 4. rev. Aufl., Kösel München 1982. *Lempp* (1982).

Lewis, Charlie – O'Brian, Margaret: Constraints on fathers: research, theory and clinical practice, teoks. Reassessing Fatherhood (toim. *Charlie Lewis – Margaret O'Brien*) London SAGE Publications 1987, s. 1–19. *Lewis – O'Brian* (1987).

Levitin, Teresa E.: Children of Divorce: An Introduction, Journal of Social Issues (35)

1979 s. 1–25. *Levitin* (Journal of Social Issues 1979).

Liebl-Blittersdorf, Marion: Stellungnahme zu § 1634 BGB des EFrakt=§ 1635 EJB (Umgangsrecht des nicht sorgeberechtigten Elternteils), teoks. Neues elterliches Sorgerecht, Ks. edellä *Alternativ-Entwurf*, s. 129–137. *Liebl-Blittersdorf* (Alternativ-Entwurf des Juristinnenbundes 1977)

Limbach, Jutta: Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe 178, C.F.Müller Juristischer Verlag Heidelberg 1988. *Limbach* (1988).

Limbach, Jutta: Die Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis, Eine Rechtstatsachenstudie, Bundesanzeiger Köln 1989. *Limbach* (1989).

Lindholm, Anna-Karin: Lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevien päätösten täytäntöönpano, Tutkimus, Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 18/1988, Helsinki 1988. *Lindholm* (LaVO 18/1988).

Lipp, Martin: Das elterliche Sorgerecht für das nichteheliche Kind nach dem Kindschaftsrechtsreformgesetz (KindRG), Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1998 s. 65–76. *Lipp* (FamRZ 1998).

Lødrup, Peter: Familieretten, 2. utgave, Oslo 1994. *Lødrup* (1994).

Luepnitz, Anna Deborah: Child Custody, A Study of Families after Divorce, Lexington LexingtonBooks D.C. Heath and Company 1982 (Second printing 1983). *Luepnitz* (1982).

Lund, Mary: The non-custodial father: Common challenges in parenting after divorce, teoks. Reassessing Fatherhood toim. *Charlie Lewis – Margaret O'Brien* SAGE Publications 1987 London, s. 212–224. *Lund* (ed. Lewis – O'Brien 1987).

Lund-Andersen, Ingrid: Forældremyndighed, teoks. Familieret, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1990, s. 48–96. *Lund-Andersen* (Familieret 1990).

Luthin, Horst: Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung, Verlag Ernst und Werner Gieseking Bielefeld 1987. *Luthin* (1987).

Lüderitz, Alexander: Die Rechtsstellung ehelicher Kinder nach Trennung ihrer Eltern im künftigen Recht der Bundesrepublik Deutschland, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1975 s. 605–614. *Lüderitz* (FamRZ 1975).

Lüderitz, Alexander: Neues elterliches Sorgerecht – Gedanken zum Alternativentwurf der Familienrechtkommission des Juristinnenbunds zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1978 s. 475–477. *Lüderitz* (FamRZ 1978).

Maccoby, Eleanor M. – Depner, Charlene E. – Mnookin, Robert H.: Coparenting the Second Year after Divorce, Journal of Marriage and the Family 52 (1990), s. 141–155. *Maccoby – Depner – Mnookin* (Journal of Marriage and the Family 1990).

Maccoby, Eleanor E. – Mnookin, Robert H.: Dividing the Child, Social and Legal Dilemmas of Custody, with Charlene E. Depner and H. Elizabeth Peters, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts 1992. *Maccoby – Mnookin* (1992).

MacCormick, Neil: Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie LXII (1976) s. 305–316. *MacCormick* (ARSP 1976).

Mahkonen, Sami: Avioero. Tutkimus avioliittolain erosäännösten taustasta ja tarkoituksesta. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-Sarja 149, Vammala 1980. *Mahkonen* (1980).

Mahkonen, Sami: Avioliiton solmimista ja purkamista koskevien säännösten uudistaminen, Lakimies 1985 s. 637–659. *Mahkonen* (Lm 1985).

Mahkonen, Sami: Johdatus perheoikeuden historiaan, Suomen Lakimiesliiton Kustannus Oy, Helsinki 1978. *Mahkonen* (1978).

Mahkonen, Sami: Köyhä lapsi – Selvitys lastensuojelulainsäädännön historiasta vuosina 1849–1936, Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja B 15, Helsinki 1974. *Mahkonen* (1974).

Mahkonen, Sami: Lapsilainsäädäntö ja tasa-arvo, Lakimies 1977 s. 242–274. (*Mahkonen* Lm 1977).

Mahkonen Sami (EIF III 1996), ks. Encyclopædia iuridica fennica III.

Maidment, Susan: The Fragmentation of Parental Rights, Cambridge Law Journal 40 (1981) s. 135–158. *Maidment* (Cambridge Law Journal 1981).

Maidment, Susan: Child custody and divorce, London Croom Helm 1984. *Maidment* (1984).

Maidment, Susan: The Matrimonial Causes Act, s. 41 and the children of divorce: theoretical and empirical considerations, teoks. The State, the Law, and the Family – Critical Perspectives, ed. *Michael D. A. Freeman*, Sweet & Maxwell London 1984, s. 159–181. *Maidment* (ed. Freeman 1984).

Makkonen, Mikko: Avioeroauttamisen keinot. Avioeroauttajien työstä ja sen kehittämismahdollisuuksista. Mannerheimin Lastensuojeluliitto, Jyväskylä 1991. *Makkonen* (1991).

Markkola, Pirjo: Työläiskodin synty – Tamperelaiset työläisperheet ja yhteiskunnallinen kysymys 1870-luvulta 1910-luvulle, Historiallisia tutkimuksia 187, Suomen Historiallinen Seura Helsinki 1994. *Markkola* (1994).

Mason, Mary Ann: From Father's Property to Children's Rights, The History of Child Custody in the United States, Columbia University Press New York 1994. *Mason* (1994).

Maunz, Theodor – Dürig, Günter – Herzog, Roman: Grundgesetz, Kommentar, Band 1, C.H.Beck München (täydennettävä laitos, julkaisuvuosi ao. kohdan mukaan), viittaukset sivunumeroiden sijasta reunalukuihin (Randziffern, lyh. Rz.). *Maunz – Dürig – Herzog* (1973, 1969).

Mayhew, Leon: Introduction, ks. *Parsons* (1985).

McIsaac, Hugh: California Joint Custody Retrospective, teoks. Joint Custody and Shared Parenting toim. *Jay Folberg*, The Guilford Press New York 1991, s. 262–274. *McIsaac* (ed. Folberg 1991).

McKinnon, Rosemary – Wallerstein, Judith: A Preventive Intervention Program for Parents and Young Children in Joint Custody Arrangements, American Journal of Orthopsychiatry 1988, *McKinnon – Wallerstein* (Amer.J.Orthopsychiat. 1988).

McKnight, Maureen: Issues and Trends in the Law of Joint Custody, teoks. Joint Custody and Shared Parenting, toim. *Jay Folberg*, The Guilford Press New York 1991, s. 209–217. *McKnight* (ed. Folberg 1991).

Melander, Ilmari: Lapsen huollosta, yksityisoikeudellinen tutkimus I. Suomalaisen Lakimiesten Yhdistyksen julkaisuja N:o 20. Vammala 1939. *Melander* (1939).

Melander, Ilmari: Avioeron vaikutuksesta lapsen huoltoon, Vammala 1940. *Melander* (1940).

Melander, Ilmari: Asumusero, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen B-sarja N:o 38, Vammala 1949. *Melander* (1949).

Melander, Ilmari: Avioeroperusteet Saksan uudessa avioliiton päättämistä ja purkamista

koskevassa laissa. Lakimies 1941 s. 292–301. *Melander* (Lm 1941).
Melander, Ilmari: Olisiko asumuserosäännöstö palautettava avioliittolainsäädäntöömme? Lakimies 1947 s. 482–493. *Melander* (Lm 1947).
Melander, Ilmari: Mitä olisi tehtävä avioerojen vähentämiseksi? Lakimies 1958 s. 554–565. *Melander* (Lm 1958).
Meyer, Daniel R. – Garasky, Steven: Custodial Fathers: Myths, Realities, and Child Support Policy, Journal of Marriage and the Family 55 (1993) s. 73–89. *Meyer – Garasky* (Journal of Marriage and the Family 1993).
Michaels, Naomi: The Dangers of a Change of Parentage in Custody and Adoption Cases, The Law Quarterly Review 88 (1967) s. 547–567. *Michaels* (LQR 1967).
Mikkola, Matti: Avioton lapsi, Tammi Helsinki 1972. *Mikkola* (1972).
Mnookin, Robert H.: Child-Custody Adjudication: Judicial Functions on the Face of Indeterminacy, Law and Contemporary Problems 1975 Vol 39: No.3. s. 226–293. *Mnookin* (Law and Contemporary Problems 1975).
Mnookin, Robert H.: Was stimmt nicht mit der Formel »Kindeswohl»? Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1975 s. 1–16. *Mnookin* (FamRZ 1975).
Mnookin, Robert H.- Kornhauser, Lewis: Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, The Yale Law Journal (88) 1979, s. 950–997. *Mnookin – Kornhauser* (1979).
Model, Otto – Müller, Klaus: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag KG Köln 1965. *Model – Müller* (1965).
Müller-Freienfels, Wolfram: Ehe und Recht, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1962. *Müller-Freienfels* (1962).
Mäkijärvi, Leena: Viikonloppulapsi, LK-kirjat Helsinki 1995.
Neighbors, Bryan – Forehand, Rex – McVicar, Dave: Resilient Adolescents and Interparental Conflict, American Journal of Orthopsychiatry 63 (1993), s. 462–471. *Neighbors et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1993).
Neuhaus, Paul Heinrich: Kindeswohl oder Elternrecht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1972 s. 279–280. *Neuhaus* (FamRZ 1972).
Neuhaus, Paul Heinrich: Ehe und Kindschaft in rechtsvergleichender Sicht, J.C.B. Mohr Tübingen 1979. *Neuhaus* (1979).
Niemi-Kiesiläinen, Johanna: Toimivaltaisesta kokoonpanosta hakemusasioissa, Defensor Legis 1994 s. 579–588. *Niemi-Kiesiläinen* (DL 1994).
Nieminen, Armas: Taistelu sukupuolimoraalista I, Avioliitto- ja seksuaalikysymyksiä suomalaisen hengenelämän ja yhteiskunnan murroksessa sääty-yhteiskunnan ajoilta 1910-luvulle. Helsinki 1951. *Nieminen* (1951).
Nieminen, Jussi: Lapsen tapaamisoikeuden toteutumisen ongelmia, Tampereen yliopisto Sosiaalipolitiikan laitos, Tutkimuksia Sarja B Nro 4 1990. *J.Nieminen* (1990).
Nieminen, Liisa: Perusoikeuksien emansipatoriset mahdollisuudet? – Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus legaalistrategioiden rajoista. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1990. *L.Nieminen* (1990a).
Nieminen, Liisa: Lasten perusoikeudet. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1990. *L. Nieminen* (1990b).
Nordborg, Gudrun: Barnets bästa – eller faderns? Socionomen 1996 s. 60–62. *Nordborg* (Socionomen 1996).
Nummenmaa, Anna Raija: Isä alle kouluikäisen lapsen yksinhuoltajana, Tampereen yli-

opiston psykologian laitoksen tutkimuksia 124, Tampereen yliopisto 1981. (*Nummenmaa* 1981).

Nuutilainen, Aune: Lapsipaketti. Lapsen asemaa koskeva lainsäädäntöuudistus, Kunnallispaino 1976. *Nuutilainen* (1976).

Nätkin, Ritva: Kamppailu suomalaisesta äitiydestä, Gaudeamus Tampere 1997. *Nätkin* (1997).

Oelkers, Harald: Die Rechtssprechung zum Umgangsrecht – eine Übersicht über die letzten fünf Jahre, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1995 s. 1385–1396. *Oelkers* (FamRZ 1995).

Oelkers, Harald – Kasten, Hartwig: Zehn Jahre gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1993 s. 18–21. *Oelkers – Kasten* (FamRZ 1993).

Oelkers, Harald – Kasten, Hartwig – Oelkers, Anja: Das gemeinsame Sorgerecht nach Scheidung in der Praxis des Amtsgerichts Hamburg – Familiengericht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1994 s. 1080–1083. *Oelkers – Kasten – Oelkers* (FamRZ 1994).

Offord, David R. – Abrams, Nola – Allen, Nancy – Poushinsky, Mary: Broken Homes, Parental Psychiatric Illness, and Female Delinquency, American Journal of Orthopsychiatry 49 (1979) s. 252–264. *Offord et al.* (Amer.J. Orthopsyhiat. 1979).

Ollmann, Rainer: Das gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung und das KJHG, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1993, s. 869–874. *Ollmann* (FamRZ 1993).

Oulasmaa, Petri: Lapsen edun arvioimisesta, Oikeustiede – Jurisprudentia XXV 1992, s. 215–274. *Oulasmaa* (Oikeustiede – Jurisprudentia 1992).

Parsons, Talcott: The Social System, Tavistock Publications LTd London 1952. *Parsons* (1952).

Parsons, Talcott: On Institutions and Social Evolution, Selected Writings, toim. *Leon H. Mayhew*, joka on kirjoittanut myös teoksen johdannon (s. 1–62). The University of Chicago Press, Chicago 1985. *Parsons* (1985).

Pearson, Jessica – Thoennes, Nancy: Custody after Divorce; Demographic and Attitudinal Patterns, American Journal of Orthopsychiatry 1990 s. 233–249. *Pearson – Thoennes* (Amer.J.Orthopsychiat. 1990).

Pearson, Jessica – Thoennes, Nancy: Custody Mediation in Denver; Short and Longer Term Effects, Chapter 16, teoks. The Resolution of Family Conflict, Comparative Legal Perspectives ed. *John M. Eekelaar – Sanford N. Katz*, Butterwoths Toronto 1984, s. 248–267. *Pearson – Thoennes* (The Resolution ... 1984).

Pellonpää, Matti: Euroopan ihmisoikeussopimus, Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1996. *Pellonpää* (1996).

Peterson, Richard R.: A Re-Evaluation of the Economic Consequences of Divorce, American Sociological Review 1996, (Vol. 61) s. 528–535. *Peterson* (American Sciological Review 1996).

Peterson, Richard R.: Statistical Errors, Faulty Conclusions, Misguided Policy: Reply to Weitzman, American Sociological Review 1996 (Vol. 61) s. 539–540. *Peterson* (American Sciological Review 1996).

Phear, W.C.P. – Beck, J.C. – Hauser, B.B. – Clark, S.C. – Whitney, R.A.: An empirical study of custody agreements; joint versus sole legal custody, The Journal of

Psychiatry & Law 1983, *Phear et al.* (The Journal of Psychiatry & Law 1983).

Portes, Pedro – Howell, Susan C. – Brown, Joseph H. – Eichenberger, Susan – Mas, Carmen A.: Family Functions and Children's Postdivorce Adjustment, American Journal of Orthopsychiatry 1992 (Vol. 62) s. 613–617. *Portes et al.* (Amer.J. Orthopsychiat. 1992).

Priest, J.A. – Whybrow, J.C.: Custody Law in Practice in the Divorce and Domestic Courts, Supplement to Working Paper no. 96, The Law Commission Working Papers Nos. 96–98, Vol. 14, Professional Books London 1988 (Crown copyright 1986), s. 243–315. *Priest – Whybrow* (Law Commission 1988).

Pulkkinen, Lea: Kotikasvatuksen psykologia, Gummerus Jyväskylä 1977. *Pulkkinen* (1977).

Pulma, Panu – Turpeinen, Oiva: Suomen lastensuojelun historia, Lastensuojelun Keskusliitto, Helsinki 1987. *Pulma – Turpeinen* (1987).

Pylkkänen, Anu: Holhouksen historiaa, teoks. *Pia Letto-Vanamo* (toim.) Suomen oikeushistorian pääpiirteet sukuvallasta moderniin oikeuteen, Gaudeamus 1991. *Pylkkänen* (Letto-Vanamo 1991).

Pylkkänen, Anu: Avioliitto-oikeuden modernisoitumisen varhaisvaiheista Suomessa, Lakimies (92) 1994, s. 585–606. *Pylkkänen* (Lm 1994).

Pylkkänen, Anu: Käännekohtia vanhemmuuden oikeudellistamisen historiassa, teoks. Vanhemmuuksia, Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja 45, Helsingin yliopisto, Helsinki 1996, s. 31–49. *Pylkkänen* (Vanhemmuuksia 1996).

Pålsson, Lennart: Svensk rättspraxis i internationell familje- och arvsrätt, Nordstedts Förlag Stockholm 1986. *Pålsson* (1986).

Rabaa, Volker: Kindeswohl im Elternkonflikt, Wege zur Konfliktlösung in der Familienkrise, oder Ein wissenschaftlich begründetes Plädoyer für die gemeinsame Elternverantwortung nach der Scheidung unter besonderer Berücksichtigung des »Stuttgarter Modells» (Diss.), Kleinoffset-Druck Stuttgart 1985. *Rabaa* (1985).

Ramm, Thilo: Jugendrecht, Ein Lehrbuch, Verlag C.H. Beck, München 1990. *Ramm* (1990).

Ramm, Thilo: Familienrecht – Verfassung, Geschichte, Reform, Ausgewählte Aufsätze J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1996. *Ramm* (1996).

Rauscher, Thomas: Das Umgangsrecht im Kindschaftsrechtsreformgesetz, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1998 s. 329–341. *Rauscher* (FamRZ 1998).

Rautiala, Martti: Avioliiton purkaminen, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja N:o 12, Vammala 1946. *Rautiala* (1946).

Rautiala, Martti: Avioliitto-oikeus, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja N:o 30, Turku 1948. *Rautiala* (1948).

Rautiala, Martti: Avioliitto-oikeus, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja N:o 30. 2. lisätty painos, Helsinki 1959 (3. lisätty painos, Suomen Lakimiesliiton kustannus Oy Helsinki 1965, 5. lisätty painos, samoin kuin edellä, 1975). *Rautiala* (1959)/(1965)/(1975).

Rautiala, Martti: Holhousoikeus, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja N:o 55, Werner Söderström Oy Porvoo – Helsinki 1952. *Rautiala* (1952).

Rheinstein, Max: Marriage Stability, Divorce, and the Law, The University of Chicago Press Chicago 1972. *Rheinstein* (1972).

Richards, M.P.M.: Post-Divorce Arrangements for Children: A Psychological Perspective,

Journal of Social Welfare Law 1982, s. 129–192. *Richards* (Journal of Social Welfare Law 1982).

Richards, M.P.M.: Children, Parents and Families: Developmental Psychology and Re-Ordering of Relationships at Divorce, International Journal of Law and the Family 1 (1987) s. 295–317. *Richards* (IJLF 1987).

Richards, M.P.M.: Developmental psychology and family law: A discussion paper, British Journal of Developmental Psychology Vol. 6 part 2 (1988) s. 169–181. *Richards* (British Journal of Developmental Psychology 1988).

Richards, M.P.M.: Joint Custody Revisited, Family Law 1989 s. 83–85. *Richards* (Fam Law 1989).

Richards, M.P.M.: Private Worlds and Public Intentions – the Role of the State at Divorce, teoks. Frontiers of Family Law, *Andrew Bainham – David S. Pearl* (ed.), Chancery Law Publishing, London 1993, s. 9–31. *Richards* (ed. Bainham – Pearl 1993).

Richter, Gerhard: Soll die gesetzliche Amtspflegeschaft abgeschafft werden? Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1994 s. 5–9. *Richter* (FamRZ 1994).

Rother-Schirren, Theddo – Schüldt, Johan: Rättsfallsamling i Familjerätt, Juristförlaget Stockholm 1995. *Rother-Schirren – Schüldt* (1995).

Ruoppila, Isto: Miehisistä käyttäytymismalleista ja niiden muuttumisesta, Sosiaalinen aikakauskirja 1984 s. 42–46. *Ruoppila* (Sosiaalinen aikakauskirja 1984).

Saarenpää, Ahti – Mattila, Heikki – Mikkola, Matti: Holhous – yhteiskunnallinen ongelma. Tammi Helsinki 1972. *Saarenpää – Mattila – Mikkola* (1972).

Saarinen, Erja: Myrskylässä etsitään voimaa verkostoista, Sosiaaliturva 11/1996 s. 8–11. *Saarinen* (Sosiaaliturva 11/1996).

Saldeen, Åke: Barn och föräldrar, Familjerätt II, andra upplagan, Iustus Förlag Uppsala 1995. *Saldeen* (1995).

Salgo, Ludwig: Der Anwalt des Kindes, Die Vertretung von Kindern in zivilrechtlichen Kindesschutzverfahren – eine vergleichende Studie, Bundesanzeiger Köln 1993. *Salgo* (1993).

Salgo, Ludwig: Unerledigte »Aufträge» des Bundesverfassungsgerichts an den Gesetzgeber auf dem Gebiet des Familienrechts, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 77 (1994) s. 262–279. *Salgo* (Kritische Vierteljahresschrift 1994).

Salgo, Ludwig: Zur Stellung des Vaters bei der Adoption seines nichtehelichen Kindes durch die Mutter und deren Ehemann, Neue Juristische Wochenschrift 1995 s. 2129–2134. *Salgo* (NJW 1995).

Salgo, Ludwig: Zur gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung – ein Zwischenruf, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1996 s. 449–454. *Salgo* (FamRZ 1996).

Sandberg, Kirsten: Barnets beste Om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet, Oslo Ad Notam 1990. *Sandberg* (1990).

Santrock, John W. – Warshak, Richard A.: Father Custody and Social Development in Boys and Girls, Journal of Social Issues 35 (1979) s. 112–125. *Satrock – Warshak* (Journal of Social Issues 1979).

Satka, Mirja: Making Social Citizenship, Conceptual practices from the Finnish Poor Law to professional social work, SoPhi – Publications of Social and Political Sciences and Philosophy, University of Jyväskylä 1995. *Satka* (1995).

Savolainen, Matti: Lapsen huolto ja tapaamisoikeus, Suomen Lakimiesliiton Kustannus

Oy Helsinki 1984. *Savolainen* (1984).

Savolainen, Matti: Lapsen huolto ja tapaamisoikeus ja Euroopan ihmisoikeusyleissopimus, – Huomautuksia Ketosen, Kosken ja Gottbergin artikkelin johdosta. Defensor Legis 1992, s. 160–169. *Savolainen* (DL 1992).

Savolainen, Matti: The Hague Convention on Child Abduction of 1980 and Its Implementation in Finland, Nordic Journal of International Law (66) 1997 s. 101–166. *Savolainen* (Nordic Journal of International Law 1997).

Savolainen, Matti – Cantell, Ilkka – Halme-Kauranen, Ritva – Jaakkola, Risto: Holhouslainsäädännön uudistamistyöryhmän ehdotus, Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 4/1981, Helsinki 1981. *HolhUudTyör* (1981).

Savolainen, Matti – Halme-Kauranen, Ritva: Muistio Eduskunnan lakivaliokunnalle 19.11.1986, Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi avioliittolain sekä siihen liittyvien lakien muuttamisesta n:o 62/1986 vp., Lakivaliokunnassa kuultujen asiantuntijoiden kannanottojen ja ehdotusten tarkastelua, Oikeusministeriön lainvalmisteluosasto. Muistio 19.11.1986/LaVO.

Savolainen, Matti – Halme-Kauranen, Ritva – Möller, Gustaf: Ehdotus lapsen asemaa koskevan lainsäädännön uudistamisesta, Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisu 1/1972, Helsinki 1972. *Savolainen – Halme-Kauranen – Möller* (OM 1/1972).

Savolainen, Matti – Halme-Kauranen, Ritva – Jaakkola, Risto: Ehdotus laiksi lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta sekä holhouslain muuttamisesta, Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 9/1982, Helsinki 1982. *Savolainen – Halme-Kauranen – Jaakkola* (LaVO 9/1982).

Scheinin, Martin: Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja nro 189, Jyväskylä 1991. *Scheinin* (1991).

Schiratzki, Johanna: Vårdnad och vårdnadstvister, Nordstedts juridik Stockholm 1997. *Schiratzki* (1997).

Schiratzki, Johanna: Ny lagstiftning om vårdnad, Juridisk Tidskrift 1997–98 s. 1101–1118. *Schiratzki* (JT 1997–98).

Schmidt, Folke: Äktenskapsrätt, fjärde upplagan, P. A. Norstedt & Söners Förlag Stockholm Stockholm 1970. *Schmidt* (1970).

Schmitt Glaeser, Walter: Das elterliche Erziehungsrecht in staatlicher Reglementierung – Ein verfassungsrechtliches Essay zum »Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge» vom 18. Juli 1979, Verlag Ernst und Werner Gieseking Bielefeld 1980. *Schmitt Glaeser* (1980).

Schwab, Dieter: Familienrecht, 7. Auflage, C.H.Beck München 1993. *Schwab* (1993).

Schwab, Dieter: Familienrecht, 8. Auflage, C.H.Beck München 1995. *Schwab* (1995).

Schwab, Dieter: Familienrecht im Umbruch, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1995 s. 513–518. *Schwab* (FamRZ 1995).

Schwab, Dieter: Familienrecht 1998, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1998, numeron 13 pääkirjoitus 1.7.1998. *Schwab* (pääkirj. FamRZ 1998/13).

Schwab, Dieter: Elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern – Die Neuregelung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1998 s. 457–472. *Schwab* (FamRZ 1998).

Schwab, Dieter – Wagenitz, Thomas: Einführung in das neue Kindschaftsrecht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1997 s. 1378–1383. *Schwab – Wagenitz* (FamRZ 1997).

Schwab, Karl Heinz: Ehe und Familie im Lichte des Gleichberechtigungsgesetzes, Rektoratsrede, gehalten bei der Jahresfeier der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen am 9. November 1957, Erlanger Universitätsreden 4, Erlangen 1958. *Schwab, K.H.* (1958).

Schwenzer, Ingeborg: Vom Status zur Realbeziehung, Familienrecht im Wandel, Nomos Baden-Baden 1987. *Schwenzer* (1987).

Schwenzer, Ingeborg: Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln? Gutachten A für den 59. Deutschen Juristentag. C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung München 1992. *Schwenzer* (Gutachten 1992).

Schwoerer, J: Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe und bei Getrenntleben der Eltern (§§ 1671, 1672 BGB n. F.), Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1958 s. 433–444. *Schwoerer* (FamRZ 1958).

Scott, Elizabeth S.: Pluralism, Parental Preference, and Child Custody, California Law Review 80 (1992) s. 615–672. *Scott* (California Law Review 1992).

Seidl, Otto: Die elterliche Gewalt im Zeichen der Gleichberechtigung der Frau (unter besonderer Berücksichtigung der Sorge für die Person des Kindes) München 1960. *Seidl* (1960).

Seltzer, Judith A.: Relationships between Fathers and Children Who Live Apart: The Father's Role after Separation, Journal of Marriage and the Family 53 (1991) s. 79–101, *Seltzer* (Journal of Marriage and the Family 1991).

Seltzer, Judith A. – Schaeffer, Nora Cate – Charng, Hong-wen: Family Ties after Divorce: The Relationship between Visiting and Paying Child Support, Journal of Marriage and the Family 51 1989 s. 1013–1032. *Seltzer et al* (Journal of Marriage and the Family 1989).

Sihvo, Jouko: Avioliitto ja avioero. Tutkimus eräistä avioliittoa ja avioeroa koskevista käsityksistä ja käyttäytymismuodoista 1940-luvun lopusta lähtien Suomessa. Kirkon tutkimuslaitos, sarja A N:o 30, Vammala 1976. *Sihvo* (1976).

Sihvo, Jouko: Näkökulma suomalaisten moraaliin. Avoliitto, avioliitto ja seksi kirkollisessa etiikassa. WSOY Porvoo – Helsinki – Juva 1981. *Sihvo* (1981).

Simitis, Spiros – Rosenkötter, Lutz – Vogel, Rudolf – Boost-Muss, Barbara – Frommann, Mathias – Hopp, Jürgen – Koch, Hartmut – Zenz, Gisela: Kindeswohl, Eine interdisziplinäre Untersuchung über seine Verwirklichung in der vormundschaftsgerichtlichen Praxis, Suhrkamp Frankfurt am Main 1979. *Simitis u.a.* (1979).

Simitis, Spiros – Zenz, Gisela (toim.): Seminar: Familie und Familienrecht, Band 2, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 1975. *Seminar* 2. (Simitis – Zenz 1975).

Simons, Ronald L. – Beaman, Jay – Conger, Rand D. – Chao, Wei: Stress, Support, and Antisocial Behavior Trait as Determinants of Emotional Well-Being and Parenting Practices Among Single Mothers, Journal of Marriage and the Family 55 (1993) s. 385–398. *Simons et al.* (Journal of Marriage and the Family 1993).

Sjösten, Mats: Vårdnad, boende och umgänge. Bestämmelserna i föräldrabalken och näraliggande regler, Nordstedts Juridik AB Stockholm 1998. *Sjösten* (1998).

Smart, Carol: The Ties that Bind, Law, Marriage and the Reproduction of Patriarchal Relations, Routledge London 1984. *Smart* (1984).

Smart, Carol: Power and the Politics of Child Custody, teoks. Child Custody and the Politics of Gender *Carol Smart – Selma Sevenhuijsen* (ed.) London Routlegde 1989,

s. 1–26. *Smart* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989).

Smith, Lucy: Foreldremyndighet og barnerett, Universitetsforlaget, Oslo 1980. *Smith* (1980).

Smith, Lucy – Lødrup, Peter: Barn og foreldre, Forholdet mellom barn og foreldre etter barneloven av 1981, 4. utgave, Oslo 1993. *Smith – Lødrup* (1993).

Sosiaali- ja terveyshallitus, Sosiaaliturva 1991:2, Lapsen elatus ja huolto 1990, Helsinki 1991. Sosiaali- ja terveyshallitus 1991:2.

Sosiaali- ja terveyshallitus, Sosiaaliturva 1992:3, Lapsen elatus ja huolto, Helsinki 1992. Sosiaali- ja terveyshallitus 1992:3.

Stakes /Sosiaali- ja terveysalan tutkimus- ja kehittämiskeskus, Tilastotiedote 22/1997, *Anu Muuri*: Lapsen elatus, huolto ja lastensuojelu 1996, Stakes Helsinki 1997. *Stakes* 22/1997.

Stang Dahl, Tove: Child Welfare and Social Defence, Norwegian University Press/ Universitetsforlaget AS Oslo 1985 (Barnevern og sammfunnsvern Pax Forlag, Oslo 1978). *Stang Dahl* (1985).

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen IV. Band, Familienrecht Teil 3a §§ 1589–1698b 10./11. neubearbeitete Auflage, § 1671 erläutert von *Julius Schwoerer*, J. Schweizer Verlag Berlin 1966. Viitaukset sivunumeroiden sijasta reunalukuihin (Randziffern, lyh. Rz.). Staudinger/ *Schwoerer* (1966).

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen 12., neubearbeitete Auflage, Viertes Buch Familienrecht §§ 1666–1772, § 1671 erläutert von *Michael Coester*, Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., Berlin 1992. Viitaukset sivunumeroiden sijasta reunalukuihin (Randziffern, lyh. Rz.). Staudinger/ *Coester* (1992).

Statistiska centralbyrån: Vårdnad och underhåll 1989. Statistiska centralbyrån Stockholm 1991. *Statistiska centralbyrån* (1991).

Statistiska centralbyrån: Vårdnad och underhåll 1992. Statistiska centralbyrån Stockholm 1993. *Statistiska centralbyrån* (1993).

Statutes (ed. Vaulkhard 1990) ks. Family Law and Child Law Statutes.

Stein-Hilbers, Marlene: Männer und Kinder, Reale, ideologische und rechtliche Umstrukturierung von Geschlechter- und Elternbeziehungen, Familie und Recht 1991 s. 198–208. *Stein-Hilbers* (FuR 1991).

Steinman, Susan: The Experience of Children in a Joint-Custody Arrangemet: A Report of a Study, American Journal of Orthopsychiatry 51 (1981) s. 403–414. *Steinman* (Amer.J.Orthopsychiat. 1981).

Steinman, Susan: Joint Custody; What we Know, what we have yet to learn and the judicial and legislative implications. Parent-Child Relationship, Post-Divorce, A seminar report, The Danish National Institute of Social Research, Copenhagen 1984, s. 146–182. *Steinman* (Copenhagen 1984).

Stjernstedt, Georg: Den nya äktenskapslagen, andra upplagen, Tidens förlag Stockholm 1916. *Stjernstedt* (1916).

Strauss, Peter L. – Strauss, Joanna B.: Review of Joseph Goldstein, Anna Freud and Albert J Solnit »Beyond the Best Interest of the Child», Columbia Law Review (74) 1974 s. 996–1015, teoks. Child Law *Harry D. Krause* (ed) 1992 (ks. *Krause, Harry D.*), s. 281 alk. *Strauss – Strauss* (Columbia Law Review 1974).

Suarez, John M. – Weston, Nancy L. – Hartstein, Norman B.: Mental Health Intervetions in Divorce Proceedings, American Journal of Orthopsychiatry 48 (1978) s. 273–283. *Suarez – Weston – Hartstein* (Amer.J.Orthopsychiat. 1978).

Sulkunen, Irma: Naisen kutsumus – Miina Sillanpää ja sukupuolten maailmojen erkaantuminen. Kustannusosakeyhtiö Hanki ja jää, Helsinki 1989. *Sulkunen* (1989).

Sundberg, Jacob W. F.: Familjerätt i omvandling, Studier kring äktenskap och socialförmån, Panorstedt & Söners Stockholm 1969. *Sundberg* (1969).

Suomen evankelis-luterilaisen kirkon kahdennenkymmenennenensimmäisen varsinaisen kirkolliskokouksen pöytäkirjain liitteet 1973, Siviilivaliokunnan mietintö n:o 14. Lausunto avioliittolakikomitean 21. joulukuuta 1972 päivätystä mietinnöstä (osamietintö I), s. 155–162. *Kirkolliskokous* (1973).

Taipale, Vappu – Valanne, Eero H.: Lastenpsykiatria, 3 painos, Sairaanhoitajien koulutussäätiön julkaisu, WSOY Porvoo 1977. *Taipale – Valanne* (1977).

Takala, Hannu: Lasten pahoinpitelyn oikeudelliset seuraukset, teoks. Lapsi, yhteiskunta, lainsäädäntö, Raportti seminaarista Matinkylässä 18–19.10.1979, toim. *Ritva Mitchell*, Suomen UNESCO-toimikunnan julkaisuja Nro 17, Helsinki 1980. *Takala*: Lapsi, yhteiskunta, lainsäädäntö -seminaariraportti (1980).

Teitelbaum, Lee E.: Divorce, Custody, Gender, and the Limits of Law: on *Dividing the Child* (kirja-arvostelu, ks. *Maccoby – Mnookin* 1992) Michigan Law Review (92) 1994, s. 1808–1839. *Teitelbaum* (Michigan Law Review 1994).

Telaranta, K. A.: Aviopuolisoiden välisistä sopimuksista. Lakimies 1957 s. 33–82. *Telaranta* (Lm 1957).

Tennberg, Jan: Vertailu lapsioikeudellisesta päätöksenteosta Englannin ja Suomen lainsäädännön mukaan. Lapsen huolto ja lastensuojelu, STAKES (Sosiaali- ja terveysalan tutkimus- ja kehittämiskeskus) 7/1994, Helsinki. *Tennberg* (STAKES 7/1994).

Thèry, Irene: »The Interest of the Child» and the Regulation of the Post-Divorce Family, teoks. *Carol Smart – Selma Sevenhuijsen* (toim.) Child Custody and the Politics of Gender, Routlegde London 1989, s. 78–99. *Thèry* (Smart – Sevenhuijsen 1989).

Théry, Irène: La référence à l'intérêt de l'enfant: usage judiciaire et ambiguïtés, teoks. *Odile Bourguignon – Jean-Louis Rallu – Irène Théry* (toim.): Du Divorce et les Enfants, Presses universitaires de France 1985, s. 33–114. *Théry* (Bourguignon – Rallu – Théry 1985).

Thesen des Deutschen Juristinnenbundes zur Neuregelung des Kindschaftsrechts, verabschiedet auf dem Seminar vom 22–24 Mai 1992 in Bad Honnef. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1992 (FamRZ 1992) s. 912–913.

Thomas, Amanda McCombs – Forehand, Rex: The Role of Paternal Variables in Divorced and Married Families: Predictability of Adolescent Adjustment, American Journal of Orthopsychiatry 1993, *Thomas – Forehand* (Amer.J.Orthopsychiat. 1993).

Tilastokeskus: Suomalainen perhe, Väestö 1994:5, Helsinki 1994. *Tilastokeskus* (Väestö 1994:5).

Tirkkonen, Tauno: Eräitä huomautuksia avioero-oikeudenkäynneistä, Lakimies 1945 s. 444–465. *Tirkkonen* (Lm 1945).

Tolkki-Nikkonen, Mirja: Parisuhde, perhesuhde, olosuhde. Mikä pitää avioliiton koossa 15 vuoden jälkeen? Gaudeamus, Helsinki 1990. *Tolkki-Nikkonen* (1990).

Tulenheimo-Takki, Anja: Lapsen huollon määräytymisestä avioliiton purkautuessa, erityisesti äidin etusijan periaatteesta ja status quo -olettamasta, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1979, s. 179–202. *Tulenheimo – Takki* (JFT 1979).

Walin, Gösta: Föräldrabalken, Kommentar, P. A. Norstedt & Söners Stockholm 1952. *Walin* (1952).

Walin, Gösta: Barnens ställning enligt föräldrabalken, P. A. Norstedt & Söners Stockholm 1953. *Walin* (1953).

Walin, Gösta: Kommentar till Föräldrabalken och därtill anslutande lagar m.m., andra upplagen, P A Norstedt & Söners Stockholm 1971. *Walin* (1971).

Walin, Gösta: Föräldrabalken och internationell föräldrarätt, fjärde omarb. upplagan, Norstedts Juridik Stockholm 1986. *Walin* (1986).

Walin, Gösta: Föräldrabalken och internationell föräldrarätt, femte omarb. upplagan, Norstedts Juridik Stockholm 1996. *Walin* (1996).

Wallerstein, Judith S. – Blakeslee, Sandra: Avioeron jälkeen, (suom.) Keuruu Otava 1991, alkuperäisteos Second Chances. Men, Women, and Children A Decade After Divorce, Who Wins, Who Loses – and Why, 1989. *Wallerstein – Blakeslee* (1991).

Wallerstein, Judith S. – Kelly, Joan Berlin: Surviving the Breakup, How Children and Parents Cope with Divorce, New York Basic Books, Inc. 1980. *Wallerstein – Kelly* (1980).

Wallerstein, Judith S.: Child of Divorce: An Overview, Behavioral Sciences & the Law, Vol.4, (1986) s. 105–118. Teoks. *Harry D. Krause* (ed.) Child Law 1992 (ks. *Krause, Harry D.*), s. 320 alk. *Wallerstein* (Behavioral Sciences & the Law 1986).

Wallin, Gunvor: Föräldrar och barn, Kompendium i föräldrarätt, Almqvist & Wiksell Stockholm 1971. *Wallin* (1971).

Walter, Ute: Das Kindschaftsrechtsreformgesetz, Bericht über den Regierungs-Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts vom 24.7.1995, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1995 s. 1538–1545. *Walter* (FamRZ 1995).

Waris, Heikki: Perhe nykyajan yhteiskunnassa, Sosiaalityö 1958 s. 3–12, Helsingin yliopisto, Sosiaalipolitiikan laitos, tutkielmia N:o 10. *Waris* (1958).

Watson, Andrew S.: The Children of Armageddon: Problems of Custody Following Divorce, Syracuse Law Review (21) 1969 s. 55–86, teoks. Child Law *Harry D. Krause* (ed.) 1992 (ks. *Krause*), s. 333 alk. *Watson* (Syracuse Law Review 1969).

Veerman, Philip E.: The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood, Martinus Nijhoff/ Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 1992, *Veerman* (1992).

Weitzman, Lenore J.: The Divorce Revolution, The Unexpected Social and Economical Consequences for Women and Children in America, New York The Free Press 1985. *Weitzman* (1985).

Weitzman, Lenore J.: The Economic Consequences of Divorce Are Still Unequal: Comment on Peterson, American Sociological Review 1996 (Vol. 61) s. 537–538. *Weitzman* (American Sociological Review 1996).

Weyrauch, Walter O. – Katz, Sanford N. – Olsen, Frances: Cases and Materials on Family Law, Legal Concepts and Changing Human Relationships, West Publishing Company St. Paul 1994. *Weyrauch – Katz – Olsen* (1994).

Winroth, A.O.: Handbok i svensk civilrätt II. Äktenskaps rättsverkningar, P.A. Norstedt & Söner, Stockholm 1911. *Winroth* (1911).

Wrede, R.A.: Muistiinpanoja naimiskaarta selittävästä luentosarjasta, suom. *A.K.Ahlfors*,

Lainopillisen ylioppilastiedekunnan kustantama, Helsinki 1916. *Wrede* (1916).

Valkama, Ulla: Perheasioiden sovittelu – jäänne vai uusi mahdollisuus, Sosiaali- ja Terveyshallitus, Raportteja 4/1991, Helsinki 1991. *Valkama* (1991).

Välimäki, Pertti: Osituksen sovittelu avioeroon perustuvassa toimitusosituksessa, Lakimiesliiton Kustannus 1995. *Välimäki* (1995).

The Yale Law Journal: Alternatives to »Parental Right» in Child Custody Disputes Involving third Parties, Note Vol.73 1963–1964 s. 151–170. *Yale Note* 1963.

The Yale Law Journal: Lawyering for the Child: Principles of Representation in Custody and Visitation Disputes Arising from Divorce, Note Vol 87 1978 s. 1126–1190, *Yale Note* 1978.

Zenz, Gisela: Kindeswohl und Elternrechte nach der Scheidung, Zur beabsichtigten Neuregelung der §§ 1634, 1671, 1681 BGB, teoks. Seminar: Familie und Familienrecht (Hrsg. *Spiros Simitis – Gisela Zenz*) Band 2. Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 1975, s. 166–182. *Zenz* (Simitis – Zenz 1975).

Zenz, Gisela – Salgo, Ludwig: Zur Diskriminierung der Frau im Recht der Eltern-Kind-Beziehung, Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit, Band 133, W.Kohlhammer GmbH, Stuttgart 1983. *Zenz – Salgo* (1983).

Ziegler, Albert: Das natürliche Entscheidungsrecht des Mannes in Ehe und Familie – Ein Beitrag zur Frage der Gleichberechtigung von Mann und Frau, F.H. Kerle Verlag Heidelberg 1958. *Ziegler* (1958).

Ziff, Bruce: The Primary Caretaker Presumption: Canadian Perspectives on an American Development, International Journal of Law and Family 4, 1990 s. 186–213. *Ziff* (IJLF 1990).

Zweigert, Konrad – Kötz, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Band I: Grundlagen, 2. painos, Tübingen Mohr 1984. *Zweigert – Kötz* I (1984).

Öberg, Bente – Öberg, Gunnar: Nu går jag: en bok om skilmässa och vårdnadstvister, Wahlström & Widstrand, Stockholm 1978. *Öberg – Öberg* (1978).

Öberg, Bente – Öberg, Gunnar: Skilsmässa, sorg och förluster, Kristerapi som alternativ till vårdnadsutredning. En effekt- och processtudie. Pedagogiska institutionen Stockholms Universitet 1979, Gruppen för behandlings- och institutionsforskning (BIG), Rapport nr 35. *Öberg – Öberg* (1979).

Öberg, Bente – Öberg, Gunnar: Den delade familjen, 2:a upplagan Forskningsrapport från Pedagogiska Institutionen Nr 26, Stockholms universitet 1985. *Öberg – Öberg* (1985).

Öberg, Bente – Öberg, Gunnar: Skiljas – men inte från barnen, Natur och Kultur, Borås 1987. *Öberg – Öberg* (1987).

Virallisluontoiset julkaisut:

Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG), Bundesrat Drucksache 180/96, 22.03.96. KindRG-E.

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi lapsen huoltoa tai tapaamisoikeutta koskevan tuomion täytäntöönpanosta sekä ulosottolain muuttamisesta 1971 vp. n:o 36. HE 36/71.

Hallituksen esitys eduskunnalle lapsen asemaa koskevan koskevan lainsäädännön uudistamisesta 1974 vp. n:o 90. HE 90/74.

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi lapsen huoltoa tai tapaamisoikeutta koskevan tuomion täytäntöönpanosta sekä ulosottolain muuttamisesta 1974 vp. n:o 96. HE 96/74.

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta ja holhouslain muuttamisesta sekä niihin liittyvien lakien muuttamisesta 1982 vp. n:o 224. HE 224/82.

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi avioliittolain sekä siihen liittyvien lakien muuttamisesta 1986 vp. n:o 62. HE 62/86.

Hallituksen esitys eduskunnalle lainsäädännöksi lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan päätöksen täytäntöönpanon uudistamisesta 96/1995 vp. HE 96/95.

HolhUudTyör (1981), ks. *Savolainen, Matti – Cantell, Risto* ym.

Justitiedepartementet Ds 1989:52, Vårdnad och umgänge. Stockholm 1989. *Justitiedepartementet* Ds 1989:52.

Justitiedepartementet Ds 1994:85, Barns rätt att komma till tals – Regler för familjerättsliga och sociala mål och ärenden. Stockholm 1994. *Justitiedepartementet* Ds 1994:85.

Komiteanmietintö 1970:A 8, Naisten asemaa tutkivan komitean mietintö, Helsinki 1970. *Komiteanmietintö* 1970:A 8.

Komiteanmietintö 1971:A 22, Ehdotus holhouslainsäädännön uudistamiseksi, Helsinki 1971. *HolhUudKom* (1971).

Komiteanmietintö 1972:A 21, Avioliittolakikomitean mietintö I, Helsinki 1972. *ALkomitea I* (1972).

Komiteanmietintö 1974:117, Holhous, huolto ja uskottu mies, Holhoustoimikunnan mietintö, Helsinki 1974. *HolhTmik* (1974).

Komiteanmietintö 1980:23, Kansainvälisen lapsen vuoden 1979 Suomen komitea, Helsinki 1980. *Lapsen vuoden komitea* (1980).

Komiteanmietintö 1983:20, Avioliiton solmiminen ja purkaminen, Avioliittotoimikunnan mietintö, Helsinki 1983. *ALtoimikunta* (1983).

Komiteanmietintö 1992:12, Perheet ja laki, Perhetoimikunnan mietintö, Oikeusministeriö, Helsinki 1992. *Perhetoimikunta* 1992:12.

Komiteanmietintö 1995:12, Lapsioikeudellista päätöksentekomenettelyä selvittäneen toimikunnan mietintö, Sosiaali- ja terveysministeriö 1995.

Lagutskottets betänkande 1975/76:33 med anledning av propositionen 1975/76:170 om ändring i föräldrabalken, m.m. (faderskap och vårdnad) samt del av propositionen 1975/76:156 jämte motioner. LU 1975/76:33.

Lagutskottets betänkande 1982/83:17 med anledning av propositionen 1981/82:168 om vårdnad och umgänge m.m.. LU 1982/83:17.

Lainvalmistelukunnan ehdotus laiksi avioliiton ulkopuolella syntyneistä lapsista ynnä perustelmat, Helsingissä 1910. Lainvalmistelukunta 1910.

Lainvalmistelukunnan ehdotus laiksi avioliiton ulkopuolella syntyneistä lapsista ynnä perustelut, Helsinki 1919. Lainvalmistelukunta 1919.

Lainvalmistelukunnan ehdotus laiksi aviopuolisoiden oikeussuhteista ynnä perustelut, Helsinki 1920. Lainvalmistelukunta 1920.

Lainvalmistelukunnan julkaisuja N:o 1 1924, Ehdotus uudeksi aviokaareksi ynnä perustelut, Helsinki 1924. Lainvalmistelukunta 1924.

Lainvalmistelukunnan mietintö niistä periaatteista joiden mukaan aviopuolisoiden oikeussuhteet olisivat järjestettävät, Helsingissä 1913. Lainvalmistelukunta 1913.

Laintarkastuskunta, Lausunto No 2/1970, Helsinki 25.3.1970. Laintarkastuskunta 2/1970.

Lakivaliokunnan mietintö n:o 14 hallituksen esityksen johdosta laeiksi avioliittolain sekä siihen liittyvien lakien muuttamisesta 1986 vp. Lvk 14/86.

Muistio 19.11.1986/LaVO, ks. *Savolainen, Matti – Halme-Kauranen, Ritva*: Muistio...

Nordisk udredningsserie – Pohjoismaiset mietinnöt 1967:4, Internordisk verkställighet med anledning av beslut rörande vårdnad om barn m.m., Lasten huoltoa y.m. koskevien päätösten täytäntöönpano Pohjoismaissa, Stockholm 1967. NU 1967:4.

Pappagruppens slutrapport, arbetsgruppen (S 1993:C) om papporna, barnen och arbetslivet Socialdepartementet Ds 1995:2. *Pappagruppens slutrapport* Ds 1995:2.

Regeringens proposition 1975/76:170 om ändring i föräldrabalken m.m. beslutad den 11 mars 1976. Prop. 1975/76:170.

Regeringens proposition 1981/82:168 om vårdnad och umgängen m.m.; beslutad den 25 mars 1982. Prop. 1981/82:168.

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

Statens offentliga utredningar 1946:49 Ärvdabalksakkunnigas Förslag till Föräldrabalk, P.A. Nordstedt & Söner Stockholm 1946. SOU 1946:49.

Statens offentliga utredningar 1972:41 Familj och äktenskap I, Justitiedepartementet, Betänkande avgivet av Familjesakkunniga, Stockholm 1972. SOU 1972:41.

Statens offentliga utredningar 1979:63 Barnets rätt 2. Om föräldraansvar m.m., Justitiedepartementet, Betänkande av utredningen om barnets rätt, Stockholm 1979. SOU 1979:63.

Statens offentliga utredningar 1987:7 Barnets rätt 3. Om barn i vårdnadstvister – talerätt för barn m.m. Justitiedenpartementet, Delbetänkande av utredningen om barnets rätt, Stockholm 1987. SOU 1987:7.

Statens offentliga utredningar 1995:79 Vårdnad, boende och umgänge, Betänkande av Vårdnadstvistutredningen, Norstedts Tryckeri Stockholm 1995. SOU 1995:79.

LYHENTEITÄ

AA	Avioliittoasetus 368/29, 820/87
Abs.	Absatz (Saksan momenttia vastaava lainkohta)
AL	Avioliittolaki 234/29
ALA	Asetus avioliittolain ja sen voimaapanosta annetun lain soveltamisesta 708/69
AL-komitea	Avioliittolakikomitea
ALtoimikunta	Avioliittotoimikunta
Amer.J.Orthopsychiat.	American Journal of Orthopsychiatry
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilisophie
Au-lapsilaki/Au-LapsiL	Laki avioliiton ulkopuolella syntyneistä lapsista 173/22
Cal.Civ. Code	California Civil Code
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Saksan perustuslakituomioistuin)
DL	Defensor Legis
Ds	Departementsserien
EIF	Encyclopædia iuridica fennica
EheG 1938/1946	Ehegesetz, Gesetz zur Einheitlichung des Rechts der Eheschliessung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet 1938, em:n kumosi vuoden 1946 Ehegesetz
Fam Law	Family Law (aikakauskirja)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FB	Föräldrabalken
FuR	Familie und Recht
FörmL	Förmynderskapslag
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
GB	Giftermålsbalken
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GleichberechtigungsG	Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts 1957, lyh. Gleichberechtigungsgesetz
HD	Högsta Domstol (Ruotsin tai Suomen)
HE	Hallituksen esitys eduskunnalle
HO	Hovioikeus

HolhL	Holhouslaki
HolhTmik	Holhoustoimikunta
HolhUudKom	Holhouslainsäädännön uudistamiskomitea
HolhUudTyör	Holhouslainsäädännön uudistamistyöryhmä
IJLF	International Journal of Law and the Family
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet
KJHG	Kinder- und Jugendhilfegesetz 1990
KKO	Korkein oikeus
KO	Kihlakunnan oikeus
KindRG-E	Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts 180/96 (Kindschaftsrechtsreformgesetz-Entwurf)
KPL	Laki eräistä kansainvälisluontoisista perheoikeudellisista suhteista 379/29
LBiÄ	Lag in barn i äktenskap 1920
LapsHA	Asetus lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta 848/83, 556/1994.
LapsHL	Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta 361/83
LapsOttL	Laki lapseksiottamisesta 153/85
LastSL 1936	Lastensuojelulaki 52/36
LaVO	Oikeusministeriön lainvalmisteluosasto(n julkaisu)
Lm	Lakimies
LQR	The Law Quarterly Review
LU	Lagutskottets betänkande
Lvk	Lakivaliokunnan mietintö
MPI	Max-Plank-Institut (für ausländisches und internationales Privatrecht, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)
mts.	mainittu teos sivu/ mainittu teos ja sivu
NJA	Nytt Juridisk Arkiv avd. I, Rättsfall från högsta domstolen
NJA II	Nytt Juridisk Arkiv avd. II, Tidskrift för lagstiftning m.m.
NJW	Neue juritische Wochenschrift
NK	Naimiskaari
NU	Nordisk udredningsserie - Pohjoismaiset mietinnöt
OLG	Oberlandesgericht
OM	Oikeusministeriö(n lainsäädäntöosaston julkaisu)
OxfordJLS	Oxford Journal of Legal Studies
Prop.	Regeringens proposition
RO	Raastuvanoikeus
RR	Rådstuvurätten
Rz.	Randziffer (reunaluku, jota saksalaisissa kommentaariteoksissa käytetään sivunumeroiden sijasta)
Sec.	Section
SosHuoltoA	Sosiaalihuoltoasetus 607/83
SosHuoltoL	Sosiaalihuoltolaki 710/82
SOU	Statens offentliga utredningar
Stakes	Sosiaali- ja terveysalan tutkimus- ja kehittämiskeskus
STM	Sosiaali- ja terveysministeriö(n julkaisu)

TfR	Tidskrift for rettvitenskap
Täytäntöönpanolaki	Lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan tuomion täytäntöönpanoa koskeva laki 523/75, muut. 366/83 Lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan päätöksen täytäntöönpanoa koskeva laki, uusi samanniminen laki 619/96
UL	Ulosottolaki
UMDA	Uniform Marriage and Divorce Act
ZPO	Zivilprozessordnung
ÄL	Äktenskapslag (Ruotsin)

I TUTKIMUKSEN LÄHTÖKOHTA, METODI, RAJAUKSET, KYSYMYKSENASETTELU JA AINEISTO

1. Tutkimuksen lähtökohta – lapsen etu kulttuurisena käsitteenä

Lapsen etu on itsestään selvästi lapsia koskevan oikeuden tärkein periaate. Se on sitä Suomen kansallisessa oikeudessa, mutta myös ulkomaisissa oikeusjärjestyksissä ja kansainvälisissä lapsia koskevissa sopimuksissa. On sen vuoksi pelkästään luonnollista, että lapsen edun oikeuskäsitettä on tarkasteltu runsaasti paitsi oikeustieteellisessä kirjallisuudessa myös muiden tieteenalojen julkaisuissa. Nimenomaan oikeustieteen kannalta lapsen etu -käsite on ongelmallinen. Käsite, jonka tarkoituksena on konkretisoitua kulloinkin parhaaksi mahdolliseksi ratkaisuvaihtoehdoksi, jättää näet runsaasti tilaa erilaisille arvo- ja arvostusnäkökohdille. Voidaan kysyä, onko oikeudellisesti kestäviä ratkaisuja edes mahdollista tehdä näin avoimen ja arvosidonnaisen käsitteen perusteella. Korkeatasoisia oikeudellisia analyysejä ovat tästä näkökulmasta tehneet esimerkiksi saksalainen *Michael Coester*, englantilainen *John Eekelaar* sekä yhdysvaltalaiset *Martha Fineman* ja *Robert Mnookin*.[1]

Oman tutkimukseni lähtökohta on kuitenkin toinen. Katson, että lapsen etua koskevia tulkintoja voidaan ymmärtää ja analysoida tarkastelemalla niitä kulttuurisidonnaisessa yhteydessä. Vaikka näet lapsen etu antaakin mahdollisuuden erilaisille arvoihin ja arvostuksiin perustuville tulkinnoille, nämä arvot ja arvostukset eivät tule päätöksentekijöiden mieleen arvovapaasta tyhjiöstä, vaan ne ovat suhteessa kunakin ajankohtana jossakin paikassa vallit-

[1] *Coester* (1983), *Eekelaar* (OxfordJLS 1986 ja IJLF 1994) *Fineman* (Harvard Law Review 1988) ja *Mnookin* (Law and Contemporary Problems 1975). Kirjoittajat on edellä mainittu aakkosjärjestyksessä.

seviin käsityksiin lapsen kannalta ihanteellisesta ratkaisusta. Nämä ihanteelliset ratkaisut kumpuavat lapsia ja vanhempia koskevasta kulttuurista. Samoin kuin koko perhettä koskeva oikeudenala, perheoikeus, heijastaa perhettä koskevia yleisiä kulttuurisia käsityksiä, näiden käsitysten vaikutus säteilee lasten ja vanhempien suhteita koskevan yleislausekkeen, lapsen edun, tulkintaan. Esimerkiksi voidaan ottaa lapsen huollon määrääminen, jota lapsen etu on määrittänyt vuodesta 1930 lähtien. Yhteishuoltoa pidettiin vielä 1970-luvulla länsimaissa yleisesti lapsen edun kannalta poikkeuksellisena ja epäilyttävänäkin ratkaisuvaihtoehtona lapsen huoltoa koskevaksi järjestelyksi vanhempien avioeron yhteydessä. Myöhemmin yhteishuoltoa on alettu pitää lapsen kannalta ihanteellisena ratkaisuvaihtoehtona vanhempien siviilisäädystä ja asumistavasta riippumatta. Vaikka siis lapsen etua on arvioitu erikseen kussakin yksittäistapauksessa, arviointi on kuitenkin pitänyt suhteuttaa tähän kulttuuriseen lapsen edun ihanteeseen.

Tutkimuksessani pyrin ymmärtämään lapsen edun kulttuurisidonnaista tulkitsemista tutkimalla ratkaisuvaihtoehtoja, joita on pidetty kulloinkin ihanteellisina lapsen kannalta, siten kuin vanhempien yhteishuoltoa pidetään nykyisin. Lähden siis siitä, että kunakin ajankohtana on olemassa kulttuurinen konsensus lapselle parhaasta ratkaisuvaihtoehdosta ja että oikeudellisen lapsen etu -käsitteen sisältöä voidaan parhaiten tutkia ottamalla tutkimuksen kohteeksi juuri nämä ihanteellista vaihtoehtoa ilmentävät tulkinnat ja niiden muodostuminen. Yleisellä tasolla tutkimukseni on yritys kuvata ja analysoida perheoikeuden ja perhettä koskevan kulttuurin välistä vuorovaikutusta.

2. Tutkimuksen metodi – oikeusvertailu

Olen lähtenyt siitä, että tutkittaessa lapsen etu -käsitettä ihanteellisten ratkaisuvaihtoehtojen avulla on tarkoituksenmukaista kiinnittää huomiota näitä koskeviin muutoksiin, sillä juuri muutosprosessit voivat osoittaa, miten uudet ihanteelliset ratkaisuvaihtoehdot syntyvät. Tämä on ollut ensimmäinen syy siihen, miksi tutkimusmetodiksi on valittu oikeusvertailu. Vertailun avulla on mahdollista asettaa eri oikeusjärjestyksissä tapahtuvia muutoksia rinnakkain ja tehdä tästä johtopäätöksiä. Oikeusvertailu on myös aikaisemmissa tutkimuksissa osoittautunut erinomaiseksi tavaksi tuoda esiin juuri oikeuden ja muun kulttuurin välisiä yhteyksiä. Tutkimuksen eräänlaisiksi esikuviksi tulevat tätä kautta sellaiset oikeusvertailun klassikot kuin esimerkiksi *Max Rheinstein*in Marriage Stablity, Divorce, and the Law, *Mary Ann Glen-*

*don*in The Transformation of Family Law, *Ingeborg Schwenzer*in Vom Status zur Realbeziehung sekä myös *Otto Brusiin*in Zum Ehescheidungsproblem.[2]

Jotta johtopäätösten tekeminen edellä kuvatulla tavalla olisi mahdollista, on vertailun kohteeksi valittava useampi oikeusjärjestys. Tässä tutkimuksessa kohdemaita on Suomen lisäksi neljä: Kalifornia, Englanti, Saksa ja Ruotsi. Vertailukohteet on valittu keskenään samankaltaisista yhteiskunnista, jotta johtopäätösten tekeminen vertailujen perusteella olisi mahdollista. Kaikki edellä mainitut ovat perinteisiä kristilliseen kulttuuriin perustuvia länsimaita, joissa kirkon vaikutus oikeusjärjestykseen ei kuitenkaan ole ollut määräävä.[3] Ne ovat kehittyneitä läntisiä teollisuusvaltioita, joissa myös naisten yhteiskunnallinen asema on muotoutunut samankaltaiseksi.

Oikeudellisen kulttuurinsa osalta vertailumaat poikkeavat toisistaan siten, että niin Kalifornia kuin Englantikin liittyvät *common law* -oikeusperinteeseen, kun taas Saksa ja Ruotsi ovat niin sanotun kirjoitetun lain oikeuskulttuureita. Ruotsin oikeusperinne edustaa kansanomaisuudestaan ja mutkattomuudestaan tunnettua pohjoismaista sivuhaaraa kirjoitetun siviililain oikeusperheessä. Samaan perheeseen kuuluva saksalainen oikeuskulttuuri on taas ollut tunnettu korostetun tieteellisestä lähestymistavastaan.[4] Kalifornia on erityisesti perheoikeuden alueella tunnettu suorastaan avantgardistisena uudistajana, jonka toteuttamia lainsäädännöllisiä ratkaisuja on seurattu kiinnostuneesti Yhdysvaltojen ulkopuolellakin. Tässä suhteessa Kalifornia muistuttaa itse asiassa Ruotsia, joka perheoikeudellisen vertailun yhteydessä esitetään usein esimerkkinä liberaalista pohjoismaisesta hyvinvointivaltiosta. Englannin perheoikeus on puolestaan ollut luonteeltaan perinteisempää myös Kaliforniaan verrattuna. Englantilainen perheoikeudellinen tutkimus on kuitenkin hyvin korkeatasoista ja omaleimaista, mikä tekee Englannin oikeudesta perheoikeuden tutkijan kannalta mielenkiintoisen vertailukohteen. Saksan perheoikeus edustaa puolestaan sellaista *common law* -oikeuskulttuurin ulkopuolelta tulevaa vertailukohdetta, joka ei myöskään kuulu pohjoismai-

---

[2] *Rheinstein* (1972), *Glendon* (1989), *Schwenzer* (1987), *Brusiin* (1959). *Brusiin* itse ei tosin luonnehtinut työtään oikeusvertailevaksi vaan teoreettiseksi.

[3] Saksan osalta on toisen maailmansodan jälkeen Saksojen yhdistymiseen asti seurattu ainoastaan läntistä Saksaa, Saksan liittotasavaltaa, joka vastaa edellä mainittuja vertailun edellytyksiä.

[4] Ks. oikeusperheistä ja oikeusjärjestysten luokittelusta esim. *Zweigert – Kötz* I (1984), *David – Jauffret-Spinosi* I (1982) ja II (1986), *Bogdan* (1993).

seen oikeusperinteeseen. Saksalaisessa perheoikeudessa ansiokasta on nimenomaan oikeuskysymysten jäsentäminen ja systematisointi johdonmukaisiksi ongelmakokonaisuuksiksi. Saksalainen oikeuskirjallisuus auttaakin usein juuri tutkimusongelmien oikeudellisessa jäsentämisessä.[5]

3. Tutkimuskohteen rajaus – lapsen etu lapsen huoltoa koskevan ratkaisun kriteerinä

Lapsen etu -käsitteen soveltamisalue on laaja. Lapsen etu on nykyisin otettava huomioon johtavana tulkintaperiaatteena kaikissa lapsioikeudellisissa ratkaisuissa.[6] Sen lisäksi lapsen etu voi olla erikseen laissa mainittu ratkaisukriteeri.[7] Ihanteellisiin vaihtoehtoihin perustuvat tulkinnat saattavat tulla kysymykseen lähinnä viimeksimainituissa soveltamistilanteissa, vaikka niiden vaikutus voikin ulottua tulkintaperiaatteen kautta myös muihin tilanteisiin.[8] Ihanteellisissa ratkaisuvaihtoehdoissa tapahtuvien muutosten tarkastelu vertailevan aineiston avulla ei ole sen vuoksi mahdollista, ellei tarkastelua rajata vain tietyntyyppisiin ratkaisuihin. Tällaisiksi valikoituvat lapsen huoltoa koskevat ratkaisut seuraavista syistä.

Ensinnäkin lapsen huoltoa koskeva oikeudellinen päätöksentekotilanne on oikeussosiologisesta näkökulmasta hyvin yksinkertainen ja helposti vertailtava. Avioerot, joiden yhteydessä kaikkein tyypillisimmät lapsen huoltoa koskevat ratkaisut on perinteisesti tehty, ovat kaikissa länsimaissa samantyyppisiä. Lapsen huolto on silloin yleensä määrätty siviilioikeudellisessa tuomioistuinmenettelyssä joko jommallekummalle puolisolle tai nyttemmin myös molemmille yhteisesti. Huomattavasti hankalampaa olisi vertailla esimerkiksi lastensuojelullisen huostaanottomenettelyn yhteydessä tehtäviä ratkaisuja. Huostaanottoa koskevan oikeudellisen päätöksen voi näet tehdä yhtä hyvin

---

[5] Tämä pitänee paikkansa suomalaisten tutkijoiden työssä yleisemminkin. Täältähän on usein lähdetty hakemaan Saksasta oppia.

[6] Tähän velvoittaa nykyisin myös YK:n lapsen oikeuksien yleissopimuksen 3 artikla, mutta periaate kuuluu Suomen oikeuteen ilman yleissopimustakin.

[7] Yksityiskohtaisin, joskaan ei aivan ajan tasalla oleva luettelo lapsen etu -käsitteen esiintymisestä löytynee *Oulasmaan* artikkelista. *Oulasmaa* (Oikeustiede 1992) s. 233, etenkin alav. 48.

[8] Tulkintaperiaatteen soveltamistilanteista voidaan esimerkkinä mainita kansainvälisen yksityisoikeuden alueelta nk. *ordre public* -periaatteen soveltaminen niin lainvalintatilanteissa kuin ulkomaisten päätösten tunnustamisenkin yhteydessä.

hallinnollinen viranomainen, kuten pohjoismaissa, kuin siviilioikeudellinen tuomioistuinkin mahdollisesti hallintoviranomaisen ohella, kuten Saksassa.

Lapsen etu on otettu käyttöön ensimmäisenä tai ainakin ensimmäisten joukossa kaikissa vertailumaissa juuri avioeron yhteydessä ratkaistavan lapsen huollon kriteeriksi. Nykyisin se on ilmeisesti myös ainoa oikeudellinen päätös, joka kaikissa vertailumaissa tehdään yksinomaan lapsen edun perusteella. Samalla se on hyvin yleinen, ehkä yleisin lapsia koskeva oikeudellinen ratkaisu. Nämä syyt lienevät vaikuttaneet siihen, että lapsen etu -käsitettä koskeva oikeustieteellinen tutkimus on keskittynyt juuri avioeroon liittyviin huoltoratkaisuihin. Lapsen etu -käsitteellä on siis vakiintunut ja merkittävä asema juuri lapsen huoltoa koskevan ratkaisun kriteerinä.

Viimeisenä mutta ei vähiten tärkeänä näkökohtana on lapsen oma näkökulma. Lapsen huoltoa koskeva ratkaisu on lapsen elämää hyvin läheisesti ja henkilökohtaisesti koskeva oikeudellinen päätös. Kuvallisesti voidaan sanoa, että lapsen huoltoa koskevat kysymykset maalataan ehkä nykyisen oikeusjärjestyksen herkimmin sävyin. Huoltoa koskevan ratkaisun merkitystä korostaa se, että avioeroa on pidetty lapselle ongelmallisena ja vaikeana kokemuksena. Ei olekaan ihme, että vaikeaksi tilanteen on kokenut myös moni oikeudellinen päätöksentekijä. Tämä jo riittäisi perustelemaan tutkimuksen tarpeen. Tämän tutkimuksen kannalta huoltoa koskeva ratkaisu on vaikeudessaankin otollinen sen vuoksi, että lapsia ja lapsuutta koskevat kulttuuriset muutokset heijastuvat oikeudelliseen päätöksentekoon todennäköisesti kaikkein parhaiten juuri sen yhteydessä.

4. Tutkimusaiheen täsmentäminen ja kysymyksenasettelu

Käsillä olevan työn tavoitteena on siis tutkia lapsen etua kulttuurisidonnaisena oikeudellisena käsitteenä tarkastelemalla vertailumaiden lapsen huoltoa koskevissa ratkaisuissa ilmeneviä tulkintoja lapselle parhaasta ratkaisuvaihtoehdosta ja näiden tulkintojen muutoksia. Ratkaisuvaihtoehdot ovat muodostuneet lapsen etua koskevan oikeusohjeen perusteella, ja niitä voidaan pitää lapsen etua koskevina kulttuurisina tulkintoina. Näissä tulkinnoissa ilmenevien muutosten tarkastelu edellyttää, että tutkimuksessa on rinnakkaisten oikeusjärjestyksien muodostaman maantieteellisen ulottuvuuden lisäksi myös historiallinen ulottuvuus, jolloin tutkimuksen kohteeksi voidaan saada

eri valtioissa samaan aikaan tapahtuvien muutosten lisäksi myös yhden oikeusjärjestyksen sisällä tapahtunut kehitys. Lapsen edun voidaan katsoa tulleen pääasialliseksi kriteeriksi lapsen huollon määräämiselle avioeron yhteydessä kaikissa vertailumaissa jo vuosisadan alkupuolella. Tämän vuosisadan alkuun ulottuva historiallinen näkökulma on tärkeä senkin vuoksi, että kulttuurisidonnaisuus merkitsee myös yhteyttä menneeseen. Kulttuuria ei voine syntyä muuten kuin ajan edetessä. Kulttuurisidonnaisen ilmiön ymmärtäminen edellyttänee siten siihen johtaneen kehityksen tuntemusta ainakin jossain määrin.

Tutkimuksen kohde on siksi varsin laaja. Koska tavoitteena on kuitenkin eräänlaisten ihanteellisten ratkaisuvaihtoehtojen tarkastelu, päähuomio on kiinnitettävä suhteellisen laajoihin asiakokonaisuuksiin. Käytössä on ikään kuin perinteisessä lainopillisessa työskentelyssä käytettävää laveampi sivellin. Se on tarpeen, sillä tavoitteenakin on lainopillisia tulkintoja laajempien linjojen esille saaminen. Nämä linjat ovat olennaisia kulttuurisidonnaisten lapsen edun tulkintojen ymmärtämisen kannalta. Jotta tällainen työskentely olisi mahdollista, on tärkeätä rajata lapsen huoltoa koskevassa ratkaisussa esiin tulevia seikkoja siten, että siitä voidaan erottaa tutkimuksen laajahkojen linjojen kannalta olennainen ja epäolennainen. Eräänlaiseksi tutkimuksen läpikäyväksi näkökulmaksi on valittu huoltajan henkilön valinta vanhempien – isän ja äidin – välillä. Huoltaja tai huoltajat liittyvät keskeisesti jokaiseen lapsen huoltoa koskevaan ratkaisuun toisin kuin esimerkiksi sisarusparven jakamista koskeva kysymys. Lapsen määrääminen muun kuin toisen vanhemman huoltoon on niin poikkeuksellinen tilanne, että se jää tarkastelun ulkopuolelle. Se seikka, että keskeinen huomio kiinnitetään lapsen huoltajan valintaan vanhempien välillä, tuo esiin myös mahdolliset sukupuolten keskinäisiin suhteisiin liittyvät kysymykset. Näillä voidaan olettaa olevan merkitystä. Naisen aseman muuttumisenhan on monissa yhteyksissä katsottu vaikuttaneen esimerkiksi avioliitto-oikeuden kehitykseen.

Tutkimuskysymykset voidaan asettaa seuraavasti:

1. Voidaanko vertailun perusteella osoittaa eri oikeusjärjestyksistä sellaisia lapsen huoltoa koskevia ihanteellisia ratkaisuja, jotka ilmentäisivät ajankohdalle tyypillisiä tulkintoja lapsen edun kannalta parhaasta ratkaisuvaihtoehdoista ajatellen erityisesti lapsen huoltajan henkilöä koskevaa kysymystä?

2. Voidaanko vertailun avulla myös osoittaa tekijöitä, jotka selittäisivät näin saatujen ihanteellisten tulkintojen muutoksia ja samalla myös lapsen etu -käsitteen kulttuurista sisältöä?

3. Mitä suomalaisesta kehityksestä voidaan päätellä edellä saatujen tu-

losten perusteella? Selittävätkö siten saadut tulokset suomalaista lapsen edun tulkinnan kehitystä lapsen huoltoa koskevan ratkaisun yhteydessä?

Tutkimuksen kysymyksenasettelusta ilmenee ensinnäkin, että tavoitteena on aluksi kuvata lapsen huoltoa koskevaa oikeudellista kehitystä vertailun kohteena olevissa maissa, jolloin erityistä huomiota kiinnitetään huoltajan henkilöä koskevaan kysymykseen. Toiseksi tavoitteena on osoittaa syitä ja tekijöitä, jotka voisivat selittää lapsen huoltoa koskevaa kehitystä.

Tämäntyyppinen analyysi olisi mahdollista esittää niin, että eri maissa ilmenevät mahdollisesti samankaltaiset ihanneratkaisut ja niitä selittävät tekijät koottaisiin yhteen. Tämä esitystapa rakentuisi tehdyn analyysin varaan ja näin korostaisi sen merkitystä. Olen kuitenkin pitänyt tärkeänä sitä, että eri maiden kehitystä kuvaavia jaksoja ei esitetä niiden ulkopuolisista oletuksista lähtien, vaan kansallisen oikeusjärjestyksen omista lähtökohdista. Vertailun tulokset saavat mielestäni uskottavuutensa siitä, että lukija voi itse todeta niiden kullekin oikeusjärjestykselle ominaiset kansalliset sovellukset, johtopäätöksiä tukevat ja myös niitä heikentävät seikat. Kunkin kansallisen oikeusjärjestyksen lapsen huoltoratkaisuja koskeva historia, siitä käydyt keskustelut ja muut tapahtumat liittyvät näin omissa jaksoissaan niille ominaisiin yhteyksiinsä. Nämä yhteydet irrotetaan vain tulosten esittämiseksi, jolloin päätelmät esitetään lyhyesti kansallisiin vertaileviin jaksoihin viitaten.

Vertailevat jaksot on esitetty siten, että Suomen oikeuden kannalta ainakin maantieteellisesti etäisin vertailukohde, Kalifornia, on järjestyksessä ensimmäisenä. Tätä ehkä odottamatontakin ratkaisua on tarpeen perustella.

Käsillä olevan tutkimuksen toteuttamistapaan on vaikuttanut amerikkalainen lapsen huoltoa koskeva oikeuskirjallisuus. Yhdysvaltain liittovaltiotasolla käytävää perheoikeudellista keskustelua ei voida sitoa kiinteästi mihinkään tiettyyn oikeusjärjestykseen, koska perheoikeus kuuluu niihin oikeudenaloihin, jotka ovat eri osavaltioiden itsenäisen lainsäädännön ja -käytön aluetta. Amerikkalaisissa kirjoituksissa ja teoksissa onkin tapana esittää lapsen huoltoa koskevat keskeiset ratkaisuperiaatteet yleisemmän historiallisen kehityksen tuloksena. Tämä kehitys alkaa yleensä äitien etusijasta ja päättyy yhteishuoltoon. Kyse on siis keskeisesti vanhemman henkilön merkityksestä lapsen huoltoa koskevassa ratkaisussa.[9] Historiallisen näkökulman ansi-

[9] Ks. esim. *Bruch* (IJLF 1988) s. 106–126, *Chambers* (Michigan Law Review 1984) s. 477–569, *Fineman* (Harvard Law Review 1988) s. 727–774, *Mnookin* (Law and Contemporary Problems 1975) s. 226–293, *Scott* (California Law Review 1992) s. 615–672, *Weitzman* (1985) s. 215–261. Vrt. *Krause* (1995) s. 295 alk., missä käsitellään muitakin kuin lähinnä huoltajan sukupuoleen liittyviä näkökohtia.

osta keskustelussa on voitu sujuvasti yhdistää erilaisia lapsiin ja vanhemmuuteen liittyviä kulttuurisia näkökohtia oikeudelliseen kehitykseen. Kulttuurisia näkökohtia ovat viime aikoina edustaneet erityisesti avioerolapsia koskevat käyttäytymistieteelliset puheenvuorot mutta myös vilkas naisoikeustieteellinen keskustelu.[10]

Edellä olevasta seuraa, että Yhdysvaltoja ja erityisesti Kaliforniaa koskevassa jaksossa kiteytyvät monet myöhemmän esityksen kannalta keskeiset kysymykset. Sen vuoksi tämän jakson luontevin paikka on ensimmäisenä. Tätä tukee myös se, että useimpien vertailumaiden kannalta keskeiset käyttäytymistieteelliset tutkimukset ja puheenvuorot ovat peräisin juuri Yhdysvalloista, useimmiten Kaliforniasta.

Muiden vertailun kohteena olevien oikeusjärjestysten esitysjärjestys on seuraava: Kaliforniaa koskevaa jaksoa seuraa sitä historiallisesti läheisin vertailun kohteena oleva oikeusjärjestys, Englanti, joka kuuluu myös samaan *common law* -oikeusperheeseen. Koska vertailu on perusteltua aloittaa Suomelle etäisimmästä vertailukohteesta, Kaliforniasta, se on luontevinta päättää Suomelle läheisimpään kohteeseen, Ruotsiin. Näin vertailu tapahtuu maantieteellisesti Suomen kannalta etäisimmästä vertailukohteesta lähimpään.[11] Järjestyksestä on myös se etu, että Ruotsia ja Suomea koskevat jaksot asettuvat peräkkäin, jolloin vertailu näiden kahden pohjoismaisen oikeusjärjestelmän välillä käy helposti. Saksaa koskeva jakso jää *common law* -maiden ja pohjoismaiden väliin.

Vertailun tuloksissa lukijalle esitellään lapsen etua koskevat tulkintaihanteet ja niiden muuttumista mahdollisesti selittävät tekijät. Tavoitteena on, että

---

[10] Lähemmin Kaliforniaa koskevassa vertailevassa jaksossa. Tieteellisiä tutkimustuloksia voitaisiin periaatteessa pitää myös kulttuurin ulkopuolisina tekijöinä. Oman näkemykseni mukaan näitä tutkimuksia ei ole mahdollista irrottaa muusta lapsia ja vanhempia koskevasta kulttuurista. Erityisesti avioerolasten osalta voidaan todeta, että se, mitä tutkitaan, on yleensä kiinteässä yhteydessä ajankohtaiseen keskusteluun. Sama koskee tulosten tulkintaa. Esimerkiksi yhteishuollossa olevia lapsia ei Yhdysvalloissa tutkittu ennen 1970-lukua, vaikka yhteishuolto periaatteessa tunnettiinkin monissa osavaltiossa. Yksikään tutkija ei myöskään suositellut yhteishuoltoa ennen 1970-luvun loppua. Sen jälkeen tilanne muuttui nopeasti. Yhteishuollolle oli tullut sosiaalinen tilaus, joka koski myös tutkimusta.

[11] Esitettyä järjestystä voidaan periaatteessa kritikoida siitä, että lukija joutuu tutustumaan kalifornialaiseen kehitykseen ilman minkäänlaista omaan maahan tai edes naapurimaahan liittyvää johdantoa, joka voisi auttaa esityksen ymmärtämistä. Tätä vastaan on huomautettava, että lasten ja vanhempien suhteeseen liittyvät asiat ovat kaikissa länsimaissa niin samankaltaisia ja niin vähän erityistietoja vaativia, että esitys avautunee ongelmitta tässäkin järjestyksessä.

kansalliset oikeuskulttuurit selittäisivät omien kirjoittajiensa kautta mahdollisimman paljon itse itseään. Syyt ja selitykset perustuisivat mahdollisimman laajasti kansallisten kirjoittajien näkemyksiin. Tutkijan omat päätelmät vieraista oikeusjärjestyksistä jäisivät näin ollen mahdollisimman vähäisiksi, sillä virhearvion mahdollisuudet tällaisten päätelmien osalta ovat tietenkin suuret. Omia selityksiä voidaan kuitenkin pitää hyväksyttävämpinä silloin, kun päätelmä perustuu oikeusvertailevaan aineistoon kokonaisuutena.

Vaikka vertailun tuloksilla on myös itsenäinen arvo, käsillä olevan tutkimuksen kannalta niillä on myös erityinen merkitys. Vertailun tulosten voidaan olettaa auttavan suomalaisen lapsen etu -käsitteen ymmärtämisessä. Vertailun tulosten voidaan olettaa näet tuottavan perusteltuja oletuksia siitä, minkälaisia lapsen huoltoa koskevia ihanteellisia ratkaisuvaihtoehtoja Suomessa on ollut, sekä siitä, minkälaisia kulttuurisia tekijöitä voidaan olettaa olevan näiden vaihtoehtojen muuttumisen taustalla. Kyseessä ovat oletukset, joiden todentaminen on tutkimuksen Suomea koskevan jakson tarkoituksena. Oletukset ovat kuitenkin tarpeen, sillä niukan kotimaisen oikeudellisen keskustelun perusteella lapsen edun tulkintoja tai niiden kulttuurisia yhteyksiä on vaikea osoittaa, vaikka aineistoa on täydennetty vielä empiirisellä hovioikeuksista kootulla tapausaineistolla. Samalla kun selvitetään, voidaanko suomalaista kehitystä selittää vertailun tulosten avulla, tarkastellaan myös tulosten pitävyyttä yleensä suomalaisen aineiston valossa. Tutkimuksen tuloksena on eräänlainen suomalaisen lapsen edun kulttuurisidonnainen analyysi, mutta myös yleinen yleislänsimainen Suomessakin testattu analyysi lapsen edusta oikeudellisena ja kulttuurisena käsitteenä.

5. Tutkimusaineisto – mitä tutkitaan?

Tutkittavana aineistona on lapsen huoltoa koskeva kirjallisuus. Tutkimus perustuu ensisijaisesti oikeustieteelliselle kirjallisuudelle. Koska kuitenkin muutkin kuin oikeustieteilijät ovat osallistuneet lapsen huollon oikeudellista sääntelyä koskevaan keskusteluun, heidän julkaisemansa teokset ja kirjoitukset on mahdollisuuksien mukaan sisällytetty tutkimusaineistoon. Tieteiden välinen keskustelu sopii muutenkin hyvin kulttuurisidonnaisten lapsen edun tulkintojen tutkimiseen. Tieteiden välisestä julkaisukeskustelusta lienee syytä erikseen mainita se, että avioerolapsia koskevat psykologiset ja psykiatriset puheenvuorot niveltyvät useissa vertailumaissa lähes saumattomasti oikeustieteelliseen keskusteluun.

Ajallisesti kirjallisuutta on seurattu lähtien siitä, kun lapsen etu on omaksuttu kunkin vertailun kohteena olevan maan oikeusjärjestykseen. Lapsen etua edeltänyt vaihe on kuitenkin myös aina selvitetty. Vertailevien jaksojen alku on sijoittunut näin vuosisadan vaihteeseen. Yhdysvaltojen ja Englannin kohdalla perspektiiviä on kuitenkin ollut tarpeen laajentaa. Syynä on ollut lähinnä *common law* -perinteestä johtuva oikeuden korostetun historiallinen luonne. Näissä maissa historiallinen näkökulma on vahvempi myös kansallisten kirjoittajien omissa tulkinnoissa.

Vertasin edellä tutkimusotettani suurten linjojen luonnostelemiseen laveahkolla siveltimellä. Tästä tutkimusotteesta seuraa myös se, että yksityiskohtaisen tiedon hankkiminen lapsen huoltoa koskevan ratkaisun säätelystä ei ole tarkoituksenmukaista. Oikeuden tarkkaa sisältöä tärkeämpää on selvittää oikeudellisten ratkaisujen päälinjat ja niiden yhteydet muuhun yhteiskunnalliseen kehitykseen. Vertailevissa jaksoissa ei tämän vuoksi ole seurattu oikeudellisia lähteitä siten, että ulkomaisen oikeuden tarkkaa sisältöä olisi jaksojen perusteella edes mahdollista selvittää luotettavasti. Oikeudellisten yksityiskohtien runsaus ei olisi palvellut tämän tutkimuksen tavoitteita.

II VERTAILU

A Kalifornia

1. Tämän jakson tavoitteista ja sen perusteena olevasta aineistosta

Oikeuslähteet voidaan Yhdysvalloissa jakaa primaarisiin ja sekundaarisiin. Primaarisia oikeuslähteitä ovat lainsäädäntö (*legislature*), hallinnollinen lainsäädäntö (*administrative law*) sekä oikeuskäytäntö (*case law*). Tuomioistuinten on perustettava ratkaisunsa näihin oikeuslähteisiin, hallinnolliseen lainsäädäntöön kuitenkin vain, jos se ei ole ristiriidassa varsinaisen lainsäädännön kanssa. Lainsäädäntö on luonteeltaan varsin pikkutarkkaa ja silloinkin, kun ala on tarkkaan säädelty, sitä tukee runsas tapausmateriaali, jolla on tapauskohtaisessa tulkinnassa tärkeä merkitys. Runsaan materiaalin käsittelyssä auttavat *digest* ja *annotated* -kokoelmat, joista edellinen jäsentää oikeuskäytäntöä ja jälkimmäinen lainsäädäntöä.[1]

Amerikkalaisissa monografioissa ja oikeustieteellisten aikakauskirjojen artikkeleissa käydään lähinnä periaatteellisiin kysymyksiin liittyvää keskustelua, jossa painotukset ovat usein luonteeltaan oikeuspoliittisia. Näissä kirjoituksissa tavoitteena ei ole niinkään oikeuden sisällön tarkka selostaminen, vaan oikeudellisen kehityksen kriittinen arviointi, epäkohtien osoittaminen ja uusien ratkaisutapojen esittely. Tutkimuksen lähtökohtia koskevan jakson

---

[1] Jälkimmäinen nimi on kokonaisuudessaan *United States Code Annotated. Bogdan* (1993) s. 162–167, *David – Jauffret-Spinosi II* (1986) s. 148–163. Koska perheoikeuden alalla liittovaltiotasoinen lainsäädäntö liittyy vain poikkeuksellisiin tilanteisiin, se on tässä jätetty tarkastelun ulkopuolelle. Myöskään perustuslailla ei ole ollut lasten huoltoa koskevissa kysymyksissä merkitystä, minkä vuoksi sekin on jätetty tarkastelun ulkopuolelle.

perusteella tämäntyyppinen kirjallisuus soveltuu hyvin käsillä olevan tutkimuksen aineistoksi.[2] Koska Kalifornian perheoikeuteen on amerikkalaisessa alan kirjallisuudessa kiinnitetty erityistä huomiota, sitä koskevasta säädösmateriaalistakin on runsaasti esimerkkejä. Näin ollen yllämainittuun ensisijaiseen oikeuslähteistöön ei ole ollut tarpeen paneutua, vaan riittävä tarkkuus säädösmateriaalinkin osalta on voitu saavuttaa vertailemalla eri kirjoittajia.

Niilläkin oikeusaloilla, joissa osavaltioilla on itsenäinen asema, oikeuskulttuuri on niin yhtenäistä, että liittovaltion ja yksittäisen osavaltion kehitystä ei aina ole tarkoituksenmukaista erottaa toisistaan. Useimmat perheoikeudelliset artikkelit onkin suunnattu yleisesti pohjoisamerikkalaiselle lukijakunnalle. Myöskään perheoikeuden historiaa käsittelevissä kirjoituksissa ei yleensä systemaattisesti eritellä eri osavaltioiden kehitystä.[3] Jäljempänä seuraavaa jaksoakaan ei ole rajattu yksinomaan Kalifornian perheoikeuteen, vaan kehityspiirteitä on pyritty hahmottelemaan myös yleisamerikkalaisella tasolla.

Käyttäytymistieteiden edustajilla on amerikkalaisessa avioerolapsen huoltoa koskevassa keskustelussa ollut merkittävä asema. Yhdysvalloissa onkin tehty avioerolapsia koskevia psykologisia ja psykiatrisia tutkimuksia ilmeisesti enemmän kuin muualla. Jäljempänä seuraavan jakson aineistoon kuuluu sen vuoksi muihin jaksoihin verrattuna erityisen runsaasti psykotieteellisiä puheenvuoroja.

2. Isän oikeudesta äidin etusijaan

2.1. Lapsen etu poikkeuksena isän oikeuksille

Lapsen etu vakiintui Yhdysvalloissa avioeron yhteydessä lapsen huoltoa koskevan riidan ratkaisukriteeriksi tämän vuosisadan alussa, mutta kehityksen

---

[2] Ks. edellä Tutkimuksen lähtökohtia koskeva jakso, kohta 5. (Tutkimusaineisto – mitä tutkitaan?). Samassa yhteydessä todettiin myös tästä seurauksena oleva johtopäätös nimittäin se, että jäljempänä oleva esitys ei sovellu yksinään oikeuden sisällön yksityiskohtaiseen selvittämiseen.

[3] Näistä tämän aiheen kannalta tärkein on *Grossberg* (1985). Myös esimerkiksi *Mason*illa (1994) on yleinen historiallinen tarkastelunäkökulma.

juuret juontuvat pitkälle 1800-luvun alkupuolelle. Pohjois-Amerikan siirtokunnissa oli sovellettu yleisimmin Englannin oikeutta.[4] Englannin *common law* -oikeuden mukaan isällä oli ehdoton omistusoikeuteen verrattava oikeus lapsiinsa.[5] Monet kirjoittajat huomauttavat kuitenkin, että uuden mantereen tuomarit liittivät oikeudenkäyttöön huomattavasti enemmän harkintaa kuin erityisesti emämaan *common law* -tuomioistuimet.[6] Eräänlaisena perusteena on mainittu, että *equity* -tuomioistuimet puuttuivat laajalti, mikä ikään kuin oikeutti tuomarit käyttämään normaalissa oikeudenkäynnissäkin *equity* -luonteista kohtuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkintaa.[7] Harkinnan käyttöä edellytti myös emämaan oikeuden soveltaminen uusissa olosuhteissa.[8] Toisaalta uuden mantereen oikeuden vakiintumattomuus antoi tuomareille aiheen nojautua Englannin oikeuteen ja oikeustapauksiin vielä itsenäistymisen jälkeenkin.[9] Tämä näkökohta ei kuitenkaan vähentänyt harkinnan käyttöä.[10]

Uuden tasavallan oma oikeuskehitys johti 1800-luvulla perheoikeuden alueella muutoksiin, joista merkittävimpinä on yleisesti pidetty aviovaimojen omaisuutta koskevien lakien säätämistä eri osavaltioissa (*Married Women's Property Acts*)[11]. Näiden lakien taustalla oli ensimmäinen naisten oikeuksia koskeva liikehdintä. Vaikka naisten oikeudellinen asema alkoikin nyt itsenäistyä verrattuna *William Blackstonen* kuuluisassa kommentaarissaan esittämään miehen ja vaimon yhteyttä koskevaan määritelmään, olivat naiset ja erityisesti aviovaimot kuitenkin lainsäädännössä patriarkaalisen suojelun kohteena eivätkä miesten kanssa tasavertaisina oikeudellisina subjek-

---

[4] Amerikan yhdysvaltojen oikeuden kehityksestä ks. esim. *David – Jauffret-Spinosi* II (1986) s. 113 alkaen tai *Zweigert – Kötz* I (1984), s. 276 alkaen.

[5] *Grossberg* (1985) s. 5, 25, *Mason* (1994) s. 46–47.

[6] *Grossberg* (1985) s. 12–16.

[7] *Mason* (1994) s. 58, *Grossberg* (1985) s. 295, 289–291. Englannissa *common law* ja *equity* -oikeudet sulautuivat vuonna 1875 siten, että ylimmät tuomioistuimet saattoivat tämän jälkeen soveltaa sekä *common law* että *equity* -oikeutta. *David – Jauffret-Spinosi* II (1986) s. 44 alk. Englannin *equity* -oikeus perustui alun perin kuninkaan ja myöhemmin kanslerin yksittäiseen kohtuusharkintaan, joka vakiintui tasapainottamaan varsin jäykkää *common law* -oikeutta. Ks. *David – Jauffret-Spinosi* II (1986) s. 38 alk. Joissakin Yhdysvaltain osavaltioissa oli tosin omia *equity* -tuomioistuimia mts. 135.

[8] *Zweigert – Kötz* (1984) s. 278.

[9] Näin *Mason* (1994) s. 59.

[10] Ks. tarkemmin *Grossberg* (1985) s. 12–16.

[11] *Hoff* (1991) s. 127 alk. Kirjoittajan mukaan näitä säädettiin parissa tusinassa osavaltioita, merkittävimpänä New Yorkin laki vuodelta 1848.

teina.[12] Sisällöltään *Married Women's Property Act* -lait turvasivat lähinnä vaimon oman omaisuuden jäämisen vaimon omaan käyttöön avioeron varalta.[13]

1800-luvun puolenvälin naisasialiike oli vaatinut naisille myös oikeutta omiin lapsiinsa, mutta tässä suhteessa se ei saavuttanut tavoitteitaan.[14] Sen sijaan naisten suojelussa ilmennyt oikeudellinen ajattelu, jota *Michael Grossberg* on nimittänyt oikeudelliseksi patriarkaatiksi (*judicial patriarchy*), ulottui myös lapsiin.[15] Lapsen etu, *the best interest of the child*, alkoi saada jalansijaa osana tuomioistuimien harkintavallan käyttöä lapsen huoltoa koskevissa tapauksissa. Lapsen edulla perusteltiin se, että äidin antama hoiva syrjäytti isän oikeudet. Lapsen edun katsottiin vaativan äidin hoitoa erityisesti pienten lasten (»*in tender years*») sekä tyttöjen kohdalla. Edellytyksenä oli kuitenkin, että äiti oli moraalisesti sopiva, siis syytön avioeroon.[16]

Voidaan kysyä, miksi tuomioistuimet ylipäätään kiinnostuivat lasten edusta? Isän oikeuden soveltaminen olisi tuomareiden näkökulmasta katsoen ollut huomattavasti yksinkertaisempaa. *Grossberg* on selittänyt muutosta uuden tasavaltaisen valtiomuodon edellyttämän ideologisen muutoksen avulla. Siirtokuntien aikainen valtio oli perustunut selkeään patriarkaaliseen järjestykseen, joka ulottui perheisiin asti. Perheenisä käytti perheeseen liittyviä oikeuksia ja edusti perhettä ulospäin. Uusi valistunut ja itsenäinen kansakunta, joka kunnioitti kansalaistensa oikeuksia, ei enää ollut sopusoinnussa patriarkaalisen järjestyksen kanssa. Valtio tunkeutui perheenkin sisään ja alkoi puolustaa naisten ja lasten etuja. Edellä kuvattu *judicial patriarchy* oli eräänlainen ensi askel uudella tiellä.[17]

1800-luvun muutokset tapahtuivat *Grossberg*in mukaan kuitenkin hitaasti ja vähin erin. Koko 1800-luvun ajan Yhdysvaltojen oikeudenkäyttöä leimasi epäjohdonmukaisuus ja jopa ristiriitaisuus, mikä ilmeni eri ajattelutapojen

---

[12] *Grossberg* (1985) s. 300 alk. Englantilaisen Sir *William Blackstone*n kuuluisa kommentaari vuosilta 1765–69 oli käytössä Pohjois-Amerikan siirtokunnissa myös itsenäistymisen jälkeen. Sen mukaan miehen ja vaimon välinen suhde on määritelty seuraavasti:

»By marriage the husband and wife are one person in law: that is the very being or legal existence of the women is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband: under whose wing, protection, and cover she performs everything». Sit. *Maidment* (1984) s. 108.

[13] *Mason* (1994) s. 55–57.

[14] *Grossberg* (1985) s. 244–247, *Hoff* (1991) s. 132–143. Ks. yhdysvaltalaisesta naisasialiikkeestä 1800-luvulla yleisesti myös *L. Nieminen* (1990a) s. 313–347.

[15] *Grossberg* (1985) s. 289 alk.

[16] Ks. lähemmin *Grossberg* (1985) s. 237–253, *Mason* (1994) s. 61–64.

[17] *Grossberg* (1985) s. 3–16, 289–307.

samanaikaisena esiintymisenä tapauksesta riippuen.[18] Naisten ja lasten asemassa tapahtunut muutos jatkui kuitenkin johdonmukaisena 1900-luvulla, jolloin äidin etusijan lasten huollossa voidaan katsoa varsinaisesti vakiintuneen.

2.2. Äidin etusijan taustaa

Vuosisadan vaihteeseen mennessä perhettä koskevissa käsityksissä tapahtui ideologinen muutos. Sitä voitaneen kutsua ydinperheen muotoutumiseksi. Ydinperheajattelua johti kaupungistuva keskiluokka. Ajattelu liittyi vahvasti »julkisen» ja »yksityisen» eriytymiseen. Eriytyminen merkitsi samalla eri sukupuolille kuuluvien tehtävien selvää jakoa.[19] Miehistä tuli »julkisen» alueen toimijoita, jotka useimmiten työskentelivät palkkatyössä kodin ulkopuolella. Naiset taas hallitsivat »yksityistä» ja erityisesti lapsia ja lasten kasvattamista. Perheistä tuli tunne-elämän keskuksia ja lapsista tunnepitoisen hoivan erityiskohteita. Tunnepitoinen hoiva ja huolenpito liitettiin siis naisten tehtäviin ja samalla sukupuoleen kuuluviksi ominaisuuksiksi.[20]

Perheen tunnetehtävän näin korostuessa myös avioerot lisääntyivät huomattavasti. Itse asiassa ne olivat olleet hyvin harvinaisia ennen 1800-luvun loppua, alun perin paikoin jopa kiellettyjä.[21] 1800-luvun viimeisinä vuosikymmeninä avioerojen määrä lisääntyi *Grossberg*in mukaan yli 70 prosenttia ja kehitys jatkui samansuuntaisena vuosisadan vaihteen jälkeen.[22] Vuosisadan vaihtuessa oli kaikilla Yhdysvaltojen osavaltioilla Etelä-Carolinaa lukuunottamatta myös avioeroa ja lasten huollon määräämistä koskevaa lainsäädäntöä.[23] Lasten huolto voitiin lain mukaan yleensä myöntää sille van-

[18] *Grossberg* (1985) s. 289.

[19] Sanapari »*private sphere*» ja »*public sphere*» on tässä yhteydessä käännetty ilmaisuilla »yksityinen» ja »julkinen». Ilmaisuja yksityinen ja julkinen on käytetty erityisesti naistutkimuksen yhteydessä, ks. esim. *Eräsaari – Julkunen - Silius* (toim.) Naiset yksityisen ja julkisen rajalla (1995). Lainausmerkein olen kuitenkin halunnut ilmaista niiden erityismerkityksen erotukseksi esimerkiksi oikeustieteessä muutoin tunnetuista käsitteistä yksityisoikeus ja julkisoikeus.

[20] *Grossberg* (1985) s. 6–9, *Mason* (1994) s. 89, *Black – Cantor* (1989) s. 16–19.

[21] Jonkinasteinen määrän lisääntyminen sekä oikeudellisten edellytysten lieventyminen oli ollut havaittavissa 1800-luvun puolenvälin jälkeen. *Mason* (1994) s. 54.

[22] *Grossberg* (1985) s. 250–251, *Mason* (1994) s. 111–112.

[23] Etelä-Carolinassa avioero oli osavaltion perustuslain nojalla kielletty. *Black – Cantor* s. 11. *Rheinstein* on osoittanut, miten vaihteleva ja kiistelty koko avioeroinstituutio oli 1800-luvun Yhdysvalloissa. *Rheinstein* (1972) s. 28–50.

hemmalle, joka oikeuden harkinnan mukaan vastasi paremmin lapsen etua.[24]

Deborah Anna Luepnitz mainitsee teoksessaan kolme syytä isän oikeuden vaihtumiselle äidin etusijaksi lasten huollon määräämisessä. Näistä ensimmäinen on teollistumiskehitys ja »yksityisen» ja »julkisen» eriytyminen. Toisena syynä hän pitää muutosta lapsuuden ja lasten ymmärtämisessä. Muutos johti siihen, että viktoriaaninen kuri ja järjestys vaihtuivat enemmän huolenpitoa ja rakkautta korostaviksi kasvatusasenteiksi. Kolmanneksi syyksi äidin etusijan muodostumiselle *Luepnitz* mainitsee naisliikkeen poliittiset voitot.[25]

Mary Ann Mason on lasten oikeudellisen aseman historiallista kehitystä käsittelevässä teoksessaan korostanut erityisesti naisasialiikkeen merkitystä lapsia koskevien uudistusten liikkeellepanevana voimana. Ensimmäinen naisasialiike ajoi aviovaimon uuteen asemaan liittyviä siviilioikeudellisia uudistuksia. Naisliikkeen tavoitteena oli siis tuolloin itsenäinen aviovaimo, ydinperheen äiti, joka omalla »yksityisen» alueellaan oli miehestä riippumaton.[26] Ensimmäisen vaiheen saavutukseksi muodostui edellä mainittujen *Married Women's Property Acts* -lakien säätäminen.

Naisasialiike aktivoitui uudelleen vuosisadan vaihteessa niin sanottuna *edistyksellisenä aikakautena (Progressive era* 1890–1920).[27] Tässä vaiheessa naisasialiike kiinnitti huomiota erityisesti sosiaalisiin uudistuksiin kuten lastensuojelun edistämiseen.[28] Naisiin ja äiteihin aiemmin liitetyt moraaliset ihanteet olivat merkittävässä asemassa myös naisliikkeen toiminnassa. Tämä ilmeni muun muassa siten, että sosiaalisia uudistuksia yhdisti moralisoiva suhtautuminen köyhiin naisiin, kuten juuri aviottomiin äiteihin.[29] Aviollinen äitiys osoitti parempaa moraalia kuin avioton äitiys, vaikka nainen olisi myöhemmin eronnutkin. Avioliitto merkitsi siis tärkeää erottavaa tekijää naisten

---

[24] »(I)n the court's discretion, better serve the interests of the child or children». Ks. *Black – Cantor* (1989) s. 11, loppuv. 31 s. 202–203. Useissa osavaltioissa oli lisäksi annettu etusija syyttömälle puolisolle. *Black* ja *Cantor* (1989) mainitsevat esimerkkeinä Tenneseen, Etelä-Dakotan, New Yorkin, Massachussetin, New Jerseyn, Louisianan ja Georgian, s. 11–12.

[25] *Luepnitz* (1982) s. 2. Samansuuntaisesti *Black – Cantor* (1989) s. 17–19.

[26] *Mason* (1994) s. 50–54.

[27] *Mason* (1994) s. 85 alk.

[28] Muista tavoitteista voidaan mainita erityisesti aviottomien äitien tukeminen.

[29] *Mason* (1994) s. 87–111. Mm. lastensuojelun ja äitiyshuollon sekä muiden sosiaalisten ongelmien ratkaisemiseksi syntynyt lainsäädäntö – kuten adoptiolainsäädäntö, jonka myös *Grossberg* mainitsee – kertoo tavallaan myös valtion tunkeutumisesta edelleen perheen sisälle ks. *Grossberg* (1985) s. 268–280.

ja erityisesti äitien välillä.[30] Äitien etusija lasten huollon määräämisessä avioeron yhteydessä ei siten periaatteessa ollut ristiriidassa tämän moraalikäsityksen kanssa.

Mason katsoo myös, että naiset alkoivat tänä aikana menestyä lasten huoltoa koskevissa oikeusriidoissa syyllisyydestään riippumatta. *Grossberg* pitää syyllisyyttä tänä aikana vielä relevanttina näkökohtana. Jos äiti ei saanut lasten huoltoa, oli syynä ilmeisesti äidin huono moraali, joka ilmeni syyllisyytenä avioeroon.[31] Syyllisyyden merkitys oli mahdollisesti suurimmillaan silloin, kun äidin etusijaa merkitsevä doktriini on vielä ollut kehitysvaiheessa. Mitä tärkeämpänä nimenomaan äidin hoiva nähtiin lapsen kehitykselle, sitä vähemmän kiinnitettiin huomiota äidin moraaliin äiti – lapsi -suhteen ulkopuolella. Osittain tätä kuvasti myös se, että aviottomien lasten edun mukaisena alettiin vähitellen pitää oman »langenneen» äidin hoitoa esimerkiksi adoptiovanhempien hoidon sijaan.[32]

2.3. Äidin etusijaa koskeva »tender years» -oppi

Edellä kuvatun tavoin vähitellen vakiintuneen äidin etusijan oikeudellinen perusta oli niin kutsuttu »*tender years*» -oppi. 1920-luvulta peräisin olevassa *Keezer*in perheoikeuden oppikirjassa se on muotoiltu seuraavasti:

> Where the children are of tender years, other things being equal, the mother is preferred as their custodian, and this more specially in the

[30] Äideille asetetut moraaliset vaatimukset olivat tavallaan varhain ilmenneet äidin syyttömyyden vaatimuksena avioerossa. Vain syytön äiti saattoi olla lapsen edun mukainen huoltaja. Ks. naisiin liitetyistä moraalikäsityksistä yleensä siirtokuntien aikana *Demos* (1986) s. 45, minkä mukaan naisia pidettiin yleensä moraalisesti heikompina kuin miehiä, samoin *Black – Cantor* (1989) s. 15–16.

[31] *Mason* (1994) s. 111–119, *Grossberg* kuten edellä. *Mason* näyttää tarkastelevan erityisesti 1900-luvun ensimmäisiä vuosikymmeniä, mikä saattaa selittää eron, sillä *Grossberg*in erityisen huomion kohteena on jonkin verran aikaisempi ajanjakso. On kuitenkin myös todennäköistä, että oikeuskäytäntö ei ollut yhtenäistä tältä osin. *Grossberg* on kuitenkin yhtä mieltä siitä, että syyllisyys ei ollut ehdoton este määrätä lasten huolto äidille. *Mnookin* puolestaan katsoo, että erityisesti 1800-luvulla naisten etusija perustui juuri syyllisyyteen ja tapaan, jonka mukaan yleensä naiset olivat kantajia avioeroasiassa. 1900-luvulla tilanne kuitenkin muuttui, kun tuomioistuimet alkoivat tunnustaa äidin etusijan ilman syyttömyyteen liittynyttä muodollista edellytystä. *Mnookin* (Law and Contemporary Problems 1975) s. 234–235.

[32] *Mason* (1994) tiivistetysti s. 118–119.

> case of female children, and this though she may have been guilty of delinquencies in the past but there is no evidence that she was delinquent at the time of determining the matter by the court.[33]

»*Tender years*» -doktriini vakiintui osin tuomioistuimien hyväksymänä oppina, mutta joissakin osavaltioissa myös lainsäädäntöteitse.[34] Koko liittovaltion tasolla äidin etusijan vakiintumisen voidaan katsoa tapahtuneen suurin piirtein vuosisadan vaihteessa.[35]

Samalla tavoin kuin edellä esitetyssä esimerkissä »*tender years*» -doktriinin soveltamisala ulottui virallisten tekstien, kommentaarien, tapausten tai lakitekstien tasolla vain pieniin lapsiin sekä varttuneempien osalta mahdollisesti tyttöihin eikä sitä sovellettu muuten kuin tilanteessa, jossa vanhemmat muuten olivat tasavertaisia (»*other things being equal*»).[36] Käytännössä äitien asema oli kuitenkin vahvempi kuin varsinainen teksti antaa ymmärtää.[37] Äitien asemaa ei silti voida verrata isien aikaisempaan *common law* -oikeuden mukaiseen oikeuteen lapsiinsa.[38] Kysymys oli lapsen edun tulkinnasta, johon ydinperhettä koskeva kulttuuri antoi selkeän sukupuoleen sidotun vastauksen: äiti.

Äidin etusija säilyi vahvana ellei peräti vielä voimistunut aina 1960-luvulle asti. *Weitzman* käy lyhyesti läpi joukon empiirisiä selvityksiä eri puolilta Yhdysvaltoja vuosilta 1920 – 1960. Niiden mukaan äideille uskottiin lasten huolto vähintään 68 prosentissa (Maryland vuodelta 1929) ja enimmillään 95 prosentissa tapauksia (Michigan vuodelta 1948).[39]

---

[33] *Keezer on the Law of Marriage and Divorce*, sit. *Mason* (1994) s. 113.

[34] *Black – Cantor*in mukaan oppi oli omaksuttu lainsäädäntöön Alabaman, Minnesotan, Oregonin, Texasin ja Wisconsinin alueella sekä Kaliforniassa, jonka lainsäädäntöön palataan myöhemmin. *Black – Cantor* (1989) s. 13.

[35] *Grossberg* (1985) s. 253, *Mason* (1994) s. 118–119, *Mnookin* (1975) s. 234, *Black – Cantor* (1989) s. 13 loppuv. 42 s. 203.

[36] Ks. erit. *Polikoff* (1983) sit. *Weitzman* (1985) alav. s. 219.

[37] *Weitzman* on selittänyt eroa sillä, että sisarusparveen kuului yleensä eri-ikäisiä lapsia. Kun sisaruksia ei haluttu erottaa, vetivät pienemmät lapset tavallaan suuremmat sisaruksensa näin mukanaan äidin etusijan soveltamisalaan. Toinen *Weitzman*in mainitsema selitys on, että puolisot alkoivat soveltaa äidin etusijaa keskinäisissä järjestelyissään ja tuomioistuimet ainoastaan vahvistivat tosiasiallisesti olemassaolevat järjestelyt. *Weitzman* (1985) s. 222–223. Ks. myös empiirisistä selvityksistä jäljempänä ja seuraavassa kohdassa 2.4. (»Tender years» -oppi Kaliforniassa).

[38] *Mnookin* mainitsee, että säädöstasolla 1900-luvun vaihteessa naiset yleisesti tulivat lasten huollossa tasavertaiseksi miesten kanssa. *Mnookin* (1975) s. 235.

[39] Selvitykset olivat vuosilta 1875–1973. Lapset määrättiin niiden mukaan äidille keskimäärin 85 %:ssa tapauksia koko aikakausi huomioon ottaen. *Weitzman* (1985) s. 222.

2.4. »Tender years» -oppi Kaliforniassa

Koko Yhdysvaltoja koskevista kokonaiskuvauksista on vaikeaa eritellä erityisesti Kalifornian osuutta. Erityisesti yhtä osavaltiota koskevan oikeushistorian vähäisyyttä kuvastaa sekin, että *Lenore Weitzman*, joka on sisällyttänyt lapsen huoltoa koskevan jakson Kalifornian avioero-oikeuden kehitystä koskevaan tutkimukseensa, tyytyy aina vuoteen 1970 asti selostamaan koko Yhdysvaltoja koskenutta kehitystä juurikaan erittelemättä Kalifornian osuutta.[40]

Erityisesti Kalifornian osalta mainitaan kuitenkin usein *Robert Griswoldin* ja *Elaine Mayn* tutkimukset, joiden mukaan vuosien 1850–1890 aikana 84 prosenttia lapsista uskottiin äideille, 13 prosenttia isille ja 2 prosentissa tapauksia lapset jaettiin tai uskottiin muulle huoltajalle. Myöhemmin vuosina 1880–1920 naiset olivat tutkimusten mukaan saaneet lasten huollon lähes poikkeuksetta.[41] Jakautuma vastaa ilmeisesti varsin hyvin tuomioistuimissa vallinneita käsityksiä äidin merkityksestä. Vuonna 1942 *Weitzman* mainitsee erään kalifornialaisen tuomioistuimen todenneen ratkaisussaan äidin etusijasta seuraavasti:

> »... not open to question, and indeed it is universally recognized that the mother is the natural custodian of her young. This view proceeds on the well-known fact that there is no satisfactory substitute for a mother's love.»[42]

Vuonna 1968 tilanne ei *Weitzmanin* selvityksen mukaan juuri ollut muuttunut. *Los Angelesin* alioikeus (*County Court*) määräsi lapsen huollon äidille 88 prosentissa tapauksia, isälle 9 prosentissa ja 3 prosentissa huolto määrättiin joko yhteiseksi tai lapset jaettiin tai heidän huoltonsa uskottiin muille kuin vanhemmille.[43]

Black ja *Cantor* ovat käyneet läpi vuosisadan vaihteen säädöstekstejä eri osavaltioista. Heidän mukaansa »*tender years*» -doktriini oli ilmaistu erityi-

---

[40] *Weitzman* (1985) s. 218–220.

[41] *Weitzman* (1985) s. 223. *Grossberg* on myös viitannut *Elaine Mayn* tutkimuksiin, mutta hän on ilmoittanut luvut hieman toisin: lasten huoltoa vaatineet äidit menestyivät 91 %:ssa avioero-oikeudenkäyntejä, miesten osuuden ollessa vastaavaan aikaan vain 37 %, *Grossberg* (1985) s. 251.

[42] *Weitzmanin* dokumentaation mukaan *Washburn v. Washburn*, 49 Cal. App. 2d 581, 588, 122 P.2d 96, 100 (2d Dist. 1942). *Weitzman* (1985) s. 220.

[43] *Weitzman* (1985) s. 223.

sen selvästi kalifornialaisessa säädöstekstissä, joka alaviitteen tiedon mukaan olisi annettu vuonna 1900. *Black* ja *Cantor* siteeraavat sitä seuraavasti:

> »...but other things being equal, if the child is of tender years, it should be given to the mother; ... if it is of an age to require education and preparation for labour or business, then to the father.»[44]

Kram ja *Frank* mainitsevat kuitenkin Kalifornian korkeimman oikeuden (*Supreme Court of California*) ratkaisun vuodelta 1953, jonka mukaan lapsen huolto tuli määrätä »terveen harkinnan» mukaan sille vanhemmalle, jonka tarjoama huolto vastasi paremmin lapsen etua.

> (Either parent was)...»entitled to custody and no showing or finding of unfitness is necessary to enable the court to award custody to one or the other in accordance with, what in its sound discretion, is deemed the best interest of the child.»[45]

Kirjoittajien mukaan muissa osavaltioissa olisi tällainen ennakkopäätös voitu ottaa huomioon vasta 20 vuotta myöhemmin.[46] Kalifornia oli siis mahdollisesti jonkinlaisena edelläkävijänä kulkemassa kohti sukupuolineutraalia lapsen etu -kriteeriä jo 1950-luvulla.

Äidin etusija säilyi laissa kuitenkin vielä noin 20 vuotta vuoteen 1972, vaikka lakia tänä aikana muilta osin muutettiinkin.[47] Viittaus isän etusijaan vanhempien lasten tai erityisesti koulutusta tai ammattiin valmennusta tarvitsevien lasten osalta jäi pois vuonna 1969 samaan aikaan kuin Kaliforniassa toteutettiin avioerouudistus, joka muutti avioeroon liittyvät oikeudelliset menettelytavat perusteellisesti. Mutta äidin etusijaa uudistus ei tässä vaiheessa horjuttanut.

---

[44] Statutes of California, Ch. CLVII, Sec. 246 (1900), sit. *Black – Cantor* (1989) s. 13, loppuv. 42, s. 203. *Krause* (1995) s. 299 on siteerannut samaa sääntöä teoksessaan mainitsematta kuitenkaan tarkkaa lain kohtaa. Hänen mukaansa ao. määräys on kumottu vuonna 1970. Ajankohta viittaisi vuoden 1969 avioerouudistuksen voimaantuloon, johon palataan lähemmin jäljempänä. *Weitzman* on viitannut myös samansisältöiseen määräykseen, jonka hän nimeää: Cal.Stats. 3330 Ch. 1608, Section 8, sellaisena kuin se oli voimassa vuonna 1969 ja joka on kumottu vuonna 1970. Sit. *Weitzman* (1985) loppuv. 40 s. 466, samoin *Kram – Frank* (1982) s. 35.

[45] *Davis v. Davis* (1953), *Kram – Frank* (1982) s. 35, loppuv. 140 s. 41. Edellä olevassa ei välttämättä ole ristiriitaa, sillä mainittu tapaus perustuu pääperiaatteen, lapsen edun (*the best interest of the child*) soveltamiseen. Äidin etusijahan oli tavallaan yksityiskohtaisempi tulkintasäännös, jota lain mukaan tuli soveltaa »*other things being equal*» -tasapelitilanteessa.

[46] *Kram – Frank* (1982) s. 35.

[47] Ks. edellä kalifornialaisen säädöstekstin yhteydessä oleva viite.

2.5. Kalifornian avioerouudistus ja äidin etusija

Vuonna 1969 tehty avioerouudistus oli monessa suhteessa historiallinen. Se oli ensimmäinen pohjoisamerikkalainen avioerouudistus, jossa luovuttiin avioeron syyllisyysperusteista.[48] Kalifornian uudistus aloitti Yhdysvalloissa niin kutsuttujen »*no-fault*» -avioerouudistusten aallon, minkä seurauksena koko liittovaltiossa siirryttiin osavaltio osavaltiolta välirikkoperusteiseen tai sopimusperusteiseen avioeroon.[49] Sen lisäksi, että Kalifornian uudistus oli ensimmäinen, se oli myös varsin pitkällemenevä. Uudistuksessa siirryttiin suoraan syyllisyysperusteista välirikkoon, joka todetaan puolisoiden sovittamattomien eroavaisuuksien (*irreconcilable differences*) perusteella. Avioeroa voi hakea toinen puoliso yksinkin eivätkä tuomioistuimet, kirjallisuuden perusteella arvioiden, edellytä juurikaan näyttöä puolisoiden sovittamattomista eroavaisuuksista.[50] Ensi vaiheessa tuomioistuin antaa väliaikaisen tuomion, jonka perusteella lopullinen avioerotuomio voidaan myöntää joko puolison tai tuomioistuimen omasta aloitteesta kuuden kuukauden kuluttua väliaikaisen tuomion antamisesta. Avioeroperusteiden kannalta keskeiset lainkohdat ovat seuraavat:

---

[48] Ennen vuotta 1970 avioeroperusteet olivat lyhyesti suomennettuna seuraavat:

1. aviorikos, kanne nostettava kahdessa vuodessa
2. julmuutta osoittava fyysinen tai henkinen pahoinpitely
3. omavaltainen hylkääminen, josta on kulunut yksi vuosi
4. miehen vähintään vuoden kestänyt jatkuva elatusvelvollisuuden laiminlyönti, edellyttäen että mies on elatuskykyinen ellei elatuskyvyttömyyden syynä ole miehen laiskuus, tuhlailevaisuus tms.
5. juopottelu, joka on muodostunut tavaksi vuoden aikana
6. tuomio raskauttavasta rikoksesta, kanneaikaa kaksi vuotta tuomiosta tai armahduksesta.
7. parantumaton vähintään kolme vuotta kestänyt mielisairaus, minkä johdosta puoliso on ollut vähintään kolme vuotta sijoitettuna mielisairaalaan tai vastaavaan laitokseen, jonka lääkäri on vahvistanut sairauden parantumattomuuden, joitakin nimeltämainittuja poikkeuksia lukuunottamatta (mm. epilepsia). Avioeroperusteet on käännetty vapaasti saksankielisestä käännöksestä vuodelta 1969. *Bergmann – Ferid* (X USA/California 1969) s. 95.

[49] Tiivistetty esitys aiheesta on esimerkiksi *Glendon*in teoksessa The Transformation of Family Law (1989) s. 188–190. Vuoteen 1985 mennessä kaikkiin osavaltioihin oli omaksuttu välirikkoperiaate ainakin syyllisyysperusteiden rinnalle. *Mason* (1994) s. 124.

[50] *Weitzman*in mukaan kukaan hänen haastattelemistaan tuomareista ei ollut koskaan jättänyt hyväksymättä osapuolen esittämää näyttöä sovittamattomista eroavaisuuksista. *Weitzman* (1985) s. 19.

(Sec. 4506)

A court may decree a dissolution of the marriage or legal separation on either on the following grounds, which shall be pleaded generally:

1. Irreconcilable differences, which have caused the irremediable breakdown of the marriage.

2. Incurable insanity.

(Sec. 4507)

Irreconcilable differences are those grounds which are determined by the court to be substantial reasons for not continuing the marriage and which make it appear that the marriage should be dissolved.

(Sec. 4508)

(Säännöksen perusteella voidaan avioero-oikeudenkäyntiä siirtää 30 päivällä, mikäli sovinnon mahdollisuus näyttäisi avautuvan puolisoiden välillä. Täksi ajaksi tuomioistuin voi antaa erilaisia lasten asemaa ja puolisoiden omaisuutta sekä elatusta koskevia määräyksiä.)

(Sec. 4512)

(Jos avioliitto on purettava em. Sec. 4506:n perusteella, antaa tuomioistuin väliaikaisen tuomion avioerosta. Sen jälkeen kun väliaikainen tuomio on annettu, ei kumpikaan voi vetäytyä menettelystä ilman toisen suostumusta.)

(Sec. 4514)

(a) When an interlocutory judgment has been entered pursuant to Section 4512 and six months have expired from the date of service a copy of summons and petition or the date of appearance of the respondent, the court, on motion of either party or upon its own motion, may enter the final judgement dissolving the marriage, and such final judgment shall restore them to the status of single persons and permit either to marry after the entry thereof; (...poikkeusmääräys silmälläpitäen väliaikaisratkaisusta tehtyä muutoksenhakua, joka on ratkaisematta ylemmässä oikeusasteessa).[51]

Yksinkertaistettujen perusteiden lisäksi luotiin avioeroja varten yksinkertaistettu menettely, joka muun ohessa mahdollisti avioeron hakemisen postitse. Tämän menettelyn käyttöä oli tosin alkuvaiheessa rajoitettu. Edellytettiin muun muassa, että puolisoilla ei ole lapsia, että avioliitto on kestänyt

[51] *Bergmann – Ferid* (X USA/California 1985) s. 9–11. Edellä on käännetty suomeksi eräät lainkohdat joko niiden tarpeettoman yksityiskohtaisen ja pitkän sanamuodon vuoksi (kuten Sec. 4508) tai sen vuoksi, että säännöstä ei ole otettu *Bergmann – Ferid*in kokoelmaan alkuperäisenä, vaan ainoastaan saksankielisenä käännöksenä (kuten Sec. 4512). Kuten lainkohdasta Sec. 4506 kohta 2. ilmenee, on avioero mahdollista myös parantumattoman sairauden perusteella. Tällöin edellytetään laillistetun lääkärin antamaa lausuntoa sairaudesta ja sen parantumattomuudesta. Erikseen on todettu, että avioero parantumattomasti sairaasta ei vapauta puolisoa maksamasta elatusapua parantumattomasti sairaalle (Sec. 4510).

vain vähän aikaa eikä yhteisen omaisuuden arvo ollut huomattava ja että puolisot olivat päässeet sen jakamisesta keskenään sopimukseen.[52]

Varsin radikaalin avioerouudistuksen taustalla on nähty Kalifornian 1960-luvulla kiihtynyt avioerojen yleistyminen. Tilastojen mukaan noin puolet avioliitoista päättyi eroon.[53] Uudistukseen vaikuttaneista mainitaan yleensä erityisesti professori *Herma Hill Kay Berkeley*n yliopistosta. Hän oli kritikoinut syyllisyysperusteita niiden epäinhimillisyyden vuoksi. Hän halusi edistää avioeromenettelyä, joka vahingoittaisi mahdollisimman vähän yksityisiä henkilöitä ja heidän perheenjäseniään.[54]

Huolimatta siitä, että syyllisyys jäi pois varsinaisen avioerokysymyksen osalta, syyllisyys avioeroon jäi edelleen merkitseväksi tekijäksi lapsen huollon määräämisen yhteydessä. Lainsäädäntöteknisesti tämä oli toteutettu siten, että vaikka asianosaiset eivät saaneet esittää näyttöä moitittavasta käyttäytymisestä (*specific acts of misconduct*), oli säännöstä kaksi poikkeusta: tuomioistuin saattoi sallia näytön esittämisen, jotta se voisi todeta sovittamattomien eroavaisuuksien olemassaolon, tai siinä tapauksessa, että kysymyksessä oli lapsen huollon määrääminen ja vanhemman käytöksellä oli merkitystä lapsen ja vanhemman välisen suhteen arvioinnissa (Sec. 4509).[55] Kuten edellä todettiin, myös äidin etusija jäi voimaan.

> (Sec. 4600)
> In any proceeding where there is at issue of a minor child, the court may, during the pendency if the proceeding, or at any time thereafter, make such order for the custody of such child during its minority as may seem necessary or proper. If a child is of sufficient age and capa-

---

[52] *Summary Dissolution* (Sec. 4550–4554). Ks. lähemmin *Bergmann – Ferid* (X USA/ California 1985) s. 11–13. *Schwenzer* (1987) s. 140, *Weitzman* (1985) s. 38.

[53] Muualla Yhdysvalloissa avioeroprosentti oli vuonna 1960 26 % kun se Kaliforniassa oli 47 %. *Weitzman* (1985) s. 16.

[54] Ks. Kalifornian avioerouudistuksen taustasta lähemmin *Rheinstein* (1972) s. 367–382, *Weitzman* (1985) s. 16–20 sekä myös *Hoff* (1991) s. 292, jonka mukaan prof. *Herma Hill Kay*tä voitiin pitää liberaalifeministinä. Kalifornian avioerouudistuksessa syyllisyyden purkaminen johtaa sukupuolten tasapuoliseen kohteluun, mikä oli juuri liberaalifeministien tavoitteena.

[55] *Weitzman* (1985) s. 223–225, *Rheinstein* korostaa puolestaan sitä, että syyllisyydellä tuli olla yhteys lapsen huoltoa koskevaan asiaan, jotta siihen voitiin vedota. Hän katsoi, että syyllisyyden merkitys väheni olennaisesti myös huoltoa koskevissa asioissa. *Weitman* katsoo, että naiset kokivat moitittavan käytöksen uhkana, jolla heitä voitiin painostaa hyväksymään pienemmät elatusavut, mutta että oikeudenkäyntiasiakirjojen perusteella puolison käytökseen vedottiin lähinnä lasten tapaamista koskevissa jutuissa. Mts. 225–231.

city to reason so as to form an intelligent preference as to custody, the court shall consider and give due weight to his wishes in making an award of custody or modification thereof. Custody should be awarded in the following order or preference:

(a) To either parent according to the best interest of the child, but, other things being equal, custody shall be given to the mother if the child is in tender years.

(b) To the person or persons in whose home the child has been living in wholesome and stable environment.[56]

*Weitzman*in tekemän selvityksen mukaan laajamittainen avioerouudistus ei juuri vaikuttanut lasten huollosta avioeron yhteydessä tehtyihin ratkaisuihin.[57] Prosenttiosuudet lapsista, jotka määrättiin äidin huoltoon, muuttuivat vain hieman. Muutos oli vielä erisuuntainen *Los Angeles*issa ja *San Francisco*ssa, mikä viittaisi siihen, että pienenkin muutoksen taustalla oli muita syitä kuin varsinainen avioerouudistus.[58]

Äidin etusija muuttui kuitenkin varsin pian tämän jälkeen. Vuonna 1973 tuli voimaan huollon määräämistä koskeva lainuudistus, jonka keskeisenä sisältönä oli äidin etusijan kumoaminen. Ennen tämän uudistuksen käsittelemistä on kuitenkin syytä palata yleiseen kehitykseen koko liittovaltion tasolla.[59]

---

[56] (c) To any other person or persons... (jne. kuten edellä pykälän loppuun lapsen huollon määräämisestä muille kuin vanhemmille.) *Rheinstein* (1972) s. 379, ydinkohdiltaan samoin *Kram – Frank* (1982) s. 35, ks. uudistuksesta ja sen vaikutuksista myös *Weitzman* (1985) s. 223–231.

[57] Kalifornian avioerouudistuksen vaikutuksista on edellä useasti mainittu *Lenore Weitzman* tuottanut merkittävän tutkimuksen The Divorce Revolution – The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America, *Weitzman* (1985). *Weitzman* on saanut myös kritiikkiä erityisesti empiiristä selvitystä koskevien tulosten osalta. Ks. tästä *American Sociological Review* (1996): *Peterson* s. 528–535, *Weitzman* s. 537–538 ja uudelleen *Peterson* s. 539–540.

[58] *Los Angeles*issa äitien osuus huoltajista nousi noin prosenttiyksiköllä 88,8 %:iin kun taas *San Francisco*ssa osuus laski vajaalla neljällä yksiköllä 84,6 %:iin. *Weitzman*in tuomioistuimista koottu asiakirja-aineiston määrä oli tässä kohden seuraava: San Francisco vuodelta 1968 267 tapausta ja vuodelta 1972 228 tapausta sekä Los Angeles vuodelta 1968 310 ja vuodelta 1972 245 tapausta. *Weitzman* (1985) s. 227.

[59] Sen sijaan syyllisyyttä koskevan näytön salliva lainkohta on vielä vuonna 1985 toimitetun *Bergmann – Ferid* -kokoelman mukaan nimenomaisesti voimassa, *Bergmann – Ferid* (X USA/California 1985) s. 9 alav. 44. Koska pykälien numerointi on Family Code 1994 -kokoelmassa muuttunut, po. säännöksen kohtaloa ei tämän jälkeen ole mahdollista seurata. Kukaan aineistossa esiintyvistä kirjoittajista ei kuitenkaan *Weitzman*in jälkeen ole kiinnittänyt syyllisyys-kriteeriin huomiota. Sen merkitys jää näin ollen epäselväksi.

3. Psykologisen vanhemman yksinhuolto

3.1. Psykotieteiden murtautuminen – psykologinen vanhemmuus

3.1.1. Tieteestä ja avioerolapsista yleensä

1960-luku oli kaikkialla länsimaissa ja myös Yhdysvalloissa voimakkaiden muutosten aikaa. Lasten huollon määräytymisen osalta merkittäviä muutoksia oli ensinnäkin psykotieteiden esiinmarssi juridisten ratkaisujen oikeuttajina. Toiseksi uudelleen voimistunut naisliike heijasti jo sinänsä sukupuoliroolien muutosprosessia naisliikkeen voimistumisen todennäköisesti kiihdyttäessä muutosta. Uutena tekijänä sukupuolirooleja koskevassa keskustelussa alkoi esiintyä isien oikeuksia ajava liike, *father's rights movement*, joka vaati isille parempia oikeuksia lapsiinsa, eräänlaista tasa-arvoa vastakohtana äidin etusijalle.

Psykotieteiden mukaantulo johti lapsen edun tieteellistymiseen. Katsottiin voitavan tieteellisesti osoittaa, että avioero aiheutti lapsille erilaisia ongelmia. Syntyi avioerolapsia koskeva sosiaalinen leima, stigma, joka perustui arkipäiväisen kokemustiedon ulottumattomissa oleviin tieteellisiin tutkimuksiin.[60] Kun avioeron tuhoisa vaikutus lapsen elämään oli näin osoitettu, saatiin samalla oikeutus käyttäytymistieteellisten tulosten soveltamiselle näiden ongelmien ratkaisemiseksi.[61]

Vaikka 1950-luvulla ei vielä arvioitu erityisesti avioerolapsia, voitiin merkittävimpiä lastenpsykiatrisia tutkimustuloksia tulkita siten, että ne tukivat vallitsevaa tulkintaa eli äidin etusijaa. Näitä tuloksia olivat erityisesti separaatio- ja deprivaatio tutkimukset, joissa osoitettiin äidinrakkauden elintärkeä merkitys lapsen kehitykselle.[62]

---

[60] *Commaillen* mukaan avioerolapsen stigma perustui 1950–60 -luvuilla tehdyille amerikkalaisille tutkimuksille. Niitä rasittivat kuitenkin lukuisat metodologiset ongelmat. *Commaille* (1982) s. 115–116, samoin *Levitin* (Journal of Social Issues 1979) s. 1–3 ja *Bagshaw* (Australian Journal of Family Law 1991) s. 42. Esimerkkinä myöhemmästä tutkimuksesta *Offord et. al.* Broken Homes, Parental Psychiatric Illness, and Female Delinquecy, (Amer.J.Orthopsychiat. 1979) s. 252–264. Ks. siitä myös maininnat aikaisemmista tätä oletusta tukevista tutkimuksista mts. 252–253.

[61] *Commaille* (1982) s. 116–120, samoin *Théry* (Bourguignon – Rallu – Théry 1985) s. 46–48. Erit. *Commaille* kritikoi sitä, että patologisoimalla nimenomaan avioero, juuri siitä – eikä esimerkiksi riittämättömistä resursseista – saatiin lasten ongelmien syy.

[62] *Bowlby, J.*: Maternal Care and Mental Health (suom. 1957.), ks. lähemmin esim.

»...(M)other love in infancy and childhood is as important for mental health as are vitamins and proteins for physical health.»[63]

Lapsen huoltoa koskevien oikeudellisten vaatimusten tueksi oli 1940 – 1950 -luvuilta alkaen alettu vedota mielenterveydellisten asiantuntijoiden lausuntoihin. 1960-luvulla noin joka kymmenennessä ylemmässä oikeusasteessa vireillä olleessa jutussa oli käytetty alan asiantuntijaa.[64]

1960- ja 1970-luvuilla tapahtunutta kehitystä lapsen huoltoa koskevassa keskustelussa tarkastellaan seuraavassa kolmen merkkipaalun avulla. Näistä tärkein on viimeisenä, kahden muun toimiessa tavallaan sille johtavina välietappeina. Ensimmäinen on niin sanottu *Yale Note* vuodelta 1963.[65] Tässä artikkelissa tuotiin lapsen huollon määräämistä koskevaan keskusteluun ensi kertaa psykologisen vanhemman käsite. Artikkelin yksi tärkeimmistä lähteistä oli samana vuonna tehty tohtori *Anna Freud*in haastattelu. *Anna Freud* esitteli itse kymmenen vuotta myöhemmin yhdessä *Joseph Goldstein*in ja *Albert J. Solnit*in kanssa psykologista vanhemmuutta koskevan teoriansa lasten huoltoa, lastensuojelullista sijoitusta ja adoptiota koskevista oikeudellisista ratkaisuista. Teos »*Beyond the Best Interest of the Child*», joka on tämän vaiheen keskeinen käyttäytymistieteellinen puheenvuoro, sai osakseen runsaasti huomiota ja vaikutti myös oikeudelliseen ratkaisukäytäntöön.[66]

Ennen edellä mainitun »*Beyond the Best Interest of the Child*» – kirjan ilmestymistä oli aloitettu uuden avioliittoa ja avioeroa koskevan osavaltioiden välisen yhtenäislain (*Uniform Marriage and Divorce Act, UMDA*) valmistelu vuonna 1965. Työ saatiin päätökseen vuonna 1970, jolloin laki hyväksyttiin.[67] Professori *Robert J. Levy Minnesota*n yliopistosta oli valmistellut lakia asiantuntijana erityistoimeksiannon perusteella. *Levy*n ja tohtori-

---

Chess – Thomas (Amer.J.Orthopsychiat. 1982) s. 213–214 tai *Taipale – Valanne* (1977) s. 31–33. Samat kirjoittajat esittävät havainnollisesti myös *D.W. Winnicott*in äidin ja lapsen suhdetta koskevia tutkimuksia (*primary maternal preoccupation*) s. 34–35. *Weitzman* mainitsee myös tunnetun psykologin *Bruno Bettelheim*in käsityksen siitä, miten epäluonnollista olisi, jos isä kasvattaisi lapsia äidin asemesta. *Weitzman* (1985) s. 221.

[63] Sit. *Chess – Thomas* (Amer.J.Orthopsychiat. 1982) s. 213.

[64] *Mason* (1994) s. 175.

[65] Ks. lähemmin alaviite seuraavassa kohdassa 3.1.2. (1963 Yale Note – psykologinen lapsen etu).

[66] Lähemmin jäljempänä 3.1.4. (Goldstein – Freud – Solnit: Beyond the Best Interest of the Child).

[67] *UMDA*n ovat vuoteen 1994 mennessä ratifioineet Arizona, Colorado, Illinois, Kentucky, Minnesota, Missouri, Montana ja Washington. *Bergmann – Ferid* (X USA 1994) s. 145, alav. 102.

opiskelija *Phoebe Ellsworth*in kirjoittama artikkeli vuodelta 1969 on toinen kehityksen välietappi edellisten välistä. Se on kriittinen puheenvuoro psykotieteellisten tutkimusten merkityksestä lapsen huollon määräämisessä.[68] *UMDA*an ei kuitenkaan hyväksytty mainittujen kirjoittajien suosittelemaa äidin etusijaa. Äidin etusijan sijaan kriteereiksi tuli lapsen psyykkiseen hyvinvointiin liittyviä näkökohtia.

3.1.2. 1963 Yale Note – psykologinen lapsen etu

Psykotieteiden vaikutus lapsen huollon määräytymiseen heijastui ennen muuta käsitteeseen psykologinen lapsen etu »*psykological best interest of the child*», joka esiteltiin ensi kerran vuonna 1963 The Yale Law Journalissa julkaistussa *Note*ssa.[69] Sen kirjoittajat pitivät lapsen psykologista hyvinvointia tärkeimpänä huollon määrityskriteerinä. Puheenvuoro ei liittynyt kuitenkaan suoraan avioeron yhteydessä annettavaan huoltomääräykseen, sillä kirjoittajat rajasivat näkökulmansa koskemaan pelkästään vanhempien ja kolmannen osapuolen välistä huoltoriitaa.[70]

Kirjoittajat ottivat lähtökohdakseen, että ratkaisun tavoitteena täytyy olla lapsen psykologisen hyvinvoinnin maksimointi. Tätä he perustelivat lapsuuden merkityksellä yksilön persoonallisuuden kehitykselle. Muiden seikkojen merkityksen lapsen huollon määrittämiselle tulisi olla toissijainen. Lähinnä *Anna Freud*in ja *Erik Eriksonin* perusteella he päätyvät siihen, että biologista vanhemmuutta tärkeämpi lapsen hyvinvoinnin kannalta on *psykolo-*

---

[68] Ks. valmisteluvaiheista *Rheinstein* (1972) s. 382–391, *Glendon* (1989) s. 188–189. Po. artikkelista lähemmin kohdassa 3.1.3. (Ellsworthin ja Levyn kritiikki).

[69] *Davis* (Harvard Law Review 1987) s. 1543. Yhdysvaltalaiset juridisten aikakauskirjojen toimitukset koostuvat tavallisesti pääosin oikeustieteen opiskelijoista. Opiskelijat kirjoittavat myös itse artikkeleita, mutta yleensä niitä ei julkaista heidän omalla nimellään vaan nimikkeellä *Note*. Monet *Note*t ovat kuitenkin varsin arvostettuja ja usein siteerattuja kirjoituksia. Puheena olevaan *Yale Note*en vuodelta 1963 viitataan yleensä juuri psykologisen vanhemmuuskäsitteen yhteydessä käyttäen yleisesti tämäntyyppistä viittausta. Esim. *Yale* Note, *Davis* (Harvard Law Review 1987) s. 1543, alav. 13. Ks. *Strauss – Strauss* (Columbia Law Review 1974) s. 997, alav. 2, jonka mukaan po. *Note*n kirjoittajina ovat olleet prof. *Goldstein*in opiskelijat.

[70] Kolmannella tarkoitetaan tässä yhteydessä lähinnä lähisukulaisia tai isä- tai äitipuolta tai oikeushenkilöä, kuten lastensuojeluyhdistystä yms. Tämäntyyppiset huoltoriidat ilmenevät meillä yleensä huostaanottoa tai sen lopettamista koskevina asioina tai ne liittyvät biologisen huoltajavanhemman kuolemaan. *Yale Note* 1963 s. 151, alav. 4 sekä *Davis*in (Harvard Law Review 1987) mainitsemat tapaukset s. 1555 alk.

ginen vanhemmuus.[71] Psykologisen vanhemmuuden selvittämiseksi he ehdottavat psykologista lapsen edun testiä (*psykological best interest test*).[72] Testin perusteella voitaisiin osoittaa lapsen ehyt tunneside (*affection-relationship*) aikuiseen.[73]

Vaikka *Yale Note*n kirjoittajien lähtökohtana olikin tilanne, missä lapsen huolto määrätään jollekulle muulle kuin biologisille vanhemmille, he asettivat itse kysymyksen, voitaisiinko psykologista lapsen edun testiä soveltaa myös niihin huoltomääräyksiin, joita annetaan avioeron yhteydessä. Kysymys jätettiin kuitenkin avoimeksi.[74] Kirjoittajat pohtivat myös, onko tuomari oikea henkilö päättämään lapsen huollosta vai pitäisikö asiaa olla ratkaisemassa psykologi tai psykiatri, mahdollisesti kollegio, jossa olisi edustettuna lääketieteellinen, juridinen, uskonnollinen ja sosiaalitoimen tuntemus.[75]

3.1.3. Ellsworthin ja Levyn kritiikki

*UMDA*a valmistelleet *Ellsworth* ja *Levy* päätyivät vastakkaiseen tulokseen kuin *Yale Note*: lapsen etua ei voida nykytuloksin osoittaa tieteellisesti. Tätä varten kirjoittajat tutustuivat suureen määrään aiheen kannalta relevantteja tutkimuksia.

Ellsworth ja *Levy* katsoivat suurimman osan tutkimuksista jakautuvan kolmeen ryhmään: (1) hajonneita koteja (*broken homes*)[76], (2) isän poissaoloa (*father absence*)[77] ja (3) äidistä tai vanhemmista erottamista (*maternal /parental deprivation*) koskevat tutkimukset[78]. Kritikoidessaan referoimiensa tutkimusten metodologisia lähtökohtia he toteavat muun muassa, että hajonneita koteja koskevissa tutkimuksissa ei ole voitu erottaa avioeron epäsuotuisia ekonomis-sosiaalisia vaikutuksia huoltoa koskevien määräysten

---

[71] *Yale Note* 1963 s. 157–158.

[72] *Yale Note* 1963 s. 162–163. Alaviitteessä he ehdottavat *Freud*in haastattelun perusteella, että koulutettu psykologi tai psykiatri voisi tehdä testin pienen lapsen osalta.

[73] *Yale Note* 1963 s. 166–167.

[74] *Yale Note* 1963 s. 168. Ks. psykologisen best interest testin soveltamisesta avioerotilanteisiin *Watson* (Syracuse Law Review 1969) s. 57 alk.

[75] *Yale Note* 1963 s. 168 alalaita.

[76] *Ellsworth – Levy* (1969) mainitsevat mm. seuraavat tutkimukset (ks. s. 183–187): *Bowlby* (1952), *Munro* (1965), *Madow & Hardy* (1947) ja *Dorpat et al.* (1965).

[77] Mm. *Carlsmith* (1964a, 1964b), *Nelson & Maccoby* (1966), *Burton & Whiting* (1961), *Lynn & Sawrey* (1959), *Freud* (1921), *Strachey* (1944), *Parsons* (1955), *Baker et al.* (1968)ja *Tuckman et Regan* (1966). Ks. *Ellsworth – Levy* (1969) s. 187–193.

[78] *Ellsworth – Levy* (1969) s. 195–198.

vaikutuksista.[79] Isän poissaoloa koskeneet tutkimukset eivät kirjoittajien mukaan riittävästi erotelleet isän poissaolon syytä (työ, avioero, kuolema jne.) eivätkä näin ollen voineet antaa luotettavaa informaatiota yksinomaan avioerotilanteita tai siihen läheisesti liittyviä tilanteita ajatellen.[80] Äidistä erottamista (*maternal deprivation*) koskevat tutkimukset olivat vastoin niistä käytettyä termiä yleensä tutkimuksia lapsista, jotka oli erotettu molemmista vanhemmistaan johonkin lapsia hoitavaan laitokseen (sairaala, lastenkoti tms.).[81] *Ellsworth* ja *Levy* tulevat seuraavaan johtopäätökseen.

> »As must be painfully clear, the psychological research that can be considered both relevant and useful to the problems of custody adjudication is minimal. Direct studies of the effects of different types of custody arrangement are nonexistent. Indirect studies may alert the judge to the hazards in the path of the child of divorce, but cannot indicate whether or in what circumstances a father or a mother is a 'better' custodian – at least in part because of the paucity of a data on mother absent families».[82]

Valtavan tutkimusaineiston analysointi ei siis tuottanut toivottua tulosta.[83] Tutkimukset eivät antaneet vastausta kysymykseen, kumpi vanhemmista tai millä edellytyksillä olisi lapsen edun mukainen huoltaja.[84] Pahimmillaan epäsuorat tutkimustulokset voisivat päinvastoin johtaa tuomaria harhaan.

Vaikka kirjoittajat hylkäsivät psykotieteellisen lähtökohdan lapsen huollon määräämisessä, he eivät halunneet kuitenkaan tyytyä pelkkään avoimeen lapsen etuun.[85] Sen vuoksi he ehdottivat yhtenäislakiin äidin etusijaa lasten huoltoon. Äidin etusija ei perustunut tutkimukselliseen näyttöön, vaan siihen empiiriseen tosiseikkaan, että ylivoimaisesti suurin osa lapsista, kirjoittajien antaman tiedon mukaan noin 90 prosenttia, oli tuona aikana äitien huollossa.[86] Lähtökohta oli näin ollen hyvin pragmaattinen. Kirjoittajat halusivat

---

[79] *Ellsworth – Levy* (1969) etenkin s. 175–179.

[80] *Ellsworth – Levy* (1969) s. 187–193.

[81] *Ellsworth – Levy* (1969) s. 195–198.

[82] *Ellsworth – Levy* (1969) s. 198.

[83] *Ellsworth – Levy*n lähdeluettelossa on noin 150 nimikettä.

[84] Samaan lopputulokseen tulevat *Luepnitz*in mukaan mm. paljon siteeratut tutkijat *Herzog* ja *Sudia*, sit. *Luepnitz* (1982) s. 5.

[85] »Instead of choosing the easy out – drafting an abstract and valueless instruction that the judge be guided by 'the best interest of the child', a uniform act schould articulate the (often competing) interest at stake and, to the extent feasible, rationally resolve them.» *Ellsworth – Levy* (1969) s. 202.

[86] *Ellsworth – Levy* (1969) s. 202.

myös ehkäistä traumaattisia huoltoriitoja antamalla äidille selkeän etusijan.[87]

Ellsworth ja *Levy* suhtautuivat kuitenkin periaatteessa myönteisesti tieteen mahdollisuuksiin ratkaista huollon määräämistä koskevia ongelmia. Artikkelissa todetaan, että sosiaalitieteistä ei *vielä* ole ollut juuri apua edes eri huollon vaihtoehtojen arvioimisessa. Kirjoittajien mukaan tällaiselle tutkimustiedolle on kuitenkin olemassa ilmeinen tarve. Itse asiassa kirjoittajat hahmottelevat artikkelissaan kysymyksenasetteluja ja metodeja, joita toteuttaen toivottua tietoa voitaisiin saada käyttöön.[88]

Ilmeisesti kirjoittajien usko tieteen mahdollisuuksiin teki *UMDA*n lopullisiin laatijoihin suuremman vaikutuksen kuin heidän kirjallisuustutkimuksensa tulos, sillä *UMDA*an ei hyväksytty äidin etusijaa, vaan tavallaan Yhdysvaltojen ensimmäinen moderni lapsen etu -kriteeri. Lapsen etua tarkennettiin lakitekstissä niiden eri näkökohtien luettelolla, jotka tuomarin ainakin oli otettava huomioon lapsen etua arvioidessaan.[89]

> UMDA § 402 (Best Interest of the Child)
> The court shall determine custody in accordance with the best interest of the child. The court shall consider all relevant factors including:
> (1) The wishes of the child's parent or parents as to his custody;
> (2) the wishes of the child as to his custodian;
> (3) the interaction and interrelationship of the child with his parent or parents, his siblings, and any other person who may significantly affect the child's best interest;
> (4) the child's adjustment to his home, school, and community; and
> (5) the mental and physical health of all individuals involved.
> The court shall not consider conduct of a proposed custodian that does not affect his relationship to the child.[90]

---

[87] »The presumption resolves several value conflicts: it may well be true that because of the presumption some fathers who would be better custodians than their wives will either fail to seek custody or will be denied custody following the contest, but that disadvantage has a lower 'social cost' than the disadvantages of any alternative statutory formulation – more contested cases (with the trauma that contest seem to produce), more risk of a custody award to a father who will be only marginally better than the mother or even much worse.» *Ellsworth – Levy* (1969) s. 203.

[88] *Ellsworth – Levy* (1969) s. 169–170, 215.

[89] *Coester* (1983) s. 98–99, jonka mukaan *UMDA*:n tapainen luettelo omaksuttiin nopeasti useiden osavaltioiden lakeihin, jotka kirjoittaja myös mainitsee. *UMDA*:an ei kuitenkaan tullut erityistä kieltoa suosia toista vanhempaa tämän sukupuolen perusteella, kuten *Coester*in mukaan myöhemmin mm. Kalifornian, Floridan, Minnesotan ja Etelä-Carolinan lakeihin, ks. mts. 99 alav. 135. *UMDA*n tekstin osalta ks. *Bergmann – Ferid* (X USA 1994) s. 145 alk. etenkin s. 163, samoin *Krause* (1995) s. 296–297, ks. myös *Rheinstein* (1972) s. 390–391 ja *Glendon* (1989) s. 227.

[90] Lähteet kuten edellä.

Pykälän eri kohdissa voidaan nähdä psykologisen lapsen edun vaikutusta.

> Tällaisia ovat esimerkiksi viittaaminen lapsen mielipiteeseen (kohta 2), jota esimerkiksi *Yale Note*ssa oli pidetty yhtenä indisiona lapsen tunnesiteestä psykologiseen vanhempaansa;[91] vuorovaikutukseen ja vuorovaikutussuhteeseen (kohta 3) tiettyyn vanhempaan kyseessä olevaan huoltajavaihtoehdon kannalta; sopeutumiseen kotiin ja muuhun ympäristöön (kohta 4) sekä luonnollisesti mielenterveyteen (kohta 5).

Sellaista ehdotetun huoltajan käytöstä, jolla ei ole yhteyttä kyseessä olevaan lapseen, ei lainkohdan mukaan voida ottaa huomioon. *Rheinstein* on rinnastanut lainkohdan Kalifornian vastaavaan lainkohtaan, jota käsiteltiin edellä.[92]

*Ellsworth*in ja *Levy*n artikkeli osoittaa, että huolimatta erityisesti seuraavassa käsiteltävän *Goldstein*in, *Freud*in ja *Solnit*in teoksen saamasta myönteisestä vastakaiusta, psykotieteiden mahdollisuuksiin ei kuitenkaan suhtauduttu täysin kritiikittömästi. Keskustelussa esiintyi myös puheenvuoroja, jotka varoittivat luottamasta liikaa psykotieteen varsinkaan senhetkisiin mahdollisuuksiin.[93] Jälkeenpäin arvioiden *Ellsworth*in ja *Levy*n taktisena virheenä oli ehkä äidin etusijan säilyttäminen huollon määräytymisessä. 1970-luvun poliittisessa ilmapiirissä äidin etusijan puolustamisella ei ollut enää menestymisen mahdollisuuksia.

3.1.4. Goldstein – Freud – Solnit: Beyond the Best Interest of the Child

Edellä jo mainittu *Goldstein*in, *Freud*in ja *Solnit*in teos Beyond the Best Interest of the Child muodostui niin keskeiseksi puheenvuoroksi lapsen edus-

---

[91] *Yale Note 1963* s. 163. Ks. lapsen tunnesuhteesta *affection-relationship* lähemmin *Yale Note 1963* s. 160 alk. vrt. edellä kohta 3.1.2. (1963 Yale Note – psykologinen lapsen etu).

[92] *Rheinstein* (1972) s. 391. Kirjoittaja pitää molempia lainkohtia tärkeinä osoituksina syyllisyyden merkityksen vähenemisestä. Hänen arvioi niin siis jonkin verran toisin kuin *Weitzman*, joka korosti syyllisyyskriteerin jäämistä huollon määräämisen yhteyteen. Ks. edellä kohdan 2.5. lopussa (Kalifornian avioerouudistus ja äidin etusija).

[93] Myöhemmistä kriittisistä puheenvuoroista on mainittava erityisesti *Mnookin*in artikkeli vuodelta 1975, missä kehiteltiin erityisesti lapsen edun tulkintaa ilman sukupuoleen viittaavia preferenssejä. Tähän artikkeliin palataan myöhemmin, mutta tässä vaiheessa voidaan jo todeta, että sekään ei pystynyt estämään psykotieteiden voittokulkua. Länsimainen kulttuuri oli ehkä kokonaisuutena siinä vaiheessa, että vastausta lapsen etua koskevaan kysymykseen odotettiin juuri näiden tieteenalojen suunnalta. Tärkeämpää kuin olemassaoleva tieto olivatkin ehkä tieteen mahdollisuuksiin ylipäänsä kohdistuneet odotukset. Ks. jäljempänä kohta 3.3. (Mnookinin lapsen etu -kritiikki).

ta, että ei liene liioiteltua sanoa sen antaneen olennaisen sisällön lapsen edun psykologiselle tulkinnalle, *psykologiselle vanhemmuudelle*, lapsen huoltoa koskevassa keskustelussa aina 1970-luvun loppuun asti.[94] Se, että teoksesta tuli keskustelun kannalta niin tärkeä, ei kuitenkaan johtunut pelkästään sen tieteellisistä ansioista, sillä teoksen saaman kritiikin valossa nämä näyttävät kovin vaatimattomilta.[95] Ilmeisesti teos pystyi kuitenkin vakuuttamaan maineikkailla kirjoittajillaan ja yksinkertaisella, suorastaan populistisella tyylillään suuren määrän lukijoita, näiden mukana kaikesta päätellen myös suuren joukon juristeja.[96]

Kirjoittajista professorit *Alfred J. Solnit* ja *Anna Freud* edustivat psykiatrian tutkimusta, kun taas *Joseph Goldstein* on psykoanalyyttistä tutkimusta harrastanut oikeustieteilijä.[97] Arvioinnin kohteena teoksessa ovat kaikki lapsen »sijoittamista» (*child placement*) koskevat oikeudelliset päätökset, toisin sanoen päätökset, joissa oikeudellisen intervention tavoitteena on määrätä, missä ja kenen luona lapsi tulee asumaan ja kuka lapsesta tulee huolehtimaan. Kysymykseen tulevat tällöin lastensuojelulliset sijoituspäätökset, adoptiot ja myös lapsen huoltajasta määrääminen avioeron tai asumuseron yhteydessä.[98] Seuraavassa teosta referoidaan vain lapsen huoltoa koskevan päätöksen näkökulmasta.

Goldstein, Freud ja *Solnit* toteavat, että tuomarit ja muut oikeudelliset päätöksentekijät ovat ymmärtäneet lapsen fyysisen hyvinvoinnin tärkeyden, mutta psyykkisen hyvinvoinnin suuren merkityksen ymmärtäminen ja tunnustaminen on ollut hidasta. Kirjoittajat keskittyvätkin omassa teoksessaan yksinomaan lapsen psyykkisten tarpeiden määrittelemiseen psykoanalyyttisen teorian pohjalta.[99] Kirjoittajien mukaan psykoanalyyttinen teoria tarjoaa

---

[94] »Beyond the Best Interest of the Child is perhaps the most widely known and discussed effort to influence the development of social policy in the area of child placement.» *Felner – Farber*, (Amer.J.Orthopsychiat. 1980) s. 342.

[95] Ks. erit. *Strauss – Strauss* (Columbia Law Review 1974), *Mnookin* (Law and Contemporary Problems 1975) ja *Davis* (Harvard Law Review 1987), joihin palataan vielä myöhemmin.

[96] Erityisesti em. *Beggy Davis*'in artikkeli *»There is a Book out...»: An Analysis of Judicial Absorption of Legislative Facts* (Harvard Law Review 1987) s. 1539–1604, lyh. *Davis* (Harvard Law Review 1987).

[97] *Strauss – Strauss* (Columbia Law Review 1974) s. 996. *Anna Freud* on *Siegmund Freud*in tytär, joka on kehittänyt isänsä teoriaa erityisesti lastenpsykiatrian alueella.

[98] *Goldstein - Freud – Solnit* (1973) s. 4–5.

[99] *Goldstein – Freud – Solnit* (1973) s. 4–5.

arvokasta tietoa lapsen tarpeista ja siitä on mahdollista johtaa yleisesti sovellettavat suuntaviivat helpottamaan juridista päätöksentekoa.[100]

Goldstein, *Freud* ja *Solnit* katsovat, että erityisesti avioerotilanteissa tehtävien huoltoratkaisujen vikana on ensinnäkin, että ne eivät koskaan ole lopullisia. Mahdollisuus muuttaa huoltoa koskevaa ratkaisua myöhemmin ja jopa pelkkä mahdollisuus hakea siihen muutosta ylemmältä oikeusasteelta on kirjoittajien mukaan ristiriidassa lapsen jatkuvuuden tarpeen kanssa. Sen vuoksi huoltopäätöksen tulisikin olla yhtä lopullinen kuin adoptio.

Toinen seikka, johon kirjoittajat kohdistavat kritiikkiä, on tapaamisoikeus. Heidän mukaansa tapaavan vanhemman mahdollisuudet toimia psykologisena vanhempana ovat hyvin rajalliset. Tapaamiset aiheuttavat usein lapsille lojaliteettiristiriitoja, koska lasten on vaikeata säilyttää psykologinen vanhemmuussuhde kahteen toisiinsa vihamielisesti suhtautuvaan aikuiseen. Nämä ristiriidat vaarantavat lapsen myönteisen suhteen molempiin vanhempiin. Ainoa ratkaisu heidän mukaansa on, että tapaamista koskevat päätökset annetaan huoltajan ratkaistaviksi. *Goldstein*, *Freud* ja *Solnit* katsovat edellä mainittuihin näkökohtiin vedoten, että oikeusjärjestyksen tulisi ensisijaisesti suojella lapsen ja huoltajan välistä suhdetta. Sen sijaan kirjoittajat eivät näe mitään syytä, miksi oikeusjärjestyksen tulisi ylipäätään puuttua lapsen ja huollosta erotetun vanhemman väliseen suhteeseen.[101]

*Goldstein*in, *Freud*in ja *Solnit*in esittelemät periaatteet voidaan tiivistää seuraavasti:[102]

> *1. Psykologinen vanhemmuus / toivottu lapsi*: Lapsen psykologinen vanhempi on se, joka täyttää lapsen vanhempaan kohdistuvat psykologiset tarpeet samoin kuin lapsen fyysiset tarpeet päivittäiseen vuorovaikutukseen perustuen. Lapsen psykologisiin tarpeisiin kuuluu, että lapsi kokee olevansa toivottu (*wanted*). Toivottu lapsi saa jatkuvasti

[100] Tässä suhteessa *Goldstein, Freud* ja *Solnit* tulevat siis päinvastaiseen tulokseen kuin edellä selostettu *Ellsworth – Levy*n artikkeli, ks. kohta 3.1.3. (Ellsworthin ja Levyn kritiikki).

[101] *Goldstein – Freud – Solnit* (1973) s. 37–39. Kyseiset lapsen ja huollosta erotetun vanhemman suhdetta koskevat näkemykset ovat aiheuttaneet runsaasti kritiikkiä. Kirjoittajat eivät silti ole juurikaan muuttaneet käsityksiään. Ks. mts. 113–133, jotka sisältävät epilogin vuonna 1980 ilmestyneeseen painokseen.

[102] Kirjoittajien tiivistetyt oikeuspoliittiset kannanotot sisältyvät teokseen *Goldstein – Freud – Solnit* (1973) s. 97–101. Jäljempänä viitataan näihin sivuihin, jollei muuta ole erikseen mainittu. Periaatteista on jätetty pois ne, joilla ei ole merkitystä lapsen huollon määräämisen kannalta. Eräiltä osin periaatteita on myös tiivistetty ja ne on ryhmitelty tätä esitystä varten tarkoituksenmukaisemmalla tavalla.

kiintymystä ja fyysistä huolenpitoa ainakin yhdeltä aikuiselta ja kokee, että tämä aikuinen pitää häntä tärkeänä. Psykologisen vanhemmuuden kannalta lapsen ja aikuisen välisen suhteen oikeudellinen luonne (biologinen vanhempi, adoptiovanhempi, sijaisvanhempi jne.) on merkityksetön.

2. Huoltosuhteen häiriötön jatkuvuus: Kirjoittajien mukaan lapsen kehitys aiheuttaa tälle jo sinänsä niin suuria kriisejä ja tasapainottomuutta, että sen edistymisen turvaamiseksi tulisi ulkoisten edellytysten olla mahdollisimman pysyviä. Tämä koskee myös lapsen, erityisesti pienen lapsen suhdetta vanhempaan. Lapsen kiintymys vanhempaan on herkkää ja haavoittuvaa.[103]

3. Lapsen ajantaju: Lapsen ajantaju poikkeaa aikuisten tavasta käsittää ajan kuluminen, sillä omien tarpeiden tyydytys ei lapsen näkökulmasta siedä viivytystä. Lapsen ajantaju muuttuu lapsen kasvaessa. Lyhytkin ero tärkeästä aikuisesta voi olla vahingollinen pienelle lapselle.

4. Lapsen lojaliteettiristiriidat: Lapset eivät pysty ylläpitämään myönteisiä suhteita useampaan eri aikuiseen, jos näillä ei ole keskinäistä kanssakäymistä tai jos heidän keskinäiset suhteensa ovat vihamieliset. Toisin sanoen lapset pystyvät myönteisiin suhteisiin useamman kuin yhden aikuisen kanssa vain silloin, kun nämä aikuiset suhtautuvat toisiinsa myönteisesti. Ellei näin ole, lasten lojaalisuus toisiinsa vihamielisesti suhtautuviin aikuisiin aiheuttaa heille ristiriitoja.

Kirjoittajien huoltoa koskevaa ratkaisua koskevat johtopäätökset voidaan vastaavasti tiivistää seuraavasti:

1. Vähiten vahingollinen käytettävissä oleva vaihtoehto (Least detrimental available alternative): Vaihtoehto merkitsee huoltojärjestelyä, joka maksimoi lapsen mahdollisuuden olla toivottu lapsi sekä ylläpitää jatkuvalla, ehdottomalla ja pysyvällä pohjalla suhdetta vähintään yhteen aikuiseen, joka on lapsen psykologinen vanhempi tai haluaa tulla sellaiseksi. Vaihtoehto ulottuu myös huoltomääräyksen antamista koskevaan oikeudelliseen menettelyyn siten, että siinä otetaan huomioon lapsen ajantaju. Avioero- tai erilleenmuuttamistilanteessa lapsen huoltajuutta hakevan vanhemman on osoitettava, että hänen tarjoamansa huolto merkitsee lapsen kannalta edellä tarkoitettua vähiten vahingollista käytettävissä olevaa vaihtoehtoa.

2. Lievimmän intervention periaate: Valtion tulisi minimoida häiriöt lapsen ja psykologisen vanhemman suhteessa, koska lapsen tarpeet tulevat parhaiten tyydytetyksi jatkuvassa ehdottomassa ja pysyvässä suhteessa. Lievin mahdollinen interventio merkitsee myös sopimusjärjestelyn ensisijaisuutta oikeudelliseen päätöksentekoon nähden.[104]

---

[103] *Goldstein – Freud – Solnit* (1973) s. 31 alk.

[104] Sopimusten ensisijaisuuden osalta *Goldstein – Freud – Solnit* (1973) s. 7–8.

3. Ehdottoman lopullisen ratkaisun periaate: Huollon määräämisen tulee olla ehdoton ja lopullinen. Tuomioistuimella ei saa olla mitään oikeutta puuttua lapsi–vanhempi -suhteeseen esimerkiksi myöntämällä tai panemalla täytäntöön vanhemman (tai lapsen) tapaamisoikeutta.

4. Lapsi itsenäisenä asianosaisena: Lapsen huollon järjestämisestä päätettäessä lapsen tulee olla aina itsenäinen asianosainen. Menettelyssä lapsella tulee olla itsenäinen asianajaja.[105]

5. Viivytyksettömän kuulemisen ja valittamisen periaate: Oikeudenkäynnit tulee järjestää niin nopeasti ja keskitetysti kuin järkevän päätöksenteon kannalta vain on mahdollista. Tuomioistuimen tulee laatia asian käsittelyä ja muutoksenhakua varten aikataulu, joka ei ole ristiriidassa lapsen erityisen aikakäsityksen kanssa. Käsittelyn tulee minimoida lapsi – vanhempi -suhteen häiriöt.

Goldstein, Freud ja *Solnit* edellyttivät näiden periaatteiden lisäksi myös, että huoltoa koskevan ratkaisun tulisi perustua ennusteeseen siitä, kenellä tarjolla olevista huoltajaehdokkaista olisi parhaat edellytykset vastata lapsen psyykkisiin tarpeisiin.[106]

*Goldstein*in, *Freud*in ja *Solnit*in puheenvuoro poikkeaa esimerkiksi *Ellsworth*in ja *Levy*n tarkastelemista lähteistä siinä, että kyseessä on teoria, joka ei perustu välittömästi sitä varten tehtyyn empiiriseen tutkimukseen, vaan, kuten kirjoittajat sanoivat, psykoanalyyttiseen teoriaan. Kriitikoiden mukaan se perustui lähinnä 1930- ja 1940-luvuilla julkaistuihin teoreettisiin töihin sekä niitä tukeviin tutkimuksiin, joihin oli kuitenkin myöhemmin kohdistettu painavaa kritiikkiä.[107] Psykologista vanhemmuutta koskevan teorian on sittemmin osoitettu olevan myös itsessään ristiriitainen.[108]

---

[105] *Goldstein – Freud – Solnit* (1973) s. 65 alk., lähemmin kirjoittajien myöhempi teos *Goldstein – Freud – Solnit* (1979) s. 11 alk.

[106] *Goldstein – Freud – Solnit* (1973) s. 5–6.

[107] Ks. *Davis* (Harvard Law Review 1987) s. 1545–1546, *Strauss – Strauss* (1974) s. 996–997, erit. s. 1000 »To take the argument one step further, we think that the authors introduce political premisis which receive no support from the findings of psychoanalysis or psychiatry when they insist that the natural parent has no claim independent of his child's interest, that he has no 'right'».

[108] *Davis* (Harvard Law Review 1987) s. 1546. Painavin psykologista vanhemmuutta koskeva kritiikki, johon *Davis* pääosin nojaa arviointinsa, on *Davis*in mukaan osoitettu seuraavalta taholta: Committee on the Family, Group for the Advancement of Psychiatry, Divorce, Child Custody and the Family, raportti 786, Menthal Health Materials Center No. 106, 1980. *Davis* (Harvard Law Review 1987) s. 1545–1546 alav. 31, ks. myös *Bush – Goldman* (Amer.J.Orthopsychiat. 1982) s. 223–235. Ks. kuitenkin myös *Goldstein* (Folberg 1991) s. 16–25, missä hän pyrkii vastaamaan tärkeimpiin vastaväitteisiin.

Peggy Davis on vuonna 1987 ilmestyneessä artikkelissaan selvittänyt psykologinen vanhemmuus -käsitteen vaikutusta *common law* -oikeuskäytäntöön. Kysymys ei siis ole vanhempien välisestä huoltoriidasta vaan vanhemman tai vanhempien ja kolmannen välisestä huoltoasiasta, jossa ainoana kriteerinä oli edelleen *common law*hon perustuva *parental right*. *Davis* on keränyt empiirisen tapausaineiston tietokonehaulla, jonka hakusanoina ovat olleet *Goldstein*in, *Freud*in ja *Solnit*in teos, *Yale Note* tai psykologinen vanhemmuus. Kohdistettuna vuosille 1963–1984 haku tuotti tulokseksi 193 tapausta, joista 179 liittyi tavalla tai toisella psykologista vanhemmuutta koskevaan teoriaan. *Davis*in lähtökohta oli teoreettinen. Hän kritisoi tuomioistuimien tapaa soveltaa varsin ongelmattomastikin oikeuden ulkopuolisia lähteitä, kuten artikkelissa osoitetaan. Koska kysymyksessä ei ollut tiedeyhteisön yleisesti hyväksymä teoria, sen huomioon ottaminen oikeudellisessa ratkaisutilanteessa, kuten eräissä tapauksissa *Davis*in mukaan oli tehty, oli siis vähintään ongelmallista.[109] Hänen artikkelinsa on joka tapauksessa osoitus paitsi *Goldstein*in, *Freud*in ja *Solnit*in teorian heikkouksista, myös sen saamasta menestyksestä.[110]

3.2. Sukupuolten tasa-arvo ja Kalifornian vuoden 1972 uudistus

Naisasialiikkeen kolmas aktiivinen vaihe alkoi 1960-luvulla.[111] Sen lähtölaukauksena on pidetty samapalkkaisuutta koskevan lain *Equal Pay Act*in säätämistä 1963, vaikka samalla on todettu, että feministinen liike ei varsinaisesti ollut vielä järjestäytynyt tässä vaiheessa.[112] Lukuisista naisasialiikkeen poliittisista voitoista periaatteellisella tasolla merkittävin lienee ollut Yhdysvaltojen perusoikeuksien muutosehdotus. Se merkitsi syrjinnän kiel-

[109] *Davis* käyttää tässä yhteydessä termejä »*adjudicative facts*» ja »*legislative facts*». *Davis* (Harvard Law Review 1987) s. 1539 alk. *Mason* toteaa *appellate courts* -muutoksenhakutuomioistuimia koskeviin tilastoihin viitaten, että *Goldstein – Freud – Solnit* (1973) -teos on ollut tuomioistuimien yleisimmin siteeraama yksinhuoltoa koskevissa päätöksissä. *Mason* (1994) s. 168.

[110] Lapsen huollon määräämisestä avioeron yhteydessä voidaan esimerkkinä mainita tapaus *Seymour v. Seymour*, Supreme Court of Connecticut (1980) teoks. *Weyrauch – Katz – Olsen* (1994) s. 843–846 et. s. 845–846, missä on suoraan viitattu teokseen *Goldstein – Freud – Solnit*: Beyond the Best Interest of the Child (1973).

[111] Tässä on seurattu *Mason*in luokitusta, *Mason* (1994) s. 124, vrt. *Hoff* (1991) s. 229 alk.

[112] *Hoff* (1991) s. 229–230.

lon laajentamista myös syrjintään sukupuolen perusteella. Senaatti ja edustajainhuone hyväksyivät esityksen vuonna 1972. Hyväksymisen seurauksena *Equal Rights Amendment* (*ERA*) lähetettiin ratifioitavaksi eri osavaltioihin. Vuoteen 1982 mennessä kuitenkin vain 35 osavaltiota oli ratifioinut sen, mikä merkitsi, että se oli lopulta virallisestikin rauennut. Vaikka *Equal Rights Amendment* epäonnistuikin, tämä vaihe muutti perusteellisesti naisten asemaa.[113]

Uudistukset liittyivät kuitenkin verrattain harvoin suoraan perheoikeudellisiin kysymyksiin. *Mason* katsoo silti, että *ERA*-kampanja ja siihen liittyvä keskustelu muuttivat välillisesti ilmapiiriä otollisemmaksi perheoikeudellisille uudistuksille.[114] Esimerkkinä tapahtuneista muutoksista *Mason* mainitsee, että vuonna 1970 27 prosenttia niistä amerikkalaisista naisista, joilla oli alle kolmivuotiaita lapsia, laskettiin kuuluviksi työvoimaan. Vuonna 1985 siihen luettiin yli 50 prosenttia alle kolmivuotiaiden äideistä.

1960- ja 1970-luvun feministit asettivat tavoitteekseen miehen ja naisen yhtäläisen aseman kaikilla elämänaloilla, erityisesti työelämässä, joka taas oli mahdollista vain, jos tehtävät olisivat yhtäläisiä myös kodin- ja lastenhoidossa.[115] Tässä suhteessa heidän tavoitteensa olivat yhteisiä isien vastaavan liikehdinnän kanssa. Isien oikeuksia ajava liike (*Fathers' Rights Movement*) syntyi 1970-luvun vaihteessa vaatimaan erityisesti isille oikeuksia lasten hoitoon. Myös isien ja liberaalifeministien konkreettiset tavoitteet yhtyivät tässä vaiheessa saumattomasti. Molemmat vastustivat äitien etusijaa lasten huollon määräämisessä ja kannattivat sukupuolineutraalia lainsäädäntöä: naiset eivät halunneet, että heidät osoitettaisiin ensisijaisesti kodin ja lasten hoitajiksi, eivätkä miehet halunneet, että heitä sukupuolensa vuoksi syrjittäisiin lasten huollon määräämisessä.[116]

---

[113] *Hoff* (1991) s. 230–247, (Summary s. 395–399). Vuonna 1983 demokraatit toivat ERA:n uudelleen kongressin käsiteltäväksi. Se ei kuitenkaan onnistunut saamaan vaadittavaa kahta kolmasosaa edustajainhuoneen äänistä marraskuussa 1984. Ks. ERA:n kohtalosta lähemmin *Hoff* (1991) s. 316–349.

[114] *Mason* (1994) s. 124–126, *Hoff* (1991) s. 291–294.

[115] Nk. liberaali feminismi, *Hoff* (1991) s. 229–230, *Mason* (1994) s. 125.

[116] *Fineman* (1995) s. 82–83, *Mason* (1994) s. 124–125, *Lewis – O'Brian* (ed. Lewis – O'Brian 1987) s. 1–2. Ks. *Father's Rights* liikkeestä havainnollisesti Kanadan kannalta, mutta yksityiskohtia lukuunottamatta yhtenevästi *Bertoia – Drakich* The Fathers' Rights Movement (Journal of Family Issues 1993) s. 592–615. Se, että naiset tässä vaiheessa kannattivat itselleen kuuluvien »etujen» poistamista, ei sinänsä ollut poikkeuksellista. *Mason* kertoo, että juuri Kalifornian feministit vastustivat Kalifornian lain mukaisia äitiyslomia, joiden perusteella naiset saivat paremmat edut kuin muissa sairaustapauksissa oli mahdollista. Ks. lähemmin *Mason* (1994) s. 126, ks. myös *Hoff* (1991) s. 294–298.

Fathers' Rights -liikkeellä oli kiinteä yhteys isyyttä koskeviin uusiin käsityksiin ja tutkimuksiin. Todennäköisesti reaktiona äitiin ja äitiyteen keskittyneelle lapsen kehitystä koskevalle tutkimukselle ja toisaalta uudelle tasa-arvoajattelulle alettiin 1970-luvun vaihteessa kiinnittää yhä enemmän huomiota isän merkitykseen lasten kehitykselle.[117] Tutkimuksen painopiste siirtyi myöhemmin erityisesti isyyden henkilökohtaiseen kokemiseen. »Uudella isällä» (*»new father»*) tarkoitettiin lasten hoitoon sekä kotityöhön aktiivisesti osallistuvaa ja omistautuvaa miestä.[118]

1960-luvun puolivälistä alkaen sukupuolten tasa-arvoa korostava ilmapiiri synnytti paineita *»tender years»* -doktriinia kohtaan niin naisasialiikkeen kuin isien oikeuksia ajavan liikkeen taholta. Näistä naisasialiike ajoi laajemminkin naisen asemaa koskevia uudistuksia, kun taas isien oikeuksia ajava liike oli keskittynyt nimenomaisesti isien oikeuksiin, joista lasten huolto avioeron yhteydessä oli yksi keskeisistä.[119]

Kalifornian siviililakia muutettiin vuonna 1972 siten, että äidin etusijaa koskeva lause yksinkertaisesti jätettiin pois lakitekstistä:

> (Sec. 4600)
> In any proceeding where there is at issue of a minor child, the court may, during the pendency if the proceeding, or at any time thereafter, make such order for the custody of such child during its minority as may seem necessary or proper. If a child is of sufficient age and capacity to reason so as to form an intelligent preference as to custody, the court shall consider and give due weight to his wishes in making an award of custody or modification thereof. Custody should be awarded in the following order or preference:
> (a) To either parent according to the best interest of the child.[120]

---

[117] Ks. *Lamb* (ed. Lamb 1976) s. 1–35, missä *Lamb*, jota on pidetty ehkä huomattavimpana isän merkityksen tutkijoista, on koonnut ja arvioinut aiheeseen liittynyttä varsin laajaa tutkimusta. Esimerkkinä muista tutkimuksista ks. *Bloom–Feshbach et al.* The Child's Tie to Both Parents, missä on erityisesti selvitetty alle kouluikäisten lasten isäsuhteen merkitystä. Artikkelissa on myös viitattu lukuisiin muihin aiheesta tehtyihin tutkimuksiin. Amer.J.Orthopsychiat. 1980 s. 505–521.

[118] *Lewis – O'Brian* (ed. Lewis – O'Brian 1987) s. 1.

[119] Yhdysvaltalaisen naisasialiikkeen tavoitteista ja saavutuksista erityisesti perheoikeuden alueella ks. *Hoff* (1991) s. 276–315.

[120] Ks. *Scott* (California Law Review 1992) s. 620 (alav. 10). Vastaava lainkohta on ollut esillä edellä kohdassa 2.4. (Kalifornian avioerouudistus ja äidin etusija). *Scott*in mukaan Kalifornian osavaltio luopui ensimmäisenä äidin etusijasta lapsen huoltoa koskevassa lainsäädännössä vuonna 1972. Edellä on kuitenkin todettu, että äidin etusijaa ei kaikissa osavaltioissa kuitenkaan koskaan kirjattu lakiin, vaan se saattoi perustua myös

Weitzman totesi erityisesti kalifornialaisten *»Fathers' Rights»* -ryhmien tervehtineen uudistusta ilolla. Laki merkitsi uuden tasa-arvoisen aikakauden alkamista isille. Samassa yhteydessä hän mainitsi myös kalifornialaisten feministien odotuksista sukupuoliroolien purkamiseksi.[121]

3.3. Mnookinin lapsen etu -kritiikki

Kalifornialainen oikeustieteen professori *Robert H. Mnookin* kokosi vuonna 1975 julkaisemassaan artikkelissa siihenastisen kehityksen samaan tapaan kuin edellä tässä jaksossa.[122] Lasten huollon määrääminen oli Yhdysvalloissa muuttunut lapsikeskeiseksi laajaa harkintaa sisältäväksi oikeudelliseksi ratkaisuksi, jonka ainoana kriteerinä oli lapsen etu. Tuomioistuimilla oli *Mnookin*in käsityksen mukaan suuri houkutus käyttää lapsen edun tulkinnassa hyväkseen psykiatrista asiantuntemusta, erityisesti psykologisen vanhemmuuden käsitettä, ulottaakseen asiantuntijoiden avulla harkintavaltansa sille määriteltyjen laillisten rajojen yli. Vallitsevassa yhteiskunnallisessa tilanteessa ei ollut paluuta sukupuolen perusteella määräytyvään lapsen huollon ratkaisemiseen.[123] *Mnookin* mainitsi, että äidin etusija oli Kalifornian lisäksi poistettu jo muun muassa Floridan, Nebraskan ja Oregonin lainsäädännöstä. Hän katsoi kuitenkin, että täysin avoimeen harkintaan siirtyminen lapsen edun tulkinnassa ei ollut tarkoituksenmukaista tai edes oikeudellisesti perusteltua. Kuitenkin myös välirikko- tai sopimusperusteisen avioeron yleistyminen tuki siirtymistä avoimeen lapsen etu -tulkintaan.[124] *Mnookin* pyrki antamaan tulkintaohjeita, jotka olisivat yhteiskunnassa yleisesti hyväksyttyjen arvojen mu-

---

vakiintuneeseen oppiin tulkinnasta, doktriiniin. Ks. kohta 2.3. (Äidin etusijaa koskeva »tender years» -oppi). Tämäntyyppinen tulkinta voi periaatteessa muuttua lakitekstiä nopeamminkin.

[121] *Weitzman* (1985) s. 231, samoin *Fineman* (Harvard Law Review 1988) s. 738–739.

[122] *Robert H. Mnookin*: Child Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy, Law and Contemporary Problems (1975).

[123] »Sex-based rules have been tried historically and are now being discarded (correctly in my view) because they reflect value judgements and sexual stereotypes that our society is on the process of rejecting.» *Mnookin* (Law and Contemporary Problems 1975) s. 284. Edellä mainittu yhteiskunnallinen tilanne merkitsi *Mnookin*in artikkelin valossa nimenomaisesti naisasialiikkeen vaikutusta, josta hän mainitsee runsaasti kirjallisuusesimerkkejä. s. 236 alav. 44.

[124] *Mnookin* (Law and Contemporary Problems 1975) s. 226–237. *Mnookin* käyttää lapsen etu -kriteeristä luonnehdintaa *standard* (yleislauseke). Hän pitää jakoa sääntöihin

kaisia, päätyen lähinnä menettelyllisiin ohjeisiin. Artikkelista on tullut eräs lapsen huoltoa koskevan kirjallisuuden klassikoista.

Lapsen etu ei siis *Mnookin*in käsityksen mukaan ohjaa oikeudellista ratkaisutoimintaa luotettavalla tavalla, ja hän perustelee tätä eri näkökohdilla. Huoltoa koskevan ratkaisun on perustuttava arvioihin, jotka koskevat henkilöitä, ei tekoja tai tapahtumia kuten oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa yleensä. Lapsen etu edellyttää sen ennustamista, kumpi vanhemmista kykenee tulevaisuudessa olemaan lapselle parempi huoltaja, kun ratkaisua varten yleensä on selvitettävä jo sattuneita tapahtumia. Osapuolten on vielä kyettävä yhteistoimintaan ratkaisun jälkeen.[125] Lapsen edun maksimointi rationaalisesti hyväksyttävällä tavalla edellyttäisi myös, että »edusta» vallitsisi sellainen yhteiskunnallinen yksimielisyys, jonka varaan ratkaisu voitaisiin perustaa. Näin ei *Mnookin*in mukaan ole, ja vaikka olisikin, niin käytettävissä olevan psykiatrisen tai psykologisen asiantuntemuksen valossa ei olisi mahdollista tehdä edun toteutumista koskevia luotettavia ennusteita.[126] Rationaalinen ratkaisutoiminta ei ole näillä edellytyksillä *Mnookin*in mukaan edes mahdollista.

*Mnookin*in antaman ratkaisun keskeisenä elementtinä on vanhempien keskinäinen sopimus. Sopimusta tarkastellaan kahdesta näkökulmasta, joista toi-

---

ja periaatteisiin hyödyllisenä ja keskustelee lausekkeen sääntö – periaate -luonteesta, tosin tulematta mihinkään selvään johtopäätökseen. *Mnookin* (Law and Contemporary Problems 1975) s. 231 alav. 20 ja 21. Omaa ratkaisuaan *Mnookin* luonnehtii sääntöluonteisiksi yleislausekkeiksi (*rule-like standards*). Tulkintatehtävän vuoksi ratkaisua voidaan ehkä luonnehtia myös sääntöluonteisiksi tulkintaperiaatteiksi. Jäsentämällä lapsen etu -periaatteen tulkintaa voitaisiin näet *Mnookin*in mukaan vähentää niitä haittoja, joita avoimen yleislausekkeen käyttö riidan ratkaisukriteerinä välttämättä aiheuttaa. Näitä haittoja ovat esimerkiksi vähäinen ennustettavuus, ratkaisun kokeminen epäoikeudenmukaiseksi sen vuoksi, että sen koetaan vastaavan tuomarin tai lausunnonantajan ennakkoluuloja, jne. mts. 262–264.

[125] *Mnookin* (Law and Contemporary Problems 1975) s. 249–255.

[126] *Mnookin* (Law and Contemporary Problems 1975) s. 255–261. *Mnookin*in psykiatriaa koskeva kritiikki on hyvä esimerkki sekä hänen vakuuttavasta argumentaatiostaan että lähdeaineistostaan. Kritiikki kohdistui tämän tieteenalan mahdollisuuksiin ennustaa tulevien tapahtumien vaikutusta ihmisiin. *Mnookin* vetoaa tässä yhteydessä useisiin psykiatrisiin teorioihin ja tutkimustuloksiin. Hän toteaa mm. seuraavasti: »Having custody disputes determined by embracing more and more of the niceties of psychological and psychiatric theories requires careful analysis of the limits of these theories, their empirical bases, and the capacity of our legal system to absorb this new doctrine» sekä vielä jyrkemmin »... to reframe the question a way that invites predictions based on the use of labels and terminology developed for treatment is both demeaning to the expert and corrupting for the judicial process», s. 287, ks. myös s. 258–260.

nen liittyy lastensuojeluun (*child-protection function*) ja toinen yksityisoikeudellisen riita-asian ratkaisuun (*private-dispute-settlement function*). Samalla *Mnookin* tulee määritelleeksi lapsen huoltoa koskevan ratkaisutoiminnan yhteiskunnalliset tehtävät. Koska vanhempien voidaan olettaa tuntevan parhaiten lapsensa tarpeet, on heidän keskinäiseen sopimukseensa syytä puuttua vain, jos sen voidaan havaita muodostavan lapsen kannalta uhan, jonka torjuminen edellyttäisi lastensuojelullisia toimenpiteitä.[127] Mikäli vanhemmat eivät pääsisi keskenään sopimukseen, tulisi heidät *Mnookin*in mukaan ensisijaisesti saattaa kosketuksiin ulkopuolisen neuvottelijan kanssa molempia vanhempia tyydyttävän ratkaisun löytämiseksi. Tyydyttävältä ratkaisulta tulisi edellyttää myös, että molemmat kokisivat sen oikeudenmukaiseksi.

Siinä tapauksessa, että tällaiseen ratkaisuun ei päästäisi, jäljellä olevat vaihtoehdot olisivat yleensä keskenään jokseenkin tasavertaisia. Lapsen biologiset vanhemmat täyttävät useimmiten kumpikin lastensuojelulliset vähimmäisvaatimukset. Molemmat täyttävät yleensä myös vähintäänkin *Goldstein*in, *Freud*in ja *Solnit*in asettamat edellytykset psykologiseksi vanhemmaksi.[128] Tässä vaiheessa olisikin kaikkien osapuolten kannalta järkevintä heittää lanttia lapsen huoltajan valitsemiseksi. Oikeusprosessilla ehkä saavutettavaa oikeampaa tulosta heikentäisi ratkaisevasti se, että menettely olisi joka tapauksessa kaikille osapuolille huomattavasti raskaampi ja kalliimpi.[129] *Mnookin* ei kuitenkaan itsekään uskonut arpomista koskevan ehdotuksensa saavuttavan yhteiskunnallista hyväksyntää. Käytännössä tuomarin suorittamaa valintaa pidettäisiin siis edelleenkin parempana lapsen edun oikeudelliseen arviointiin liittyvistä epäkohdista huolimatta.[130]

---

[127] *Goldstein – Freud – Solnit*in saama kritiikki on ehkä voimakkaimmillaan kohdistunut siihen, että kun lapsen biologiset vanhemmat eivät psykologisen vanhemmuuden käsitteen vuoksi saa minkäänlaista suojaa, psykologinen vanhemmuus oikeuttaa sellaisenaan varsin voimaperäisen intervention ydinperheeseen. *Mnookin*in ajatuksenahan tässä on, että ainoastaan merkittävä lastensuojelullinen intressi perustaa oikeuden puuttua perheen autonomiaan, johon siis luetaan myös vanhempien sopimus avioeron yhteydessä lapsen huollon järjestämisestä. *Mnookin* (Law and Contemporary Problems 1975) s. 277, 281, 287–289.

[128] Tämä seuraa *Mnookin*in ratkaisumalliin sisältyvistä eräänlaisista välivaiheen premisseistä (*intermediate premises*): (1) lastensuojelun vähimmäistavoitteet, (2) psykologisen vanhemman etusija ja (3) biologisten vanhempien etusija kolmansiin nähden. *Mnookin* katsoo kuitenkin, että näiden avulla voitaisiin tosiasiassa ratkaista vain hyvin pieni määrä lapsen huoltoa koskevia riitoja, sillä suuri enemmistö tapauksista täyttää kaikki em. kriteerit. (Law and Contemporary Problems 1975) s. 282–283.

[129] *Mnookin* (Law and Contemporary Problems 1975) s. 289–290.

[130] *Mnookin* (Law and Contemporary Problems 1975) s. 290–291.

> Vaikka *Mnookin*in ratkaisu avoimen lapsen etu -lausekkeen ongelmaan liittyykin lähinnä menettelyyn, hän torjuu selväsanaisesti ajatuksen perhetuomioistuimesta. Perusteluna on, että menettely, jossa ei selvästi eroteta lapsen edun eri tehtäviä – lastensuojelutehtävää ja yksityisoikeudellisen riidan ratkaisutehtävää – toisistaan, voi johtaa siihen, että julkisen vallan puuttuminen ulotetaan muuhunkin kuin yksityisoikeudellisen riidan ratkaisemiseksi tarpeellisiin kysymyksiin.[131]

3.4. Psykologisen vanhemman yksinhuolto – yhteenveto

Avioeron irrottaminen syyllisyysperusteista 1970-luvun vaihteesta alkaen merkitsi myös lapsen huollon määräytymisen vähittäistä irrottautumista syyllisyysajattelusta. Samoihin aikoihin vaatimus sukupuolten tasa-arvosta, joka heijastui naisasia- ja erityisten isien oikeuksia ajavien liikkeiden toimintana, teki mahdottomaksi niin äidin kuin isänkin pelkästään sukupuoleen liittyvän etusijan lapsen huollossa. Lapsen etu jäi oikeudellisessa mielessä hyvin avoimeksi yleislausekkeeksi.

Lapsen etua koskevaan keskusteluun oli kuitenkin jo 1960-luvulta lähtien osallistunut aktiivisesti psykologian ja psykiatrian asiantuntijoita. Heidän viestinsä oli yleensä tähdätty suoraan lapsen edun oikeudelliseen tulkintaan.[132] Psykotieteiden esiinmarssi näytti tarjoavan yleisesti hyväksyttävän ratkaisun, mutta erityisesti kalifornialainen professori *Mnookin* arvosteli ulkopuolisen asiantuntemuksen kritiikitöntä soveltamista.

Sen ohella, että psykiatrian ja psykologian erityistuntemusta pyrittiin tuomaan avoimen lapsen etu -yleislausekkeen tulkintaan yleisellä tasolla, kuten lakitekstin uudistamisessa, alettiin asiantuntijoita käyttää myös yksittäisten tapausten ratkaisemiseksi.[133] Lapsen huoltoa koskevassa oikeudellisessa keskustelussa psykotieteellinen tutkimustieto alkoi vaikuttaa ilman välittäviä ta-

---

[131] Tätä näkökohtaahan sivuttiin jo edellä tämän kohdan alussa, ks. *Mnookin* (Law and Contemporary Problems 1975) s. 291. Perhetuomioistuinta ajatellen painavaa on myös *Mnookin*in asiantuntijavaltaan kohdistama kritiikki, johon on viitattu jo edellä.

[132] Kaikki edellä mainitut esimerkkiartikkelit tähtäsivät tavalla tai toisella psykologisen tai psykiatrisen erityistietämyksen huomioon ottamiseen lapsen huollon määräytymisen säätelyssä, siis joko vakiintuneen tulkinnan tai varsinaisen säädöstekstin kautta. Esimerkiksi *Goldstein – Freud – Solnit* antoi suosituksensa suoraan lakitekstin muodossa (Provisions for a Child Placement Statute), *Goldstein – Freud – Solnit* (1973) s. 97–101.

[133] Ks. *Weyrauch – Katz – Olsen* (1994) s. 843–846, tapaus *Seymour v. Seymour*, Supreme Court of Connecticut (1980), missä alioikeuskäsittely oli alkanut heinäkuussa

hoja. Tutkijoiden julkaisuihin viitataan edelleen suoraan ja niiden vaikutuksia pohditaan välittömästi ilman tapauskohtaista tai lainsäädäntöön liittyvää kehystä.

Koko edellä kuvattu oikeudellisen kentän muuttuminen ei heijastunut käytännöllisesti katsoen lainkaan lapsen huoltoa koskevan oikeuskäytännön tilastoihin. Lapset määrättiin Kaliforniassa ylivoimaisesti useimmin äidin huoltoon yhtä lailla ennen vuoden 1972 uudistusta kuin sen jälkeenkin.[134] Vasta yhteishuolto, jota koskeva laki omaksuttiin Kaliforniaan vuonna 1980, muutti vähitellen lasten huollon määräytymistä koskevia käytäntöjä. Ennen kuin siirryn käsittelemään yhteishuoltoa, on kuitenkin syytä vielä tarkastella oikeudellisiin menettelyihin liittyneitä uudistustavoitteita ja toteutuneita uudistuksia.

4. Sovinnollisen avioeron ihanteen vaikutus menettelytapoihin

4.1. Yleistä

Avioerojen yleistyminen johti samalla niiden normaalistumiseen: avioeroa ei pidetty enää osapuolten kannalta kohtalokkaana onnettomuutena siten kuin vielä 1950-luvulla.[135] Luopuminen syyllisyysperiaatteesta ja siihen liittynyt

1977, jolloin lapsi oli kaksivuotias. Tapausselostuksen mukaan oikeus oli kuullut seitsemän käsittelypäivän ajan eri tahoja, ml. kahta psykiatrian erityisalan sosiaalityöntekijää, jotka olivat toimineet perheneuvojina ja lausunnonantajina, sekä erikseen kahta lastenpsykiatria. Ks. myös kirjoittajien kommentit s. 857, missä he epäilivät laajan asiantuntijajoukon relevanssia tehdyn ratkaisun kannalta. Lapsen huolto oli tapauksessa määrätty äidille.

[134] *Weitzman* mainitsee esimerkkinä Los Angelesissa kootut tilastot, joiden mukaan äidit määrättiin lasten huoltajiksi 90 prosenttisesti sekä ennen lainmuutoksen voimaantuloa vuonna 1972 että sen jälkeen vuonna 1977 (vuoden 1972 laki tuli voimaan vuonna 1973). Molempina vuosina huolto määrättiin isille 6 %:ssa tapauksista. *Weitzman* (1985) s. 231–232. Ks. myös s. 233–235, missä kirjoittaja tarkastelee isien vaatimusten menestymistä mainittuna ajanjaksona. Tässä suhteessa oli havaittavissa muutosta isien vaatimusten menestymisen hyväksi, mikä siis ei kuitenkaan vaikuttanut lopulliseen jakautumaan. Ks. myös eri syiden pohdinnasta mts. 235 alk.

[135] Koko Yhdysvaltojen osalta avioerojen on sanottu yleistyneen vuosien 1960 ja 1976 välillä yhteensä 125 %. *Luepnitz* (1982) s. 1, missä viitataan edelleen Yhdysvaltojen tilastokeskuksen tietoihin vuodelta 1977.

inhimillisemmän avioeron vaatimus ilmensivät osaltaan näitä tunnelmia.[136] Inhimillisemmän avioeron vaatimus ilmeni myös avioeroa koskevan prosessin uudistamispyrkimyksinä. Sen sijaan, että avioeroprosessi kärjistäisi puolisoiden välisiä ristiriitoja, sen tulisi uudistajien mielestä auttaa niiden selvittämisessä ja sovinnollisemman ratkaisun löytämisessä. *Krause* mainitsee, että 1960-luvulla näitä tavoitteita ajoi erityinen perhetuomioistuin-liike. Perhetuomioistuimella tarkoitettiin erityistuomioistuinta, jossa olisi perheasioihin erikoistuneiden tuomareiden lisäksi sosiaalityöntekijöitä ja muita asiantuntijoita. Tällainen tuomioistuin pyrkisi ratkaisemaan riitoja myönteisemmässä hengessä kuin yleinen alioikeus.[137]

Kalifornian avioerouudistukseen liittyi alun perin myös perhetuomioistuinta koskeva suunnitelma.[138] Perhetuomioistuinta olivat Kaliforniassa ensimmäisenä kannattaneet lähinnä konservatiiviset ryhmittymät, koska sovittelevan tuomioistuimen uskottiin ehkäisevän avioeroja. Sitä vastustivat varsinkin eräät lakimiestahot, jotka pyrkivät estämään muiden kuin juristien puuttumisen avioerojen käsittelyyn. Laajemmin uudistusta vastustettiin lähinnä kustannussyistä. *Weitzman*in mukaan koko avioerouudistuksesta tuli lopulta jopa radikaalimpi kuin alun perin oli tarkoitus sen vuoksi, että konservatiivinen elementti eli perhetuomioistuinta koskeva suunnitelma jäi pois ehdotuksesta valmistelun loppuvaiheessa.[139] *Weitzman*in mukaan uudistus kuitenkin muutti avioerojen käsittelyilmapiiriä vähentäen vihamielisyyttä.[140]

Kaliforniassa oli kuitenkin useissa kunnissa jo tätä ennen otettu käyttöön avioeroneuvontaan keskittynyt laitos *Conciliation court*, jonka »*court*» -ni-

---

[136] Ks. avioerouudistuksen taustoista edellä kohta 2.5. (Kalifornian avioerouudistus ja äidin etusija), *Fineman* (Harvard Law Review 1988) s. 744.

[137] *Krause* (1995) s. 370. Kirjoittaja mainitsee myös, että erityinen perheasioita käsittelevä tuomioistuin olisi perustettu noin kahteentoista osavaltioon.

[138] Itse asiassa perhetuomioistuin kuului kuvernöörin alun perin antamaan toimeksiantoon. *Rheinstein* (1972) s. 375, *Weitzman* (1985) s. 18–19.

[139] *Weitzman* (1985) s. 19, samaan tapaan argumentoi myös *Rheinstein* (1972) s. 377.

[140] *Weitzman* (1985) s. 37–41. *Weitzman* kuvasi muutosta mm. seuraavalla anekdootilla: Ennen avioerouudistusta oli eräällä asianajajalla tapana aloittaa avioerojutun rakentaminen pyytämällä päämiestään kertomaan hirveintä, mitä tämä oli joutunut puolisonsa vuoksi kokemaan. Kun päämies oli lopettanut, asianajaja kysyi, voisiko tämä mahdollisesti muistaa jotain vielä pahempaa. Uudistuksen tultua voimaan tilanne muuttui. Jos päämies nyt erehtyi purkamaan asianajajalleen sydäntään, tämä kertoi, että oli toki aina valmis kuuntelemaan, mutta että hänellä ei ollut avioliittoneuvojien koulutusta. Jos päämies tästä huolimatta jatkoi, oli asianajajalla tapana katsoa kelloaan ja muistuttaa siitä, että hän laskutti päämiestään jokaiselta tunnilta 125 dollaria. mts. 40–41.

mitys on kuitenkin sikäli harhaanjohtava, että *Conciliation court* ei ratkaise osapuolten välisiä riitoja.[141] Kaliforniassa tuomioistuin voi kuitenkin vahvistaa osapuolten avioeroneuvonnan tuloksena tekemän sopimuksen, jolloin sopimuksesta tulee lainvoimaisen tuomion veroinen ja se voidaan myös panna täytäntöön.[142] Tietyin edellytyksin avioeroa koskeva yksittäinen tapaus voidaan myös osoittaa avioeroneuvontaan.[143] Vuoden 1969 avioerouudistuksen yhteydessä avioeroneuvontaa oli alun perin tarkoitus laajentaa, mutta perhetuomioistuinta koskevan suunnitelman kaaduttua myös tämä osa jäi toteutumatta.[144]

Koko Yhdysvaltojen tasolla merkittävin seuraus uusista avioeroprosessia koskevista vaatimuksista oli erityisen sovittelun, *mediation*, yleistyminen. Yleisesti ottaen sovittelun tavoitteena on avioeron saavuttaminen yksimielisesti puolisoiden sopimusten pohjalta.[145] *Mediation* on varsin laajamerkityksinen termi, joka kattaa myös vapaaehtoisen ja yksityisen sovittelijan toimittaman avioerosovittelun. Yksityisinä sovittelijoina on eri alojen asiantuntijoita sosiaalityöntekijöistä ja psykologeista juristeihin.[146] *Mediation*-sovittelu voi kuitenkin olla myös viranomaisten järjestämää ja myös pakollista (*mandatory*). Esimerkiksi Kaliforniassa otettiin vuonna 1981 käyttöön las-

---

[141] *Folberg* mainitsee, että Kaliforniassa oli ollut avioliittoneuvontaa (*Conciliation*) vuodesta 1939 alkaen. Alun perin sen tehtävänä oli ollut avioliiton jatkumiseen tähtäävä puolisoiden välisten ristiriitojen sovittelu. *Folberg* (The Resolution.., 1984) s. 195.

[142] Tässä yhteydessä voidaan viitata edellä mainittuun yksinkertaistettuun avioeromenettelyyn, joka otettiin Kaliforniassa käyttöön vuoden 1969 uudistuksen yhteydessä ja jota tarkasteltiin jo edellä Ks. kohta 2.4. (Kalifornian avioerouudistus ja äidin etusija). Vaikka yksinkertaistettua menettelyä koskevissa määräyksissä ei varsinaisesti viitatakaan avioeroneuvontaan, on joissakin tapauksissa menettelyn edellytyksenä, että asianosaiset ovat sopineet ja myös toteuttaneet sopimuksensa mukaiset järjestelyt aviovarallisuuteensa liittyvistä kysymyksistä (Sec. 4552 h) kohta, *Bergmann – Ferid* (X USA/California 1985) s. 12.

[143] *Rheinstein* (1972) s. 378 alav. 11, *Fineman* (Harvard Law Review 1988) s. 743.

[144] *Rheinstein* (1972) s. 378.

[145] »Unlike the adjudicatory process, the emphasis is not on who is right or who is wrong or who wins and who loses, but rather upon establishing a workable solution and resolution that best meets the family's own unique needs. Mediation is conducted in private, so that private matters may be discussed without becoming part of a public record.» Näin sovittelun tavoitteista (The Rationale of Divorce Mediation) *Folberg* (The Resolution.., 1984) s. 196.

[146] Alan kirjavuus on aiheuttanut myös kritiikkiä. Yleisesti *Krause* (1995) s. 373–374, *Folberg* (The Resolution.., 1984) s. 194–195, 206–207.

ten huoltoa koskevissa riita-asioissa sovittelu, johon osapuolet voidaan velvoittaa osallistumaan.[147]

Psykologisen ja sosiaalitieteellisen asiantuntemuksen kautta erilaisilla sovittelujärjestelmillä on yhteys psykologiseen lapsen etuun. *Goldstein, Freud* ja *Solnit* omaksuivat teoriaansa lievimmän intervention periaatteen (*minimal state intervention*), jolla he tarkoittivat muun ohessa perheen sisällä syntyneiden ratkaisujen ensisijaisuutta tuomioistuinmenettelyyn nähden.[148] Psykologisen lapsen edun tai vanhemmuuden puolestapuhujilla oli siis selvä teoreettinen perusta sovittelun ensisijaisuudelle. Tämän lisäksi sovittelun ja psykotieteellisen lähestymistavan yhteyteen vaikutti psykologien ja sosiaalityöntekijöiden toimiminen sovittelijoina.[149] Sovittelu merkitsi siis uutta aluevaltausta tämän alan ammattilaisille. Sovittelusta tuli näin myös eräänlainen psykologinen vaihtoehto oikeudelliselle prosessille. Se tarjosi käyttöalan psykologiselle tiedolle ja kokemukselle perheen sisäisistä ristiriidoista ja niiden ratkaisemisesta.[150]

Sovittelua pidettiin erityisen houkuttelevana vaihtoehtona isien oikeuksia ajavan liikkeen piirissä. Tähän oli useita syitä. Isät uskoivat alioikeustuomareiden suhtautuvan ennakkoluuloisesti miehiin ja suosivan äitejä niin huoltajina kuin taloudellisten etujen saajina. Sovittelumenettely tarjosi heille sen vuoksi oikeudenmukaisemman vaihtoehdon lapsen huoltoa koskevan

---

[147] *McIsaac* (ed. Folberg 1991) s. 271, *Weitzman* (1985) s. 248. *Folberg* (The Resolution.., 1984) s. 195, Lapsen huoltoa koskeva ratkaisu merkitsi käytännössä tärkeintä sovittelun soveltamisaluetta, sen jälkeen kun itse avioeroasiaan oli alettu suhtautua neutraalisti. Sovitteluratkaisun voitiin ajatella olevan myös sopusoinnussa lapsen edun yksilöllisen tulkinnan kanssa. *Bagshaw*n mukaan Kalifornian laki velvoittaa julkiset sovittelijat ottamaan huomioon lapsen edun sovittelun aikana, *Bagshaw* (Australian Journal of Family Law 1991) s. 41.

[148] Ks. edellä kohta 3.1.4. (Goldstein – Freud – Solnit: Beyond the Best Interest of the Child). *Folberg*in mukaan *Goldstein – Freud – Solnit* (1973) ei ollut ainoa – joskin huomattavin – tämänsisältöisen vaatimuksen esittäjistä. *Folberg* (The Resolution.., 1984) s. 196.

[149] Tämä ei siis merkitse sitä, että lakimiehet eivät osallistuisi sovitteluun ja toimisi sovittelijoina. Eri kirjoittajat painottavatkin erityisesti yhteistyön merkitystä eri alojen asiantuntijoiden kesken. Ks. *Folberg* (The Resolution.., 1984) s. 196–199, 206–209, *Crouch* (The Resolution.., 1984) s. 211 alk, joka pohtii sovittelua lähinnä lakimiesten kannalta sekä *Pearson – Thoennes* (The Resolution.., 1984) s. 248 alk, missä sovittelua tarkastellaan erityisesti psykologisen asiantuntemuksen kannalta. Erityisesti *Folberg* ja *Crouch* painottavat myös sovittelun taloudellisia etuja tuomioistuinprosessiin verrattuna.

[150] Ks. em. *Pearson – Thoennes* -artikkeli, joka samalla on sosiologinen tutkimusraportti sovittelusta huoltoa koskevan riidan ratkaisumekanismina ja jossa on esitelty sovittelua koskevia varhaisia tutkimuksia.

riidan ratkaisemiseksi.[151] *Pearson* ja *Thoennes* viittaavat eri tutkimuksien osoittaneen erityisesti isien hyötyneen sovittelun sovinnollisesta ilmapiiristä. Sovittelu vähensi heidän mukaansa sellaista vihaa ja menetyksen sekä epäoikeudenmukaisuuden tunnetta, jota isät kokivat erityisesti menettäessään lapsensa huoltajuuden. Vastaavasti isien oli todettu maksavan sovittelun tuloksena määrätyt lasten elatusavut tunnollisemmin kuin ilman sovittelua määrätyt elatusavut.[152]

4.2. Bargaining in the Shadow of the Law

Sovinnollisuuden korostuessa alettiin pitää myönteisenä sitä, että puolisot olivat yksimielisiä avioerosta ja sen liitännäisvaatimuksista. *Mnookin*in ja *Kornhauser*in artikkelissa *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, vuodelta 1979 pyritään analysoimaan sitä kenttää, jolla puolisot tekevät sopimuksia avioeron varalta, ja luomaan teoria näitä neuvotteluja koskevista oikeudellisista edellytyksistä. Neuvottelun edellytykset olivat olennaisesti muuttuneet syyllisyysperusteiden jäätyä pois.[153] Lapsen huoltoon liittyvillä kysymyksillä on artikkelissa tärkeä osa.

Kirjoittajat esittävät aluksi kysymyksen, onko avioerojen liitännäisvaikutuksista sopiminen lain tavoitteiden ja tarkoituksen mukaista. Tässä yhteydessä he kiinnittävät huomiota myös lapsen huollon määräämiseen.[154] Siltä osin kirjoittajat toistavat *Mnookin*in aiemmin esittämän kannan sopimusmenettelyn paremmuudesta edellyttäen, että sopimus täyttää lastensuojelulliset vähimmäisvaatimukset. Vallitseva käytäntö – »law in action» – oli siis lainsäädännön tavoitteiden eli lapsen edun mukainen. *Mnookin*in ja *Kornhauser*in artikkelin merkittävin tulos on kuitenkin heidän analyysinsä eri tekijöiden yhteisvaikutuksista kaikkia avioeron liitännäisvaatimuksia koskevissa neuvotteluissa.

Sopimusten suositeltavuus kaikilla eri osa-alueilla osituksen, puolison elatusavun, lasten huollon ja elatusapujen suhteen merkitsee luonnollisesti myös sen seikan hyväksymistä, että osapuolet näkevät sopimuksensa kokonaisuutena, jossa erialainen kaupankäynti ei ollut pelkästään mahdollista vaan itse

---

[151] *Weitzman* (1985) s. 17, *Fineman* (Harvard Law Review 1988) s. 738–739.

[152] *Pearson – Thoennes* (The Resolution.., 1984) s. 250.

[153] *Mnookin – Kornhauser* (The Yale Law Journal 1979), jäljempänä lyh. *Mnookin – Kornhauser* (1979).

[154] *Mnookin – Kornhauser* (1979) s. 950–952.

asiassa luonnollinen seuraus asiayhteydestä. Kirjoittajat pyrkivätkin arvioimaan, mitä vaikutuksia on sillä seikalla, että puolisot todennäköisesti käyvät kauppaa muun muassa lapsen huoltoon liittyvillä seikoilla: vaihtavat esimerkiksi huoltoon liittyviä oikeuksia rahaan tai omaisuuteen.[155]

Sopimusneuvottelujen kokonaisuutta arvioitaessa on *Mnookin*in ja *Kornhauser*in mukaan otettava huomioon viisi seikkaa: puolisoiden henkilökohtaiset toiveet ja tavoitteet, toisin sanoen heidän preferenssinsä (1); neuvotteluasetelma sen todennäköisen ratkaisun valossa, johon tuomioistuin päätyisi, jos asia ratkaistaisiin riitaisena oikeudessa (2); todennäköisen ratkaisun ennakoitavuuden aste, toisin sanoen se epävarmuusriski, joka liittyy edellä mainittuun todennäköiseen ratkaisuun (3); oikeudenkäynnin kustannukset mukaan lukien myös se emotionaalinen haitta, joka odotettavissa olevasta oikeudenkäynnistä aiheutuisi (4), sekä osapuolten käyttäytymisstrategiat (5).[156]

Yksi kirjoittajien ehkä yllättäväkin johtopäätös on se, että vaikka uusi avioerolainsäädäntö ja -käytäntö asettikin puolisot muuten tasavertaiseen asemaan, oli heidän oletettavissa olevissa intresseissään epäkohta lapsen huollon osalta. Koska lapsen etu -yleislauseke oli tuloksen ennustettavuuden osalta hyvin epävarma, se puolisoista, joka toivoi enemmän kuin toinen lasten huoltoa itselleen tai vastaavasti pelkäsi toista enemmän menettävänsä lapset, oli neuvotteluissa heikommassa asemassa. Tämä puoliso hyväksyisi todennäköisesti taloudellisesti epäedullisemman sopimuksen turvatakseen siten oikeutensa lapsen huoltoon mieluummin kuin alistuisi tulokseltaan epävarmaan oikeudenkäyntiin lapsen huollosta. *Mnookin* ja *Kornhauser* eivät epäröi sanoa, että tällä tavoin arvioituna juuri naiset ovat yleensä heikommassa asemassa avioeroneuvotteluissa. Analyysin oikeuspoliittinen tulos oli se, että ennustettavuudeltaan huono lapsen etu suosii oikeuden ulkopuolella käytävissä neuvotteluissa sitä osapuolta, joka on vähemmän kiinnostunut lapsen huollosta, yleensä siis miestä.[157]

---

[155] *Mnookin – Kornhauser* (1979) s. 959–966.

[156] *Mnookin – Kornhauser* (1979) s. 966, sekä yksityiskohtaisemmin s. 966–973.

[157] *Mnookin – Kornhauser* (1979) s. 977–980. Arvioidessaan lapsen etua kirjoittajat ottavat lähtökohdakseen tulkinnan, joka vastaa psykologisen vanhemman yksinhuoltoa. Muina vaihtoehtoina he nimeävät äidin etusijan sekä yhteishuollon. Kirjoittajat eivät pidä yhteishuoltoa realistisena ratkaisuna, vaikka mainitsevatkin sen yhtenä vaihtoehtona, s. 980. (Yhteishuolto alkoi yleistyä vasta Kalifornian vuoden 1980 yhteishuoltolain jälkeen, mistä lähemmin jäljempänä.) Kirjoittajat kritikoivat erityisesti *Goldstein*in, *Freud*in ja *Solnit*in antamia tulkintaohjeita etenkin siitä, että kun tapaamisoikeutta ei voida käyttää yhtenä sopimuskohtana, on kompromisseihin pääseminen entistä vaikeampaa, s. 980–984. *Mnookin* ja *Kornhauser* lähtevät omissa tulkintaoletuksissaan tapaamisjär-

*Mnookin*in ja *Kornhauser*in johtopäätöksenä ei kuitenkaan ole, että lapsen etua pitäisi muuttaa, vaan yksinkertaisesti se, että perheoikeudellisiin sopimuksiin sisältyvä problematiikka on monimutkaisempi kuin eroavien puolisoiden yksimielisestä käytöksestä voisi päätellä. Kirjoittajat korostavatkin tuomioistuimen kontrollin tärkeyttä. Tutkimuksen avulla tulisi löytää uusia keinoja kohtuuttomien sopimusten ongelmaan. Eräs tällainen keino saattaisi olla vaihtoehtoisten perheoikeudellisten menettelyjen kehittäminen.[158]

Vaikka *Mnookin* ja *Kornhauser* eivät itse ehdottaneetkaan lapsen etu -kriteerin muuttamista tai korvaamista toisella, heidän esittämiään argumentteja on käytetty tukemaan tätä koskevia vaatimuksia. Vaihtoehdoksi on useimmiten esitetty presumptiota, jonka perusteella lasta pääasiallisesti hoitanut puoliso olisi ensisijainen huoltaja. Presumption kannattajat pitävät sen ennustettavuutta huomattavasti parempana kuin avoimen lapsen edun ennustettavuutta. Presumptioon palataan lähemmin tuonnempana.[159]

4.3. Lapsen asiamies

Kaliforniassa lakattiin syyllisyysperiaatteesta luopumisen yhteydessä kiinnittämästä avioeron yhteydessä huomiota perheyhteyden hajoamisen taloudellisiin tai moraalisiin seurauksiin. Lähtökohdaksi tuli itsenäisten itsensä elättävien aikuisten oikeus yhteiselämän lopettamiseen ja heidän yhteisen omaisuutensa puolittaminen.[160] Tämänsuuntainen kehitys koskee perheoikeutta laajemminkin. Perheoikeus yksilöllistyy, individualisoituu. Tämä yksilöllistyminen on lasten kohdalla ehkä selvimmin ilmennyt niissä keskusteluissa ja uudistuksissa, jotka koskevat lapsen omaa asianajajaa tai avustajaa.[161]

Lapsen oma avustaja tai edustaja oli keskeisesti esillä Liittovaltion korkeimman oikeuden (*Supreme Court*) ratkaisussa vuodelta 1967. *Re Gault*

---

jestelystä, jonka mukaan huollosta erotettu vanhempi tapaa lastaan viikonlopun ajan kaksi kertaa kuukaudessa, s. 977.

[158] »...(H)ow alternative procedural mechanisms might facilitate dispute resolution during a typically difficult and painful time in the lives of parents and children alike.» *Mnookin – Kornhauser* (1979) s. 996–997. Tulos näyttäisi poikkeavan *Mnookin*in aiemmin esittämästä kannasta. Kirjoittaja ei kuitenkaan perustele mahdollista muutosta kantaansa.

[159] Ks. jäljempänä kohta 6. (Presumptio pääasiallisen hoitajan etusijasta) etenkin alakohta 6.2.(Presumptiota tukeva muu kuin feministinen kritiikki).

[160] *Weitzman* (1985) s. 20–51.

[161] Samoin *Salgo* (1993) s. 82.

-päätöksen kohteena oli 15-vuotiaan nuoren asema nuorisorikosoikeudenkäynnissä. Nuoren katsottiin olevan oikeutettu omaan asianajajaan. Päätöksen perustelujen on yleisesti katsottu ulottuvan laajemmallekin kuin pelkästään nuorten rikosoikeudenkäynteihin. Lasten katsotaan niiden mukaan olevan oikeutettuja sellaisten oikeushyvien perustuslailliseen suojaan kuin elämä, vapaus ja omaisuus.[162] Samalla päätöksen on katsottu osoittavan, että lapsen oikeudet eivät tule riittävällä tavalla otetuksi huomioon pelkästään siten, että tuomari ratkaisua tehdessään pitää silmällä lapsen etua.[163]

Lapsen itsenäistä asiamiestä koskeva keskustelu on ulottunut myös lapsen huoltoa koskevaan keskusteluun. Silloin sen saaman kannatuksen syyksi on arveltu myös, että tuomarit ovat pitäneet lapsen huoltoa koskevan asian ratkaisemista avoimen lapsen etu -yleislausekkeen perusteella niin vaikeana, että he toivovat jonkun ulkopuolisen esittävän ratkaisua. Syyllisyysperusteisen avioeron ja äidin etusijan aikana oli huollon määräämiseen käytettävissä selkeitä »nyrkkisääntöjä», joista yleensä saatiin tukea.[164] Lapsen oma edustaja olisi näin ollen eräänlainen prosessuaalinen yritys ratkaista lapsen etua koskeva tulkintavaikeus. Ratkaisulla on ollut myös arvovaltaisia puolustajia. *Goldstein, Freud* ja *Solnit*han esittivät lapselle itsenäistä asianajajaa. Heidän mukaansa lapsella on henkilöään koskevissa ratkaisuissa itsenäinen intressi, joka ei tule otetuksi huomioon vanhempien lakiin perustuvan edustuksen kautta.[165]

Vuonna 1978 julkaistiin *The Yale Law Journal* -aikakauskirjassa *Note*, joka koski erityisesti lapsen edustamista avioeroon liittyvissä lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevissa oikeudenkäynneissä.[166] Kirjoituksessa todettiin, että ajatus lapsen omasta edustajasta erityisesti lapsen huoltoa ja ta-

---

[162] Lasten ihmisoikeuksia on vaadittu oikeustieteellisessä keskustelussa, jota on toisinaan kuvattu jopa liikkeeksi. Siihen liittyvä klassikoksi katsottava artikkeli on *Henry Foster*in ja *Doris Jonas Freed*in *A Bill of Rights for Children* (Family Law Quarterly 1972) s. 343–375. Ks. lapsen oikeuksien kehittymisestä tästä näkökulmasta lähemmin *Philip Veerman*: The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood (1992).

[163] Ns. *Parens patrie* -oppi, Ks. esim. *Black – Cantor* (1989) s. 5, vrt. nk. *judicial patriarchy* -oppiin edellä kohta 2.1. (Lapsen etu poikkeuksena isän oikeuksille).

[164] Näin sekä *Yale Note* 1978 s. 1136 että *Fineman* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989) s. 30–31.

[165] Ks. edellä kohta 3.1.4. (Goldstein – Freud – Solnit: Beyond the Best Interest of the Child).

[166] *Yale Note* 1978 »Lawyering for the Child: Principles of Representation in Custody and Visitation Disputes Arising from Divorce» s. 1126–1190. Ks. *Note* -nimikkeestä yhdysvaltalaisissa tieteellisissä aikakauskirjoissa edellä kohta 3.1.2. (1963 Yale Note – psykologinen lapsen etu).

paamisoikeutta koskevassa oikeudenkäynnissä oli saanut laajasti kannatusta ja että se oli johtanut lainsäädäntöön 24 osavaltiossa.[167] Lapsen edustajaa koskeva säätely ja myös käytäntö näyttävät kirjoituksen valossa kuitenkin varsin epäyhtenäisiltä.

> Kirjoittajat olivat haastatelleet ja analysoineet erityisesti 18 asianajajan (*attorney*) toimintaa lasten edustajina *Connecticut*in osavaltioissa syksyllä 1977. Asianajajat oli määrätty lasten avustajiksi (*counsel for the child*). Analysoidakseen keskustelua ja käytäntöä *Note*n kirjoittajat jakoivat heidät niihin, jotka ajoivat lapsen edun mukaista ratkaisua (*advocates*), sekä niihin, jotka lähinnä toimivat lasta koskevan tosiasiaaineiston kokoajina (*factfinders*). Näitä tehtäviä vastaavat suurin piirtein oikeudelliset nimikkeet *counsel* ja *guardian ad litem*, mutta kirjoittajat totesivat, että eri nimikkeiden alla toimivien asianajajien tehtäväkuva ei ollut yhtenäinen.[168] Tämä käy myös hyvin ilmi haastateltujen asianajajien näkemyksistä. Lapsen etua ajaneet *counsel*-asianajajat saattoivat yhtä hyvin pitää itseään lapsen oman mielipiteen ajajina kuin sellaisenkin ratkaisun, joka vastasi heidän omaa näkemystään lapsen edusta.[169] Tosiasioiden selvittäjiksi luokitellut *counsel*-asianajajat pitivät ehkä yllättäenkin hyvin tärkeänä myös sovittelua ja sovinnollisen ratkaisun edistämistä vanhempien kesken.[170]

Kirjoituksessa tuli esiin lapsen edustajan tehtävässä oleva vaikeus, johon on usein viitattu: olisiko edustajan ajettava lapsen etua vai lapsen mielipidettä? Jos vastauksena pidetään lapsen etua, niin merkitseekö tämä sitä, että tuomioistuimen on otettava edustajan esittämä selvitys »lapsen edusta» tosiasiana, joka samalla tulee ratkaisun sisällöksi? Miten edustajan tehtävä eroaa tällöin tuomioistuimen tehtävästä, eikö näin ratkaisuvaltaa itse asiassa siirretä pois tuomioistuimen kontrollista? Jos taas vastauksena pidetään lapsen mielipidettä, niin ongelmaksi tulee erityisesti pienten lasten »mieli-

---

[167] *Yale Note* 1978 s. 1127, alav. 8 mukaan tätä koskeva määräys sisältyy myös Kalifornian siviililakiin (Cal.Civ.Code Sec. 4606). Lapsen itsenäistä edustajaa koskeva määräys sisältyy myös UMDA -yhtenäislakiin, UMDA § 310, tekstin osalta ks. *Bergmann – Ferid* (X USA/maakohtainen johdantoluku 1994) s. 158–159. *Krause* toteaa kuitenkin, että lapsen oman asianajajan tai edustajan määrääminen avioeroon liittyvässä lapsen huoltoa koskevassa oikeudenkäynnissä on käytännössä jäänyt harvinaiseksi. *Krause* (1995) s. 298.

[168] *Yale Note* 1978 s. 1140 erit. alav. 63, *Salgo*n mukaan lapsen edustaja määrätään Yhdysvalloissa useimmiten *guardian ad litem* -nimikkeellä. *Salgo* (1993) s. 83. Ajalliset ja alueellisen variaatiot ovat oletettavia. Esim. UMDA § 310 edellyttämä lapsen edustaja olisi *Yale Note*n kirjoittajien mukaan *counsel*.

[169] *Yale Note* 1978 s. 1146–1150.

[170] *Yale Note* 1978 s. 1150–1153.

piteen» edustaminen sekä niiden lasten edustaminen, jotka eivät halua kertoa mielipidettään asiasta. Edellisen lisäksi ongelmaksi tulee tällöin se, että monissa laeissa, kuten UMDA -yhtenäislaissa, on erikseen mainittu toisaalta lapsen kuuleminen ja toisaalta mahdollisuus määrätä lapselle itsenäinen edustaja.

Muun muassa näitä ongelmia *Martha Fineman* on arvioinut kriittisesti artikkelissaan vuodelta 1989.[171] *Fineman* vastustaa perheoikeuden individualisoitumiskehitystä. Hänen mukaansa perheenjäsenet ovat individualisoituneessa perheoikeudessa toisistaan riippumattomia yksilöitä, joiden edut ovat potentiaalisessa ristiriidassa keskenään. Kehityksen yhtenä esimerkkinä hän pitää juuri lapsen yksilöllistä edustajaa. Samalla hän katsoo instituution antavan psykotieteiden edustajille entistä suuremman vallan lapsen huoltoa koskevien asioiden ratkaisemisessa. Heistä tulee sekä lapsen edun itseoikeutettuja teoreetikkoja että näiden teorioiden soveltajia. Feministisenä oikeustieteilijänä *Fineman* pitää oikeudenmukaisena lapsen huollon määräytymisen kriteerinä pääasiallisen hoitajan ensisijaisuutta koskevaa presumptiota. Tähän verrattuna lapsen psykologisesti määräytyvä etu sekä yksilöllinen edustaja merkitsevät hänelle miehisen edun nimissä vyörytettävää massiivista interventiopolitiikkaa, joka vääristää sekä perheen sisäiset suhteet että tuomioistuimen tehtävän.[172]

Huolimatta lapsen itsenäiseen edustajan asemaan liittyvistä teoreettisluonteisista ongelmista ja käytännön vaikeuksista instituutiolla sanotaan olevan edelleen vahva kannatus erityisesti perheasioita käsittelevien tuomareiden piirissä. Koulutuksellisesti parhaana ratkaisuna pidetään asianajajaa, jolla olisi lapsen huoltoon ja myös lapsen henkilön käsittelyyn liittyvää erityisasiantuntemusta.[173]

---

[171] *Fineman* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989) s. 27–50.

[172] *Finemanin* argumentaatiotapa on saanut vastakaikua varsinaisen feministisen oikeustieteen ulkopuolellakin. Perheoikeudellisessa tapauskommentaarissa *Weyrauch – Katz – Olsen* (1994) kirjoittajat arvioivat kriittisesti lapselle asetetun yksilöllisen edustajan toimintaa, s. 857, ks. tapaus *Seymour v. Seymour* (Supreme Court of Connecticut, 1980), mts. 843–846 sekä edellä kohdassa 3.4. (Psykologisen vanhemman yksinhuolto – yhteenveto). Feministisestä lähestymistavasta lähemmin jäljempänä kohdassa 6.3. (Feministinen kritiikki erityisesti psykotieteellistä vallankäyttöä kohtaan).

[173] Näin *Salgo* (1993) s. 83. Käytännössä lapsen edustajina on esiintynyt myös ns. *court appointed special advocate*, jolla ei välttämättä ole asianajajan pätevyyttä (esim. oikeustieteen opiskelija), mutta sen sijaan tehtävään liittyvä erityiskoulutus. Tätä mallia on pidetty Amerikan asianajajaliiton (*American Bar Association*) kannanotossa myös suositeltavana, mikäli em. edustajalle voidaan antaa mahdollisuus konsultoida kokeneen erityisasianajajan kanssa.

4.4. Yhteenveto uusista menettelytavoista

Avioeroa ja lasten huoltoa koskevan oikeusriidan ratkaisutapojen muutoksia Yhdysvalloissa 1970–1980 -luvuilla voidaan tarkastella lyhyesti käyttäen hyväksi Kalifornian esimerkkiä.

1. Avioero-oikeudenkäynnin yksinkertaistuminen ja sovinnollisen avioeron ihanne. Syyllisyyskysymyksen jääminen pois vuoden 1969 uudistuksessa yksinkertaisti jo sellaisenaan avioero-oikeudenkäyntejä olennaisesti, mutta tämän lisäksi yksinkertaisia avioerotilanteita varten luotiin erityinen yksinkertaistettu menettely.[174] Menettelyn edellytyksenä oli muun ohessa se, että osapuolet olivat sopineet keskenään avioeron liitännäiskysymyksistä.[175] Sovinnollisesta avioerosta oli tullut ihanne ja sopimuksista tavoite. Tätä ilmensi myös edellä esitelty *Mnookin*in ja *Kornhauser*in tutkielma avioeron varalta käytävistä sopimusneuvotteluista.

2. Avioeroneuvonta ja sovittelu. Avioeron moraalisväritteinen kehys vaihtui uudistusten myötä eräänlaiseksi ihmissuhdekehykseksi. Syyllisten etsimisen sijaan pidettiin tärkeänä tarjota eroaville puolisoille heidän keskinäisiä ongelmiaan selvittävää neuvontaa ja sovittelua. Näitä palveluita oli Kaliforniassa kehitetty jo ennen avioerouudistusta, ja niitä oli alun perin tarkoitus laajentaa uudistuksen yhteydessä. Vaikka konkreettiset ehdotukset eivät vuonna 1969 toteutuneetkaan, on sekä neuvontaa että sovittelua tehostettu myöhemmin.[176] Vuonna 1981 pakollinen sovittelu tuli mahdolliseksi lasten

---

[174] Ks. edellä kohta 2.4. (»Tender years» -oppi Kaliforniassa).

[175] Kuten edellä mainittiin, lasten huolto ei kuulunut näihin liitännäiskysymyksiin. Yksinkertaistettu menettely ei ole ylipäätään avoinna puolisoille, joilla on avioerovaiheessa alaikäisiä lapsia (Cal.Civ.Code Sec. 4550 c-kohta). Tämä ei luonnollisesti kuitenkaan ole esteenä sille, että puolisoilla on yksimielinen ehdotus lapsen huollosta avioeroa haettaessa.

[176] Ks. esim. *Suarez – Weston – Hartstein* (Amer.J.Orthopsychiat. 1978) s. 273–283. Kirjoittajat ovat Kalifornian Los Angelesin yliopiston (UCLA) psykiatrian laitoksen oikeuspsykiatrian yksikön edustajia ja ovat tässä ominaisuudessa tehneet yhteistyötä tuomioistuimien kanssa. Yksiköllä on kirjoituksen mukaan ollut erityinen ohjelma, joka käynnistyi vuonna 1975 ja jonka puitteissa on tarjottu pitkäaikaista hoitoa (*long-term treatment*) perheille, jotka tuomioistuin on osoittanut (*referred*) ohjelmaan. Perheitä on ohjelmassa mukana yhteensä noin 50, s. 278. Kirjoituksessa raportoidaan ohjelman tuloksista. Siinä viitataan myös vuonna 1975 alkaneeseen eronneille vanhemmille tarkoitettuun koulutusohjelmaan (»to teach a class for divorced parents»), jonka tarkoituksena oli ehkäistä patologisten riitatilanteiden syntyminen. Innokkaina opiskelijoina oli kirjoituksen mukaan noin 200 vanhempaa. Suunnitelmat erityisesti monitieteellisen yhteistyön kaikenlaiseksi laajentamiseksi päättävät artikkelin.

huoltoa koskevissa riidoissa.[177] Sovittelulla on kiinteä yhteys yhteishuollon yleistymiseen, sillä yhteishuollon myötä vanhempien yhteistyö eron jälkeisessä tilanteessa tuli entistä tärkeämmäksi.[178]

> Sovittelu näyttää ainakin joidenkin tulosten mukaan vähentävän lapsen huoltoa koskevia riitoja huomattavasti. *Pearson*in ja *Thoennes*in vuonna 1984 julkaiseman tutkimuksen mukaan vain 20 prosenttia niistä vanhemmista, jotka oli osoitettu sovitteluun huoltoriidan ollessa jo vireillä, teki lopulta huoltoa koskevan hakemuksen tuomioistuimelle asian ratkaisemiseksi. Vastaavasti 80 prosenttia soviteltavista riidoista oli pystytty ratkaisemaan joko sovittelussa tai vanhempien kesken varsinaisen sovittelun jälkeen.[179]

3. Lapsen yksilöllinen edustaja. Edellä kuvatut kohdat antavat olettaa, että lapsen huoltoa koskevien tuomioistuinriitojen suhteellinen osuus Kaliforniassa on vähentynyt merkittävästi. Toisaalta on todennäköistä, että lapsen huoltoa koskevat tuomioistuinriidat ovat muuttuneet entistä vaikeammiksi. Tähän viittaa myös edellä selostettu lapsen omaa edustajaa koskeva oikeudellinen kehitys. Lapsen yksilöllisyys sekä lapsen edun psykologiset tulkintatavat ovat tuoneet prosessiin hankalasti hallittavissa olevaa todistusaineistoa. Lapsen yksilöllistä edustajaa voidaan pitää tapana yhtäältä pyrkiä hallitsemaan vaikeata kokonaisuutta ja toisaalta varmistaa lapsen yksilöllisten intressien huomioon ottaminen perustuslain vaatimalla tavalla. Kuten edellä ilmeni Kaliforniassa on ollut lapsen yksilöllistä edustajaa koskeva lain määräys ainakin vuonna 1977.[180]

---

[177] *Weitzman* (1985) s. 248. Alav. 102 (s. 471), lähemmin *Mason* (1994) s. 178–185.

[178] *Ahrons – Rodgers* (1987) s. 201–220.

[179] *Pearson – Thoennes* (The Resolution.., 1984) s. 253. Ko. tutkimus oli tehty Denverissä Coloradon osavaltiossa. *Maccoby – Mnookin*in tutkimuksessa arvioitiin, että kaikista huoltoasioista riitaisina oikeuteen asti päätyisi noin 2 %. He arvioivat, että ennen pakollista sovittelua vastaava osuus olisi ollut noin 10 %, *Maccoby – Mnookin* (1992) s. 271–272, 289–290, ks. ao. tutkimuksesta lähemmin kohta 8 (Kalifornian avioerolapset 1990-luvulla). *Pearson* ja *Thoennes* ovat myöhemmin osoittaneet myös ongelmia sovittelussa saavutettujen ratkaisujen toimivuudessa. Ks. *Pearson – Thoennes* (Amer.J. Orthopsychiat. 1990). Ks. ao. tutkimuksesta kohdat 6.3. (Feministinen kritiikki erityisesti psykotieteellistä vallankäyttöä kohtaan) sekä 7.1. (Uudempien tutkimusten luonnehdintaa).

[180] *Yale Note* 1978 s. 1127–1128 alav. 8, ks. myös *Edwards* (Family Law Quarterly 1993) s. 417 alk.

5. Yhteishuolto

5.1. Yhteishuollon yleistyminen

Eronneiden vanhempien yhteinen huolto ei ole Pohjois-Amerikan perheoikeuden historiassa täysin vieras ilmiö. *Black* ja *Cantor* mainitsevat vuosisadan alusta useita tuomioistuimen ratkaisuja, joissa lapsen huolto oli tosiasiallisesti jaettu vanhempien kesken ja lapsi myös asui vuorotellen molempien vanhempien luona.[181] Edellytyksenä oli, että molemmat vanhemmat olivat vaatineet lasten huoltoa, että he olivat ilmeisesti yhtä sopivia huoltajia ja että molemmilla oli myös sopiva asunto. Jaettu huolto oli näin ollen kirjaimellinen kompromissi.[182] Myöhemmin jaettu huolto tuli harvinaisemmaksi ja monet ylimmät tuomioistuimet myöntyivät siihen vain hyvin poikkeuksellisissa olosuhteissa. *Black* ja *Cantor* mainitsevat kuitenkin useita huollon jakamista koskevia ratkaisuja vielä 1940-luvulta.[183]

Yhteishuoltoa koskevat tuomioistuinmääräykset olivat julkaisemattomien tilastojen mukaan tulleet jälleen yleisemmiksi vuodesta 1968 alkaen.[184] Pohjois-Carolinessa oli säädetty yhteishuollon salliva laki jo vuonna 1957.[185] Kalifornian yhteishuoltoa koskeva laki vuodelta 1979 oli järjestyksessä viides yhteishuoltolaki. Erityistä huomiota Kalifornian laki sai sen vuoksi, että eronneiden vanhempien yhteinen huolto ei ollut sen mukaan pelkästään sallittu, vaan myös suositeltava ratkaisu.[186] 1990-luvun alkaessa yhteishuolto

---

[181] *Black – Cantor* (1989) teoksessa käytetään termiä »divided custody», jonka merkitys on täsmennetty sivulla 22. Kummallakin vanhemmalla on huolto yksin sinä aikana, kun lapsi on hänen luonaan. Kysymys on siis kirjaimellisesti huollon jakamisesta.

[182] *Black – Cantor* (1989) s. 23 Kirjoittajat mainitsevat huollon jakamista koskevaa käytäntöä esiintyneen Pennsylvaniassa vuonna 1905, Missisipissä vuonna 1908, Etelä-Dakotassa vuonna 1910 ja Kentuckyssa vuonna 1917.

[183] *Black – Cantor* (1989) s. 23, loppuviitteet s. 207. Kiinnostavaa on, että jaettu huolto saatettiin myöntää vaihtoehtona tapaamisoikeudelle olosuhteissa, joissa tiheiden tapaamisten toteuttaminen oli vaikeaa. Lapsi asui tällöin yleensä kouluajan toisen ja lomaajat toisen vanhemman luona. Jaetusta huollosta vuosisadan vaihteessa ja sen jälkeen yhtenevästi edellisen kanssa *Folberg* (ed. Folberg 1991) s. 6.

[184] *Abarbanel* (Amer.J.Orthopsychiat. 1979) s. 320. Kirjoittaja viittasi *Lenore Weitzman*in keräämään ilmeisesti Kaliforniaa koskevaan tutkimusmateriaaliin. Weitzman ei ole kuitenkaan julkaissut tätä koskevia lukuja vuonna 1985 ilmestyneessä teoksessaan.

[185] *Folberg* (ed. Folberg 1991) s. 5.

[186] *Fehmel* on Saksassa julkaistussa artikkelissaan siteerannut *Time* -aikakauslehden artikkelia tammikuulta 1979. Sen mukaan *Los Angeles*issa oli yhteishuoltoa koskevien

oli yleistynyt koko liittovaltion tasolla niin, että yli 40 osavaltiossa oli säädetty jonkinlaista eronneiden vanhempien yhteishuoltoa koskevaa lainsäädäntöä.

1980-luku oli näin ollen varsinainen yhteishuollon yleistymisen vuosikymmen. Yhteishuoltoa koskeva lainsäädäntö omaksuttiin tänä aikana noin 35 osavaltioon.[187] Eronneiden vanhempien yhteinen huolto merkitsi jälleen uudenlaista suhtautumista avioeroon. *Folberg* on rinnastanut muutoksen syyllisyysperiaatteen syrjäytymiseen. Kun syyllisyysperiaatteen syrjäytyminen aiheutti perheoikeuden muutoksen ensimmäisen aallon, ilmensi avioeron jälkeinen yhteishuolto *Folberg*in mukaan perheoikeuden muutoksen toista aaltoa (*second wave transforming family law*).[188]

Yhteishuollon yleistymiselle on esitetty useita syitä. Ehkä merkittävimpänä voidaan pitää yhteishuollon saamaa tukea käyttäytymistieteiden tutkijoilta. Avioerolapsiin kohdistuneet tutkimukset etenkin psykologian ja psykiatrian alalla yleistyivät huomattavasti 1970- ja 1980-luvuilla. Vasta 1970-luvun alussa avioerojen huomattavasti yleistyttyä alettiin tutkimuksessa erottaa avioerolapset isättömistä tai ilman isää kasvavista lapsista. »Rikkinäisistä kodeista» tulevien lasten syndroomaa alettiin tarkastella kriittisesti ja kiinnittää huomiota myös siihen, että avioerolla saattoi olla lasten kannalta myös myönteisiä puolia.[189] Yhteishuolto tuli ajankohtaiseksi samalla, kun avioero tuli entistä normaalimmaksi tapahtumaksi, ja ehkä juuri siksi useat käyttäytymistieteilijät ottivat kantaa yhteishuoltoon.

Tutkimustiedon tunnetuksi tuleminen ja sen hyväksikäyttö olivat myös yhteydessä edellä selostettuun sovittelun yleistymiseen avioeroriitojen ratkaisumekanismina. Sovittelijat ovat toimineet eräänlaisina yhteishuoltoa koskevina tietolähteinä ja myös vaikuttaneet sovittelemissaan tapauksissa aktiivisesti vanhempien yhteistä huoltoa koskevien ratkaisujen hyväksi.[190]

---

huoltoratkaisujen osuus 15–20 % kaikista ratkaisuista jo ennen em. vuoden 1979 lain voimaantuloa. *Fehmel* (FamRZ 1979) s. 380.

[187] Kuten edellä kävi ilmi oli ennen 1970- ja 1980 -lukujen vaihdetta yhteishuoltoa koskevaa lainsäädäntöä jo ainakin viidessä osavaltiossa ja 1980-luvun lopussa niitä oli yli 40 osavaltiossa. 1980-luvulle jää säädettäväksi noin 35 yhteishuoltoa koskevaa osavaltiolakia.

[188] *Folberg* (ed. Folberg 1991) s. 3. *Folberg* viittaa syyllisyysperiaatteen syrjäytymisen ja »ensimmäisen aallon» osalta *Glendon*in teokseen ks. *Glendon* (1989) s. 188 alk.. Ks. asiallisesti samoin *Folberg* (Copenhagen 1984) s. 252.

[189] *Kalter* (Amer.J.Orthopsychiat. 1989) s. 557.

[190] Esim. *Bruch* (IJLF 1988) s. 121–124, *Pearson – Thoennes* (The Resolution ... 1984) s. 255–256, *Fineman* (Harvard Law Review 1988) s. 746–753, *Weitzman* (1985) s. 248.

Kolmas yhteishuollon yleistymiseen vaikuttanut tekijä oli isien oikeuksia ajava liike. Se ajoi pontevasti yhteishuoltoa koskevia lainsäädännöllisiä uudistuksia ja menestyi tässä erittäin hyvin. Isien oikeuksien liikkeen kampanjoinnin yhteys yhteishuoltoa koskeviin uudistuksiin on tunnustettu myös perheoikeudellisessa doktriinissa.[191]

Samalla kun yhteishuolto yhä selvemmin leimautui miesliikkeen tavoitteeksi, feministit alkoivat kritikoida sitä.[192] Feministiset oikeustieteilijät asettuivat tukemaan yksinhuoltoa, joka määräytyy pääasiallista hoitajaa koskevan presumption (*primary caretaker presumption*) perusteella.[193] Yhteishuollon kritiikki ei ole kuitenkaan kohdistunut pelkästään lapsen huoltoa koskevan ratkaisun lopputulokseen, vaan feministit ovat analysoineet kriittisesti muitakin edellä mainittuja perheoikeudellisia muutoksia: avioeroprosessin ei-oikeudellistumiskehitystä, asiantuntijavaltaa ja sitä, että uudistusten toteutuminen on yleensä merkinnyt naisten aseman huononemista. Samalla kriittis-analyyttinen perheoikeus on lapsen huollon osalta muuttunut selvemmin feministiseksi.[194]

5.2. Yhteishuollon käsite

Yhteishuollon eri muotoja ei ollut aikaisemmin tapana eritellä, ja tilanne alkoi muuttua sekavaksi jo siinä vaiheessa, kun tapaamisoikeus alkoi yleistyä. Tapaavasta vanhemmasta saatettiin nimittäin myös käyttää nimitystä yhteishuoltaja tai jaettu huoltaja.[195] Tämän selittää ainakin osittain se, että Yhdysvalloissa on vanhastaan käytetty tosiasiallisesta hoidosta nimitystä fyysinen

[191] Ks. esim. *Weyrauch – Katz – Olsen* (1994) s. 895–897.

[192] Taustalla oli myös feministisessä liikkeessä tapahtuneet muutokset äitiyden ymmärtämisessä. Äitiyden positiivista merkitystä naiselle alettiin korostaa. 1970-luvun loppupuolen keskustelun kriittisissä puheenvuoroissa äitiys nähtiin pelkästään naisten yhteiskunnallisen riiston välineenä. Ks. *Alanen* (Vanhemmuuksia 1996) s. 18–19. *Scott* korostaa erityisesti tunnetun feministipsykologin *Carol Gilliganin* vaikuttaneen muutokseen Amerikan feministien oikeustieteellisessä keskustelussa. *Scott* (California Law Review 1992) s. 627–628.

[193] Ks. feministioikeustieteilijöistä lähemmin jäljempänä kohdat 5.5. (Feministinen kritiikki ja vuoden 1988 lainmuutos) sekä 6.3. (Feministinen kritiikki erityisesti psykotieteellistä vallankäyttöä kohtaan).

[194] Muista kriitikoista on tässä yhteydessä mainittava lähinnä *David Chambers*, ks. lähemmin kohta 6.2. (Presumptiota tukeva muu kuin feministinen kritiikki).

[195] *Black – Cantor* (1989) s. 24.

(*physical*) huolto ja lähinnä lapsen henkilöä koskevasta päätöksenteosta nimitystä oikeudellinen (*legal*) huolto. Näin ollen lasta luonaan pitävää tapaavaa vanhempaa voitiin kutsua huoltajaksi sillä perusteella, että hän tosiasiallisesti hoiti lasta luonapidon aikana.

Myöhemmin yhteishuollon terminologiaa on yhtenäistetty. *Jay Folberg* käy eri käsitteitä läpi toimittamansa teoksen *Joint Custody and Shared Parenting* johdantoluvussa.[196]

> Yksinhuolto, *sole custody*, on varsin lähellä suomalaista yksinhuollon käsitettä. Huollosta erotetulla vanhemmalla on tällöin yleensä tapaamisoikeus (*visitation rights*), mutta hänellä voi olla myös oikeus osallistua tiettyihin merkittäviin päätöksiin.[197]
>
> *Split custody* -termiä (jaettu huolto) käytetään yleensä sisarusten jakamisesta (*to split the custody of siblings*). Sisarusten jakamista pidetään yleensä poikkeuksellisena menettelynä, mutta yksittäistapauksessa siihen voi olla erityisiä syitä.
>
> *Divided custody* -termin merkitys tuli esille jo edellä. Lapsen huolto on tällöin jaettu siinä merkityksessä, että lapsi on tosiasiallisesti vuorotellen molempien vanhempien luona. Termin synonyyminä on nykyisin käytetty myös nimikettä *alternating custody* (vuorotteleva huolto). Sitä on käytetty joskus myös yhteishuollon (*joint custody*) synonyyminä.
>
> *Joint custody* (yhteishuolto) avioeron jälkeisenä lapsen huollon muotona esiintyy *Folberg*in mukaan yleisimmin suomalaisille tutussa merkityksessä, niin että lapsella on vakituinen asuinpaikka toisen vanhemman luona, mutta molemmilla huoltajilla on oikeus osallistua lasta koskeviin merkittäviin ratkaisuihin. Yhteishuolto on tällöin luonteeltaan edellä mainittua oikeudellista yhteishuoltoa (*joint legal custody*). Yhteishuollon synonyyminä saatetaan myös käyttää käsitteitä *shared parenting*, *joint parenting*, *co-parenting*, *co-custody* ja *shared custody*.[198]

---

[196] *Folberg* (ed. Folberg 1991) s. 6–7.

[197] Näinhän periaatteessa on myös Suomessa. Vanhemmalla, joka ei ole lapsensa huoltaja, on esimerkiksi oikeus periaatteessa estää lapsen adoptio (LapsOttL 153/85 9 §). Vanhemmalla on myös aina vireillepano-oikeus lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevassa asiassa (LapsHL 361/83 14 §).

[198] *Folberg* (ed. Folberg 1991) s. 6–7. Kirjoittaja mainitsee myös käsitteet *concurrent custody* ja *joint managing conservators*. Ne lienevät kuitenkin melko harvinaisia. Ainakaan tämän kirjoittaja ei ole niitä missään muualla tavannut. *McKnight* esittää vielä yhteishuollolle sellaiset synonyymit kuin *parental responsilibity* ja *decision making authority*. *McKnight* (ed. Folberg 1991) s. 210. Edellisen osalta on huomautettava, että kyseessä ei ole Englannin Children Act 1989 -lakiin omaksutun käsitteen synonyymi. Vrt. lähemmin Englantia koskeva jakso, kohdat 8.2.2. (Viipymättömyys, puuttumattomuus ja vanhemman vastuu) sekä 8.2.3. (Vanhemman vastuu, kun vanhemmat ovat eronneet tai asuvat erillään).

Eräänä osoituksena tarpeesta täsmentää huoltoa koskevaa terminologiaa voidaan pitää Kalifornian siviililakiin 1980-luvun alkupuolella otettuja eri huollon muotoja koskevia määritelmiä. Laki erottaa toisistaan tosiasiallisen ja oikeudellisen huollon, mikä merkitsee sitä, että tuomioistuimen on yleensä annettava määräys huollon molemmista osista.

> Oikeudellinen huolto (*legal custody*) käsittää erityisesti oikeuden päättää lapsen terveydenhuollosta, koulutuksesta ja hyvinvoinnista (*health, education and welfare of a child*) joko yksin (*sole legal custody*) tai yhdessä toisen vanhemman kanssa (*joint legal custody*).[199]
>
> Tosiasiallinen yksinhuolto (*sole physical custody*) merkitsee tällöin sitä, että lapsi asuu vakituisesti asianomaisen vanhemman luona, jonka valvonnassa (*supervision*) hän myös on. Tuomioistuimella on kuitenkin oikeus määrätä lapsen ja toisen vanhemman tapaamisista. Yhteinen tosiasiallinen huolto (*joint physical custody*) tarkoittaa lain mukaan sitä, että tosiasiallinen huolto on molemmilla vanhemmilla merkittäviä ajanjaksoja (*significant periods*). Yhteisen tosiasiallisen huollon tarkoituksena on taata lapselle usein toistuva ja jatkuva yhteys molempiin vanhempiin (*frequent and continuing contact with both parents*).
>
> Jos lapsi siis asuu vakituisesti toisen vanhemman luona, mutta vanhemmat päättävät yhdessä hänen henkilöään koskevista asioista, on lapsen oikeudellinen huolto vanhemmilla yhteisesti, kun taas tosiasiallinen huolto on yksin sillä vanhemmalla, jonka luona lapsi asuu (*joint legal and sole physical custody*)[200]

Suomalaisen käytäntöön nähden ero ei itse asiassa ole olennainen, sillä meilläkin tuomioistuin yleensä antaa määräyksen lapsen asumisesta ja lapsen kanssa asuvan yhteishuoltajan asema muodostuu tällöin suurin piirtein

---

[199] *Weitzman*in mukaan Kalifornian asianajajien opas viittaa oikeudellisen yhteishuollon osalta sellaiseen yleiseen käytäntöön, jonka mukaan oikeudellinen yhteishuolto merkitsee muualla asuvan vanhemman oikeutta neuvotella ja avustaa lapsen hoitoa, valvontaa, koulutusta, terveydenhoitoa ja uskontoa koskevissa tärkeissä päätöksissä (right... to be consulted and to help make major decisions about the child's care, control, education, health and religion). *Weitzman* (1985) s. 249.

[200] *McIsaac* (ed. Folberg 1991) s. 268–269, *Weitzman* (1985) s. 249. Tuomioistuin voi kuitenkin erityisen lainkohdan nojalla määrätä myös pelkästään oikeudellisen yhteishuollon (*joint legal custody*) tai pelkästään tosiasiallisen yhteishuollon (*joint physical custody*). *McIsaac* (ed. Folberg 1991) s. 270. Sama kirjoittaja mainitsee myös määräyksen, jonka mukaan tuomioistuimen on uskoessaan lapsen oikeudelliseen yhteishuoltoon määriteltävä ne tilanteet, joissa molempien vanhempien suostumus tarvitaan, sekä myös ne seuraukset, jotka toisen vanhemman suostumuksen laiminlyönnistä koituvat. Oikeudellinen yhteishuolto ei kuitenkaan ilman erityistä määräystä saa olla konstruoitu siten, että se on ristiriidassa tosiasiallisen yksinhuollon kanssa, s. 269.

samanlaiseksi kuin Kaliforniassa niissä tapauksissa, joissa lapsen tosiasiallinen huolto on yksin toisella vanhemmalla. Tärkeätä on kuitenkin huomata, että Kalifornian lainsäädännön mukaan yhteishuolto merkitsee sellaisenaan (*joint custody*) sekä oikeudellista että tosiasiallista yhteishuoltoa.[201] Tätä tapaa määritellä yhteishuolto ei voida kuitenkaan yleistää muihin yhteyksiin, kuten edelläolevista *Folberg*in esittämästä terminologian kirjosta voi epäsuorasti päätellä. Tavallisinta onkin, että yhteishuollon sisältö määritellään kussakin kirjoituksessa erikseen tai että tämä merkitys käy asiayhteydestä muutoin yksiselitteisesti ilmi.[202]

5.3. Yhteishuollon käyttäytymistieteellinen perustelu

5.3.1. Tutkimuksen lisääntynyt kiinnostus avioerolapsiin

Goldstein, Freud ja *Solnit* suhtautuivat jyrkän kielteisesti yhteishuollon mahdollisuuteen. Heidän näkemyksensä seurasi loogisesti siitä, miten he määrittelivät *psykologisen vanhemmuuden*: vain toinen vanhemmista oli yleensä lapsen psykologinen vanhempi. He katsoivat myös, että pelkkä yhteydenpito toisiinsa vihamielisesti suhtautuviin vanhempiin oli omiaan aiheuttamaan lapselle lojaliteettikriisiin.[203] Yhteishuollon psykologinen perustelu oli siis avoimessa ristiriidassa *Goldstein*in, *Freud*in ja *Solnit*in esittämän teorian kanssa. Tämä ristiriita ei kuitenkaan horjuttanut psykotieteiden asemaa lapsen edun tulkinnassa. Erityisen merkittäviksi yhteishuollon menestyksen kannalta osoittautuivat *Judith S. Wallerstein*in ja *Joan Berlin Kelly*n tekemät pitkäaikaiset seurantatutkimukset. *Wallerstein*in ja *Kelly*n tuloksia tuki myös suuri joukko muita tutkijoita omine tuloksineen.[204]

---

[201] *McIsaac* (ed. Folberg 1991) s. 268.

[202] Uudemmissa kirjoituksissa on käytetty myös käsitteitä *joint legal custody – joint residential custody* ks. esim. *Pearson – Thoennes* (Amer.J.Orthopsychiat. 1990) s. 233 alk. (lyhennelmä tästä raportista on julkaistu edellä mainitussa Folbergin toimittamassa teoksessa vuodelta 1991 s. 185 alk.). Ks. käsitteellisistä epäselvyyksistä alioikeuskäytännössä *Weitzman* (1985) s. 250, 251. Tämän esityksen osalta yhteishuollon sisältöä ei ole tarpeen rajata tai määritellä yksityiskohtaisesti, vaan sisältö jää riippuvaiseksi kunkin kirjoittajan tekemistä täsmennyksistä. Jos kirjoittaja ei ole täsmentänyt käyttämäänsä käsitettä, se jää avoimeksi.

[203] Ks. edellä kohta 3.1.4. (Goldstein – Freud – Solnit: Beyond the Best Interest of the Child).

[204] Ks. yhteishuollon kannalta tärkeistä käyttäytymistieteellisistä tutkimuksista myös esim. *Luepnitz* (1982) s. 11–13 tai *Cochran* (ed. Folberg 1991) s. 226–228.

Tutkijoista on mainittava ensinnäkin *Mel Roman* ja *William Haddad*, jotka puolustivat yhteishuoltoa vuonna 1978 ilmestyneessä teoksessaan *The Disposable Parent: The Case for Joint Custody*. Kirjoittajat katsoivat, että laissa tulisi olla yhteishuoltoa tarkoittava presumptio. He päätyvät tähän tulokseen toisaalta siksi, että avioerot heidän mukaansa muodostavat riskin lasten terveelle kehitykselle, ja toisaalta koska he päättelivät näin isien merkitystä koskevien tutkimusten perusteella. Yhteishuolto muodostaisi heidän mukaansa johdonmukaisen sovelluksen *Goldstein – Freud – Solnit*in argumentoimalle jatkuvuusperiaatteelle.[205]

Mavis Hetherington sekä *Martha ja Roger Cox* totesivat mm. päiväkotilapsia koskevissa tutkimuksissaan, että avioerolapset erosivat muista lapsista. He päättelivät, että avioeron haitalliset vaikutukset lapsiin ulottuivat lasten sosiaalisiin kontakteihin kodin ulkopuolella.[206]

Robert Hess ja *Kathleen Camara* haastattelivat avioeroperheitä ja ehjiä perheitä, joissa oli 9 – 11 -vuotiaita lapsia. Avioeroperheiden tosiasiallisesta erosta oli kulunut kahdesta kolmeen vuotta. *Hess* ja *Camara* totesivat vanhempien välisen konfliktin vaikuttavan lapsiin enemmän kuin vanhempien välinen oikeudellinen side. Heidän mukaansa eron haitallisia vaikutuksia lievensi suuresti lasten myönteinen suhde molempiin vanhempiin.[207]

Judith Greif tutki eronneita lapsestaan erillään asuvia isiä ja totesi, että isät, jotka pelkäsivät menettävänsä yhteyden lapseensa (*clear danger of child absence*), menettivät vanhemman roolinsa, mikä puolestaan johti enenevään vetäytymiseen kaikesta vastuusta mukaan lukien taloudellisen vastuun lapsesta. Osalla isistä ero lapsesta johti stressitilaan, johon liittyi myös fyysisiä oireita. Aktiivisimpia *Greif*in mukaan olivat isät, jotka olivat lastensa huoltajia yhdessä äidin kanssa.[208]

Alice Abarbanel puolestaan teki yhden ensimmäisistä yhteishuoltovanhempia koskevista seurantatutkimuksista. Hän seurasi neljää avioeroperhettä, joissa lapset asuivat vuoroittain molempien vanhempien luona. *Abarbanel*in mukaan tulokset viittasivat siihen, että tämäntyyppinen lasten asuminen toimi hyvin tietyillä ehdoilla. Tulokset eivät sitä vastoin tukeneet *Goldstein*in, *Freud*in ja *Solnit*in teoriaa yhdestä psykologisesta vanhemmasta ja lasten vaikeista lojaalisuusristiriidoista.[209]

Yhteishuollon kasvavaan suosioon vaikuttivat merkittävällä tavalla myös *Constance Ahrons*in tutkimukset, jotka kohdistuivat erityisesti eroavien vanhempien keskinäiseen suhteeseen. Varhaisimmissa julkai-

---

[205] Näin *Felner – Farber* (Amer.J.Orthopsychiat. 1980) s. 341–347, *Fthenakis – Niesel – Kunze* (1982) s. 202, *Luepnitz* (1982) s. 12–13.

[206] Ks. esim. *Hetherington – Cox – Cox* (Journal of Social Issues 1979) s. 26–49.

[207] *Hess – Camara* (Journal of Social Issues 1979) s. 79–95.

[208] *Greif* (Amer.J.Orthopsychiat. 1979) s. 311–319.

[209] *Abarbanel* (Amer.J.Orthopsychiat. 1979) s. 320–329.

suissaan vuosina 1979 ja 1980 *Ahrons* kehitti systeemisen perheteorian pohjalta niin sanotun kaksoisydinperheen käsitteen (*binuclear family*). Hän huomasi, että monet eronneet vanhemmat kykenivät luopumaan keskinäiseen parisuhteeseen liittyvistä rooleistaan ja rakentamaan uuden vanhemmuuteen perustuvan yhteistyösuhteen entiseen puolisoonsa. Näin entinen ydinperhe järjestäytyi uudelleen avioeron jälkeen kahden vanhemman muodostamien ytimien ympärille kaksoisydinperheeksi. Kaksoisydinperheen vanhemmat olivat kykeneviä yhteistyöhön lasten kasvatuksessa ja tukivat toisiaan tässä tehtävässä pitämättä kuitenkaan yllä entisiä parisuhteeseen liittyviä tunteitaan ja odotuksiaan. *Ahrons* osoitti sen, että vanhan patologisen avioerokäsityksen rinnalla oli yleistymässä uusi avioerokulttuuri, missä avioero voitiin kokea luonnollisena siirtymävaiheena parisuhteen päättyessä ja antaessa tilaa uudelle vanhemmuussuhteelle. Se, että parisuhde voitiin muuttaa vanhemmuussuhteeksi, muodostuikin eräänlaiseksi yhteishuoltokulttuurin reunaehdoksi.[210]

Psykologi *Deborah Anna Luepnitz* tutki eronneita vanhempia ja lapsia haastattelemalla heitä erityisesti näiden päivittäiseen elämään vaikuttavista asioista. Tutkija oli kiinnostunut siitä, voitaisiinko hänen aineistonsa perusteella osoittaa etuja tai haittoja äidin, isän tai yhteisen huollon välillä.[211] *Luepnitz* ei voinut osoittaa mitään perustetta äidin etusijalle yhtä vähän kuin isän etusijalle tai edes yhteishuollon etusijalle. Lasten kannalta haitallisiksi osoittautuivat vanhempien jatkuvat konfliktit. *Luepnitz* arvioi kuitenkin, että yhteishuolto parhaimmillaan tarjosi kaikille osapuolille paremman vaihtoehdon kuin yksinhuolto parhaimmillaan. Tämän perusteella hän arveli vuonna 1983 julkaistussa teoksessaan yhteishuollon suosion olevan lisääntymässä.[212]

Huomattavimmaksi yhteishuollon psykotieteellisen perustelun kannalta muodostuivat kuitenkin *Wallersteinin* ja *Kellyn* tutkimustulokset, jotka olivat peräisin laajasta avioerolapsiin kohdistuvasta seurantatutkimuksesta (*Californian Children of Divorce*).[213] Pioneerityöksikin kutsutun tutkimusprojektin tulokset julkaistiin vuonna 1980 myös helppolukuisena kirjana *Surviving the Breakup*.[214] Seuraava esitys perustuu mainittuun teokseen.

---

[210] *Ahrons* (Amer.J.Orthopsychiat. 1981) s. 415–428 ja siinä mainitut aikaisemmat tutkimukset, ks. myös *Ahrons* (Copenhagen 1984) s. 54–77 sekä *Ahrons – Rodgers* (1987) erit. s. 201–220.

[211] *Luepnitz* (1982) s. 13–14, 18.

[212] *Luepnitz* (1982) s. 18, 149–158.

[213] Ks. esim. *Kalter* (Amer.J.Orthopsychiat. 1989) s. 557.

[214] *Wallerstein – Kelly* (1980).

5.3.2. Wallerstein – Kelly: Surviving the Breakup

5.3.2.1. Tutkimuksen tavoitteet ja tutkimusmenetelmä

Wallersteinin ja *Kellyn* tavoitteena oli selvittää avioeron vaikutuksia erityisesti lapsen ja nuoren kehitykseen.[215] Tutkimuksen käynnistämisvaiheessa keskusteltiin kirjoittajien mukaan USA:ssa siitä, oliko avioero lasten kannalta parempi kuin onneton avioliitto vai päinvastoin.[216] Eräänä tutkijoiden kysymyksenä olikin, saattoiko avioero laukaista myönteisen kehitysvaiheen lapsen elämässä. Etenikö toisin sanoen lasten myönteinen kehitys nopeammin, sen jälkeen kun hallitulla avioerolla oli laukaistu puolisoiden riitojen aiheuttama ristiriitatilanne?[217] *Wallerstein* ja *Kelly* olivat kiinnostuneita myös lapsi – vanhempi -suhteessa avioeron jälkeen tapahtuneista muutoksista sekä avioeron seurauksena vanhempien keskinäisessä suhteessa tapahtuneiden muutosten vaikutuksesta lapseen.[218]

Wallersteinin ja *Kellyn* aineisto kerättiin 60 perheeltä, jotka tutkimuksen alkaessa olivat akuutissa erovaiheessa. Perheet asuivat *San Francisco Bayn* asuinalueella Kaliforniassa.[219] Yhteys perheisiin saatiin siten, että eroamassa oleville pariskunnille tarjottiin maksutonta avioeroneuvontaa (*divorce counseling service*). Neuvonnan pääpaino oli lasten aseman selvittämisestä. Kaikki perheet osallistuivat neuvontaan vapaaehtoisesti. Kirjoittajien mukaan tutkimuksen kohteena olevat perheet olivat verraten homogeenisiä valkoisia keskiluokkaisia perheitä. Myös lasten joukko oli kehitykseltään suhteellisen normaali ikätovereihin verrattuna.[220]

> Vaikka kirjoittajat korostavatkin aineistonsa kaikinpuolista normaalisuutta ja sitä, että perheet eivät tulleet neuvontaan saadakseen terapiaa,

---

[215] *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 7–9.

[216] *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 10, 306.

[217] *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 8.

[218] *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 10.

[219] Kalifornia johti kuten edellä todettiin Yhdysvaltain avioerotilastoja 1970-luvulla, jonne tutkimus ajoittuu. Kirjoittajien mukaan perhe-elämän epästabiilisuus oli erityisen näkyvää *San Francisco Bayn* asuinalueella, missä vuonna 1970 avioeroa haettiin useammin kuin avioliittoa varten tarvittavaa eräänlaista esteettömyystodistusta (*marriage license*). Alueella asuvista lapsiperheistä 11,6 % oli jo vuonna 1970 yksinhuoltajaperheitä, jotka olivat syntyneet lähinnä juuri avioeron seurauksena. *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 6 – 7, yksityiskohtainen kuvaus tutkimuksen kohteena olevista perheistä, tutkimusmetodista ja haastatteluaineistosta mts. 319 alk.

[220] Lähemmin *Wallerstein - Kelly* (1980) s. 7–8, 326–332.

on juuri aineiston valintakriteeri ollut tutkimuksen saaman kritiikin kohteena. Neuvontaan vapaaehtoisesti hakeutuvien joukossa oli todennäköisesti normaalia enemmän psyykkisistä ongelmista kärsiviä henkilöitä. Tämä aineiston virhe on mahdollisesti vääristänyt tuloksia avioeron negatiivisia vaikutuksia korostavasti.[221] Samaan suuntaan vaikutti kontrolliryhmän puuttuminen tutkimuksesta kokonaan.[222] Tutkimuksen saama kritiikki ei kuitenkaan poista sen ainutlaatuisuutta, joka perustuu laajan tutkimusjoukon perusteelliseen analyysiin ja pitkäaikaiseen seurantaan.

Vuonna 1980 ilmestynyt tutkimus perustuu kolmeen haastattelukierrokseen, jotka ajoittuvat vuosille 1971–1977. Näistä ensimmäinen sijoittui pariskuntien akuuttiin erovaiheeseen, toinen noin 18 kuukauden ja kolmas noin viiden vuoden päähän avioerosta. Tutkimuksen alkuvaiheeseen liittyi kuusi viikkoa kestänyt intensiivivaihe, jonka aikana kutakin vanhempaa tavattiin viikoittain ja lapsiakin kolmesta neljään kertaa sekä vanhempien seurassa että ilman heitä.[223] Seurantavaiheet puolentoista vuoden ja viiden vuoden jälkeen olivat alkuperäistä haastattelukierrosta lyhyempiä, mutta käsittivät yleensä molempien vanhempien ja lasten henkilökohtaiset haastattelut.[224] Lopulliseen aineistoon sisältyi 121 lasta tai nuorta, joista 96:n osalta voitiin tehdä myös psykologinen analyysi.[225] Näin pitkän ja perusteellisen tutkimuksen tuloksena voitiinkin muun muassa osoittaa, että suuri osa avioeron vaikutuksista lasten kehitykseen on nähtävissä vasta vuosien jälkeen.[226]

---

[221] Tarkemmasta aineiston kuvauksesta ilmenee mm. että, äideistä yli puolet oli ollut avioliiton aikana jonkinlaisessa psykoterapiassa. *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 326–332.

[222] Ks. kritiikistä *Elliot et al.* (Fam Law 1990) s. 310 alk., mistä ilmenee myös, että *Wallerstein – Kelly*n aineistossa oli kaikkiaan 15–20 % vanhempia, jotka tutkijoiden mukaan kärsivät psyykkisistä vaikeuksista, kun osuus normaaliväestöstä on alle 5 %.

[223] *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 319–320, lähemmin s. 320–324, mistä kuten muualtakin kirjasta ilmenee mm., että pienimpien lasten leikkejä tarkkailtiin asianmukaisessa leikkihuoneessa (s. 322). Kirjoittajien kuvaukset lasten oireista ja reaktioista sisältävät runsaasti esimerkkejä lasten leikeistä roolinukeilla ja muuta lasten leikkeihin liittyvää havainnointia. Haastattelujen ja havainnointien lisäksi lasten opettajilta kerättiin tietoja lapsista.

[224] *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 332–334. Tutkijat tavoittivat 18 kuukauden kuluttua 58 perheen jäsenet. Kaksi avioeron kokenutta perhettä oli yhdistynyt jälleen ja jäi näin ollen tutkimuksen ulkopuolelle. Viisivuotisseurannassa 38 perheen molempia vanhempia voitiin haastatella, mutta loppujen 20 perheen osalta haastattelu koski tässä vaiheessa enää toista vanhempaa, s. 332–333.

[225] Lähemmin *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 333–334.

[226] *Judith Wallerstein* on jatkanut tutkimusprojektia vielä myöhemminkin. Vuonna 1989 ilmestyi 10-vuotis-seurantahaastattelun tuloksena syntynyt teos, *Wallerstein – Bla-*

5.3.2.2. Tulokset

Wallerstein ja *Kelly* pitivät avioeroa puolisoiden emotionaalisena prosessina. He jakoivat tämän prosessin avioeroa edeltävään ja avioeroa seuraavaan kolmeen eri vaiheeseen, jotka saattoivat kestää yhteensä yli neljän vuoden ajan avioerosta lukien.[227] Kysymykseen, miten avioero vaikutti lasten kehitykseen, *Wallersteinin* ja *Kellyn* vastaus oli varsin pessimistinen. Vanhempien ja lasten käsitykset onnettomasta avioliitosta tai olosuhteiden paranemisesta poikkesivat toisistaan. Yli puolet lapsista ei katsonut avioeron parantaneen tilannetta heidän osaltaan, vaikka noin 80 prosenttia vanhemmista sopeutui aikaa myöten eroon. Tutkijoiden käsitys ei poikennut lasten omista mielipiteistä:

> Unlike the adults who felt considerably improved after the divorce, the children and adolescents did not, as a group, show an improvement in their psychological health during the years following the separation. Only those children who were physically separated by the divorce from a rejecting or a demeaning, or a psychiatrically disturbed father showed improvement comparable to that of adults.[228]

Kolmasosa lapsista oli *Wallersteinin* ja *Kellyn* käsityksen mukaan kuitenkin sopeutunut hyvin eron jälkeiseen elämäänsä. He olivat tyytyväisiä ja vilkkaita lapsia. Sama määrä lapsia tunsi jatkuvasti surua ja vihaa molempia vanhempiaan kohtaan. Lapset tunsivat itsensä yksinäisiksi, masentuneiksi, hylätyiksi, ja he kaipasivat poismuuttanutta vanhempaansa. Mutta nekin, jotka olivat sopeutuneet eron jälkeiseen elämään, muistivat avioeron ajan kuitenkin vaikeana ja onnettomana vaiheena lapsuudessaan. Vastauksena kysymykseen, kumpi olisi lasten kannalta parempi avioero vai onneton avioliitto, tutkijat totesivat koko lapsijoukkoa ajatellen yleisesti, että valitettavasti kumpaakaan ei voitu pitää hyvänä. Avioero ei parantanut onnettomien avioliittojen lasten elämää.[229]

---

keslee: »Second Chances – Men, Women, and Children A Decade After Divorce – Who Wins, Who Loses – and Why» (suom. Ritva Lassila nimellä Avioeron jälkeen, Otava Keuruu 1991). Teoksen ilmestymisvaiheessa *Wallerstein* oli jo käynyt loppuun 15-vuotis-seurantahaastattelut.

[227] *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 303–305.

[228] *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 306.

[229] *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 305–307, ks. kirjoittajien johtopäätöksistä, millä edellytyksillä avioero voi muodostua sekä lasten että vanhempien kannalta myönteiseksi ratkaisuksi s. 316–317 (The Postdivorce Family).

Viiden vuoden jälkeen tehdyn seurannan perusteella tutkijat totesivat, että hyvin samantapaiset tekijät näyttivät edistävän lasten hyvinvointia niin ehjässä perheessä kuin avioeroperheessäkin. Avainasemassa olivat lasten ja vanhempien väliset suhteet.[230] Avioerosta saattoivat pitkällä tähtäimellä hyötyä sellaiset lapset, joiden suhteet molempiin vanhempiin pysyivät kiinteinä tai jopa paranivat avioeron jälkeen. Toinen ryhmä avioerosta hyötyvistä lapsista muodostui niistä, jotka avioeron seurauksena pääsivät eroon psyykkisesti destruktiivisesta vanhemmasta. Kolmanteen ryhmään lukeutuivat lapset, jotka löysivät tasapainon huoltajan uudelleen avioitumisen seurauksena.[231]

> *Wallersteinin* ja *Kellyn* tekstistä ilmenee kuitenkin myös, että niihin tapaaviin vanhempiin, joiden passiivisuus avioeron jälkeen ei vahingoittanut lapsia, lukeutui myös muita kuin psyykkisesti häiriintyneitä vanhempia. Kaikilla ei voitu todeta psykiatrista sairautta tai oireyhtymää. Tähän ryhmään kuului myös sellaisia isiä, jotka olivat avioliiton ajan suhtautuneet lapsiinsa välinpitämättömästi eivätkä olleet myöhemminkään olleet lastensa käytettävissä käytännössä eivätkä myöskään tunnetasolla. Lapsillakaan ei ollut näihin isiin syvällistä suhdetta. Jos huoltajan ja lasten välinen sinänsä herkästi haavoittuva suhde toimi hyvin ja huoltaja kykeni ottamaan lasten tarpeet riittävän hyvin huomioon, lasten oli mahdollista selvitä hyvin pelkästään huoltajan varassa. Huoltaja oli siis lasten hyvinvoinnin kannalta avainasemassa.[232]

---

[230] *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 215. Samantapaiseen tulokseen päätyi myös *Hess – Camara*: » For divorced and intact groups combined, the relationships among family members appeared to be more potent influences on child behavior than was marital status. The negative effects were greatly mitigated when positive relationships with both parents were maintained. (Journal of Social Issues 1979) s. 79 alk.

[231] »Custodial and noncustodial parents of the children who did well, separately or in cooperation with each other, retained their commitment to their children. In other families where children did well, one or both parents improved following the divorce and this was reflected in the parent-child relationship; or a third configuration was present where the divorce separated the child from psychologically destructive parent. Finally, of course, some children benefited from a remarriage.» *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 215.

[232] Ks. huonosta isäsuhteesta, joka pysyi huonona, tarkemmin s. 245–247, mistä myös ilmenee, että huolimatta vähäisestä yhteydenpidosta ja odotuksista puolin ja toisin isä oli silti merkittävä hahmo lasten elämässä. Toiset lapset kuitenkin vastasivat isän hylkäämiseen hylkäämällä tämän ja kiintymällä uuteen isähahmoon s. 250–253. Kirjoittajien mukaan merkittävä osa lapsista, jotka selvisivät hyvin avioerosta, tukeutui ainoastaan yhteen huoltajaan. *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 217–218, 255. Ks. huoltajien taloudellisesta ja henkisestä stressistä sekä näiden vaikutuksista lapsiin s. 224–227. Tältä osin *Wallerstein – Kellyn* tutkimus siis tavallaan tuki *Goldstein – Freud – Solnitin* teoriaa yhdestä psykologisesta vanhemmasta ja lapsen selviämisestä hänen varassaan. Kysymys ei näin ollen ollut uudesta tuloksesta, mikä selittänee sen, että *Wallerstein – Kellyn* tutkimuksesta ei yleensä tuoda esiin yhtä huoltajaa tukevia tuloksia. Tutkijat eivät itsekään tehneet näin, mikä ilmenee jäljempänä.

Tapaavan vanhemman tai, *Wallersteinin* ja *Kellyn* kielenkäytössä, isän vaikutus lapsiin ilmeni kahdella tavalla. Isän harvat ja epäsäännölliset tapaamiset johtivat yleensä siihen, että lapsi tunsi itsensä hylätyksi ja petetyksi, minkä vuoksi lapsen itsetunto aleni. Epäsäännöllisyyteen liittyi myös isän epäluotettavuus tapaamisten suhteen, mikä aiheutti lapselle toistuvia pettymyksiä. Tällainen lapsi ei yleensä tuntenut itseään rakastetuksi eikä rakastettavaksi.

Vanhemman säännöllisen yhteydenpidon positiiviset vaikutukset olivat selvimmin nähtävissä vasta pitkähkön ajan jälkeen. Viiden vuoden seurannassa ilmeni kuitenkin selvä positiivinen korrelaatio hyvän isä-suhteen ja hyvän itsetunnon välillä ja selvä negatiivinen korrelaatio hyvän isäsuhteen ja lasten masennuksen välillä.[233]

> Masennus oli avioerolasten kohdalla poikkeuksellisen yleistä. Tutkijat liittivät sen yksinhuoltajien lisääntyneeseen stressiin. Stressiä aiheuttivat vajaaperheen kiristynyt taloudellinen asema, yksinhuoltajan lisääntynyt vastuu lasten kasvatuksesta sekä toisen aikuisen poisjäämiseen liittynyt ylimääräisten voimavarojen puuttuminen. Lasten suru ja masennus oli yhteydessä yksinhuoltajan jatkuvaan ylirasitukseen. Lapsen hyvä suhde toiseen vanhempaan toimi hänen osaltaan kuitenkin sellaisena ylimääräisenä voimavarana, joka vähensi masennusta. *Wallersteinin* ja *Kellyn* mukaan niillä lapsilla, jotka selvisivät hyvin, oli koko ajan ollut ainakin yksi huolehtiva vanhempi.[234]

Hyvä isäsuhde merkitsi pienille lapsille yleensä hyvin säännöllisiä viikonlopputapaamisia, kun taas murrosikäisille isä – lapsi -suhteen laatu oli tärkeämpi kuin usein tapahtuvat fyysiset tapaamiset. Tutkijat itse pitivät hyvän isä – lapsi -suhteen myönteisiä vaikutuksia yhtenä tärkeimmistä tuloksistaan. Isän myöhemmin lisääntyneet tapaamiset saattoivat auttaa lasta, jonka tilanne avioerovaiheessa oli näyttänyt huonolta, jopa selviytymään odotettua paremmin. Selvin yhteys oli kuitenkin lapsen hyvän avioeroselviytymisen ja sellaisen lapsi – isä -suhteen välillä, joka oli alunperinkin ollut hyvä ja joka oli säilynyt ehyenä koko seuranta-ajan.[235]

Teoksensa johtopäätösjaksossa tutkijat korostivat molempien vanhempien merkitystä koskevaa tulostaan myös lapsen tunne-elämän ja minäkuvan kannalta:

---

[233] *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 218–219.

[234] Kahden vanhemman perheessä voivat molemmat vanhemmat tarvittaessa toimia puskurina, mikä sallii vanhempien voimavarojen joustavan jakamisen eri tilanteissa. Tällaista mahdollisuutta ei vajaaperheessä ole. *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 308–309.

[235] *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 218–219.

> Within the postdivorce family, the relationship between the child and both original parents did not diminish in emotional importance to the child over the five years. Although the mother's caretaking and psychological role became increasingly central in these families, the father's psychological significance *did not* correspondingly decline. ... It has been, in fact, strikingly apparent through the years that whether or not the children maintained frequent or infrequent contact with the noncustodial parent the children would have considered the term »one parent family» a misnomer. Their self-images were firmly tied to their relationship with both parents and they thought of themselves as children with two parents who had elected to go separate ways.[236]

Avioero ei siis vähentänyt huollosta erotetun vanhemman emotionaalista merkitystä lapselle ja lapsen minäkuva oli kiinteässä yhteydessä molempiin vanhempiin.[237]

5.3.2.3. Lasten huoltoa koskevat suositukset

Kuten edellä todettiin *Wallersteinin* ja *Kellyn* tutkimuksesta tuli ehkä merkittävin yhteishuollon ensisijaisuuden psykologinen perustelu. *Wallerstein* ja *Kelly* itsekin suosittelivat yhteishuoltoa omien tulostensa perusteella. Heidän näkemyksensä ei kuitenkaan ollut niin ehdoton kuin yhteishuoltoa puoltavista oikeuspoliittisista kannanotoista voisi luulla. Itse asiassa he ottivat varsin varovaisen askeleen yhteishuollon suuntaan ja olivat myös hyvin tietoisia yhteishuollon asettamista vaatimuksista sekä siihen liittyvistä riskeistä. Koska nämä johtopäätökset saivat niin suuren merkityksen myöhemmän oikeudellisen kehityksen kannalta, ne on selostettu seuraavassa mahdollisimman täydellisinä.[238]

Se, mitä *Wallerstein* ja *Kelly* suosittelivat, oli sellainen lapsen huoltoa koskevaa oikeudellinen järjestely, joka mahdollistaisi molempien vanhempien vastuun ottamisen ja huolehtimisen lastensa hyvinvoinnista. He pitivät erityisesti *oikeudellista yhteishuoltoa* hyvänä ratkaisuna, joskin tietyin edellytyksin.

---

[236] *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 307, kursivointi alkuperäinen.

[237] Tutkijat huomauttivat tässä yhteydessä, että kaikki lapset olivat eläneet kahden vanhemman perheessä ennen avioeroa mahdollisesti lyhyitä jaksoja lukuunottamatta. Tulosta ei siis voida ilman muuta yleistää lapsiin, jotka eivät ole pysyvästi asuneet kahden vanhemman perheessä. *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 307.

[238] *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 310–311.

> For those parents who are able to reach an agreement on child related matters after divorce and are willing to give the needs of the children priority or a significant role in their decision-making regarding how and where the children reside, joint legal custody may provide the legal structure of choice. (The parents of one-quarter of our study who had been able to maintain a shared commitment and devoted parenting within the conflicted marriage would provide an appropriate pool of candidates for joint custody.) Although the influence of the legal structure on the fabric of family life may be considerably less than many persons believe it to be, nevertheless, there is some evidence that legal accountability may influence and shore up the psychological and financial responsibility. Furthermore, there is evidence in our findings, that lacking legal rights to share in decisions about major aspects of their children's lives, that many noncustodial parents withdrew from their children in grief and frustration. Their withdrawal was experienced by the children as a rejection and was detrimental in its impact.[239]

Tutkijat suosittelivat siis oikeudellista yhteishuoltoa sellaisille vanhemmille, jotka pystyivät eron jälkeen sopimaan lasta koskevista asioista. Heidän omassa aineistossaan yhteishuoltoa olisi heidän mukaansa voinut ehdottaa noin joka neljännelle avioeroperheelle. Silti tutkijat myönsivät, että oikeudellisen huoltoratkaisun merkitys ei välttämättä ole kovin suuri tai että se on ainakin huomattavasti vähäisempi, kuin monet ihmiset heidän mukaansa uskoivat.

Oikeudellinen yhteishuolto vaikuttaa lapsen hyvinvointiin tutkijoiden mukaan välillisesti. Yhteishuollon tarkoituksena on tukea lapsesta erossa asuvan vanhemman psykologista ja taloudellista vastuuntuntoa lapsesta. Tutkijat saivat näyttöä siitä, että oikeuksien puuttuminen vähensi huollosta erotettujen vanhempien huolenpitoa lapsistaan. Lapset kokivat vanhempien vetäytymisen lapsi – vanhempi -suhteesta hylkäämisenä, ja tällä kokemuksella oli puolestaan vakavat seuraukset lasten hyvinvoinnille. Aktiivinen vuorovaikutussuhde lapsen ja vanhemman välillä parantaisi sitä vastoin lapsen hyvinvointia siten kuin edellä on selostettu.[240]

Tutkijat korostivat oikeudellisen ja tosiasiallisen yhteishuollon eroa suositellessaan nimenomaan edellistä. Silti he eivät kokonaan torjuneet tosiasi-

---

[239] *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 310.

[240] *Wallerstein* ja *Kelly* eivät siis tukeneet sitä meillä usein esitettyä näkemystä yhteishuollosta, jonka mukaan lapsen ja vanhemman välinen oikeudellinen side jo sinänsä merkitsisi lapsen hyvinvoinnin edistymistä. Lapsen kannalta hyvään tulokseen tarvittiin tutkijoiden mukaan aina lapsesta erillään asuvan vanhemman aktiivinen ja ymmärtävä osallistuminen lapsen kasvatukseen.

allista yhteishuoltoa (*physical custody*). Olennaisena tosiasiallisen yhteishuollon onnistumiselle he pitivät sitä, että lapsen oleskelua molempien vanhempien luona ei orjallisesti jaettaisi tasan, vaan että molemmat vanhemmat huolehtisivat lapsista sellaisen aikataulun mukaan, joka on laadittu sekä lasten että vanhempien tarpeet huomioon ottaen. Lasten ajan jakamisen sijasta he korostivat molempien vanhempien yhtäläistä omistautumista lasten hoidolle ja kasvatukselle.[241]

Vaikka *Wallerstein* ja *Kelly* erityisesti korostavat oikeudellisen yhteishuollon hyviä puolia, he totesivat myös, että heidän aineistonsa ei anna aihetta suositella samaa oikeudellista ratkaisua kaikille avioeroperheille.

> There appears to be no compelling legal reason to pattern the divorced family after the married family and to establish one presumptive pattern for all couples. Parents may have little interest in their children; they may demean or exploit their children; they may use the children to establish a permanent foothold in the divorced partner's life. Moreover joint custody poses many logistical problems because of the mobility of adults in American life and the high incidence of remarriage.[242]

Kuten edellä olevasta sitaatista ilmenee, tutkijat olivat myös hyvin perillä yhteishuollon aiheuttamista riskeistä ja vaikeuksista. He totesivat avoimesti, että vanhempien kiinnostus omiin lapsiinsa voi olla vähäistä, että nämä voivat kohdella lapsiaan alentavasti ja jopa riistää heitä. He toivat esiin myös feministien usein yhteishuoltoa vastaan esittämän argumentin, jonka mukaan yhteishuoltoa voidaan käyttää entisen puolison elämän kontrolloimiseen eron jälkeen.[243] Lopulta tutkijat viittasivat ihmisten liikkuvuuteen ja usein tapahtuvaan uudelleen avioitumiseen yhteishuoltoa vaikeuttavina tekijöinä.[244]

Wallerstein ja *Kelly* korostivat kuitenkin, että erityisesti *Goldstein*in, *Freud*in ja *Solnit*in tarjoama näkemys vain yhdestä psykologisesta vanhemmasta ei saa heidän tutkimuksestaan tukea ja että tämän seikan rutiininomainen ottaminen huoltoa koskevan ratkaisun perustaksi on siksi väärin. Suosimalla oikeudellista yhteishuoltoa yhteiskunta voisi sen sijaan ikään kuin sopivalla symbolisella tavalla osoittaa lapsen tarvitsevan jatkuvasti molempia vanhempiaan. Samalla se rohkaisisi eroavia vanhempia luomaan sellaisia oikeudel-

---

[241] *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 310.

[242] *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 310–311.

[243] Vrt. esim. *Weitzman* (1985) s. 361, *Fineman* (Harvard Law Review 1988) s. 759, *Smart* (toim. Smart – Sevenhuijsen 1989) s. 20–21.

[244] Ks. jälkimmäisestä erityisesti *Furstenberg – Cherlin* (1993) s. 122 alk.

lisia järjestelyjä, jotka mahdollistaisivat molempien vanhempien kasvatuksen ja huolenpidon jatkumisen.[245]

5.4. Kalifornian yhteishuoltolainsäädäntö ja isien oikeudet

Kalifornian ensimmäiset yhteishuoltoa koskevat lain määräykset tulivat voimaan 1.1.1980. Kuten edellä todettiin Kalifornia oli kaiken kaikkiaan viides osavaltio, joka saattoi voimaan yhteishuoltoa koskevaa lainsäädäntöä. Se oli kuitenkin ensimmäinen osavaltio, jonka lakiin omaksuttiin se erityinen oikeuspoliittinen tavoite, että huoltoa koskevan järjestelyn tuli edistää lapsen ja huollosta erotetun vanhemman jatkuvaa ja usein toistuvaa yhteydenpitoa

> 4600 (a) The legislature finds and declares that is the public policy of this state to assure minor children frequent and continuing contact with both parents after the parents have separated or dissolved their marriage, and to encourage parents to share the rights and responsibilities of child rearing in order to effect this policy.
> (b) Custody should be awarded in the following order or preference according to the best interest of the child pursuant to Section 4608:
> (1) To both parents jointly pursuant to Section 4600.5 or to either parent. In making an order for custody to either parent, the court shall consider among other factors, which parent is more likely to allow the child or children frequent and continuing contact with the noncustodial parent, and shall not prefer a parent as custodian because of that parent's sex.
> ...
> 4600.5 Joint Custody; agreement or application by parents; statement of reasons for granting or denial; definitions; orders of joint legal or joint physical custody; contents; modifications or termination; parental access to records; notice to other parent of change of residence.
> (a) There shall be a presumption, affecting the burden of proof, that joint custody is in the best interest of a minor child, subject to section 4608, where the parents have agreed to an award of joint custody or so agree in open court at a hearing for the purpose of determining the custody of a minor child of the marriage.[246]

[245] *Wallerstein – Kelly* (1980) s. 311.

[246] Otteet lakitekstistä *McIsaac*in mukaan (ed. Folberg 1991) s. 265 käyttäen apuna saksankielistä lyhennelmää teoks. *Bergmann – Ferid* (X USA/California, 1985) s. 13.

Lain voimaantulon jälkeen esitettiin ristiriitaisia tulkintoja erityisesti siitä, suosiko laki yhteishuoltoa vai ei.[247] Eri kirjoittajat näyttävät kuitenkin olevan yhtä mieltä siitä, että laki varsinaisesti asetti yhteishuollon ensisijaiseksi vain, jos vanhemmat olivat siitä yhtä mieltä. Molempien vanhempien osallistumista lapsen huoltoon suosiva lain periaate (niin sanottu *friendly parent -clause*) merkitsi kuitenkin käytännössä yhteishuollon ensisijaisuutta, sillä yhteishuollon vastustaminen voitiin tulkita tämän periaatteen vastaiseksi.[248] Selvää oli myös, että laki ei asettanut muodollista estettä määrätä yhteinen huolto, vaikka vanhemmat eivät olisikaan siitä yhtä mieltä. Itse asiassa tuomioistuimen oli jommankumman osapuolen vaatimuksesta perusteltava erityisesti yhteishuoltoa koskevan vaatimuksen hylkääminen kuin myös sen hyväksyminen. Laissa todettiin erityisesti, että pelkkä viittaus lapsen etuun ei ollut riittävää tässä yhteydessä.

> (c) Whenever a request for joint custody is granted or denied, the court, upon the request of any party, shall state in its decision the reasons for granting or denying the request. A statement that joint custody is, or is not, in the best interest of the child shall not be sufficient to meet the requirements of this subdivision.[249]

*Hugh McIsaac*in mukaan tulkintavaikeuksien selityksenä oli se, että lopullinen lakiteksti oli eräänlainen kompromissi kahdesta eri esityksestä, joista toisessa yhteishuolto oli selvästi suosituimmuusasemassa.[250] Tätä jälkimmäistä ehdotusta kannatti voimakkaasti Kalifornian isien oikeuksia ajava liike. Lopullinen teksti oli siis eräänlainen myönnytys *father's rights* -liikkeen suuntaan.[251] Isien oikeuksia ajavat painostusryhmät tavoittelivat Kalifornian ulkopuolellakin aktiivisesti yhteishuoltoa suosivien lakien säätämistä. *Elizabeth Scott* on ilmaissut asian seuraavasti:

---

[247] Näin *McIsaac* (ed. Folberg 1991) s. 263, samoin *McKnight* (ed. Folberg 1991) s. 211 alav. 14.

[248] *McIsaac* (ed. Folberg 1991) s. 265–266, *Weitzman* (1985) s. 249, *Weyrauch – Katz – Olsen* (1994) s. 896.

[249] Näin *McIsaac* (ed. Folberg 1991) s. 268, samansuuntaisesti *Weitzman* (1985) s. 249.

[250] *Hugh Mc Isaac*in titteliksi on mainittu mm. Director of Family Court Services, Los Angeles County Superior Court, Past President of the Assosiation of Family and Conciliation Courts. Hän on selvitellyt perusteellisesti Kalifornian yhteishuoltolainsäädännön kehitystä artikkelissaan California Joint Custody Retrospective. *McIsaac* (ed. Folberg 1991) s. 262 alk.

[251] *McIsaac* (ed. Folberg 1991) s. 264–265, *Weyrauch – Katz – Olsen* (1994) s. 896: »In the 1980s California experimented with a joint custody statute that proved quite controversial. Under pressure from »father's rights» groups, the legislature enacted a presumption

> The best interest standard was unsatisfactory to some because it failed to accomplish the goal of making custody equally available to fathers. In the 1980s, fathers' custody rights became the focus of organized interest groups, which successfully lobbied state legislatures to enact statutes favoring joint custody.[252]

Olisi kuitenkin väärin pitää »father's rights» -liikettä yksin vastuussa yhteishuollon suosiosta. Kuten edellä todettiin yhteishuolto sai runsaasti kannattajia eri käyttäytymistieteilijöiden taholta, mutta näiden lisäksi yhteishuolto vastasi ilmeisesti yleisemminkin yhä yleistyvien avioerojen herättämiin kysymyksiin lasten kohtalosta ja vanhempien mahdollisuuksista osallistua lasten kasvattamiseen erosta huolimatta.[253]

> Joint custody is a recent attempt of the law to reduce the trauma of divorce for the child and to avoid further fragmentation of an already fragmentated family. It is also the law's attempt to adapt to the reality of social change which has resulted in new and diverse lifestyles and social values rejecting the nuclear family model as the only desirable model of the »American Dream».[254]

Yhteishuollon liittämistä osaksi modernin vanhemmuuden »amerikkalaista unelmaa» osoittaa myös lainsäädännön nopea yleistyminen. 1980-luvun aikana yhteishuoltoa koskeva lainsäädäntö omaksuttiin yli 40 osavaltioon. *Folberg*in mukaan juuri Kalifornian vuonna 1980 voimaan tullut säännöstö oli mallina useiden osavaltioiden lainsäädäntöhankkeissa.[255] Vaikka *father's*

---

in favor of joint custody *when the parents requested it* California Civil Code section 4600.5 (1980).» (Kurs. kuten edellä).

[252] *Scott* (California Law Review 1992) s. 624, ks. myös *Bruch* (IJLF 1988) s. 108. Best interest standard'illa tarkoitetaan yleisesti »pelkkää» lapsen etu yleislauseketta, jota edellä on nimitetty sukupuolineutraaliksi, psykologiseksi lapsen eduksi. *McKnight* on todennut, että joissakin osavaltioissa yhteishuolto kehittyi oikeuskäytännössä siis puhtaasti lapsen etu -periaatteen tulkintana, *McKnight* (ed. Folberg 1991) s. 210.

[253] Yhteishuollon suosio ilmeisesti yllätti tutkijatkin. *Judith Wallerstein* totesi vuonna 1986 julkaisemassaan artikkelissa seuraavasti: »There is, in fact, no body of scientific knowledge that supports either a presumption of joint custody or the imposition of joint physical custody over the objection of one parent. Nevertheless, joint custody has been introduced in legislation in a majority of the states within the recent decade and has been accorded presumptive status in several leading states. (Behavioral Sciences & the Law 1986) s. 106.

[254] *Elkin* (ed. Folberg 1991) s. 11.

[255] *Folberg* (ed. Folberg 1991) s. 5. Kysymys yhteishuollon sallittavuudesta vastoin vanhemman tai vanhempien tahtoa on ollut vilkkaan keskustelun kohteena. Kuitenkin vain vähemmistö osavaltioista (12) on antanut yhteishuollolle jonkinlaisen suosituimmuusaseman esimerkiksi velvoittaen perustelemaan kielteisen päätöksen. Noin puolet edellisistä

rights -liike varmasti vaikutti osaltaan yhteishuollon yleistymiseen, ei liene liioiteltua päätellä liikkeen ratsastaneen tällöin yleisen mielipiteenmuodostuksen aallonharjalla.

5.5. Feministinen kritiikki ja vuoden 1988 lainmuutos

Vaikka *father's rights* olikin selvästi miesliike, feministit eivät vielä 1980-luvun alussa asettuneet selkeästi vastustamaan liikkeen tavoitteita.[256] Samoihin aikoihin feministisessä teoriassa tapahtui kuitenkin käänne. Äitiys alettiin sen jälkeen nähdä naisten ainutlaatuisena kokemuksena, joka oli yhteydessä naisille ominaisiin hoivaamista korostaviin eettisiin arvoihin.[257] Yksi ensimmäisistä yhteishuollon arvostelijoista oli *Lenore Weitzman*.[258] Hänen mukaansa yhteishuoltoa koskeva lainsäädäntö edellytti molempien vanhempien yhtäläistä vastuuta lasten hoidosta ja sivuutti näin sen tosiasian, että naiset olivat edelleen ensisijaisesti vastuussa lapsista niin avioliiton aikana kuin sen jälkeenkin. Miehet eivät vieläkään osallistuneet lasten hoitoon yhtäläisesti naisten rinnalla, vaikka tähän oli erilaisin uudistuksin oli pyritty.[259] Muista

---

on rajoittanut yhteishuollon suosituimmuuden koskemaan niitä tilanteita, joissa vanhemmat ovat yksimielisiä. *Bartlett – Stack*in mukaan vain kolmessa osavaltiossa yhteishuollon paremmuus liitetään myös tilanteisiin, joissa vanhemmat eivät ole yksimielisiä tai kumpikaan heistä ei ole tehnyt yhteishuoltoa koskevaa vaatimusta. *Bartlett – Stack* (ed. Folberg 1991) s. 74, samansuuntaisesti *McKnight* (ed. Folberg 1991) s. 210–211.

[256] *McIsaac* (ed. Folberg 1991) s. 264, totesi feministien olleen tässä vaiheessa »oudon hiljaa».

[257] Käänne feminismissä on yhdistetty etenkin *Carol Gilligan*iin ja hänen teokseensa *In a Different Voice* (1982). Ks. *Scott* (California Law Review 1992) s. 627–628, *Hoff* (1991) s. 352 alk. sekä esim. *Alanen* (Vanhemmuuksia 1996) s.17–19, *Nätkin* (1997) s.15–17. Kuten edellä on esitetty, juuri muodollinen tasa-arvo oli 1960–70 -lukujen feinistien tärkein tavoite. Tämä mahdollisesti selittää osaltaan sitä, että feministit eivät esittäneet kriittisiä kannanottoja yhteishuollon varsinaisen läpimurron aikana. Myöhemminkin eräät feministit ovat puolustaneet yhteishuoltoa, koska näin voidaan rohkaista miehiä ottamaan enemmän vastuuta lastenhoidosta. Ks. *Bartlett – Stack* (ed. Folberg 1991) s. 63 alk.

[258] *Weitzman* (1985) s. 393–395. *McIsaac* on pitänyt juuri *Weitzman*ia ensimmäisenä yhteishuoltokriitikkona, mutta eri viittaukset antavat ymmärtää, että asianajajana toiminut *Nancy Polikoff* olisi ensimmäisenä väittänyt, että »tasa-arvoinen» lasten huoltoa koskeva oikeuspolitiikka kohtelee tosiasiassa naisia epäoikeudenmukaisesti. *McIsaac* (ed. Folberg 1991) s. 264, *Weitzman* (1985) s. 240 sekä loppuv. 141, s. 492, *Fineman* (Harvard Law Rev 1988) s. 770, alav. 169.

[259] *Weitzman*in yhteishuoltoa koskeva kritiikki sisältyi hänen vuonna 1985 ilmestyneeseen teokseensa *The Divorce Revolution – The Unexpected Social and Economic Con-*

yhteishuoltoa kritikoineesta feministioikeustieteilijöistä on mainittava erityisesti professori *Martha Fineman*.[260]

Feministit arvostelivat esimerkiksi sitä, että painostamalla naista yhteishuoltoon mies saattoi saavuttaa itselleen avioeroneuvotteluissa taloudellista etua. Yhteishuoltoa vastustava nainen taas saattoi menettää lasten huollon kokonaan *friendly parent* -periaatteen seurauksena.[261] Käytännössä yhteishuollon sanottiin merkitsevän sitä, että lapset asuivat äitinsä luona, mutta isä saattoi yhteishuoltoon liittyviä oikeuksiaan hyväksikäyttäen kontrolloida naisen yksityiselämää. Myöhemmin tärkeäksi argumentiksi yhteishuollon paremmuutta vastaan nousivat lapsen seksuaalisen hyväksikäytön tai pahoinpitelyn epäilyt. Yhteishuoltoa näistäkin syistä vastustavalla äidillä tai isällä olisi vaarana menettää lapsen huolto kokonaan *friedly parent* -periaatteen seurauksena.[262] Jos epäilyt kaikesta huolimatta osoittautuisivat aiheellisiksi, olisi lapsi jätetty yksin tämän epäilyjen kohteena olevan vanhemman huoltoon ja alttiiksi vaaralle ilman, että toisella vanhemmalla olisi realistisia mahdollisuuksia edes kontrolloida tilannetta.[263]

Feministit tarjosivat arvostelunsa ohessa myös myönteisen vaihtoehdon lapsen huollon määräämisen kriteeriksi. Tämä pääasiallista hoitajaa koskeva presumptio (*primary caretaker presumption*) merkitsi samalla yleensä yksinhuollon yhdenvertaista asemaa yhteishuollon kanssa lapsen huollon määräytymisessä. Feministit vastustivat yhteishuollon ensisijaisuutta ja varsinkin yhteishuoltoa vastoin toisen vanhemman tahtoa. Yhteishuolto hyväksyttiin yleensä vain, jos siitä oli vanhempien kesken sovittu ilman, että viranomainen, muu sovittelija tai toinen vanhempi olisi voinut vaikuttaa sopimuksen sisältöön.[264] Pääasiallista hoitajaa koskeva presumptio sai myöhemmin osak-

sequences for Women and Children in America. Siinä *Weitzman* arvosteli erityisesti Kalifornian vuoden 1969 avioerouudistusta siitä, että sukupuolten neutraaliin kohteluun perustuva tasa-arvotavoite oli tosiasiallisesti johtanut naisten ja lasten taloudellisen ja sosiaalisen aseman selvään heikkenemiseen.

[260] *Finemanista* lähemmin kohdassa 6.3. (Feministinen kritiikki erityisesti psykoteeellistä vallankäyttöä kohtaan).

[261] Ko. periaatteesta enemmän edellisessä kohdassa 5.4. (Kalifornian yhteishuoltolainsäädäntö ja isien oikeudet).

[262] Vaikeasti todistettavina tämäntyyppiset syytökset on toisen osapuolen taholta helppo kuitata ilkeämielisiksi syytöksiksi, jotka osoittavat erityisen huonoa yhteistyökykyä.

[263] Ks. feministisistä puheenvuoroista yleensä *Weitzman* (1985) s. 393–395, *Bartlett – Stack* (ed. Folberg 1991) s. 66–67, *McIsaac* (ed. Folberg 1991) s. 264, ks. myös *Fineman* (Harvard Law Rev 1988) s. 765 alk. *Weyrauch – Katz – Olsen* (1994) s. 896–897, ks. myös *McKnight* (ed. Folberg 1991) s. 213.

[264] Ks. esim. *Fineman* (Harvard Law Review 1988) s. 769, *Weitzman* (1985) s. 394, *Scott* (California Law Review 1992) s. 626–630, *Bruch* (IJLF 1988) s. 111–112.

seen myönteistä huomiota ja kannatusta Yhdysvaltojen ulkopuolellakin etenkin feministioikeustieteilijöiden piirissä.[265]

Kaliforniassa feministinen kritiikki ja vuoden 1980 uudistuksessa ilmenneet tulkintaepäselvyydet olivat suurelta osin syynä siihen, että huoltoa koskevaa lainsäädäntöä muutettiin.[266] Vuonna 1988 annetulla ja vuonna 1989 voimaan tulleella määräyksellä todettiin nimenomaisesti, että minkäänlaista etusijaa ei ollut sen paremmin yksin- kuin yhteishuollollakaan.

> (Sec. 4600)
> (d) This section establish neither a preference nor a presumption for or against joint legal custody, joint physical custody, or sole custody, but allows the court and the family the widest discretion to choose a parenting plan which is in the best interest of the child or children.[267]

Kalifornian kehitys heijastaa yleisemminkin lapsen huoltoon liittyvää keskusteluilmapiiriä. Alkuinnostus on vaihtunut varovaisempaan ja eri vaihtoehtoja tasavertaisemmin arvioivaan pohdintaan.

> Initial enthusiasm has been replaced by a more thoughtful, cautious interest over the last six years. Further reform is inevitable; further debate, imperative.[268]

Weyrauch, *Katz* ja *Olsen* käyvät tätä pohdintaa seuraavasti.

> The ideal of joint custody of children after divorce appears to have a utopian quality. It pretends, for purposes of child custody, that the marriage continues... In some cases, especially when remarriages do not occur, joint custody may be psychologically sound for children. But what may be psychologically desirable for children in certain cases should not be confused with all cases; what in fact takes place in child custody proceedings and what actually happens thereafter may be far from ideal.[269]

---

[265] Ks. *Smart – Sevenhuijsen* (ed.) Child Custody and the Politics of Gender (1989).

[266] Edellä on viitattu vuoden 1983 uudistukseen, jolla lakiin otettiin oikeudellista ja tosiasiallista yksin- ja yhteishuoltoa koskevat määritelmät. Ks. edellä kohta 5.2. (Yhteishuollon käsite).

[267] *McIsaac* (ed. Folberg 1991) s. 266, *McKnight* (ed. Folberg 1991) s. 211 alav. 14. *McIsaac*in mukaan tämäkin määräys oli kompromissi. Alkuperäinen lakialoite sisälsi mm. pääasiallista hoitajaa koskevan presumption, mts. 266, alav. 13.

[268] *Maureen McKnight* (ed. Folberg 1991) yhteishuoltoa koskevan lainsäädännön kehityksestä. Hän viittaa aiemmin nimenomaisesti Kalifornian kehitykseen, s. 217. Ks. myös *Mason* (1994) s. 130–132.

[269] *Weyrauch – Katz – Olsen* (1994) s. 897, tämäntyyppinen puolesta – vastaan argumentointi heijastuu myös *Scott*in artikkelissaan referoimasta keskustelusta, vaikka hän

Edellä kuvattua kehitystä tukevat myös uusimmat käyttäytymistieteelliset, lähinnä psykologiset ja psykiatriset tutkimukset, joihin palataan vielä tuonnempana. Sitä ennen on syytä tarkastella lähemmin jo 1980-luvun alussa syntynyttä vaihtoehtoista lähestymistapaa, pääasiallista hoitajaa koskevaa presumptiota. Vaikka feministit ovat laajalti kannattaneet presumptiota, se ei alun perin syntynyt feministien aloitteesta, vaan oikeuskäytännössä. Sillä on virallinen ja vakiintunut asema ainakin kahden osavaltion perheoikeudessa.

6. Presumptio pääasiallisen hoitajan etusijasta

6.1. Presumption sisältö

Presumptiota lasta pääasiallisesti hoitaneen vanhemman etusijasta sovellettiin tiettävästi ensimmäisen kerran tapauksessa *Garska v. McCoy*, jonka Länsi-Virginian osavaltion korkein oikeus (*Supreme Court of Appeals*) ratkaisi vuonna 1981.[270] Tapauksessa avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen huolto määrättiin isälle. Oikeus katsoi samassa yhteydessä avoimen lapsen etu -lausekkeen soveltuvan huonosti oikeudelliseen käytäntöön. Se omaksui siksi hyvänä tulkintasääntönä pitämänsä äidin etusijaa koskevan opin sukupuolineutraalissa muodossa pääasiallista hoitajaa koskevana presumptiona. Avoin lapsen etu -lauseke oli omaksuttu Länsi-Virginian lapsen huoltoa koskevaan lainsäädäntöön vuonna 1980. Tuomioistuin tavallaan korjasi lainsäätäjän aiheuttaman tarpeettoman hankaluuden palauttamalla tulkintadoktriinin helpottamaan lapsen huoltoa koskevan asian näyttöä ja ratkaisemista.[271] Yhteistä näillä kahdella tulkintasäännöllä, äidin etusijalla ja pääasiallisen hoitajan etusijalla, on myös se, että molemmat koskevat sellaisenaan vain nuorempia lap-

---

itse argumentoikin oman mallinsa puolesta, jota hän kutsuu nimellä »*approximation approach*». Toisaalta *Scott*in oma malli, joka perustuu perheen jatkuviin rooleihin lastenhoidossa, on itsessään pluralistinen, useiden tasavertaisten vaihtoehtojen malli ja sellaisenaan hyvä esimerkki tämän hetken keskustelusta. *Scott* (California Law Review 1992) s. 615 alk.

[270] *Garska v Mc Coy*, 278 SE 2d 357 (WVaSCt of Appelas), sit. *Ziff* (IJLF 1990) s. 186 loppuv. 1 s. 209.

[271] *Ziff* (IJLF 1990) s. 187. *Ziff* katsoo, että oikeustila palautettiin tässä yhteydessä tavallaan vuonna 1978 annettuun ennakkopäätökseen, joka taas perustui *tender years* -doktriinin soveltamiseen.

sia.[272] Varttuneemman lapsen osalta tosiasiallinen huolto ratkaistaan ensisijaisesti lapsen oman mielipiteen perusteella.

Samankaltainen pääasiallista hoitajaa koskeva presumptio omaksuttiin myöhemmin *Minnesotan* osavaltioon tapauksessa *Pikula v Pikula*. Toisin kuin Länsi-Virginiassa Minnesotassa presumptiota voitiin käyttää myös yhteishuoltoa koskevan asian yhteydessä sen kysymyksen ratkaisemiseksi, kummalle vanhemmista tulisi uskoa lapsen tosiasiallinen huolto ja hoito.[273]

Garska v McCoy -ratkaisussa *primary caretaker* presumptio muotoutui seuraavaksi.[274]

> (i) Lapsen pääasiallinen hoitaja (*primary caretaker*) on määrättävä lapsen huoltajaksi, jos hän täyttää sopivalle vanhemmalle asetettavat objektiiviset vähimmäisvaatimukset.[275]
>
> (ii) Lapsen pääasiallinen hoitaja on se biologinen tai adoptiovanhempi, joka on ollut pääasiassa vastuussa lapsen hoidosta siihen asti, kun prosessiin johtanut perheriita alkoi.
>
> (iii) Presumptiota ei sovelleta, jos pääasiallinen hoitaja ei pysty tukemaan lapsen tunne-elämää, pitämään yllä peruspuhtautta tai tarjoamaan ravitsevaa ruokaa.[276]
>
> (iv) Presumptiota ei myöskään sovelleta niissä tapauksissa, joissa vanhemmat ovat jakaneet keskenään tasapuolisesti kaikki lapsen hoitoon liittyvät tehtävät. Näissä tapauksissa tuomioistuimen on tutkittava edelleen vanhempien sopivuutta huoltajiksi.
>
> (v) Vaikka kaikkia pääasiallisen hoitajan määräytymiseen vaikuttavia tekijöitä on vaikea luetella, tuomioistuimen on otettava lähtökohdakseen seuraavat vanhempien ilmeiset velvollisuudet, joiden osalta tuomioistuimen on selvitettävä, kumpi vanhemmista on ollut niistä ensisijaisesti vastuussa:
>
> 1. aterioiden valmistaminen ja suunnittelu
> 2. kylpeminen, siistiytyminen ja pukeutuminen

---

[272] Erityisesti yhteys tulee esiin siinä muodossa, jota varsinkin *Chambers* on puoltanut. Ks. lähemmin tuonnempana kohta 6.2. (Presumptiota tukeva muu kuin feministinen kritiikki).

[273] *Ziff* (IJLF 1990) s. 188–189 sekä loppuv. 3 s. 209. Suomessa asumista koskevalla määräyksellä tarkoitetaan yleensä hyvin samantapaista asiaa kuin tässä tosiasiallisella huollolla (*physical custody*).

[274] Seuraava ote on käännetty hieman lyhentäen *Ziffin* artikkelista. *Ziff* puolestaan antaa ymmärtää, että kyseessä on suora lainaus alkuperäisestä tuomiosta *Garska v McCoy* ja myös että periaatteet omaksuttiin samassa muodossa Minnesotan *Pikula v Pikula* -ratkaisuun. Ks. *Ziff* (IJLF 1990) s. 187–188. Tiivistetympiä kuvauksia pääasiallista hoitajaa koskevan presumption sisällöstä ovat antaneet mm. *Cochran* (ed. Folberg 1991) s. 223–224 ja *Boyd* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989) s. 149–150.

[275] »...(T)he minimum objective standard for being a fit parent».

[276] »...(F)ails to provide: emotional support, routine cleanliness or nourishing food».

3. vaatteiden hankkiminen, puhdistus ja huolto
4. terveydenhuolto mukaanlukien sairaanhoito ja lääkärillä käynnit
5. sosiaalisen vuorovaikutuksen järjestäminen tovereiden kesken koulun jälkeen, kuten kuljetukset tovereiden kotiin, partiokokoontumisiin jne.
6. vaihtoehtoisen hoidon kuten päivähoidon tai lapsenvahtien järjestäminen
7. lapsen nukkumaanpaneminen, lapsen yöllinen tarkkailu ja hoito sekä herättäminen
8. kasvattaminen, rajojen asettaminen, hyvien tapojen opettaminen ja siisteyskasvatus
9. uskonnollinen, kulttuurinen ja yhteiskunnallinen kasvatus ja opetus
10. perustaitojen kuten lukemisen, kirjoittamisen ja laskennon opettaminen

(vi) Pääasiallista hoitajaa koskevaa presumptiota sovelletaan pelkästään, kun ratkaistavana on pienen (*in tender years*) lapsen huoltoa koskeva asia. Kun lapsi on kyllin vanha muodostamaan oman mielipiteen huoltajastaan, tuomioistuimella on oikeus saada tietoonsa tällainen mielipide ja myös oikeus antaa sille sellainen merkitys, kuin se harkitsee sopivaksi. Jos lapsi, joka tuomioistuimen mielestä on kyllin vanha muodostamaan käsityksensä mutta kuitenkin alle 14 vuoden ikäinen, on esittänyt perustellun mielipiteensä, jonka mukaan hän haluaisi asua toisen vanhempansa kuin pääasiallisen huoltajavanhemman luona, niin tuomioistuin saa määrätä lapsen ensiksimainitun vanhemman huoltoon.

Pääasiallista hoitajaa koskeva presumptio muodostaa siis monessa suhteessa avoimen lapsen etu -lausekkeen vastakohdan. Pääasiallista hoitajaa koskeva oletus perustuu konkreettisiin lapsenhoitotoimiin. Jotta näillä toimilla olisi merkitystä, niiden on tullut tapahtua ennen välien rikkoutumista. Kun lapsen etua koskevan avoimen lausekkeen ja niin kutsutun lapsen etu testin (*best interest test*) perusteella näyttö liittyy lähinnä lapsen ja vanhempien tunnesiteisiin ja siihen, kumpi vanhemmista pystyisi paremmin tulevaisuudessa tyydyttämään lapsen emotionaaliset tarpeet, pääasiallinen hoitaja päätellään jo tapahtuneen toiminnan perusteella.[277] Kuten edellä ilmeni presumptio voidaan kumota, jos osoitetaan, että pääasiallisen hoitajan antamassa hoi-

[277] Ks. esim. UMDA yhtenäislain lapsen etu -määrittelystä, »*best interest test*» -lausekkeesta edellä kohta 3.1.3. (Ellsworthin ja Levyn kritiikki). California Family Code sisältää seuraavan »*best interest test*» -luonteisen määritelmän (Family Code, vuonna 1994):
§ 3011 Best interest of child; considerations

In making a determination of the best interest of the child in a proceeding described in Section 3021, the court shall, among any other factors it finds relevant, consider all of the following:

dossa on ollut vakavia puutteita (edellä kohta iii), tai vaihtoehtoisesti, jos osoitetaan, että molemmat vanhemmat ovat olleet ikään kuin tasaveroisesti pääasiallisia hoitajia (kohta iv). Jos presumptio kumotaan, tulkintaa koskeva oppi lakkaa vaikuttamasta. Huoltoa koskeva asia ratkaistaneen silloin suoraan avoimen lapsen etu -lausekkeen perusteella.

Keskustelu pääasiallisen hoitajan presumptioon perustuvasta etusijasta on ollut varsin vilkasta.[278] Presumptiota puoltavat argumentit voidaan jakaa karkeasti kahteen ryhmään. Pääasiallista hoitajaa on ensinnäkin pidetty eri tutkimustuloksista johdettuna yksinkertaistettuna näyttösääntönä siitä, kumpaa vanhempaa olisi pidettävä psykologisena vanhempana.[279] Näin arvioiden presumption merkitys on yksinkertaistaen prosessiekonominen.

Toisen ryhmän muodostavat puolestaan ne feministiset oikeustieteilijät, joille pääasiallista hoitajaa koskeva presumptio on merkinnyt naisten kannalta parempaa vaihtoehtoa psykologisesti arvioitavalle lapsen edulle ja yhteishuollon etusijalle.[280]

6.2. Presumptiota tukeva muu kuin feministinen kritiikki

Pääasiallisen hoitajaan liittyvällä presumptiolla näyttäisi olevan läheinen yhteys edellä selostettuihin *Mnookin*in artikkeleihin. *Garska v McCoy* -ratkaisussa presumption omaksumisen yhtenä syynä viitattiin *Mnookin*in ja *Kornhauser*in vuonna 1979 esittämään kritiikkiin. Sen mukaan avoin lapsen etu johti siihen, että naiset olivat miehiä huonommassa asemassa avioeron seu-

---

a) The health, safety and welfare of the child.

b) Any history of abuse by one parent against the child or against the other parent. ... (näyttöä käsitteleviä määräyksiä).

c) The nature and amount of contact with both parents.

[278] Varsin tyhjentävän kuvan keskustelusta antaa kanadalaisen apulaisprofessori *Bruce Ziff*in kriittinen artikkeli vuodelta 1990 (IJLF 1990) s. 186 alk. Jäljempänä ei ole mahdollista aiheen käsittelyn osalta yhtä tarkkaan esitykseen. Tältä osin viitataan siis em. artikkeliin, vaikka lopputulemissa *Ziff* edustaakin eräissä suhteissa eri näkemystä kuin tämän kirjoittaja.

[279] Ks. edellä kohta 3.1. (Psykotieteiden murtautuminen – psykologinen vanhemmuus), etenkin kohta 3.1.4. (Goldstein – Freud – Solnit: Beyond the Best Interest of the Child).

[280] *Ziff*in mukaan edellinen peruste ilmeni erityisesti ratkaisussa *Pikula v Pikula* tarkemmin muodossa, jossa presumption oletettiin osoittavan lapsen »psykologisen vanhemman». Jälkimmäinen argumentaatio oli puolestaan vallitsevana *Garska v McCoy* -ratkaisussa. Lisäämällä lapsen huoltoa koskevan ratkaisun ennustettavuutta haluttiin parantaa erityisesti naisten asemaa avioerotilanteissa. Ks. *Ziff* (IJLF 1990) s. 193–195, 197–198.

rauksia koskevissa sopimusneuvotteluissa.[281] *Chambers* ja *Elster*, jotka ovat puolustaneet presumptiota muista kuin feministisistä syistä, ovat puolestaan omissa lähtökohdissaan lähellä *Mnookin*in vuonna 1975 esittämää kriittistä arviota.[282]

David Chambers aloitti vuodelta 1984 peräisin olevan artikkelinsa toteamuksella, jonka mukaan avoin lapsen etu on liian epämääräinen ratkaisunormiksi, mutta hän jatkoi saman tien, että epäkohdat voitiin ratkaista pääasiallista hoitajaa koskevan presumption avulla.[283]

> This article argues that the trend away from maternal presumption is sensible, but that the current best-interest standard is both too broad and too narrow to be acceptable. It is too broad because the current standard provides too little guidance to courts, given the resources actually available to them, to enable them to reach sensible decisions about how a child's interest actually be best served... On the other hand it is to narrow, because, in some circumstances, the child's interests are not the only ones worthy of recognition in a custody dispute. I thus recommend that legislatures create a formal preference for primary caretakers, to advance both the interests of young children caught in this disputes and, secondarily, the legitimate interests of primary caretakers.[284]

Chambers puolusti siis paitsi lapsen intressien myös vanhempien intressien huomioon ottamista. Hän perustelee vanhempien intressien oikeutusta sillä, että lainsäädäntökin ottaa huomioon vanhempien intressit antaessaan biologisille vanhemmille etusijan lapsensa huoltotehtävään.[285] Vanhemman intressi voidaan hänen mukaansa alistaa lapsen intressille niin, että nämä kaksi eivät joudu ratkaisutilanteessa ristiriitaan. Esimerkkinä sellaisesta vanhemman intressistä, joka voidaan ottaa huomioon, *Chambers* mainitsee pääasiallisen hoitajan henkiset kärsimykset, jos tämä erotetaan päivittäisestä vuorovaikutuksesta lapsensa kanssa.[286]

---

[281] Näin *Ziff* (IJFL 1990) s. 197–198, samoin *Scott* (California Law Review 1992) s. 623 alav. 24. Ks. artikkelista edellä kohta 4.2. (Bargaining in the Shadow of the Law). Ks. myös alav. edellisen kohdan lopussa.

[282] Ks. edellä kohta 3.3. (Mnookinin lapsen etu -kritiikki).

[283] *Chambers* (Michigan Law Review 1984) s. 477–569.

[284] *Chambers* (Michigan Law Review 1984) s. 478–479.

[285] *Chambers* (Michigan Law Review 1984) s. 499.

[286] *Chambers* (Michigan Law Review 1984) s. 499–501, 541–549. Myös *Jon Elster* arvioi *primary caretaker* -presumption käyttökelpoisuutta vanhempien kannalta oikeudenmukaisuusnäkökulmasta. »I shall argue that following the principle of the child's best interest in fact may be unjust toward the parents. Parental rights and needs could in prin-

Suurimman osan artikkelistaan *Chambers* omistaa kuitenkin lapsen intressin, edun, arvioimiselle. Hän käy systemaattisesti läpi erilaisia huoltoriidasta esitettyjä näkökohtia. Erityisen painon hän asettaa käyttäytymistieteelliselle tutkimukselle. Niinpä artikkeli on tältä osin tavallaan jatkoa *Ellsworthin* ja *Levyn* vuodelta 1969 peräisin olleelle, edellä referoidulle artikkelille.[287] *Chambers* päätyy suosittamaan pääasiallista hoitajaa koskevaa presumptiota alle kouluikäisten lasten huoltoratkaisuissa ja yhteishuoltoa, silloin kun se perustuu vanhempien vapaaehtoisuuteen.[288] Pääasiallista hoitajaa koskevan presumption *Chambers* perustaa lähinnä lapsen ja häntä hoitaneen vanhemman väliseen tunnesiteeseen, jonka merkitystä hän arvioi useimpien tutkimustulosten puoltavan ja jota hän itse myös painottaa.[289]

> Three arguments can be advanced for preferring placement with parents who have been the primary caretaker: they know more about the particular child; they have demonstrated a dedication to meeting the child's needs; and they have built an emotional bond with the child that may be more important for the child to sustain on a daily basis than whatever bond the child has with the other parent. Of the three arguments the last is the one most commonly advanced in favor of the primary caretaker.[290]

---

ciple also be relevant in child custody disputes. ... Children do need special protection. But their interests do not trump those of all other parties.» *Elster* (The University of Chicago Law Review 1987) s. 5. *Elster* pitää pääasiallista hoitajaa koskevaa presumptiota parhaana olemassa olevista ratkaisukriteereistä, koska se kompensoi naisten menetyksiä no-fault -avioerouudistusten yhteydessä. Pitkällä tähtäimellä presumptio kuitenkin pitäisi yllä vallitsevaa roolijakoa, mikä olisi sen haittapuoli, s. 44–45. *Elster* on vaikuttanut norjalaisen *Kirsten Sandberg*in lapsen etu -tulkintoihin. Ks. *Sandberg* (1990).

[287] *Chambers* viittaa suoraan *Ellsworth*in ja *Levy*n artikkeliin (Michigan Law Review 1984). s. 504 alk. ks. lähemmin edellä kohta 3.1.3. (Ellsworthin ja Levyn kritiikki).

[288] *Chambers* (Michigan Law Review 1984) s. 503–541 (sole custody), 549–557 (joint custody). *Chambers* vastustaa yhteishuollon määräämistä vastoin asianomaisten tahtoa, ennen muuta sen vuoksi, että se mahdollistaisi yhteishuoltovaatimuksen käyttämisen painostuskeinona avioeroon liittyvissä varallisuus- ja elatuskysymyksissä s. 567.

[289] *Chambers* (Michigan Law Review 1984) s. 527–538. *Fineman* arvosteli myöhemmin *Chambers*ia siitä, että tämä oli antanut keskeisen merkityksen *Bowlby*n ja *Freud*in tunnesidettä koskeville teorioille, jotka eivät perustuneet avioerolapsia koskeviin tutkimuksiin, ja toisaalta jättänyt huomiotta keskeiset avioerolapsitutkimukset, jotka korostivat lapsen ja molempien vanhempien välisiä tunnesiteitä. *Fineman* (Wisconsin Law Review 1987) s. 167–169.

[290] *Chambers* (Michigan Law Review 1984) s. 527.

6.3. Feministinen kritiikki erityisesti psykotieteellistä vallankäyttöä kohtaan

Feministinen yhteishuoltoon liittyvä kritiikki keskittyi lähinnä kolmeen seikkaan, nimittäin psykotieteiden asemaan, sovitteluun sekä kolmanneksi yhteishuollon ensisijaisuuteen.[291] Nämä eri osatekijät liittyivät kiinteästi toisiinsa.

Kuten edellä on tullut ilmi, psykotieteilijöiden tutkimustulokset vaikuttivat merkittävästi lapsen edun tulkintoihin 1970-luvulta alkaen. Feministisen tulkinnan mukaan näennäisen objektiivinen asiantuntijatieto oli syrjäyttänyt naisen hoivatyön merkityksen ratkaisun kriteerinä. Sellaiset tekijät lapsen huoltoa koskevassa päätöksenteossa kuin psykotieteellisten tutkimuksien varassa tehdyt epämääräiset ennusteet ja »psykologinen vanhemmuus» toimivatkin itse asiassa isien hyväksi äitejä vastaan.[292] Oikeusriidan huono ennustettavuus heijastui oikeudenkäynnin lisäksi myös avioeron varalta käytäviin sopimusneuvotteluihin. Niidenkin yhteydessä huono ennustettavuus heikensi juuri naisten asemia edellä esitetyn tavoin.[293]

---

[291] Näiden lisäksi voidaan mainita vielä *Martha Fineman*in lapsen itsenäiseen edustajaan kohdistama ideologinen kritiikki, mistä on maininta edellä kohdassa 4.3. (Lapsen asiamies).

[292] Kahdesta Wisconsin Law Review -aikakauskirjassa julkaistusta puheenvuorosta ilmenee, että *Martha Fineman* ja *Anne Opie* olivat aiemmassa keskusteluartikkelissaan arvostelleet erityisesti edellä siteerattua *Chambers*in artikkelia. He edustivat näkemystä, jonka mukaan pelkkä psykotieteiden asiantuntemuksen kritiikitön hyväksikäyttö merkitsee isien etujen ajamista vastoin äitien etuja: »...(S)ocial science is being used in the debate over custody rules without being subjected to any critical examination and without being put in the context of the forces producing and urging changes in the area». (Näin siis siitä huolimatta, että *Chambers* tuli feministien kannalta »oikeaan» tulokseen. Huom. K.K-S.) *Chambers*in puolustautui sillä, että oli pyrkinyt ainoastaan objektiivisesti arvioimaan tärkeänä pitämiään tutkimustuloksia eikä ajamaan isien asiaa. *Fineman*in vastauksen mukaan em. objektiivisuus oli näennäistä. Pelkkä nojautuminen mainittuihin tutkimuksiin osoitti *Chambers*in valinneen lapsen huoltoa koskevassa keskustelussa »isärintaman». Ks. *Chambers*: »The Abuses of Social Science: A Response to Fineman and Opie» (Wisconsin Law Review 1987) s. 159–163 sekä *Fineman*: »A Reply to David Chambers» (Wisconsin Law Review 1987) s. 165–169.

[293] *Weitzman* (1985) s. 393–394, *Scott* (California Law Review 1992) s. 643–656, *Fineman* katsoo sen sijaan, että kysymys ei ole keskeinen, koska neuvotteluasemat muotoutuvat hänen mukaansa hyvin yksilöllisesti. Myös taitava sovittelija voi ehkäistä em. haittoja. Kysymys ennemminkin ohjaa hänen mukaansa keskustelua pois keskeisistä ongelmista, (Harvard Law Review 1988) s. 729. Ks. keskustelun alkuunpanijoista edellä kohta 4.2. (Bargaining in the Shadow of the Law) sekä jatkosta kohdissa 5.5. (Feministinen kritiikki ja vuoden 1988 lainmuutos) ja 6.2. (Presumptiota tukeva muu kuin feministinen kritiikki).

Psykologiset ja psykiatriset tutkimustulokset vaikuttivat myös sovittelun yleistymiseen. Sovittelu merkitsikin itse asiassa terapeuttisten sovellusten omaksumista oikeudelliseen päätöksentekoon.[294]

Yhteishuollon suosituimmuusaseman voidaan sanoa olevan eräänlainen yhteistulos edellä mainituista. Yhteishuoltoa pidettiin tutkijoiden suosittelemana ratkaisuna. Se edellytti onnistuakseen, että vanhemmat kävivät oman avioerokriisinsä läpi asiantuntijoiden osoittamalla tavalla: muuttaen ristiriitaisen parisuhteensa sovinnolliseksi vanhemmuussuhteeksi. Jos tämä sovittelijoiden johdolla käytävä »muuttumisleikki» epäonnistuisi, jäisivät haitat yleensä lasta tosiasiallisesti hoitavan vanhemman eli naisen kannettaviksi.[295]

Martha Finemanin osoitti artikkelissaan *Dominant Discourse, Professional Language, and Legal Change in Child Custody Decisionmaking*, miten psykotieteellinen lähestymistapa oli omaksuttu erityisesti sovittelijoiden kielenkäyttöön ja näin hyväksytty oikeaksi lähestymistavaksi avioeroa ja lasten huoltoa koskevissa kysymyksissä.[296] *Fineman* kuvaa lapsen huoltoa koskevassa päätöksenteossa tapahtunutta kehitystä samalla eräänlaisena sovittelijoiden vallankaappauksena. Kirjoittaja puhuu yleensä sosiaalityöntekijöistä, mutta hän arvostelee erityisesti heidän asemansa muuttumista tuomioistuinta palvelevista selvittäjistä ja eroavien puolisoiden neuvojista tosiasiallisen päätöksentekomenettelyn kapellimestareiksi erityisesti pakollisen sovitteluinstituution yhteydessä.

> Under traditional rules, the helping professions were confined to a supplemental role in the family court system: agency social worker functioned as counselors or custody investigators. With the current changes in traditional custody decisionmaking ideology, however, social workers are moving from a supplemental role to the role of substitute decisionmaker, displacing guardians ad litem and, ultimately, replacing judges as the final arbiters of child custody.[297]

Fineman herättääkin kysymyksen oikeusturvan toteutumisesta sovittelumenettelyssä.[298] Osoittamalla kielikuvin sovittelun retoriikkaan kätkeytyvät

---

[294] Yleensähän asia ilmaistaan toisin: sovittelun korostaminen merkitsi lapsen huoltoa koskevan riidan muiden kuin oikeudellisten näkökohtien ottamista huomion kohteeksi. Sovittelun kritiikistä lähemmin myöhemmin tässä kohdassa.

[295] *Weitzman* (1985) s. 393–395, *Fineman* (Harvard Law Review 1988) s. 765–770. Muuttumisleikki -sana on lainattu naistenlehdistä. Muuttumisleikissä etsitään uuden kampauksen, ehostuksen ja vaatteiden avulla henkilölle uusi trendikkäämpi identiteetti.

[296] *Fineman* (Harvard Law Review 1988) s. 727–774.

[297] *Fineman* (Harvard Law Review 1988) s. 740–741.

[298] *Fineman* (Harvard Law Review 1988) s. 768–770.

ennakkoasenteet *Fineman* onnistuu kuvaamaan uskottavasti yksinhuoltoa haluavien naisten aseman hankaluuden yhteishuoltoa tavoittelevien miesten asemaan verrattuna.

Finemanin otsikoi sovittelijoiden avioeroprosessista käyttämät kielikuvat sanoilla *horror story* ja *fairy tale*. Hän kuvaa niiden avulla syntynyttä vastakkainasettelua ironiseen tapaan seuraavasti.

> *Horror story* viittaa *Finemanin* mukaan sovitteluretoriikassa oikeusprosessiin, josta siis annetaan mahdollisimman negatiivinen kuva. Oikeuskäsittelyssä huomion kohteena ovat osapuolten oikeudet ja vaatimukset, jotka itse avioerokriisin kannalta ovat sovittelijoiden mukaan toisarvoisia. Oikeusprosessin kannalta leimaa-antavia ovat näin ollen vastakkainasettelu, riitely, väärinymmärrykset ja vihamielisyys. Se on omiaan tuottamaan traumoja ja konflikteja, ehkäisemään kommunikointia, estämään sovintoa ja neuvottelua sekä ylipäänsä sellaista kehitystä, joka voisi oikealla tavalla auttaa osapuolia. Oikeusprosessi ei vastaa lainkaan osapuolten keskeisiin tunteisiin. Se tuottaa välttämättä »voittajia» ja »häviäjiä», katkeruutta ja kärsimystä. Erityisiä kärsijöitä ovat lapset, jotka menettävät prosessin johdosta toisen vanhemmistaan, koska heidät määrätään yksin toisen vanhemman huoltoon. Tämän kaiken lisäksi »kauhukertomuksen» toteutuminen nielee suunnattomasti varoja. Sen loppu on siis väistämättä onneton.[299]
>
> *Fairy tale* viittaa taas edellisen retoriseen vastakohtaan. Avioero ymmärretään suhteen uudelleensyntymäksi, jossa sovittelijat toimivat kätilöinä. Työskentelyn välineenä on keskustelu. Toisin kuin oikeusprosessissa ei sovitteluprosessin kestoa haluta rajoittaa. Myöskään julkisen vallan puuttumista avioerotilanteeseen ei rajoiteta. Sovittelu välttää ja vähentää konflikteja. Sovittelijoilla on terapeuttisia taitoja, joiden avulla osapuolet hyväksyvät avioeron ja omaksuvat myönteisen lähestymistavan kriisiin. Sovittelulle on ominaista yhteistyö, välittäminen ja hyväksyminen. Se on oikeusprosessia halvempi ja tuottaa muutenkin kohtuullisemman tuloksen, joka on parhaassa tapauksessa vanhempien yhteishuoltoa koskeva sopimus. »Satu» päättyy luonnollisesti siihen, että kaikki elävät onnellisina elämänsä loppuun asti.[300]

Sovittelulla on todettu olevan yhteys yhteishuoltoa koskeviin ratkaisuihin myös käytännössä. *Pearson* ja *Thoennes* osoittivat tutkimuksessaan, että niistä puolisoista, jotka pääsivät sovittelun ansiosta sopimukseen lapsen huollosta, 70 prosenttia sopi yhteisestä oikeudellisesta huollosta ja noin 20 prosenttia äidin yksinhuollosta. Niistä vanhemmista, jotka eivät olleet osal-

[299] *Fineman* (Harvard Law Review 1988) s. 754–755.
[300] *Fineman* (Harvard Law Review 1988) s.756–758.

listuneet sovitteluun vain vähemmän kuin 15 prosenttia päätyi sopimuksessaan yhteishuoltoon.[301]

> *Pearson*in ja *Thoennes*in myöhemmin julkaiseman tutkimuksen mukaan oikeudellinen yhteishuolto oli muita huoltoratkaisuja useammin kompromissin tulos ja vanhemmat olivat siihen keskimäärin tyytymättömämpiä kuin muihin huoltomuotoihin.[302] Samalla tutkijat huomasivat, että noin viidesosa niistä äideistä, joilla oli oikeudellinen yhteishuolto, mutta jotka olivat pääasiallisesti vastuussa tosiasiallisesta huollosta, koki joutuneensa painostuksen kohteeksi omaisuuden jakoa ja elatusapua koskevissa neuvotteluissa.[303]

Myös Kalifornian pakollisen sovittelun on todettu vaikuttaneen osaltaan yhteishuollon yleistymiseen.[304]

*Fineman*in kuvaaman kaltainen sovittelu voi olla ongelmallinen sellaisen vanhemman kannalta, joka ei voi hyväksyä siihen olennaisena osana kuuluvia oletuksia avioeron luonteesta ja lapsen huollon ihanteellisesta ratkaisusta. Näitä oletuksia ei sovittelun kuluessa ole mahdollista kyseenalaistaa. Muuntumiseen ja yhteishuoltoon epäilevästi suhtautuvan vanhemman – *Fineman*in kirjoituksessa äidin – katsotaan suhtautuvan avioeroon tunnetasolla epäkypsästi. Epäilylle on siis teoreettisissa oletuksissa oma lokero, joka määrittelee niiden vastustamisen epäkypsäksi reaktioksi.

> (T)he cries of protest over the imposition of a joint custody or shared parenting solution from mothers who will be assuming primary care

---

[301] Aineisto perustui vuonna 1979 *Denver*istä *Colorado*sta kerättyyn aineistoon. *Pearson – Thoennes* (The Resolution... 1984) s. 255. Samojen tutkijoiden myöhemmistä tuloksista lähemmin jäljempänä kohta 7.2. (Voiko yhteishuollosta olla haittaa?). Ks. myös *Phear et al.* (The Journal of Psychiatry & Law 1983) s. 439, missä todettiin, että 109 yhteishuoltoa koskevasta määräyksestä vain 17:ssä oli alun perinkin haettu (oikeudellista) yhteishuoltoa, muut perustuivat neuvottelujen tuloksena syntyneisiin kompromissiratkaisuihin. Tutkimus perustui 500 avioerotapauksen analyysiin vuosilta 1978–1980, ks. s. 419 alk.

[302] Tutkijoiden mainitsemassa tutkimusryhmässä vähintään 40 % vanhemmista molempia yhteishuoltoja edustavista ryhmistä asetti alun perin yksinhuollon ensisijaiseksi vaihtoehdoksi. *Pearson – Thoennes* (Amer.J.Orthopsychiat. 1990) s. 240. Tyytyväisiä valitsemaansa huollon muotoon oli 30 % oikeudellista ja vastaavasti 42 % tosiasiallista yhteishuoltoa toteuttavista äideistä, s. 241.

[303] *Pearson – Thoennes* (Amer.J.Orthopsychiat. 1990) s. 240.

[304] »Mandatory mediation has dramatically increased the number of joint custody awards in the state, both directly and through the influence that the pattern of mediated awards has on informal settlements. Many of these mediated joint custody agreements appear to be the product of strong pressures to compromise rather than the expressions of shared parental conviction envisioned by the Civil Code.» *Bruch* (IJLF 1988) s. 121.

> for their children (but sharing control) are attributed to the fact that these mothers have not accomplished an »emotional divorce». As soon as they are able to get over »their issues» they will be able to begin »rational problem solving» and will cooperate agreeably.[305]

*Fineman*in vastaehdotus sovittelulle ja yhteishuollolle oli juuri edellä esitelty pääasiallista hoitajaa koskeva presumptio. Presumption soveltaminen merkitsisi hänen mukaansa rationaalisen oikeudellisen ratkaisukriteerin soveltamista. Sen avulla voitaisiin korvata sellainen psykotieteellisyyden varjolla tapahtuva kontrolloimaton vallankäyttö, jollaista edellä esitelty sovittelu *Fineman*in mukaan edustaa. Koska pääasiallista hoitajaa koskeva näyttö on yksinkertaista ja helposti arvioitavissa, presumption soveltaminen palauttaisi oikeudellisen päätöksentekovallan riippumattomille tuomioistuimille.[306]

Pääasiallista hoitajaa koskevaan keskusteluun liittyy myös kritiikkiä. Tärkein argumentti liittyy siihen, että presumption soveltaminen vahvistaa perinteisiä sukupuolirooleja lastenhoidossa. Naisten ei sen mukaan kannata jakaa lasten hoitoa miesten kanssa, jos he haluavat varmistaa itselleen lasten huoltajuuden mahdollisen oikeusriidan varalta.[307]

7. Oikeudelliset huoltoratkaisut ja uudemmat tutkimustulokset

7.1. Uudempien tutkimusten luonnehdintaa

Edellä lainsäädännön kehityksen yhteydessä kuvattu yhteishuollon suosituimmuusaseman heikkeneminen sai vahvistusta myös käyttäytymistieteellisiltä

---

[305] *Fineman* (Harvard Law Review 1988) s. 767–768.

[306] *Fineman* (Harvard Law Review 1988) s. 768 alk. Molempien vanhempien ansiotyötä pidetty usein presumption määrittelemistä vaikeuttavana seikkana. *Fineman* on katsonut, että naisen ansiotyö on kuitenkin useimmiten luonteeltaan toisentyyppistä kuin miesten ansiotyö. Naiset valitsevat usein työpaikkansa ja -uransa ottaen huomioon lasten hoitoon liittyvät velvollisuudet ja poikkeavat tässä suhteessa olennaisesti tavallisista miehistä. (Harvard Law Review 1988) s. 772–773.

[307] Ks. kritiikistä erit. *Ziff* (IJLF 1990) s. 190 alk. ja *Scott* (Californian Law Review 1992) s. 628–630. *Scott* on esittänyt vaihtoehdoksi eräänlaista modifioitua presumptiota, joka perustuisi siihen, että avioeron jälkeen säilytettäisiin mahdollisimman tarkkaan aiempi vanhempien välinen työnjako lastenhoidossa. Ks. lähemmin s. 630 alk. Eräänlainen välittävä sovellus pääasiallisen hoitajan ja yhteishuollon välillä esiintyy myös *Cochran*in artikkelissa (ed. Folberg 1991) s. 229 alk.

tutkijoilta. Vielä 1980-luvun alussa yhteishuolto näytti jakaneen tutkijoita eri ryhmiin: yhteishuollon puolustajiin ja vastustajiin. Vuosikymmenen loppupuolella tilanne rupesi muuttumaan, sillä tässä vaiheessa käytettävissä alkoi olla tuloksia monista sellaisista tutkimuksista, joissa yhteishuollon vaikutuksia oli voitu empiirisesti arvioida. Yhteishuolto ei uusien tulosten valossa ollut ratkaisu avioerolasten ongelmiin. Avioerolasten hyvinvointi näytti muodostuvan paljon monimutkaisemmasta eri tekijöiden kokonaisuudesta. Vuosikymmenen vaihteen jälkeen tutkimus näyttää keskittyneen ratkaisemaan muita kuin suoranaisesti huollon muotoa koskevia kysymyksiä. Yhteishuolto jäi korkeintaan yhdeksi muuttujaksi toisten joukkoon.[308] Esimerkkinä voidaan mainita *Amato*n tutkimus, jossa avioerolasten selviytymisen perusteeksi etsittiin hypoteesia erilaisten muuttujien yhteisvaikutuksesta. Yhteishuolto ei esiinny yhtenä muuttujista, vaikka tarkastelun kohteena onkin siihen usein liitettyjä ominaisuuksia, kuten vanhempien tuki ja ohjaus.

> *Amato* tarkasteli avioerolasten selviytymistä noin 80 julkaistun tutkimuksen perusteella. Hänen mukaansa vanhempien väliset ristiriidat saivat eniten tukea lasten vaikeuksien selittäjinä. *Amato* katsoi kuitenkin, että seurauksia tulisi tarkastella monien eri tekijöiden yhteisvaikutuksena. Hän ei nimennyt tarkasti eri tekijöitä vaan puhui yleisesti lasten voimavaroista ja vaikeuksista (»*resources* and *stressors*»). Esimerkkeinä lasten voimavaroista olivat vanhempien tuki, johon kuuluivat emotionaalinen tuki, käytännön apu, ohjaus, valvonta ja roolimallit sekä vanhempien sosioekonomiset voimavarat. Voimavarat sekä edistivät yleensä lasten kehitystä että helpottivat vaikeuksista selviytymistä. Vaikeuksista *Amato* mainitsi esimerkkinä vanhempien välisen avioeron ja välirikon, jotka voivat aiheuttaa useiden edellä mainittujen voimavarojen heikentymisen. Yhden vaikeuden ilmaantuminen voisi kuitenkin kompensoitua jonkin toisen vahvan voimavaran avulla.[309]

1980-luvun lopun ja sitä seuraavan vuosikymmenen vaihteen avioerolapsitutkimuksia voidaan luokitella monella tavalla.[310] Yhteishuoltotutkimuksesta

---

[308] Ks. 1980-luvun avioerotutkimuksista kokoavasti *Kitson – Morgan* (Journal of Marriage and the Family 1990) s. 917 sekä *Kalter* (Amer.J.Orthopsychiat. 1989) s. 557–559.

[309] *Amato* (Journal of Marriage and the Family 1993) s. 23–38.

[310] Seuraava katsaus perustuu pääasiassa artikkeliaineistoon, joka on koottu käymällä läpi American Journal of Orthopsychiatry -nimisen aikakauskirjan artikkelit vuosilta 1989–1995. Kyseisessä aikakauskirjassa julkaistuihin artikkeleihin viitattiin hyvin usein 1980-luvun vaihteessa ja sen jälkeenkin käydyssä keskustelussa. Mm. *Wallerstein* ja *Kelly* julkaisivat jatkuvasti tieteellisiä raportteja tutkimuksestaan juuri tässä aikakauskirjassa. Orthopsychiatry viittaa psykiatrian analyyttiseen suuntaukseen, jota juuri esim. *Freud*,

suuri osa liittyy eronneiden vanhempien keskinäisen suhteen vaikutusten selvittämiseen. Toisen ryhmän muodostavat lasten ja heitä tapaavan vanhemman välistä suhdetta koskevat tutkimukset, jotka yleensä keskittyvät avioerolasten ja heidän isänsä väliseen suhteeseen. Äidit tapaavina vanhempina ja isät tosiasiallisina huoltajina ovat jääneet tutkimuksen kannalta pieniksi marginaaliryhmiksi.[311]

Edellä mainittujen keskeisten kysymysten lisäksi mainitsemisen arvoisia ovat jotkin tutkimusraportit, joissa on kiinnitetty huomiota eronneiden vanhempien asemaan jommankumman vanhemman kannalta. Isät ovat näidenkin tulosten yhteydessä lapsia lähinnä viikonloppuisin tapaavia vanhempia äitien huolehtiessa lasten päivittäisestä hyvinvoinnista.

> *Seltzer*in tutkimuksessa todettiin, että isien aktiivisuus roolissaan oli varsin samansuuntainen eri sektoreilla. Ne, jotka maksoivat elatusapua, tapasivat lapsiaan myös säännöllisesti ja osallistuivat lasta koskevaan päätöksentekoon. Korkea sosioekonominen asema, lyhyt välimatka ja eron ajallinen läheisyys vaikuttivat isän aktiivisuutta lisäävästi, ajan kuluminen taas vähensi sitä.[312]
>
> *Ahrons* ja *Miller* totesivat puolestaan, että isän aktiivisuus erityisesti välittömästi eron jälkeisenä aikana oli yhteydessä vanhempien välisen suhteen laatuun. Vanhempien välisellä suhteella oli suurempi merkitys kuin lasten ja vanhempien tapaamisten määrällä.[313] Tätä tulosta tuntuu tukevan myös *Arditti*n tutkimusraportti, jossa todetaan yhteishuoltajaisien tapaavan lapsiaan useammin ja olevaan lasten huoltoa koskeviin järjestelyihin yleensä tyytyväisempiä kuin huollosta erotetut isät.[314]
>
> *Kalter* tutkimusryhmineen asetti tutkimuksensa lähtökohdaksi käytettävissä olevan avioerolapsia koskevan kirjallisuuden. Heidän analyy-

---

Solnit sekä em. *Wallerstein* ja *Kelly* edustavat. Aineistoa on täydennetty muulla satunnaisemmin kertyneellä aineistolla.

[311] Ks. kuitenkin lapsiaan huoltavista isistä *Meyer – Garasky* (Journal of Marriage and the Family 1993) s. 73–89 sekä myös *Downey*n ja *Powell*in raportti. Laajalla tilastollisella aineistolla siinä kumottiin aiemmin esitetty arvio, jonka mukaan lapset hyötyisivät samaa sukupuolta olevan vanhemman tosiasiallisesta huoltajuudesta. *Downey – Powell* (Journal of Marriage and the Family 1993) s. 55–71, vrt. *Santrock – Warshak* (Journal of Social Issues 1979) s. 112–125.

[312] *Seltzer* (Journal of Marriage and the Family 1991) s. 79–101, samoin *Seltzer et al* (Journal of Marriage and the Family 1989) s. 1013–1032.

[313] *Ahrons – Miller* (Amer.J.Orthopsychiat 1993) s. 441–449.

[314] *Arditti* (Amer.J.Orthopsychiat. 1992) s. 186–194. Aineisto oli koottu tuomioistuimen päätöksistä, ks. Virginian aineellisesta oikeudesta *Appendix A* (ed. Folberg 1991). Myös *Wallerstein* totesi isien olevan aktiivisempia ollessaan myös lasten huoltajia. *Wallerstein – Blakeslee* (1991) s. 340–341.

sinsä mukaan vanhempien sopeutuminen avioerotilanteeseen on eri tutkimusten perusteella tärkein lasten sopeutumista selittävä tekijä. Tällä perusteella he päätyivät tarkastelemaan empiirisesti huoltajaäitien avioeroselviytymisen yhteyttä lasten selviytymiseen. He tulivat siihen tulokseen, että jos äidit olivat henkisesti riittävän vahvoja kyetäkseen tarjoamaan lapsilleen turvallisen vanhempisuhteen, niin tämä suhde suojasi lapsia avioeron aiheuttamilta stressitekijöiltä. Vanhempien väliset ristiriidat, taloudelliset vaikeudet ja yksinhuoltajuuden rasitukset taas heikensivät äidin henkistä kapasiteettia ja vaaransivat välillisesti lasten hyvinvointia.[315]

Garvin, Kalter ja *Hansell* raportoivat joitakin vuosia myöhemmin tarkempia tuloksia eronneiden naisten selviytymisestä.[316] Heidän mukaansa erityisesti yksinäiset eronneet äidit poikkesivat yleisesti normaaliarvoista negatiiviseen suuntaan. Syynä tutkijat pitivät eronneiden naisten kokemia taloudellisia ongelmia ja sosiaalisesta eristyneisyydestä johtuvia vaikeuksia sekä myös lisääntyneestä työmäärästä ja vastuusta aiheutuvaa stressiä. Naiset olivat keskimääräistä masentuneempia, mutta tiedostivat tutkijoiden mukaan hämmästyttävän hyvin omat vaikeutensa ja tarpeensa.[317]

7.2. Voiko yhteishuollosta olla haittaa?

Susan Steinman oli eräs ensimmäisistä tosiasiallista yhteishuoltoa toteuttavia perheitä käytännössä tutkineista ja myös eräs ensimmäisistä yhteishuollon arvostelijoista. Hän julkaisi vuonna 1981 raportin, jossa esitettyjen tulosten mukaan neljännes yhteishuoltoperheiden lapsista kärsi peloista, epävarmuudesta ja ylirasittuneisuudesta kodin vaihtamisen ja muiden järjestelyn asettamien vaatimusten vuoksi. Lapsilla oli myös lojaliteettiongelmia, vaikka ne eivät esiintyneetkään perinteisessä muodossa, sillä kiintymys molempiin vanhempiin oli näille lapsille sallittua. Kolmannes kärsi kuitenkin eräänlaisesta »hyper-lojaalisuudesta» (*hyper loyalty*). He varoivat äärimmäi-

---

[315] *Kalter* ym. katsovat, että yksinhuoltajaäitien vaikutus on laiminlyöty avioerolapsia koskevassa tutkimuksessa. Merkittäväksi edeltäjäkseen he nimeävät *Wallersteinin* ja *Kellyn*, joiden tutkimuksen äitien selviytymistä koskevia kohtia onkin edellä referoitu. *Kalter et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1989) s. 605–618. Ks. edellä kohta 5.3.2.2. (Tulokset).

[316] Kaikilla aineistoon valituilla naisilla oli ainakin yksi lapsi peruskoulun ala-astetta vastaavilla luokilla (*elementary school*). *Garvin et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1993) s. 233.

[317] *Garvin et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1993) s. 232–240. Ks. yksinäisten äitien selviytymisen yhteydestä eri stressitekijöihin, sosiaaliseen tukeen ym. *Simons et al.* (Journal of Marriage and the Family 1993) s. 385–398.

sen tarkasti loukkaamasta kummankaan vanhemman tunteita pitämällä esimerkiksi tiukasti huolta siitä, että viettivät tarkalleen saman verran aikaa kummankin vanhemman luona.[318] Myöhemmässä julkaisussaan *Steinman*, joka kyllä piti yhteishuoltoa monessa suhteessa hyvänä vaihtoehtona, asettui vastustamaan yhteishuollon määräämistä silloin, kun osapuolet eivät pääse siitä sopimukseen, ja myös silloin, kun osapuolet joutuvat etsimään yhteisymmärrystä sovittelijan avulla.[319]

Judith Wallerstein liittyi 1980-luvun lopulla yhteishuollon ensisijaisuuteen epäilevästi suhtautuvien joukkoon. *Wallerstein* aloitti vuonna 1985 tosiasiallista yhteishuoltoa toteuttavien avioeroperheiden seurantatutkimuksen samantapaisin menetelmin, joita sovellettiin edellä selostetussa *Wallersteinin* ja *Kellyn* tutkimuksessa. Tutkimus käsitti yhteensä 25 perhettä, jotka olivat päätyneet vapaaehtoisesti tosiasialliseen yhteishuoltoon.[320] Kahden vuoden seurannan perusteella *Wallerstein* totesi, että hänen tutkimusryhmässään olevat lapset eivät olleet sopeutuneet avioeroon yhtään sen paremmin kuin yksinhuoltajienkaan lapset. Yhteishuolto ei ollut vähentänyt lasten vaikeuksia. Toisin kuin *Wallerstein* ja *Kelly* olivat aiemmin olettaneet, isien aktiivisempi mukanaolo ei ollut auttanut lasten sopeutumista.[321] *Wallerstein* päätyi siihen toteamukseen, että huollon muoto on vain yksi osatekijä lasten sopeutumisprosessissa. Hän tekikin tutkijoiden raporteista päätellen yleispätevältä tuntuvan johtopäätöksen: huomio tulisi kiinnittää avioeroperheen sisäisiin ihmissuhteisiin.[322]

Pearson ja *Thoennes* saivat samansuuntaisia tuloksia kuin *Wallerstein*. Heidän tutkimusryhmänsä koostui sellaisista avioeroperheistä, jotka olivat päässeet sopimukseen yhteishuollosta tai yksinhuollosta. Suurin osa yhteishuollon valinneista vanhemmista toteutti oikeudellista yhteishuoltoa. Myös tässä aineistossa kaikki yhteishuoltajat erosivat verrokeistaan muun ohessa olemalla keskimäärin paremmin koulutettuja ja varakkaampia. Heidän suhteissaan esiintyi vähemmän fyysistä väkivaltaa ja he olivat verrattain yhteistyökykyisiä.[323] Vapaaehtoisesti yhteishuoltoon päätyneillä avioeroperheillä

[318] *Steinman* (Amer.J.Orthopsychiat. 1981) s. 403–414.

[319] *Steinman* (Copenhagen 1984) s. 176–177. Ks. *Steinman – Zemmelman – Knoblauchin* tutkimustuloksista *Bruchin* raportoimana (IJLF 1988) s. 122-123, *Brotzky – Steinman – Zemmelmanin* raportista enemmän vähän tuonnempana.

[320] Ks. lähemmin *Wallerstein – Blakeslee* (1991) s. 326 alk. Samasta tutkimuksesta ks. myös *McKinnon – Wallerstein* (Amer.J.Orthopsychiat. 1988) s. 168–178.

[321] *Wallerstein – Blakeslee* (1991) s. 340.

[322] *Wallerstein – Blakeslee* (1991) s. 341.

[323] *Pearson – Thoennes* (Amer.J.Orthopsychiat. 1990) s. 236–239. Tosin on huomattava, että aineisto oli suhteellisen vanhaa, mikä tässä yhteydessä siis merkitsee, että se

näytti siis oleva muita paremmat niin aineelliset kuin henkisetkin edellytykset sopeutua eron vaatimiin muutoksiin. Tästä huolimatta *Pearson* ja *Thoennes* eivät löytäneet mitään eroja lasten sopeutumisessa yhteishuollossa olevien tai yksinhuollossa olevien lasten väliltä. Lapset sopeutuivat paremmin avioeroon, jos vanhemmat kykenivät yhteistyöhön, perheessä ei ollut esiintynyt väkivaltaa eikä taloudellisia vaikeuksia.[324]

Johnston, *Kline* ja *Tschann* huomauttivatkin, että suurin osa aikaisemmista yhteishuoltoa tukevista tutkimuksista perustui sellaiseen aineistoon, jonka vanhemmat olivat valinneet yhteishuollon vapaaehtoisesti. Riitaiset tapaukset, joita tämä ryhmä erityisesti tutki, näyttivät eroavan merkittävällä tavalla tapauksista, joissa yhteishuolto perustui vanhempien sopimukseen.[325]

> Tätä tulosta tukee myös *Brotzky*n, *Steinman*in ja *Zemmelman*in tutkimusraportti. Nämä tutkivat vanhempia, jotka olivat päätyneet tosiasialliseen yhteishuoltoon joko sopimuksella, sovittelun avulla tai tuomioistuimen päätöksellä. Keskinäisellä sopimuksella yhteishuoltoon päätyneistä suurin osa onnistui yhteishuollon toteuttamisessa hyvin. Myös lapset sopeutuivat hyvin. Sovittelun avulla yhteishuoltoon päätyneistä niin vanhemmista kuin lapsistakin suurin osa oli vuoden kuluttua stressaantuneita ja heillä oli erilaisia vaikeuksia sopeutua tilanteeseen. Seuraavan puolen vuoden kuluttua useimmat tähän ryhmään kuuluneista olivat kuitenkin sopeutuneet tilanteeseen kohtuullisen hyvin. Heidän asemansa oli selvästi parantunut. Hankalimmassa asemassa olivat kuitenkin ne eronneet perheet, joissa yhteishuolto oli määrätty tuomioistuimen päätöksellä. Heidän vaikeutensa olivat vakavimpia ja jatkuivat vuoden ja vielä puolentoista vuodenkin jälkeen. Tutkijoiden mukaan lasten vaikeudet olivat selvästi yhteydessä vanhempien välisiin ristiriitoihin.[326]

*Johnston*in ja hänen kollegoidensa tutkimuksessa selvitettiin erityisesti vanhempien konfliktien vaikutusta lasten käyttäytymiseen ja sosiaaliseen so-

---

tukee aineiston osalta juuri edellä mainittuja varhaisempia yhteishuoltoa tukevia tutkimuksia. Aineiston keruu oli em. tutkimuksessa aloitettu jo vuonna 1979. Yhteishuoltajien tässä aineistossa saama elitistinen leima ei siis välttämättä toistu enää myöhemmin kerätyissä aineistoissa. Elitistisyyttä tukee myös se, että yhteishuoltajat muodostivat aineistosta vain pienen vähemmistön, s. 234. Vrt. *Johnston et al.*, jossa aineisto koostui lähes yksinomaan (98 %) erilaisista yhteishuoltotapauksista. (Amer.J.Orthopsychiat. 1989) s. 581.

[324] *Pearson – Thoennes* (Amer.J.Orthopsychiat. 1990) s. 244–245, 247.

[325] *Johnston et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1989) s. 590.

[326] *Brotzky – Steinman – Zemmelman* (ed. Folberg 1991) s. 167–176, sovittelun perusteella yhteishuoltoon päätyneistä samansuuntaisesti myös *Pearson – Thoennes* (Amer.J. Orthopsychiat. 1990) s. 247.

peutumiseen. Kaikki tutkimusryhmässä olleet kalifornialaiset avioeroperheet oli lasten huoltoa koskevan asian käsittelyn yhteydessä osoitettu sovitteluun. Osa perheistä oli riidellyt huollosta myös oikeudessa. Vanhemmista 98 prosenttia oli määrätty omasta (siis sovitellusta) tai tuomioistuimen aloitteesta oikeudelliseen yhteishuoltoon. Kaikki perheet kuuluivat alempaan keskiluokkaan. Aineisto oli siis pyritty saamaan edustavaksi siten, että »elitistiset» yhteishuoltotapaukset oli suljettu pois.[327]

Tutkijat olivat olettaneet, että laajaa tapaamis- ja luonapito-oikeutta toteuttavat vanhemmat oppisivat aikaa myöten kommunikoimaan keskenään asiallisesti ja ratkaisemaan keskinäisiä erimielisyyksiään.[328] Samalla lasten sopeutuminen helpottuisi. Päinvastaisessa tapauksessa lasten käyttäytymisvaikeudet sekä vaikeudet tunne-elämässä ja sosiaalisella alueella kuitenkin oletettavasti pahenisivat, sillä vanhempien konfliktin huonosta vaikutuksesta lasten kehitykselle oli jo olemassa näyttöä eri tutkimuksissa.[329]

Tutkimus osoitti, että kahden, kolmen vuoden kuluttua avioerosta vanhempien konfliktien intensiteetti oli vähentynyt. Avioerovaiheessa toisiinsa avoimen vihamielisesti suhtautuneilla vanhemmilla oli seurantavaiheessa kuitenkin edelleen muita enemmän ristiriitoja.[330] Näissä perheissä lasten sopeutuminen oli ongelmallista. Lasten oireilu oli yhteydessä usein toistuviin tapaamisiin toisen vanhemman kanssa: mitä tiheämpiä tapaamiset olivat, sitä häiriintyneempi oli myös lapsi. Lapsilla, jotka viettivät useita päiviä kuukausittain tapaavan vanhemman kanssa, oli merkittävästi enemmän oireita

---

[327] *Johnston et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1989) s. 579–580.

[328] Ks. *Ahrons*in kaksoisydinperheen muodostumista koskevasta teoriasta, edellä kohta 5.3.1. (Tutkimuksen lisääntynyt kiinnostus avioerolapsiin).

[329] *Johnston et al.* (Amer. J. Orthopsychiat. 1989) s. 576, 579. Ks. lisäksi esim. *Kalter*: »The degree of interparental hostility and conflict, the extent of loss of the emotional relationship with a parent, and economic distress have been widely recognized as important stressors.» (Amer.J.Orthopsychiat. 1987) s. 588 sekä siinä mainitut viitteet. Vanhempien välisen konfliktien vaikutuksista lapsiin tarkemmin mts. 590.

[330] *Johnston et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1989) s. 588. *Maccoby – Depner – Mnookin* (Journal of Marriage and the Family 1990) s. 141–155 tuki edellä mainittua tulosta. Siinä todettiin, että vanhempien vihamielisyys avioerovaiheessa oli yhteydessä vanhempien konfliktien määrään puolitoista vuotta avioeron jälkeen. Noin neljännes satunnaisesti avioerohakemusten perusteella valituista vanhemmista kykeni puolentoista vuoden jälkeen jatkuvaan yhteistyöhön toisen vanhemman kanssa. Kolmasosalla oli jatkuvia keskinäisiä riitoja ja erimielisyyksiä. Lähes kolmannes yleensä jo vanhempien lasten vanhemmista oli etääntynyt toisistaan. He eivät juurikaan pitäneet yhteyttä, ja vastaavasti riitoja oli vähän. Loput vanhemmat eivät muodostaneet yhtenäistä ryhmää. Ks. myös samojen tutkijoiden tuloksista jäljempänä kohta 8. (Kalifornian avioerolapset 1990-luvulla).

kuin muilla.[331] Kun avioerovaihe oli ollut riitainen, oireilivat vanhemman luota toisen luokse siirtyvät lapset muita enemmän, vaikka vanhemmat eivät enää seurantavaiheessa olisi avoimesti riidelletkään.[332]

> Tutkijat varoittivat kuitenkin tulkitsemasta tuloksia liian suoraviivaisesti. Eri syistä ei sellaista mahdollisuutta voitu sulkea pois, että molempia vanhempiaan useammin tapaavat lapset olisivat olleet alun perinkin muita häiriintyneempiä.
>
> Noin viidennes lasten käyttäytymishäiriöistä voitiin selittää vanhempien välisellä konfliktilla ja siihen yhdistyvillä usein toistuvilla tapaamisilla. Muut lasten käyttäytymistä selittävät tekijät eivät olleet puheena olevan tutkimuksen kohteena. Muut raportissa mainitut tutkimukset ovat kuitenkin osoittaneet muun muassa, että huoltajavanhemman empaattinen ja lasta tukeva suhtautuminen voi suojata vanhempien väliseltä konfliktilta.[333] Lopulta lasten yksilölliset ominaisuudet ja luonteenpiirteet vaikuttivat *Johnston*in ja hänen kollegoidensa mukaan siten, että lapset reagoivat esimerkiksi juuri vanhempien väliseen konfliktiin toisistaan hyvinkin poikkeavalla tavalla.[334]

Johnston, Kline ja *Tschann* katsoivat oman tutkimuksensa osoittavan, että yhteishuollon määrääminen viranomaisten aloitteesta ei ole hyvä ratkaisu vanhempien välisessä lapsen huoltoa koskevassa riidassa.[335]

Myös *Camara* ja *Resnick* julkaisivat vuonna 1989 tutkimusraportin. Siinä tullaan jonkin verran edellisestä poikkeavaan tulokseen, mutta molempia tuloksia voi tulkita myös toisiaan täydentävästi. *Camara* ja *Resnick* tutkivat sekä normaaleja ehyitä perheitä että eronneita perheitä. Heidänkin aineistossaan avioerolapsilla oli muita enemmän erilaisia tunne-elämään ja käyttäy-

---

[331] *Johnston et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1989) s. 577 ja 584, 588.

[332] *Johnston et al.* (Amer.J. Orthopsychiat. 1989) s. 588. Lasten oireista ja niiden vakavuudesta ks. mts. 589–590.

[333] Samoin em. *Kalter*in ja *Amato*n tutkimukset.

[334] *Johnston et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1989) s. 590. Raportissa viitattiin myös useisiin aikaisempiin tutkimuksiin, joissa oli osoitettu yhteys psyykkisistä vaikeuksista kärsivien huoltajien ja häiriintyneiden lasten välillä.

[335] *Johnston et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1989) s. 590–591. *Maccoby, Depner* ja *Mnookin* totesivat, että vanhemmat, jotka pitivät lapsia luonaan enemmän kuin neljän yöpymisen ajan kahden viikon jaksossa, olivat muita tyytyväisempiä. Tämä tulos oli sinänsä rohkaiseva tosiasiallisen yhteishuollon kannalta. Tutkijat ilmaisivat kuitenkin huolestumisensa sen johdosta, että kolmasosalla myös tähän ryhmään kuuluneista vanhemmista oli jatkuvia riitoja keskenään. He viittasivat näiden osalta muihin tutkimuksiin, joissa vanhempien välisellä konfliktilla oli todettu olevan vahingollisia vaikutuksia lapsiin. (Journal of Marriage and the Family 1990) s. 154.

tymiseen liittyviä ongelmia. Tutkijoiden mukaan ne eivät kuitenkaan olleet yhteydessä vanhempien keskinäisiin konflikteihin sinänsä, vaan erityisesti siihen tapaan, jolla vanhemmat ratkaisivat keskinäisiä riitojaan. Vanhemmat, jotka ratkoivat erimielisyyksiään neuvotteluin ja kompromissein ja jotka myös kykenivät yhteistyöhön lapsia koskevissa kysymyksissä, kuten tapaamisten järjestelyissä tai lasten kasvatusta koskevissa kysymyksissä, pystyivät ilmeisesti tarjoamaan lapsilleen turvallisen kasvuympäristön keskinäisistä erimielisyyksistään huolimatta. Jos vanhemmat sen sijaan ratkoivat riitojaan keskinäisin syytöksin ja soimauksin, käyttämällä fyysistä väkivaltaa tai välttelemällä toisiaan, oli lapsilla selvästi huonompi itsetunto ja heidän käytöksensä toveripiirissä oli ongelmallisempaa.[336]

Kokoavasti voidaan todeta, että yhteishuoltoon liittyvä uudempi käyttäytymistieteellinen tutkimus näyttää olevan keskittynyt lähinnä yhteishuollon mahdollisiin haittavaikutuksiin sen sijaan, että osoitettaisiin yhteishuollon hyviä puolia, kuten tehtiin noin 15 vuotta sitten. Odotuksista huolimatta yhteishuolto ei yksin tuonut avioerolapsille onnellista lapsuutta. Yhteishuolto voi kuitenkin vanhempien kannalta olla hyvä ratkaisu. Erityisesti isät, jotka eivät asu lastensa kanssa, ovat tyytyväisiä yhteishuoltoon.[337] Näin kysymys kääntyykin siis toisin päin: voiko yhteishuollosta olla lapsille haittaa? Tämä kysymys taas ohjaa selvittämään erityisesti eronneiden vanhempien keskinäisten ristiriitojen vaikutusta. Riitaisten vanhempien yhteishuolto voi ilmeisesti merkitä riskiä lasten hyvinvoinnille, koska yhteistoiminta lasten asioissa on omiaan lisäämään ja ylläpitämään vanhempien ristiriitoja. Toiset vanhemmat kykenevät kuitenkin hoitamaan keskinäiset riitansa niin, että ne eivät vahingoita lapsia. Yhteishuollon mahdolliset haittavaikutuksetkaan eivät siis ole suoraviivaisia.

---

[336] *Camara – Resnick* (Amer.J.Orthopsychiat. 1989) s. 560–575. Konfliktien vaikutuksista lapsiin samansuuntaisesti *Kalter* (Amer.J.Orthopsychiat. 1987) s. 590. *Janet Johnston* on julkaissut vuonna 1995 tutkimusraportin perheväkivallan vaikutuksista lapsiin. Väkivalta vaikuttaa hänen mukaansa aina lapsiin, olipa se näkyvää tai ei tai kohdistuipa se lapsiin tai ei. *Johnston* ei suosittele väkivaltaisen vanhemman määräämistä huoltajaksi tai yhteishuoltajaksi. Hänen mukaansa myös tapaamisia on valvottava ja jopa lykättävä kokonaan myöhäisempään ajankohtaan, jos väkivaltaisen kohtelun vaara on olemassa. Hän varoittaa myös uhraamasta uhrivanhemman turvallisuutta lasten tapaamisten vuoksi. Toisaalta myös uhrivanhemman kyky kasvattaa lapsia on usein vähentynyt väkivallan kohteena olemisen seurauksena. Myös huoltaja on siis ulkopuolisen tuen tarpeessa. *Johnston* (Australian Journal of Family Law 1995) s. 12–25, etenkin s. 21.

[337] *Wallerstein – Blakeslee* (1991) s. 326–328, 340, *Arditti* (Amer.J.Orthopsychiat. 1992) s. 186.

7.3. Eronneet isät ja lapset

Edellä selostettiin jo *Johnston*in ja hänen tutkimusryhmänsä raporttia, jossa esitettiin lasten tapaamisiin eräissä tilanteissa liittyviä ongelmia. Lasten ja isän välisten tapaamisten vaikutusta ovat edellisten lisäksi tutkineet erityisesti *Kurtz*, *Thomas* ja *Forehand* sekä *Healy* kollegoineen. Näistä ensinmainitun tulokset tukevat muun muassa *Wallersteinin* ja *Kelly*n tutkimustuloksia. Ehjien perheiden lapsia huonommin selviytyvät avioerolapset hyötyivät kuitenkin yhteydenpidosta huollosta erotettuun vanhempaansa.[338]

Thomas ja *Forehand* tutkivat isiä ja 11 – 15 -vuotiaita murrosikäisiä lapsia. He totesivat, että ehjien perheiden lasten käyttäytymisellä oli selvä yhteys vanhempien välisen suhteen laatuun sekä isän mielialaan (*paternal mood*), kun taas hajonneissa perheissä tämä yhteys oli epäsuorempi ja riippuvainen monista muista tekijöistä.[339] Avioerolasten kohdalla isän vaikutus tavallaan suodattui sen kautta, millainen lasten ja isän välinen suhde kussakin yksittäistapauksessa oli, mikä taas saattoi tutkimusaineiston mukaan vaihdella suurestikin.[340]

Seikkaperäisin ja tuloksiltaan hämmentävin on *Healy*n, *Malley*n ja *Stewart*in tutkimusraportti. Raportti perustuu kaksivuotiseen 121 lapsen seurantatutkimukseen. Lapset olivat iältään 6 – 12 -vuotiaita. Tutkijat sanoivat suoraan, että he eivät voi antaa mitään yksinkertaista suositusta lasten ja eronneiden isien välisestä suhteesta.

> This paper will present data suggesting that, in fact, no blanket recommendation about fathers' relationships with their children after separation can be offered; different children, and different situation, demand different remedies.[341]

---

[338] *Kurtz* (Amer.J.Orthopsychiat. 1994) s. 554–563.

[339] »Divorced fathers in this study were found to suffer higher levels of depressed mood relative to divorced mothers or married fathers. Despite this, prediction of adjustment of adolescent offspring of divorced fathers is not best made by paternal mood but rather by paternal perception of the relationship with the adolescent.» *Thomas – Forehand* (Amer.J.Orthopsychiat. 1993) s. 126–135, em. sitaatti s. 134.

[340] Tutkijat esimerkiksi päättelivät, että toiset lapset syyttävät vanhempiaan tai toista vanhempaansa avioerotilanteen aiheuttamasta stressistä. Stressin purkaminen vanhempaan, esimerkiksi poismuuttaneeseen isään, vaarantaa lapsi – vanhempi -suhteen toimivuuden. Toisaalta he päättelivät, että hyvin ristiriitaisissa avioliitoissa isät ja murrosikäiset lapset saattavat muodostaa tärkeän keskinäisen siteen, jonka myönteinen vaikutus jatkuu ristiriitaisesta avioerosta huolimatta. *Thomas – Forehand* (Amer.J.Orthopsychiat. 1993) s. 133.

[341] *Healy et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1990) s. 531.

Tutkijat tarkastelivat erikseen sitä, miten säännöllisesti tapaamiset tapahtuivat, miten usein ne tapahtuivat sekä, millainen oli lapsen ja isän välisen suhteen laatu. He totesivat muun ohessa, että lapsilla, joita tavattiin sekä usein että säännöllisesti, oli vähiten käyttäytymisongelmia. Vanhempien oikeudellinen riita oli yhteydessä näihin molempiin, toisin sanoen lapsilla oli eniten käytösongelmia, kun vanhemmat riitelivät juridisista kysymyksistä ja kun tapaamiset olivat sekä harvoja että epäsäännöllisiä. Tapaamisten vähentäminen ja harventaminen vanhempien oikeudellisten erimielisyyksien yhteydessä aiheuttikin ongelmia.[342] Toisaalta läheinen isä – lapsi -suhde oli yhteydessä vähäisiin käytösongelmiin, kun vanhemmilla ei ollut keskenään vaikeata oikeusriitaa.[343]

Tutkijat selittivät ristiriitaisilta tuntuvia tuloksia esimerkiksi lasten käytöshäiriöiden ja itsetunnon välisellä suhteella. Karkeasti ottaen lapsen hyvä itsetunto oli usein yhteydessä äitien kuvailemiin käytöshäiriöihin: mitä parempi itsetunto lapsella oli, sitä voimakkaampi oli ulospäin suuntautuva avioeron aiheuttama kapina. Isän tapaamiset vaikuttivat tähän monella eri tavalla. Isän useat tapaamiset välittömästi eron jälkeen vahvistivat lapsen itsetuntoa, jos lapsi oli poika, 6–8 -vuotias tai jos lapsi ja isä olivat erityisen läheisiä. Sama ryhmä ilmeisesti koki pelkän eron isästä kaikkein voimakkaimmin. Isän tapaamisten ja erityisesti poikien käytöshäiriöiden yhteyttä tutkijat selittivätkin sillä, että usein toistuvat tapaamiset pitivät yllä voimakasta menetyksen tunnetta. Toisaalta tyttöjen kohdalla useat ja säännölliset tapaamiset olivat yhteydessä huonoon itsetuntoon. Tutkijat arvelivat tämän liittyvän tyttöjen samaistumiseen äiteihinsä. Isä oli samaan aikaan kaivattu, mutta myös vihollinen, ainakin äidin vihollinen. Tytöt olivat taipuvaisia suuntaamaan ristiriitojen käsittelyn »sisäänpäin», itseensä.[344]

---

[342] Tämä tulos näyttäisi siis olevan täsmälleen päinvastainen kuin edellä selostetut *Johnston*in ja hänen kollegoidensa raportoimat tulokset.

[343] *Healy et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1990) s. 540.

[344] *Healy et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1990) s. 540–542. Samansuuntaisia tuloksia on esittänyt *Kalter* tutkimusryhmineen. Pojilla oli myös heidän tutkimusryhmässään enemmän käyttäytymisongelmia kuin tytöillä. Tutkijat päättelevät, että pojat reagoivat herkemmin ulkoisten olosuhteiden muutoksiin, kun taas tyttöihin vaikuttaa erityisesti äidin sisäinen kokemus- ja tunnemaailma. *Kalter et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1989) s. 605–618. *Johnston*in ja hänen tutkimusryhmänsä raportin mukaan tytöt kuitenkin kärsivät tiheistä tapaamisista enemmän ja reagoivat aggressiivisesti erityisesti äitiään kohtaan tapaamisten jälkeen. Poikien oli puolestaan vaikeampi kestää vanhempien välisiä riitoja, joihin heidät vedettiin mukaan tyttöjä useammin *Johnston et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1989) s. 589. Ks. lasten itsetunnon ja hyvän äiti-suhteen yhteydestä lapsen joustavuuteen ja kykyyn sopeutua vanhempien konflikteihin lähemmin *Neighbors et al.* (Amer.J. Orthopsychiat. 1993) s. 462–471.

Lopputulemissaan *Healy* ja hänen kollegansa painottavat erityisesti lapsen yksilöllisyyden ja hänen mielipiteidensä merkitystä tapaamisten vaikutusta arvioitaessa.

> Generally, though, all of our findings highlight the importance of attention to the psychological meaning *for the child* of each parent, and of the particular postseparation situation. It is clear that children's views of their parents and their families deserve further attention as factors mediating the impact of parents' actions.[345]

Lasten ja muualla asuvien vanhempien tapaamisista voidaan siis tutkimusten perusteella sanoa vielä vähemmän mitään yleispätevää kuin yhteishuoltoa koskevasta kysymyksestä. Tapaamiset voivat olla lapselle tärkeitä, mutta myös syy käyttäytymisvaikeuksiin. Toisaalta uhmakas käyttäytyminen voikin olla avioeron kokeneelle lapselle terveempi tapa reagoida kuin hiljainen sopeutuminen.

7.4 Yhteenvetoa

Edellä lyhyesti kuvatut tutkimusraportit osoittavat jo, miten avioerolapsia koskeva analyysi on edistyessään tullut hienojakoisemmaksi. Avioerolapset eivät enää muodosta sellaista yhtenäistä ryhmää, joiden ongelmiin olisi osoitettavissa joitakin yksiselitteisiä syitä tai vaikuttajia.[346] Kun tutkijat pyrkivät selvittämään yhden muuttujan, kuten muualla asuvan isän vaikutusta, tulokset hajoavat eri suuntiin.[347] Näyttää siltä, että käyttäytymistieteellinen tutkimus tulee antamaan yhä vähemmän sellaisia yksiselitteisiä viestejä oikeudelliselle päätöksenteolle, joita esimerkiksi *Goldstein*, *Freud* ja *Solnit* sekä *Wallerstein* ja *Kelly* tuottivat 1970-luvulla ja 1980-luvun alussa. Tilanne ei näytä muuttuneen siitä, kun *Judith Wallerstein* vuonna 1986 totesi, että tähänastiset tutkimustulokset soveltuvat huonosti laajojen oikeuspoliittisten tavoitteiden perusteluiksi tai tuomioistuimien käyttöön.

---

[345] *Healy et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1990) s. 542.

[346] *Kalter* (Amer.J.Orthopsychiat. 1987) s. 598.

[347] Toinen tulos analyysien edistymisestä on se, että keskustelu eri teorioista ja tutkimusmenetelmistä on pitkälle erikoistunutta. Tutkimusraporttien keskustelu- ja mahdollinen johtopäätösosakaan ei enää avaudu ulkopuoliselle kovin helposti. Tämä tulee hyvin esiin esim. *Portes*in ja hänen tutkimusryhmänsä raportissa, jossa avioeroperheiden systeemistä sopeutumista mitataan FAD- ja DAI-indikaattoreilla. Tuloksena näyttäisi olevan, että kyseinen metodi soveltuu hyvin avioeroperheiden tutkimiseen. *Portes et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1992) s. 613-617.

> Although policy makers, legislators, and judges have increasingly sought support from the findings of behavioral science and guidance from the mental health professions, the accumulation of psychological knowledge has not kept up with the rapid evolution of family law. Knowledge about children and parent-child relationships in the post-divorce family is still fragmentary and insufficient to support many of the legislative changes in family policy that have found powerful adherents. The subtleties of psychological thinking and shadings of individual difference that are so critical to the perspective of the behavioral scientist translate poorly into the arenas of court and legislature. The several years of followup required to assess the impact of changed circumstances or altered family structure are ill suited to the pressured agendas of the political and judicial process. Despite the widespread acknowledgement given to the important interface between family law and mental health, the major task of building cooperation and mutual understanding on a firm basis of empirical knowledge and shared values still lies ahead.[348]

Psykotieteelliset tutkijat onnistuvat väistämään feministien hyökkäyksen: heidän tutkimustuloksiaan ei ole tarkoitettukaan suoraviivaiseen soveltamiseen. Toisaalta isien oikeuksia ajavat ryhmätkään eivät saa tutkijoilta enää välitöntä tukea.

Mielenkiintoinen kysymys on, millaiseksi huollon määräytymistä koskeva käytäntö on muotoutunut Kaliforniassa. Onko esimerkiksi yhteishuolto alkanut elää omaa vakiintunutta ja kiihkeistä puheenvuoroista riippumatonta elämäänsä kalifornialaisessa oikeuskäytännössä ja sovittelussa? Seuraavassa jaksossa tilannetta tarkastellaan laajahkon empiirisen tutkimuksen valossa, jonka aineisto on kerätty 1980-luvun loppupuolella. Ajanjakso on tämän tutkimuksen kannalta kuitenkin valitettavan varhainen. Esimerkiksi vuoden 1988 uudistuksen vaikutukset jäävät tässä yhteydessä tarkastelun ulkopuolelle.

8. Kalifornian avioerolapset 1990-luvulla

*Eleanor Maccoby*n ja *Robert Mnookin*in vuonna 1992 julkaistu teos *Dividing the Child: Social and Legal Dilemmas*, käsittelee huollon määräytymiseen liittyviä käytäntöjä. Sen empiirinen aineisto perustuu yli tuhannen vuo-

[348] *Wallerstein* (Behavioral Sciences & the Law 1986) s. 117.

sina 1984 ja 1985 avioeron vireille panneen parin käytäntöihin ja näissä käytännöissä tapahtuneen kehityksen seuraamiseen.[349] Tavallisin huollon muoto oli oikeudellinen yhteishuolto lapsen ollessa äidin tosiasiallisessa huollossa. Tämä ratkaisu oli valittu tai määrätty noin 49 prosentissa tapauksia. Toiseksi tavallisin oli yhteinen oikeudellinen ja tosiasiallinen huolto, missä lapset siis asuivat vuorotellen molempien vanhempien luona. Tällainen ratkaisu oli omaksuttu noin 20 prosentissa tapauksia.[350] Tosin tutkijoiden mukaan yli puolessa näistä tapauksista lapset asuivat muodollisesta ratkaisusta huolimatta pääasiallisesti äidin luona.[351] Noin 19 prosentissa tapauksia lapset oli määrätty äidin huoltoon niin oikeudellisesti kuin tosiasiallisestikin, ja noin 7 prosentissa lapset olivat vastaavalla tavalla isän huollossa. Neljässä prosentissa tapauksia oli joku muu huollon muoto, joka useimmiten merkitsi sisarusparven jakamista vanhempien välillä. Kaiken kaikkiaan noin 67 prosenttia kaikista huoltomääräyksistä osoitti lasten tosiasiallisen huollon äidille. Jos näihin lisättiin vielä ne noin 10 prosenttia tapauksista, joissa lapset tosiasiallisesti asuivat äidin luona, tuli äiti tosiasialliseksi huoltajaksi lähes 80 prosentissa tapauksia.[352] Sata vuotta aikaisemmin vastaava osuus oli ollut noin 84 prosenttia.[353] Oliko mikään muuttunut?

Eleanor Maccoby ja *Robert Mnookin* myönsivät, että – kuten naisoikeustieteilijät olivat esittäneet – sukupuolten roolit lasten kasvatuksessa olivat muuttuneet paljon hitaammin kuin äidin etusijan jäädessä pois 1970-luvun vaihteessa oli oletettu. Yhteishuollon osoittama eräänlainen oikeuspoliittinen esikuva lastenhoidon jakamisesta vanhempien kesken, jollaiseksi se epäilemättä muun ohessa oli tarkoitettu, ei myöskään ollut toiminut toivotulla tavalla.

---

[349] Ks. aineistosta lähemmin *Maccoby – Mnookin* (1992) s. 13–16, 58–70 sekä metodista saman teoksen liite B (*Appendix B*) s. 308 alk.

[350] Oikeudellinen yhteishuolto oli kaikkiaan noin 80 %:ssa tapauksista, *Maccoby – Mnookin* (1992) s. 112. Kuvio eri huoltomuotojen jakautumisesta aineistossa on samassa teoksessa s. 113.

[351] Tähän liittyy läheisesti vielä huollon järjestelyn pysyvyyttä koskeva huomio: noin joka toisessa tosiasiallisista yhteishuoltoa toteuttavassa perheessä oli seurannan aikana luovuttu tästä järjestelystä. Kaikkein pysyvimmäksi osoittautuivat järjestelyt, joissa lapsi asui äidin luona, noin 84 %. Isien tosiasiallinen huolto oli jonkin verran taipuvaisempi muuttumaan, muuttumattomina pysyi noin 70 % tapauksista. *Maccoby – Mnookin* (1992) s. 169. Huoltopäätöstä muutettiin kaikkiaan noin neljänneksessä tapauksista, mts. 198–199.

[352] *Maccoby – Mnookin* (1992) kuvio 5.3., s. 113.

[353] Ks. edellä kohta 2.4. (»Tender years» -oppi Kaliforniassa).

Lee Teitelbaum arvioi tilannetta kuitenkin hieman toisin. Hän huomautti, että äidin etusija poistettiin Kalifornian lainsäädännöstä *vain* kymmenisen vuotta ennen puheena olevan aineiston keruuta. Tänä aikana tosiasiallista huoltoa koskevat määräykset olivat joka tapauksessa muuttuneet siten, että äitien osuus tosiasiallista huoltoa koskevista määräyksistä oli vähentynyt suunnilleen 90:stä 70 prosenttiin. Tosiasialliset yhteishuollot olivat nousseet tyhjästä viidennekseen ja isien osuus tosiasiallisista yksinhuoltajistakin oli kasvanut.[354]

Eniten tilanne oli luonnollisesti muuttunut oikeudellisen huollon osalta. Noin kolmessa neljäsosassa tapauksia oikeudellinen huolto oli yhteinen ja tosiasiallinenkin huolto jaettiin viidenneksessä tapauksista. Oikeudellisesta yhteishuollosta on todellakin tullut varsin lyhyessä ajassa sosiaalinen normi, kuten *Teitelbaum* totesi.[355]

Sukupuoliroolien ohella parisuhteen särkymiseen liittyvät puolisoiden ristiriidat ovat ilmeisesti pysyvämpi ilmiö kuin 1980-luvulle tultaessa oletettiin. Entisistä puolisoista ei muututtu yhteistyökykyisiksi vanhemmiksi noin vain. Itse asiassa *Maccoby*n ja *Mnookin*in aineistossa olevista avioeroperheistä vain noin neljännes pystyi tutkijoiden mukaan tyydyttävään yhteistyöhön lasten hoidossa ja kasvatuksessa.

> Tutkijat jakoivat vanhemmat pääasiassa kolmeen ryhmään heidän yhteistyökykynsä ja -tapansa perusteella. Noin neljännes vanhemmista oli yhteistyökykyisiä (*cooperative*). Kaksi muuta suunnilleen yhtä suurta ryhmää muodostui niistä vanhemmista, joiden suhde oli riitainen (*conflicted*) ja niistä, jotka välttivät lähempää kanssakäymistä (*disengaged*).[356]

---

[354] *Teitelbaum* (Michigan Law Review 1994) s. 1821.

[355] *Teitelbaum* (Michigan Law Review 1994) s. 1821. Tarkkaan ottaen hän toteaa oikeudellisen yhteishuollon olevan Kaliforniassa sosiaalinen ja oikeudellinen normi. Se, voidaanko Kalifornian laissa tulkita edelleen olevan oikeudellista yhteishuoltoa koskeva suositus, on vuoden 1988 lainmuutoksesta huolimatta jonkin verran tulkinnanvarainen kysymys. Esimerkiksi *Maccoby* ja *Mnookin* katsovat – joskin epäillen – että oikeudellista yhteishuoltoa koskeva suositus laissa olisi perusteltu lähinnä sen symbolisen arvon vuoksi, mikä suosituksella olisi vanhemmuutta koskevien oikeuksien ja velvollisuuksien ilmentämisessä. He eivät kuitenkaan arvioi täsmällisesti lain sisältöä. *Maccoby – Mnookin* (1992) s. 289.

[356] Sivulla 236 olevasta taulukosta ilmenee, että seurannan aikana yhteistyökykyisten vanhempien osuus kasvoi hieman (26 %–29 %) ja riitaisten vanhempien osuus väheni jonkin verran (34 %–26 %). Eniten muuttui välinpitämättömien vanhempien osuus, joka kasvoi merkittävästi (29 %–41 %). *Maccoby – Mnookin* (1992).

Myöhemmässä vaiheessa avoimet ristiriidat olivat vähentyneet, mutta vanhempien suhteessa löytynyt tasapaino ei yleensä merkinnyt aktiivisen yhteistyön lisääntymistä, vaan etääntymistä ja eriytymistä. Vanhemmat lakkasivat esimerkiksi yrittämästä kasvatusperiaatteidensa koordinoimista ja hyväksyivät kahden eri järjestelmän rinnakkainolon. Riitaiset vanhemmat muodostivat odotetusti riskin lasten hyvinvoinnille. Niillä nuorilla, jotka kokivat joutuneensa vanhempien välisen riidan välikappaleiksi, oli muita useammin esimerkiksi masentuneisuutta ja häiriökäyttäytymistä.[357] Oikeusriidalla oli selvä yhteys riitaisuuteen. Oikeudellinen riita ei ollut kuitenkaan vanhempien välisen vihamielisen käytöksen edellytys yhtä vähän kuin oikeudellisen riidan ratkaisu merkitsi vihamielisyyden loppumista.[358]

Tosiasiallisen yhteishuollon on yleisyys näyttää olevan kalifornialainen erityispiirre. Tosiasiallinen yhteishuolto ei ole ollut samalla tavoin oikeuspoliittisena tavoitteena muissa vertailumaissa eikä se myöskään esiinny käytännössä yhtä usein kuin juuri Kaliforniassa.[359] *Maccoby* ja *Mnookin* suhtautuivat tosiasiallisen yhteishuollon yleisyyteen kuitenkin kriittisesti. Lasten hoitaminen yhdessä avioeron jälkeen ei aineiston mukaan riittänyt sovittamaan vanhempien välisiä riitoja. Riitojen jatkuminen muodosti taas riskin lasten hyvinvoinnille. Erityisen riskialtista lasten yhteinen hoito näyttää olevan silloin, kun siihen päädytään molempien vanhempien toisenlaisista toiveista huolimatta. Vain kuusi prosenttia vanhemmista oli yhteistyökykyisiä tällaisissa tapauksissa. Mutta riitaisiksi luokiteltiin neljännes niistäkin tapauksista, joissa molemmat vanhemmat olivat toivoneet yhteistä tosiasiallista huoltoa.[360]

Vuoden 1988 jälkeen Kalifornian lasten huoltoa koskevaan lainsäädäntöön ei tiettävästi ole tullut asiallisia muutoksia.[361] Oikeustieteessä on tois-

---

[357] *Maccoby – Mnookin* (1992) s. 247– 248. Kolmannes niistä vanhemmista, jotka toteuttivat tosiasiallista yhteishuoltoa, lukeutuivat riitaisiin vanhempiin, mikä huolestutti tutkijoita erityisesti. Tutkimuksessa ilmeni myös useita viitteitä siitä, että tosiasiallista yhteishuoltoa käytettiin eräänlaisena kompromissina riitaisissa tapauksissa, s. 159–161.

[358] *Maccoby – Mnookin* (1992) s. 242.

[359] Tämän tutkimuksen puitteissa ei kuitenkaan ole mahdollista arvioida sitä, miten tavallista tosiasiallinen yhteishuolto on muissa Yhdysvaltojen osavaltioissa verrattuna juuri Kaliforniaan.

[360] *Maccoby – Mnookin* (1992) s. 242–243.

[361] Vuoden 1994 Family Code -lakikokoelma, joka sisältää Kalifornian perheoikeuden ja sitä koskevan tuomioistuinmenettelyn (Family Laws and Court Rules), on järjestykseltään toinen kuin edellä eri kohdissa esiintyneet lainkohdat. Pykälien numerot ovat siis muuttuneet. Keskeiset lainkohdat sisältyvät nyt Family Code -kokoelman osaan (Division) 8 »Custody of Children, osaan (Part) 1 »Definitions, General Provisions»; § 3000–

tuvasti eri tahoilta tullut esiin kysymys, kohteleeko sukupuolineutraali lainsäädäntö epäoikeudenmukaisesti naisia, jotka edelleenkin kantavat pääasiallisen vastuun lasten hoidosta.[362]

Toistaiseksi ainoa esitetty ratkaisuvaihtoehto huollon määräämisen tasolla olisi pääasiallista hoitajaa koskeva presumptio.[363] Presumption hyväksyminen lainsäädäntöön merkitsisi uutta asennoitumista sukupuolten tasa-arvoa koskevaan kysymykseen. Se merkitsisi samanlaisen kohtelun mallin hylkäämistä ja erilaisuuden myöntämistä.[364] Se olisi eräässä mielessä paluuta vanhaan. Sen vuoksi poliittinen ratkaisu tähän suuntaan lienee vaikea. Kuitenkin esimerkiksi *Maccoby* ja *Mnookin* kallistuivat tosiasiallisen huollon osalta varovaisesti pääasiallista hoitajaa koskevan presumption kannalle. He katsoivat, että presumptio toimisi paremmin kuin avoin lapsen etu -periaate. He uskoivat tuomioistuimien kuitenkin soveltaneen lakia ilman presumption voimassaoloakin sen suuntaisesti. Heidän mukaansa tuomioistuimet eivät ole voineet toimia irrallaan vallitsevasta yhteiskuntatodellisuudesta, jossa sukupuolten roolijako lastenhoidossa on ollut selkeä pääsääntö.[365] *Maccoby* ja *Mnookin* pitivätkin mahdollisena, että tuomioistuimet vakiinnuttavat omaaloitteisesti pääasiallista hoitajaa koskevan presumption tulkintakäytäntöön.[366]

3011) sekä osaan (Part) 2 »Right to Custody of Minor Child» etenkin lukuun (Chapter) 4 »Joint Custody» (§ 3080–3089). Ks. myös luku (Chapter) 6 »Custody Investigation and Report» (§ 3110–3116). Niiden sanamuoto on kuitenkin sama kuin aikaisemmin viitatuissa kohdissa.

362 Ks. naisoikeustieteilijöiden lisäksi myös *Maccoby – Mnookin* (1992) s. 271 »(D)ispite some revolutionary changes in the law to eliminate gender stereotypes and to encourage greater gender equity, the characteristic roles of mothers and fathers remain fundamentally different. In a sense, there is less gender equity after divorce than before, since mothers continue to carry the major responsibilities for child care and also take from fathers some of the responsibility for economic support, even though fathers characteristically continue to have far greater earning powers than mothers.»

363 Samoin myös *Teitelbaum* (Michigan Law Review 1994) s. 1836–1837.

364 Tarkemmin sanoen presumption ongelmana on, että sen oikeuspoliittinen viesti pienten lasten vanhemmille on sukupuolten tasa-arvon kannalta hankala. Se ei kannusta lapsia yhteiselämän aikana pääasiassa hoitavaa vanhempaa hakeutumaan kodin ulkopuoliseen työhön tai koulutukseen vaan päinvastoin ohjaa ottamaan mahdollisimman suuren vastuun lasten hoidosta ja kasvatuksesta.

365 *Maccoby – Mnookin* (1992) s. 266–271, 282–285.

366 *Teitelbaum* on esitellyt Kalifornian korkeimman oikeuden (*California Supreme Court*) ratkaisun *Burchard v. Garay* vuodelta 1986. Hän katsoo ratkaisun merkinneen pääasiallista hoitajaa koskevan presumption tosiasiallista tunnustamista. (Michigan Law Review 1994) s. 1836.

Pääasiallista hoitajaa koskevan presumption aseman mahdollinen vakiintuminen muodossa tai toisessa merkitsisi eräänlaista loppua vuonna 1973 alkaneelle avoimen lapsen etu -lausekkeen historialle. Sukupuolirooleja koskevan kysymyksen ohella ratkaistuksi tulisi jossain määrin myös käyttäytymistieteiden asiantuntijoiden asemaa koskeva kysymys. Käyttäytymistieteiden sijasta presumptio osoittaisi lähtökohdan arvioille, kumman vanhemman tosiasiallista huoltoa olisi pidettävä lapsen edun mukaisena.

Tämäntyyppiselle ratkaisulle näyttäisi tällä hetkellä olevan jonkinlainen sosiaalinen tilaus. Vuoropuhelu psykotieteilijöiden kanssa on käynyt vaikeammaksi, eikä selkeitä ratkaisuja heidän taholtaan liene odotettavissa. Naisten asema lasten tosiasiallisina hoitajina vaatinee myös erityistä huomiota oikeudellisella taholla.

Kun yhteishuolto omaksuttiin 1980-luvulla, sitä koskevat lait säädettiin nopeassa tahdissa suuressa osassa osavaltioita. »*No fault*» -avioerouudistukset etenivät sitä ennen myös nopeasti osavaltiosta toiseen. Jos pääasiallista hoitajaa koskeva presumptio olisi hyvä ratkaisu lapsen etua koskevan tulkinnan kehittämisessä, sen olisi voinut olettaa yleistyvän nopeasti. Näin ei ole kuitenkaan käynyt. Presumption avulla voidaan osoittaa lapsen edun tulkinnassa vallitsevia ongelmia, mutta se ei ole ehkä riittävän hyvä vaihtoehto tulkinnan kehittämiseksi edelleen. Avoimeksi jää, miten Kalifornian avioerolasten edun oikeudellinen tulkinta kehittyy vuosituhannen vaihduttua.

B Englanti

1. Englannin jakson perustana oleva kirjallisuus

Englantia koskeva jakso on rajattu nimenomaisesti Englantiin. Esimerkiksi Skotlantia ja Walesia koskevaa oikeutta ei näin ollen ole otettu huomioon. Englantia koskevan jakson pääasiallisena aineistona on ollut lähinnä perinteinen oikeuskirjallisuus, oppikirjat, monografiat ja artikkelit.[1] Samoin kuin Kalifornian kohdalla Englanninkin oikeuden kuvaamisessa pääpaino on oikeudellisessa kehityksen päälinjoissa sekä niihin liittyvissä syy-yhteyksissä sen mukaisesti kuin teoksen alkujaksossa on selostettu.[2] Tässä suhteessa *Susan Maidment*in teos *Child Custody & Divorce* vuodelta 1984 on ollut erityisen merkittävä.[3] *Maidment* on kuvannut avioeron yhteydessä annettavia lapsen huoltoa koskevia määräyksiä samantyyppisestä näkökulmasta. Yleinen ja keskusteleva näkökulma on muutenkin hyvin tavallinen esimerkiksi englantilaisissa monografioissa ja sama koskee myös artikkeleita.[4] *Maidment*in teos sattuu siis vain osumaan erityisen hyvin tämän tutkimuksen aihepiiriin. Oikeustapausten osalta on nojauduttu lähinnä oikeustieteen opiskelijoille tarkoitettuun oheismateriaaliin eikä virallisiin tapausselostuksiin.[5] Tapausten

---

[1] Varsinaisista oppikirjoista etenkin *Cretney – Masson*in teoksen Principles of Family Law tuoreimman painoksen (1997) osuus korostuu loppujaksoissa uusimman oikeuskehityksen osalta.

[2] Ks. Tutkimuksen lähtökohtia koskeva jakso, kohta 5. (Tutkimusaineisto – mitä tutkitaan?).

[3] *Maidment* (1984).

[4] Juuri tämä yleinen ja keskusteleva, pohtiva ja analysoiva kirjoittamistapa on syynä siihen, että englantilainen oikeustiede – ainakin perheoikeuden osalta – on ulkopuolisen näkökulmasta erityisen mielenkiintoista, mihin viittasin edellä tutkimuksen lähökohtia koskevassa jaksossa. Ks. kohta 2. (Tutkimuksen metodi – oikeusvertailu).

[5] *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987).

toimitetut lyhennelmät ovat palvelleet tämän tutkimuksen tavoitteita paremmin kuin virallinen raporttiaineisto.

Muu kuin oikeudellinen kirjallisuus jää Englantia koskevan jakson osalta verrattain vähäiseksi. Osittain tämä johtuu siitä, että engalntilaisessa doktriinissa on suhtauduttu melko varauksellisesti muiden alojen asiantuntemukseen, kuten jäljempänä ilmenee. Esimerkiksi käyttäytymistieteellisille avioerolapsia koskeville tutkimuksille ei ole haluttu antaa määräävää asemaa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Jakson lopulla asenne ei kuitenkaan enää vaikuta yhtä ehdottomalta.

2. Isän valta, naisasia ja lapsen etu

2.1. Oikeudellisen kehityksen lähtökohta: isän valta perheessä

Englannin oikeuden varhaisvaiheen keskeinen piirre – patriarkaalinen isänvalta – näkyi jo edellä Kaliforniaa koskevassa vertailevassa jaksossa.[6] Samaan tapaan kuin Kaliforniassa myös Englannissa lapsen etu esiintyi ensi kerran lapsen huollon määräämisessä poikkeuksena isän oikeuksien johdonmukaisesta kunnioittamisesta. Oikeudellisen kehityksen seuraaminen on tältä osin aiheellista aloittaa 1800-luvun alkupuolelta. Tällöin olennaista on ollut ero *common law*'n ja *equity*n välillä. Oikeuskäytäntöön perustuva *common law* määritteli isän oikeudet lapsensa huoltoon yleensä siihen asti, kunnes tämä täytti 21 vuotta.[7] Isän varsin ehdoton asema ilmeni muun muassa siinä, että ainoa kannetyyppi (*writ*), jota tässä yhteydessä saatettiin käyttää, oli niin sanottu *habeas corpus* -kanne, jonka avulla isä saattoi toteuttaa oikeutensa lapsen olinpaikan kontrollointiin.[8] Suorastaan klassinen esimerkki tästä on vuodelta 1804 peräisin oleva *de Manneville* -tapaus.

---

[6] Ks. edellä Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 2.1. (Lapsen etu poikkeuksena isän oikeuksille). Isän valta englantilaisessa oikeudessa ei kuitenkaan koskaan ollut niin voimakas kuin roomalaisessa oikeudessa, mutta sen patriarkaalinen lähtökohta oli ilman muuta sama. Näin *Bromley – Lowe* (1987) s. 256.

[7] *Atkins – Hoggett* (1984) s. 91.

[8] Vuonna 1962 ilmestynyt perheoikeuden oppikirja selvitti habeas corpus -kannetyyppiä seuraavasti: »The writ of habeas corpus, which may be used by anyone to regain his liberty if he is unlawfully detained against his will, may also be used by anyone claiming the custody of a child who has not reached the age of discretion.» *Bromley* (1962) s. 318. Termistä »*age of discretion*» lähemmin mts. sekä seuraava kohta 2.2. (Ensimmäiset äitien aseman parantamiseksi säädetyt lait).

> Tapauksessa *de Manneville* -niminen ranskalainen isä vaati palautettavaksi kahdeksan kuukauden ikäisen tyttövauvansa. Lasta vielä imettävä äiti oli paennut isää tämän väkivaltaisuuden vuoksi. Tuomioistuin määräsi lapsen palautettavaksi. Tuomari, lordi *Ellenborough* totesi päätöksessään seuraavasti: »...(H)e is the person entitled by law to the custody of his child. If he abuses that right to the detriment of the child, the Court will protect the child. But there is no pretence that the child has been injured for want of nurture, or in any other respect. Then he having a legal right to the custody of his child, and not having abused that right, is entitled to have it restored to him.[9]

Equity -oikeuden, jonka tehtävänä muutenkin oli ikään kuin kohtuullistaa ankaraa *common law*'ta, lähtökohdat lasten ja vanhempien välisissä suhteissa olivat sitä vastoin toisaalla. *Equity* -tuomioistuin (*Court of Chancery*) käytti tässä yhteydessä hallitsijan *parens patrie* – suojeluvaltaa. Vaikka *equity* -oikeus tunnusti periaatteessa isän oikeudet, se antoi väljemmät mahdollisuudet puuttua niihin lapsen suojelemisen tarkoituksessa.[10] Ajan myötä *equity*-oikeus sai lapsia ja vanhempia koskevissa asioissa suuremman merkityksen kuin isän oikeuksia korostava *common law*. Näiden eri oikeudenhaarojen yhdistyessä *Judicature Act* vuodelta 1873 totesi nimenomaisesti, että *equity*-oikeudella tuli olla etusija lasten huoltoa ja kasvatusta (*education*) koskevissa asioissa.[11] *Equity*-oikeuden soveltaminen ei kuitenkaan tarkoittanut isän *common law* -oikeuksien (»*the sacred rights of the father*») automaattista hylkäämistä, sillä oikeuksia pidettiin periaatteessa lapsen edun mukaisina.[12]

---

[9] Kuten edellä ilmeni, isän oikeudet oli periaattesssa mahdollista evätä, mutta tässä tapauksessa ei ollut siihen riittäviä perusteita. Lainaus edellä *Black – Cantor* (1989) s. 4, ks. myös *Maidment* (1984) s. 94–95 ja *Bromley – Lowe* (1987) s. 257. *Black – Cantor*in tapaan tapaukseen viittaavat muutkin amerikkalaiset kirjoittajat, kuten *Weitzman* (1985) s. 219. Toinen isän oikeuksista usein mainittu tapaus on nk. *Agar-Ellis* tapaus vuodelta 1883. Ks. tästä lähemmin *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 373–374, lyhyemmin myös *Bromley – Lowe* (1987) s. 257 ja *Bevan* (1989) s. 7.

[10] Esimerkiksi em. *de Manneville* -tapauksessa, *equity* -tuomioistuin päätti myöhemmin tosin hyläten äidin lapsen huoltoa koskevan hakemuksen, että isällä ei ollut oikeutta viedä lasta maan rajojen ulkopuolelle. Tähän päädyttiin nimenomaisesti lapsen etujen perusteella. *Maidment* (1984) s. 112. Ks. myös *Bromley – Lowe* (1987) s. 257.

[11] *Bromley – Lowe* (1987) s. 258. *Common law* -tuomioistuimet tunnustivat *equity*n etusijan lapsen huoltoa koskevissa asioissa jo ennen tätä.

[12] *Maidment* (1984) s. 107.

2.2. Ensimmäiset äitien aseman parantamiseksi säädetyt lait

1800-luvulla viktoriaaninen perhe rakentui Englannissa miehen paternaalisen vallan ympärille. Naisihanteena oli eräänlainen enkeli, joka kaikessa tuki miehen tavoitteita, piti talossa yllä miehen valtaan perustuvaa järjestystä ja oli aina horjumattoman kunniallinen. Vaikka teollistuva yhteiskunta tuki »julkisen» ja »yksityisen» eriytymistä, kodin suojattu yhteisö jäi miehen valtapiiriksi huolimatta sukupuolten tehtävien jakautumisesta, sukupuoliroolien muodostumisesta.[13] *Maidment*in mukaan tätä kehitystä tuki Englannissa 1800-luvun lopulla yleistyvä evankelinen uskonnollisuus, joka korosti uskonnon harjoittamista kotona ja teki miehestä kodin uskonnollisen johtajan.[14]

Samaan aikaan alkoi kuitenkin naisliikkeen toiminta. Naiset vaativat toisaalta äänioikeutta, mutta myös aviovaimon oikeudellisen aseman parantamista, erityisesti vaimon oikeutta omistaa itse erillinen omaisuutensa sekä oikeutta lasten huoltoon. Vuosina 1839, 1873 ja 1886 säädetyillä laeilla parannettiin asteittain naisten mahdollisuuksia vaatia lasten huoltoa avioeron yhteydessä. Lait olivat suurelta osin naisliikkeen ponnistelujen tulosta.

> Ensimmäinen tällainen laki oli vuoden *1839 Custody of Infants Act*. Lain säätäminen liittyi niin kutsuttuun *Caroline Norton*in tapaukseen. Yläluokkaan kuuluva *Mrs. Norton* oli asumuserossa miehestään tämän väkivaltaisuuden vuoksi. *Caroline Norton* ryhtyi julkiseen toimintaan vuonna 1837 huomattuaan, että hänen miehensä saattoi täysin laillisesti erottaa hänet lapsista ja vieläpä estää häntä tapaamasta heitä.[15] Lähinnä *Norton*in toiminnan ja useiden aloitteiden pohjalta syntyneellä lailla äiti oikeutettiin vaatimaan alle seitsemän vuoden ikäisen lapsensa huoltoa edellyttäen, ettei äiti ollut syyllistynyt aviorikokseen. Kysymyksessä ei ollut kuitenkaan lapsen huolto sen myöhemmässä merkityksessä, vaan lähinnä oikeus lapsen hoitamiseen. Isälle jäivät edelleenkin lapsen holhoukseen (*guardianship*) liittyvät oikeudet rajoittamattomina.[16]

---

[13] Kehitys kulki tässä suhteessa siis hieman toisin kuin Yhdysvalloissa. Vrt. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 2.2. (Äidin etusijan taustaa).

[14] *Maidment* (1984) s. 124–126.

[15] *Norton* kielsi itse olevansa mikään feministi, vaikka hänen toimintansa lain säätämiseksi tosiasiallisesti liittikin hänet oman aikakautensa feministeihin. Ks. lähemmin *Maidment* (1984) s. 113–115.

[16] *Maidment* (1984) s. 24, samoin *Atkins – Hoggett* (1984) s. 92. Lakia on kutsuttu myös nimellä *Talfourd's Act. Talfourd* oli lakimies ja parlamentin jäsen, jonka nimissä lakialoitteet oli tehty ja joka itse myös toimi aktiivisesti niiden hyväksi. *Maidment* (1984) s. 113, *Bromley – Lowe* (1987) s. 259.

Ensimmäinen avioeroa koskeva laki *Matrimonial Causes Act* säädettiin vuonna *1857*.[17] Laki oikeutti samalla erityisen avioerotuomioistuimen (*Divorce Court*) antamaan sellaisia huoltoa koskevia määräyksiä, joita se piti sopivina (»*as it thinks fit*»). Avioerotuomioistuin noudatti kuitenkin oikeuskäytännössään *common law*'n ja *equity*-oikeuden kehittämiä sääntöjä. Avioeron edellytysten osalta merkittävää oli se, että naisten oli huomattavasti vaikeampaa saada avioero kuin miesten, sillä miesten uskottomuudesta edellytettiin paljon vaativampaa näyttöä kuin naisten uskottomuudesta.[18] Vuoden *1878 Matrimonial Causes Act* oikeutti kuitenkin *Magistrates' Court* -alioikeudet yksinkertaisia asioita varten myöntämään asumuseron niille aviovaimoille, joiden miehet olivat syyllistyneet pahoinpitelyyn ja jotka eivät voineet saada avioeroa. Samalla sama tuomioistuin saattoi antaa alle 10-vuotiaiden lasten huollon äidille.[19]

Naisasialiikkeen tärkeimpänä tavoitteena on sanottu vuodesta 1854 alkaen olleen aviovaimojen oikeuden tunnustaminen oman omaisuuden omistamisessa. Tätä koskeva laki säädettiin vihdoin vuonna 1882.[20] Jo tätä ennen oli kuitenkin laajenettu niitä oikeuksia, joita äidille oli annettu vuoden 1839 lailla. Vuoden *1873 Custody of Infants Act* antoi äidille oikeuden vaatia alle 16-vuotiaiden lasten huoltoa.[21] Syyksi mainittiin muun ohessa vuoden 1839 laista saadut »hyvät kokemukset». Samalla ratkaistiin käytännössä ilmennyt tulkintakysymys toteamalla nimenomaisesti, että sopimus, jolla isä luovuttaa asumuserotilanteessa lasten huollon äidille, ei sinänsä ollut lain vastainen. Parlamentti ratkaisi tämänkin asian naisten hyväksi toisin kuin isän oikeuksista lähtenyt ennakkotapaus. Laista jätettiin lisäksi pois määräys, joka oli estänyt aviorikoksen tehneen äidin määräämisen lapsen huoltajaksi.[22]

---

[17] Tätä ennen avioliiton mitätöiminen oli ollut mahdollista vain eräänlaista erivapaustietä, käytännössä parlamentin säätämällä lailla, »*Act of Parliament*», mikä edellytti mm. kirkollisen tuomioistuimen myöntämää asumuseroa »*a mensa et thoro*», ks. *Bromley* (1962) s. 81, *Bromley – Lowe* (1987) s. 170–171. Ks. myös *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 170–173, mistä mm. ilmenee, että vuosina 1840–1856 parlamentti oli myöntänyt avioeron 76 tapauksessa. Menettely oli varsin kallis, minkä vuoksi vain hyvin varakkailla oli mahdollisuus sen käyttämiseen.

[18] Ks. näistä edellytyksistä esim. *Maidment* (1984) s. 132.

[19] *Maidment* (1984) s. 119–120, ks. myös esimerkkitapauksia *Divorce Court*in käytännöstä avioero- ja asumuserokäytännöstä, s. 120–122.

[20] *Maidment*in mukaan näiden vuosien välillä parlamentille esitettiin yhteensä 18 lakiesitystä asiasta. *Maidment* (1984) s. 117–119.

[21] Huollon käsitteestä tässä yhteydessä pitää paikkansa edellä vuoden 1839 lain yhteydessä sanottu.

[22] *Maidment* (1984) s. 121–122, missä on selostettu myös oikeuskäytäntöä asumuseron yhteydessä tehdyistä sopimuksista (*separation deed*). Ks. erit. tapaus *Hamilton v. Hector* (1872) mts. 121–122 vaihde. 16 vuoden ikä oli nk. »*age of discretion*», jonka jälkeen lapsen huoltoa koskevia oikeuksia ei voitu *common law*'n mukaan toteuttaa vas-

*Married Women's Property Act*in säätämisen jälkeen naisliikkeen päähuomio oli kääntynyt jälleen lapsiin. Naiset vaativat miestensä kanssa tasavertaista asemaa. Tasavertainen asema merkitsisi ennen muuta vanhempien yhteistä huoltoa ja holhousta avioliiton aikana ja yhtäläisiä mahdollisuuksia tulla määrätyksi lasten huoltajaksi avioeron yhteydessä. Edellistä vastustettiin lähinnä sen vuoksi, että yhteisen huollon ja holhouksen katsottiin lisäävän keskinäisiä erimielisyyksiä kodeissa eikä tätä pidetty toivottavana.[23] Lopullisessa laissa *Guardianship of Infants Act 1886* vanhemmille annettiin lain sanamuodon perusteella yhtäläiset oikeudet lasten huoltoon avioeron jälkeen. Avioliiton aikana isä siis pysyi edelleen ainoana huoltajana. Äiti sai näin oikeuden vaatia lasten huoltoa avioerotilanteessa lasten täysi-ikäisyyteen eli 21 ikävuoteen asti. Isällä ei vuoden 1886 lain mukaan ollut myöskään mahdollisuutta syrjäyttää äidin huoltoa kuolemansa jälkeen. Aikaisemmin tämä oli ollut mahdollista määräämällä lapselle holhooja testamentissa. Isän määräämän holhoojan oli nimittäin uuden lain mukaan toimittava yhdessä äidin kanssa. Rajoitettu oikeus määrätä testamentilla holhooja annettiin myös äidille.[24]

Vuoden 1886 *Guardianship of Infants Act* merkitsi siis naisille periaatteessa yhtäläistä oikeutta lasten huoltoon avioeron yhteydessä.

> The (High Court or County Court) may ... make such order as it may think fit regarding the custody of such infant and the right of access thereto of either parent, having regard to the welfare of the infant, and to the conduct of the parents, and to the wishes as well of the mother as of the father.[25]

Huoltoa koskevan määräyksen esteenä saattoi olla nyt myös isän eikä vain äidin käytös. Molempien vanhempien toivomusten ohella tuomioistuimen tuli ottaa huomioon lapsen etu.[26] *Maidment* tiivistää asian seuraavasti:

---

toin lapsen tahtoa. Isän oikeudet jatkuivat kuitenkin 21 ikävuoteen asti. *Bromley* (1962) s. 318.

[23] Ks. lain syntyvaiheista ja niihin liittyneistä yhteiskunnallisista tapahtumista lähemmin *Maidment* (1984) s. 126–130. Vaatimuksiin on saattanut vaikuttaa myös tunnettu *Re Agar-Ellis* -tapaus vuodelta 1883. Vanhempien välinen kiista lasten uskontokunnasta, joka syntyi isän toimittua vastoin vanhempien välistä sopimusta, johti äidin ja lasten erottamiseen toisistaan. Tuomioistuin piti tätä oikeutettuna isän vallan käyttämisenä. »(T)he court had no jurisdiction to interfere with the father's legal right to control the custody and education of his children, in the absence of any fault on his part.» *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 373–374.

[24] *Maidment* (1984) s. 130–131, *Bromley – Lowe* (1987) s. 259. 1800-luvun lainsäädännöllisistä uudistuksista kokoavasti myös esim. *Bromley* (1962) s. 305–306, *Cretney* (L.Q.R. 1996) s. 112 alav. 21.

[25] Sitaatti *Cretney*n artikkelista (L.Q.R. 1996) s. 130 alav. 134.

[26] *Maidment* (1984) s. 129–130, *Bevan* (1989) s. 8. *Bevan*in mukaan lapsen etu oli

> The Guardianship of Infants Act 1886 was clearly by the turn of the century being interpreted as having made two important changes in the law. As between husband and wife in custody or access disputes considerations of their conduct and wishes were in principle equal, although the adulterous wife was still not treated with full equality, but »paramount» above these was the court's understanding of the welfare of the child.[27]

Vaikka äidin asema lasten kasvattajana oli vahvistunut koko 1800-luvun ajan, äitiys ei vielä sellaisenaan riittänyt ohittamaan moraalisia vaatimuksia. Lapsen etua tulkittiin 1900-luvun puoliväliin asti siten, ettei haureuteen syyllistynyttä äitiä voitu määrätä lasten huoltajaksi. Syyllisen äidin mahdollisuutta tavata lapsiaan oli myös rajoitettu.[28]

2.3. Äänioikeus, avioero, lasten huolto – »What Will the Women Want Next?»

Yllä oleva sitaatti on sellaisenaan *S.M. Cretney*n vuonna 1996 julkaiseman artikkelin otsikosta.[29] *Cretney* käsittelee siinä perheoikeudellisia uudistuksia vuosina 1925–1975. Käytännöllisenä lähtökohtana oli hiljattain avautunut mahdollisuus käyttää ministeriön lainvalmistelupöytäkirjoja ja muita julkisiksi tulleita asiakirjoja.[30] *Cretney* osoittaa, että juuri naisasialiike ajoi voi-

---

ensimmäisen kerran esiintynyt vuoden 1873 laissa yhtenä kriteerinä muiden joukossa. *Bevan* (1989) s. 8, alav. 3. Lapsen etu -käsitteestä käytetään Englannissa yleensä muotoa *the welfare of the child*, kun taas Yhdysvalloissa *the best interest of the child* on yleisempi. Ero on pelkästään kielellinen. Molemmat ilmaisut viittavat samaan käsitteeseen. Etenkin Englannissa kirjoittajat silloin tällöin käyttävätkin sekaisin molempia muotoja. Vrt. esim. *Maidment* (1984) s. 131 ja *Bevan* (1989) s. 8, missä molemmat puhuvat vuoden 1886 laista toisen käyttäessä *best interest* ja toisen *child's welfare* -muotoa.

[27] *Maidment* (1984) s. 130.

[28] *Maidment* (1984) s. 131.

[29] *Cretney* toteaa sitaatistaan alaviitteessään seuraavasti: »This rhetorical question was endoresed by an official on the Home Office file HO 45/16479/176695 containing twenty-seven minutes recording on April 19. 1929 between the Prime Minister (Stanley Baldwin) and the Chancellor of the Exchequer (Winston Churchill) and a Deputation of Representatives of Women's Organisations organised by the Equal Rights General Election Campaign Committee and the National Union of Societies for Equal Citizenship.» *Cretney* (L.Q.R. 1996) s. 110 alav. 1.

[30] *Cretney* (L.Q.R 1996) s. 110 et. alav. 12. 30 vuoden säännöstä seuraisi, että esimerkiksi *Maidment*illä ei ole ollut samaa mahdollisuutta tässä laajuudessa tehdessään lapsen huollon historiaan liittyvää tutkimustaan 1980-luvun alussa.

makkaimmin 1920-luvun perheoikeudellisia uudistuksia, jotka olivat tärkeä osa naisten tasa-arvoa koskevia tavoitteita.[31]

Naiset saivat Englannissa valtiollisen äänioikeuden vuonna 1918. Äänioikeus merkitsi naisten tasa-arvon kehityksen kannalta keskeistä läpimurtoa.[32] Naisasialiikkeiden toiminnan tärkeimpiä tavoitteita sen jälkeen oli tasa-arvon toteutuminen puolisoiden välillä.[33] Käytännössä tämä tarkoitti esimerkiksi avioeron edellytysten yhtäläistä arvioimista siitä riippumatta, oliko kantajana mies vai vaimo, mikä toteutuikin vuonna 1923 säädetyllä lailla (*Matrimonial Causes Act*).[34]

> Lain yksinkertainen sisältö oli se, että mies ja vaimo saatettiin muodollisesti tasavertaisiksi avioeron saamisessa. Aviorikos säilyi ainoana avioeron perusteena, mutta sitä arvioitiin nyt samalla tavalla molempien puolisoiden osalta.[35]

Puolisoiden välinen tasa-arvo lasten huollossa oli yksi keskeisistä naisasialiikkeen perheoikeudellisista tavoitteista. Vaikka naiset olivat saaneet vähitellen oikeuden lasten huoltoon avioeron yhteydessä, miehet olivat silti yksin lasten laillisia edustajia avioliiton aikana. Äideillä ei siten ollut mahdollisuutta viedä isän mielivaltaistakaan kasvatusmenettelyä tuomioistuimen tutkittavaksi, niin kauan kuin puolisot olivat avioliitossa keskenään.[36] Naisasia-

---

[31] Samoin *Maidment* (1984) s. 107 alk. etenkin s. 107–108.

[32] Vuoden 1919 Sex Disqualification Removal Act avasi naisille tien kaikkiin julkisiin virkoihin ja asemiin. *Maidment* (1984) s. 133.

[33] Tärkein naisten asiaa ajanut yhteisö oli *National Union of Societies for Equal Citizenship, NUSEC* (vuoteen 1919 *National Union for Women's Suffrage Societies*), jonka voimahahmoista sekä *Cretney* että *Maidment* mainitsevat erityisesti liiton puheenjohtajan (President) Mrs. *Eleanor Rathbonen*, *Cretney* (L.Q.R. 1996) s. 115, 120. Liitto otti vuonna 1919 ohjelmaansa *Rathbonen* johdolla puolisoiden yhteisen huollon ja holhouksen sekä myös naisten aseman parantamisen lapsen huollon määräämisessä avioeron yhteydessä. Ks. lähemmin muista naisasialiikkeistä vuosisadan vaihteessa ja sen jälkeisinä vuosina sekä toiminnasta perheoikeudellisten uudistusten saavuttamiseksi samoin kuin lapsen huoltoon liittyvän lakialoitteen keskustelusta Alahuoneessa *Maidment* (1984) s. 131–141.

[34] Ks. edellinen kohta 2.2. (Ensimmäiset äitien aseman parantamiseksi säädetyt lait), tiheällä painettu.

[35] *Bromley – Lowe* (1987) s. 171. Avioeroperusteita lisättiin myöhemmin vuoden 1937 lailla (*Matrimonial Causes Act*). Sen mukaan aviorikoksen (*adultery*) lisäksi molemmat puolisot saattoivat vaatia avioeroa toisen julmuuden, vähintään kolme vuotta kestäneen hylkäämisen sekä parantumattoman sairauden perusteella (*cruelty, desertion, incurable insanity*). Ks. lähemmin *Cretney – Masson* (1990) s. 83–86.

[36] *Cretney* (L.Q.R. 1996) s. 112–113. *Maidment*in mukaan em. naisasialiiton taholta

liiton puheenjohtaja Mrs. *Rathbone* arvioi avioliiton aikaista miehen yksinhuoltoa ja sen kohtuuttomuutta naisten kannalta vuonna 1924 ilmestyneessä teoksessaan seuraavasti:

> If comparatively few husbands abuse their power in this respect, it is because the sense of justice of the ordinary man refuses to let him take seriously the monstrous legal fiction that a man has a primary right to the sole control of the children whom a woman has borne with a great suffering and a risk of her life and to whose care nature and custom require her to devote herself as the chief work of the best years of her life.[37]

Puolisoiden yhteishuoltoa koskeva uudistus kohtasi parlamentissa kuitenkin voimakasta vastustusta. *Cretney* on koonnut tässä keskustelussa käytettyjä argumentteja. Niiden mukaan merkittävimmiksi näkökohdiksi nousivat arviot, joiden mukaan puolisoiden tasavertainen asema johtaisi epäjohdonmukaisuuteen ja sekavuuteen, josta kärsisi niin kotien ilmapiiri kuin lasten hyvinvointikin. Ristiriidat tekisivät tuomioistuimien puuttumisen perhe-elämään välttämättömäksi, mitä taas pidettiin periaatteelliselta kannalta arveluttavana. Yllättävimmiltä vaikuttivat ne periaatteelliset kannanotot, jotka liittyivät hallinnoimiseen yleensä ja siihen, että yhteishallinnointi ei ikään kuin rationaalisesta lähtökohdasta katsoen voi olla mielekästä.

> Eri näkökohtia havainnollistettiin esimerkiksi käyttäen hyväksi merenkulkuun liittyvää kokemusta: yhteen laivaan mahtui vain yksi kapteeni eikä kukaan omistaja voisi hyväksyä kahta kapteenia yhteen laivaan.[38]

---

todettiin, että lasten huollon saaminen avioeron yhteydessä oli naiselle edellä mainituista uudistuksista huolimatta käytännössä lähes mahdotonta. *Maidment* (1984) s. 133.

[37] Lainaus sisältyy *Cretney*n artikkeliin, *Cretney* (L.Q.R. 1996) s. 115.

[38] »No ship-owner would contemplate giving him (the mate of ship) equal authority and power. One man (the captain) alone must dictate the course and prescribe the speed. Divided counsels in bad weather would make for ship-wreck, even though both parties aspired to save the ship.» Report from the Joint Committee of Lords and Commons (luonnos)... prepared by *Lord Askwith*. *Cretney*n siteeraamana (L.R.Q. 1996) s. 116–117. *Cretney*n kokoamat lakialoitetta vastaan esitetyt argumentit (L.Q.R. 1996) s. 115–119. Muun ohessa keskustelussa todettiin myös, että mm. 28:ssa Yhdysvaltain osavaltiossa oli säädetty avioliiton aikaista yhteishuoltoa koskeva laki. *Sir Charles Biron*, joka oli ylä- ja alahuoneen yhteisen *Select Committee*n jäsen, oli todennut tähän liittyen mm. seuraavasti: »... (A)ll I can say is from my experience of the United States the children are very badly brought up. You never see such ill-behaved children as you do in the United States of America». *Cretney* (L.Q.R. 1996) s. 116 alav. 42, *Maidment* (1984) s. 136.

2.4. Vuoden 1925 kompromissi: lapsen etu

Parlamenttikäsittelyn lopputulos *Guardianship of Infants Act* vuodelta 1925 oli naisasialiikkeen kannalta kompromissi. Naisasialiike joutui luopumaan – toistaiseksi – tärkeimmästä tavoitteestaan vanhempien yhteisestä huollosta. Kompromissin hylkääminen olisi ilmeisesti haitannut kaikkien tavoitteiden etenemistä. Näin menetellen voitiin saavuttaa seuraavat uudistukset:[39]

1. Lapsen kasvatusta koskevat asiat tuli ratkaista siten, että lapsen etu oli ensimmäinen ja tärkein näkökohta (»*The welfare of the infant is the first and paramount consideration*»). Isän oikeuksille ei tullut tässä suhteessa antaa suurempaa merkitystä kuin äidinkään oikeuksille.[40]
2. Äiti sai isän kanssa yhtäläisen oikeuden saattaa minkä tahansa lasta koskevan asian vireille tuomioistuimessa. Tämä antoi äidille mahdollisuuden järjestellä lapsen huoltoa jo avioliiton aikana.[41]
3. Lasta koskevat asiat voitiin uuden lain perusteella käsitellä myös *magistrates' court* -tuomioistuimissa, mikä merkitsi myös prosessien yksinkertaistumista asianosaisten kannalta. Käytännössä tällä uudistuksella olikin huomattava merkitys eikä ilmeisesti vähiten juuri naisten kannalta.[42]
4. Molemmille vanhemmille tuli yhtäläinen oikeus määrätä testamentilla holhoojasta (*guardian*) kuolemansa varalta. Äidille tässä suhteessa vuoden 1886 lailla asetetut rajoitukset poistettiin. Vanhemmilla oli tämän jälkeen yhtäläiset mahdollisuudet rajoittaa toisen vanhemman huoltoon liittyviä oikeuksia oman kuolemansa jälkeen.[43]

Periaatteelliselta kannalta merkittävintä oli, että lapsen etu syrjäytti sekä isän että äidin vaatimukset lapsen huoltoa koskevassa asiassa. Perheyhtey-

---

[39] *Cretney* (L.Q.R. 1996) s. 124, *Maidment* (1984) s. 140, *Bromley* (1962) s. 319–320.

[40] Alun perin lakiehdotuksessa lapsen edun piti olla ainoa huomioon otettava näkökohta. Kun se lopullisessa muodossa muuttui ensimmäiseksi ja ylimmäksi näkökohdaksi, haluttiin siten osoittaa, että aiemmin laissa mainituilla vanhempien käytöksellä ja toiveilla oli edelleen merkitystä osana sitä sosiaalista todellisuutta, missä lapsi eli. Lailla siis muutettiin lähinnä vain eri näkökohtien painoarvoa. Ks. tästä lähemmin *Cretney* (L.Q.R. 1996) s. 129–133, *Maidment* (1984) s. 138.

[41] Huoltoa tai elatusta koskevat päätökset raukenivat kuitenkin kolmen kuukauden kuluttua, jos vanhemmat eivät olleet sitä ennen muuttaneet erilleen. *Cretney* (L.Q.R. 1996) s. 126–127.

[42] *Cretney* (L.Q.R. 1996) s. 133–134.

[43] *Common law* -oikeuden perusteellahan isä saattoi syrjäyttää äidin täysin määräämällä testamentilla holhoojan. Ks. edellä kohta 2.2. (Ensimmäiset äitien aseman parantamiseksi säädetyt lait).

den hajotessa isän oikeudet menettivät siis asemansa, vaikka säilyivätkin eheän perheen sisäisen valtarakenteen tukipilarina.

Oliko lapsen huoltajan määräämisessä avioerossa 1900-luvun alkupuoliskolla lopulta kysymys lapsen edusta vai naisen oikeudesta? *Maidment*in esittämän tulkinnan perusteella asiaa voidaan tarkastella seuraavasti.[44]

Viktoriaaniset käsitykset avioliitosta, kodista ja naisen asemasta loivat lähtökohdan naisten avoimelle kamppailulle oikeudesta omiin lapsiinsa. Vaikka naisen tehtävänä oli ennen muuta hoivata lapsiaan, miehiselle patriarkaatille rakentunut perheoikeus ei suojannut äidin ja lapsen välistä suhdetta. Ristiriita syveni, kun naisen oikeudet suhteessa valtiovaltaan tunnustettiin. Naisasialiikkeen ja parlamentin välisessä taistelussa lapsen edusta tulikin tavallaan ase naisten oikeuksia vastaan.[45]

Eivätkö naiset sitten ajaneet lapsen asemaa? *Maidment*in mukaan naiset ajoivat oikeuksiaan voidakseen suojella lapsiaan isän ehdottomien oikeuksien väärinkäytöltä. Naisasialiikkeen pyrkimykset tulkittiin kuitenkin toisin. Naisten katsottiin ajavan vain *omia* oikeuksiaan. Naisten itsenäiset oikeudet olisivat *Maidment*in arvion mukaan vaarantaneet miehen valtaan perustuvan perherakenteen, jota valtio siis asettui suojelemaan. Tässä mielessä oli tavallaan paradoksaalista, että naisten vaatimukset väistettiin laajentamalla lapsen edun periaatteen käyttöalaa. Naisten oikeudet ja lapsen etu asetettiin näin vastakkain, vaikka mahdollisuus suojella omia lapsia olikin naisten näkökulmasta tärkein motiivi vaatimuksille, jotka samalla koettiin naisten tasa-arvon kannalta oikeutetuiksi.

Kaikesta huolimatta lasten asema parani naisasialiikkeen tasa-arvoa koskevien vaatimusten seurauksena. Lapsen edun periaatteen soveltamisalan edellytyksenä oli näet isän oikeuksien väistyminen. Isän ehdottomia oikeuksia eivät kuitenkaan tässä tilanteessa vastustaneet niinkään lastensuojeluliikkeet vaan juuri naisasialiikkeet.

> It may have happened anyway, because other developments in society emphasised the child as a centre of concern (...). But as historical fact the emergence of the Guardianship of Infants Act 1925 owes far more to the women's movement than to the child protection movement.[46]

Maidment osoittaa naisten ja miesten oikeuksien sekä lasten oikeudellisen aseman keskinäisen monimutkaisen vuorovaikutuksen. Sukupuolten val-

[44] *Maidment* (1984) s. 143–148.
[45] *Maidment* (1984) s. 145–146 (vaihde).
[46] *Maidment* (1984) s. 147.

tataistelua käytiin tavallaan peitellysti lapsen etua koskevilla argumenteilla, mikä ilmeni parlamentissa käydyistä keskusteluista. Kun selvää tulosta ei syntynyt, otettiin lapsen etu kompromissiratkaisuksi. Lapsen edun periaate tuli näin määräävään asemaan ainakin yhtä paljon sukupuolten valtataistelun tuloksena kuin siksi, että lapsia haluttiin erityisesti suojella.[47]

Lainsäädännöllä olikin nyt avattu kaikki mahdollisuudet naisten huoltajuuteen avioerossa. Tämä ei silti ratkaissut kysymystä ilman muuta naisten eduksi, vaikka vallitseva perheen sisäinen työjako määräsi lasten hoidon äidin tehtäväksi. Lapsen etua tulkittiin yleensä tuomioistuimissa äidin eduksi. Poikkeuksen muodostivat kuitenkin tapaukset, joissa äiti oli syyllinen avioeroon. Tämä ongelma ratkesi lopullisesti vasta, kun syyllisyysperiaate oli poistettu avioeroperusteista.

3. Äidin hoiva lapsen etuna

3.1. Syytön äiti

Vuoden 1925 lain säännös, jonka mukaan lapsen etu on ensimmäinen ja tärkein näkökohta lapsen huoltoa koskevissa asioissa (»*the welfare of the child is the first and paramount consideration...*»), oli voimassa lähes sellaisenaan aina vuoteen 1991 asti, jolloin vuoden 1989 *Children Act* tuli voimaan.[48] *Susan Maidment* on verranut äidin etusijan syntymistä lapsen edun tulkinnassa seuraavasti.

*Maidment*in mukaan lapsen etua koskeva periaate kehittyi alun perin *equity*-tuomioistuimissa alaikäisen omaisuuden suojelua koskevissa asioissa. Lapsen huoltoa koskeviin asioihin se omaksuttiin jo vuoden 1857 avioerolainsäädännön yhteydessä. Isän »pyhät oikeudet» (»*sacred rights*») oli-

[47] Vaikka lastensuojeluliikkeiden rooli ei tässä yhteydessä ollutkaan näkyvä, se ei merkitse sitä, ettei lastensuojelulla olisi ollut vaikuttavaa asemaa yhteiskunnassa yleensä. Lasten suojeluun eräänlaisena yhteiskunnallisena tendenssinä *Maidment*kin ilmeisesti viittaa em. sitaatissa. Englannissa lastensuojelu oli yhteiskunnallisen liikkeen ansiosta vakiinnuttanut asemansa 1800-luvun lopulla. Ks. Englannin lastensuojelun historiasta esim. *Stang Dahl*: Child Welfare and Social Defence (1985) s. 25 alk.

[48] Ilmeisesti termi »*infant*» korvattiin vuoden 1971 lailla sanaksi »*minor*» (*Guardianship of Minors Act*), mikä taas muutettiin vuonna 1987 (*Family Law Reform Act*) sanaksi »*child*». *Statutes* (ed. Vaulkhard 1990) s. 752.

vat kuitenkin lapsen edun tulkinnan lähtökohtana aina tämän vuosisadan alkupuolelle asti.[49]

Pitkällä aikavälillä Englannin oikeudessa voidaan *Maidment*in mukaan nähdä samantyyppinen siirtymä isän etusijasta äidin etusijaan kuin Yhdysvalloissakin. *Tender years* -oppiin verrattuna englantilaisella oikeudellisella kehityksellä on kuitenkin selviä eroja. *Maidment* toteaa, että äidin etusija ei missään vaiheessa ollut Englannissa oikeussääntö »*rule of law*», vaan erään-lainen luonnonlaki, »*natural law*».[50] Yhdysvalloissa tilanne on ollut eri osavaltioissa erilainen, mutta useissa osavaltioissa *tender years* -sääntö oli ilmaistu laissa ja sen vaikutus muuallakin on esimerkiksi alan oppikirjojen valossa ollut kiistaton. Englannissa kysymys oli aina lapsen etua koskevan periaatteen tulkinnasta, siis selvästi enemmän yksittäistapausten tulkinnasta kuin Yhdysvalloissa. Äidin etusijan vakiintuminen vei Englannissa myös pitemmän ajan kuin Amerikassa. Syyllisyyskysymyksellä on ollut tärkeä asema molemmissa maissa, mutta myös tässä suhteessa Englannin oikeus näyttää konservatiivisemmalta. Näiden piirteiden voidaan nähdä ilmentävän isän oikeuksien historiallisesti vahvaa asemaa. Amerikassa Englannin vanha *common law* kohtasi uusien olosuhteiden lisäksi myös uuden itsenäiseksi kehittyvän kansakunnan. Oli ehkä luonnollista, että *common law*'hon perustuvia isän oikeuksia kunnioitettiin vanhassa emämaassa uskollisemmin kuin uudella mantereella. Juuri tähän näkökohtaan liittyy vielä yksi erottava tekijä. Isän oikeuksien murtaminen tapahtui Englannissa nimenomaan lainsäädännön kautta, kun taas Yhdysvalloissa ratkaisevana tekijänä katsottiin olleen tuomioistuinten harkinta, edellä kuvattu »*judicial patriarchy*».[51]

*Maidment*in mukaan tuomioistuimien päätöksissä alettiin avoimesti puhua äidin etusijasta varsinaisesti vasta 1960-luvulla siitä huolimatta, että puolisoiden tehtävien selvä jako oli muodostunut jo viktoriaanisena aikana lähes sata vuotta aikaisemmin.[52] Tosiasiallisesti lapset oli oikeuskäytännössä yleensä määrätty äidille jo tätä ennenkin. Ratkaisevana käänteenä *Maidment*

---

[49] *Maidment* (1984) s. 153–155. Laatusana »sacred» esiintyy varsin usein isän oikeuksien määreenä. Ks. esim. tapauselostusta *Re Agar-Ellis* teoksessa *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 373. »...The rights of a father are sacred rights because his duties are sacred duties...».

[50] *Maidment* siteeraa tässä yhteydessä *Court of Appeal*in tuomareita vuodelta 1962 peräisin olevassa oikeustapauksessa (*Re L*). *Maidment* (1984) s. 155–157.

[51] Ks. edellä Kaliforniaa koskeva jakso, luku 2. (Isän oikeudesta äidin etusijaan), etenkin kohdat 2.1. (Lapsen etu poikkeuksena isän oikeuksille), 2.2. (Äidin etusijan taustaa) ja 2.3. (Äidin etusijaa koskeva »tender years» -oppi).

[52] *Maidment* (1984) s. 156.

pitää tässä suhteessa vuonna 1886 tapahtunutta lainmuutosta. Esimerkiksi vuoden 1925 lain säätämisvaiheessa parlamentin alahuoneessa käydyssä keskustelussa muistutettiin, että tuomioistuimet pitivät jo tuolloin äitiä eivät ainoastaan tasa-arvoisena, vaan jopa ensisijaisena huoltajana erityisesti silloin, kun lapset olivat pieniä (»*of tender age*»).[53] *Maidment* katsoo, että oikeuskäytännössä isän *prima facie* -etusija lapsen huoltajuudessa vaihtui äidin *prima facie* -etusijaan 1900-luvun alkupuolella. Syytön äiti määrättiin tämän jälkeen yleensä lapsen huoltajaksi.[54]

Vuonna 1962 ilmestyneessä *Bromley*n perheoikeuden oppikirjassa äidin etusija todetaan varsin avoimesti:

> Other things being equal, the court will almost invariably give the mother custody of young or sickly children or those who for some other reason particularly need a mother's care.[55]

Äidin etusijan jälkeen tulkinnassa otettiin huomioon lapsen toivomukset, sisarusten jakamattomuus sekä lasten uskonnollinen kasvatus.[56] Äidin merkitykseen nimenomaan äitinä on vedottu vielä niinkin myöhään kuin vuonna 1977 ja 1982 annetuissa ratkaisuissa.

> ...Nothing that I have heard would induce me to take away a little girl who is not yet 2 1/2 from a really good mother, and nobody has suggested that these children should be separated. I might cause untold harm to the little girl if she were taken away from her mother now.[57]
>
> ...(T)he courts consider that a child of this age (noin 2 vuotta) and a child considerably older than this too ought to be with the mother if other things are equal unless there is some strong ground for saying that the child's best interest will be away from her mother.[58]

Erityisesti jälkimmäisessä vuonna 1982 annetussa ratkaisussa todetaan tuomioistuimien yleisesti katsovan, että pienten lasten tulisi olla äitiensä kans-

---

[53] *Maidment* (1984) s. 136–137.

[54] *Maidment* (1984) s. 155.

[55] *Bromley* (1962) s. 315–316.

[56] Toivomusten kuuleminen ei kuitenkaan ollut ilmauksena lapsen autonomiasta vaan näyttönä lapsen edusta. *Bromley* huomauttaa nimenomaisesti, että tarkoituksena ei ole, että tuomioistuin täyttäisi lapsen toiveet, vaan että tuomari voisi paremmin arvioida lapsen etua. *Bromley* (1962) s. 316.

[57] (*Stamp LJ*) Court of Appeal tapauksessa *Re K* (1977), *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 466–469, lainaus s. 469.

[58] (*Cumming-Bruce LJ*) Court of Appeal, *Re W* (1982), *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 471–472, lainaus s. 471. Ks. kuitenkin myös *B v B*, Court of Appeal (1985), missä noin viisivuotias lapsi määrättiin isän huoltoon, mts. 472–473.

sa, ellei jokin muu vahva peruste puolla lapsen sijoittamista muualle kuin äitinsä luokse. Tuomioistuin ei tässä yhteydessä perustele äidin etusijaa millään muulla tavalla kuin sillä, että tuomioistuimet katsovat asian olevan näin.

3.2. Syyllinen äiti – »split order»

Vaikka äidillä olikin *prima facie* -etusija lasten huoltajaksi, syyllisyys avioeroon muodosti käytännössä kuitenkin pitkään esteen äidin huoltajuudelle, siitä huolimatta että lain perusteella syyllisyys avioeroon oli lakannut olemasta ehdoton este lasten huollon määräämiselle jo 1800-luvun loppupuolella.[59] Vuonna 1910 annettiin tässä suhteessa merkittävä ratkaisu. Sen mukaan

> (t)he benefit and interest of the infant is the paramount consideration and not the punishment of the guilty spouse.[60]

Kyseinen päätös ei kuitenkaan ratkaissut avioeroon syyllisen äidin ongelmaa, vaan ehkä pikemminkin päinvastoin. Kun syyllisyys ei automaattisesti sulkenut äidin huoltajuutta pois, tuomioistuimien oli toden teolla pohdittava, olisiko lapset määrättävä äidille tämän syyllisyydestä huolimatta.

Vastaus oli kuitenkin yleensä kielteinen. Äitiyden ihanne ei rajoittunut pelkästään lasten hoitoon, vaan siihen liitettiin myös avioelämää koskevia ihanteita.

> This (good mothering) in itself is not always enough; one must remember that to be a good mother involves not only looking after the children, but making and keeping a home for them with their father... in so far as she herself by her own conduct broke up that home she is not a good mother.[61]

Koska »huonokin» äiti kykeni kuitenkin usein tarjoamaan lapsille ja erityisesti pienille lapsille parempaa huolenpitoa kuin työelämään vahvasti integroitunut isä, kehitettiin 1930-luvulla ratkaisu, joka merkitsi sitä, että oi-

---

[59] Ks. edellä kohta 2.2. (Ensimmäiset äitien aseman parantamiseksi säädetyt lait).

[60] *Stark v Stark and Hitchins* (1910), lainaus *Maidment* (1984) s. 155. Vuodelta 1924 peräisin olevassa tapauksessa argumentoitiin vielä suoremmin nimenomaan äidin puolesta tämän syyllisyydestä huolimatta: »Although her mother has fallen she remains her mother... .» Tässä tapauksessa kyse oli tapaamisoikeudesta. Lasta ei oman etunsa vuoksi erotettu täysin äidistään, mts.

[61] *Re L. (infants)* (1962), sitaatti kirjoituksessa *Smart* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989) s. 20.

keudellisesti huolto säilyi syyttömällä isällä, mutta äidille määrättiin lasten tosiasiallinen hoito ja valvonta, »*care and control*».[62] *Split order* merkitsi siis eräänlaista huollon jakamista oikeuksiin ja velvollisuuksiin.[63] Käytäntö oli yleistä erityisesti 1950- ja 1960-luvuilla.[64]

Voidaan kysyä, otettiinko äidin syyllisyys huomioon osana lapsen edun arviointia, vai oliko syyllisyys irrallinen puolisoiden keskinäisiin oikeudenmukaisuusvaatimuksiin liittyvä seikka. Useimmat näyttävät puoltavan jälkimmäistä vaihtoehtoa. Näin esimerkiksi *Freeman*, jonka vuonna 1974 julkaiseman artikkelin perusteella syyllisyys otettiin huomioon lapsen edun *ohella*. Lapsen etuhan ei ollut jäänyt ainoaksi huoltoa koskevan ratkaisun perusteeksi, vaan ainoastaan ensimmäiseksi ja tärkeimmäksi näkökohdaksi. Sen ohella katsottiin voitavan ottaa huomioon muitakin tekijöitä, kuten juuri puolison käytös tai syyllisyys avioeroon.[65] Esimerkiksi *Smart* liittää kuitenkin, syyllisyysarvion nimenomaan lapsen etua koskeviin näkökohtiin.[66]

---

[62] *Smart*in mukaan *split order* -käytäntö olikin erityisen tavallista juuri silloin, kun eroavien puolisoiden lapset olivat pieniä. *Smart* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989) s. 20. *Hoggett* ja *Pearl* liittävät *split order* -käytännön myös avioerojen yleistymiseen alempiin yhteiskuntaluokkiin. Varhaisimpina aikoinahan avioero oli »ylellisyys», johon yleensä vain ylempien yhteiskuntaluokkien edustajilla oli varaa. Lasten hoidon järjestämisestä tuli ongelma vasta kun »yläluokkaista» oikeutta alettiin soveltaa alempiin yhteiskuntaluokkiin. *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 498.

[63] *Maidment*in mukaan *split order* -käytäntö oli eräänlainen kompromissi äidille luonnostaan kuuluvaksi katsottujen lastenhoitotehtävien ja avioliiton ihanteen kunnioittamisen välillä. *Maidment* (1984) s. 155, samoin *Hogget – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 498 ja *Smart* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989) s. 20.

[64] *Smart* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989) s. 19. *Bromley* esittelee vuonna 1962 ilmestyneessä oppikirjassaan *split order* -käytännön, mutta viittamatta sukupuolten erilaisiin rooleihin sen yhteydessä. Hänkin käyttää kyllä esimerkkinä tilannetta, jossa huolto säilyy syyttömällä isällä ja lapsen hoito ja valvonta määrätään syylliselle äidille. Saman tien *Bromley* toteaa, että »(t)here is naturally a presumption of giving custody to the innocent party, but it is very easily rebutted...». Tämän jälkeen kirjoittaja jatkaa viittaamalla varsinaiseen lapsen etuun (»the welfare of the child itself»). *Bromley* (1962) s. 322–323.

[65] *Freeman* (Current Legal Problems 1974) s. 202. Samoin 1960-luvun lopusta *Maidment* (1984) s. 15–16: »The judges' difficulty was how to resolve the conflict between two principles which they wished recognised: one was the punishment of the guilty party; the other was the maternal presumption... » Molemmat viittaavat ratkaisuun *Re F* (1969), jonka mukaan »The welfare of the ward is to be the pre-eminent or superior consideration; but that does not mean that I should leave out of account the conduct of the parties.»

[66] *Smart* (1984) s. 120. Hän katsoo, että samaan tapaan kuin tuomioistuimet argumentoivat 1800-luvulla isän oikeuksien olevan lapsen edun mukaisia, ne arvioivat 1900-luvun alkupuoliskolla lapsen etua niin, että lapsi voitiin vain poikkeuksellisesti määrätä aviorikokseen syyllistyneen äidin huoltoon.

Edellä esitetyt perusteet eivät kuitenkaan ole keskenään ristiriidassa. Se, että syyllisyys voitiin ottaa huomioon itsenäisesti ilman varsinaista yhteyttä lapsen etuun, ei nimittäin sulje pois sitä mahdollisuutta, että syyllisyyttä ei olisi voitu arvioida *myös* lapsen edun kannalta edellä siteeratun äidin ihanteen näkökulmasta.[67]

Vuoden 1969 avioerouudistuksessa välirikosta tuli periaatteessa ainoa avioeroperuste, mikä vähensi aviollisen moraalin merkitystä myös lapsen huoltoa koskevissa ratkaisuissa 1970-luvulla ja mahdollisesti jo aikaisemminkin.[68] *Freeman* viittaakin vuodelta 1973 olevaan ratkaisuun, jonka mukaan äidin käytöksen merkitys oli riippuvainen siitä, miten se oli vaikuttanut lapsen hyvinvointiin.[69] Samoihin aikoihin *Split order* -käytäntöä vastaan alettiin myös esittää kritiikkiä, jonka mukaan lapsen kannalta olisi parempi, että jokapäiväisessä elämässä olisi vain yksi auktoriteetti.[70] Ratkaisevan käänteen muodosti ilmeisesti kuitenkin myöhemmin selostettava ylimmän oikeusasteen, ylähuoneen antama ennakkotapaus *J.v C.* vuodelta 1970.[71] Kuiten-

---

[67] *Smart* rinnastaa syyllisen äidin problematiikan mielestäni oivaltavasti ajallisesti myöhempään lesboäitejä koskevaan problematiikkaan. Molemmissa tapauksissa lapsen etua on arvioitu naisen sukupuolielämän kautta, ts. sellaisen voimakkaasti julkista moraalia kuohuttavan seikan kautta, jolla sinänsä ei ole mitään tekemistä lasten hoidon ja äitiyden kanssa. *Smart* (1984) s. 124. Yksittäisiä sellaisia tapauksia, joissa lesboutta on nimenomaan arvioitu lapsen etuun vaikuttavana seikkana, on esiintynyt eri vertailumaissa. Määrällisesti tapaukset ovat jääneet kuitenkin niin harvinaisiksi, että ne eivät ole vaikuttaneet lapsen etua koskeviin ihanteisiin toisin kuin po. syyllisyysproblematiikka. Ks. Englannin osalta lähemmin *Bradley*: Homosexuality and Child Custody in English Law (IJLF 1987) s. 155–205.

[68] *Smart* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989) s. 19. *Smart* on kuitenkin toisaalla katsonut, että avioerouudistuksella ei ollut vaikutuksia tuomioistuinkäytäntöön ennen sen voimaantuloa vuonna 1971. *Smart* (1984) s. 96. Toisentyyppiseen tulkintaan viittaisi kuitenkin em. *Bromley*n tulkintaohje vuodelta 1962. Ks. edellä kohta 3.1. (Syytön äiti).

[69] »... (T)he mother's conduct in leaving the father for another man was a relevant matter which had to be considered but the weight to be attached to any relevant consideration was dependent on the extent to which that consideration affected the welfare of the child. ...(T)he true welfare of the children in this case depended on their being brought up by their mother.» *Freeman*in selostusta tapauksesta *Re D* (1973), *Freeman* (Current Legal Problems 1974) s. 202. Ks. myös tapausta *Re K* (1977) *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 466–469.

[70] *Freeman* (Current Legal Problems 1974) s. 203, samoin *Smart* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989) s. 20, joka myös jatkaa toteamalla, että järjestely oli kestämätön naisen kannalta: hän oli kaikissa lasta koskevissa ratkaisuissaan täysin miehen määräysvallan alainen. Kyseessä oli *Smart*in mukaan selvästi avioliiton rikkomisesta annettu sanktio.

[71] *Maidment* (1984) s. 16, *Bromley – Lowe* (1987) s. 314–315, *Bevan* (1989) s. 92. Ks. jäljempänä kohta 6.1. (Leading case: lapsen etu ratkaisun ainoaksi perusteeksi). Rat-

kin vasta vuoden 1989 *Children Act* muutti lopullisesti lapsen huoltoa koskevien määräysten oikeudellista rakennetta niin, että *split order* – määräyksen antaminen tuli mahdottomaksi.[72]

Vaikka *split order* -käytäntö Englannin koko lapsen huoltoa koskevan historian kannalta oli suhteellisen pieni episodi, se kuvastaa hyvin tuomioistuimien tasapainoilua erilaisten vaatimusten välillä. Lapsen edun katsottiin edellyttävän äidin antamaa hoivaa. Syyttömältä isältä ei ilmeisesti kuitenkaan haluttu riistää lapsen huoltoon liittyviä oikeuksia äidin hyväksi, joka puolestaan oli syypää yhteisen kodin rikkomiseen.[73] Huollon oikeuksien ja velvollisuuksien jakaminen siten, että syylliselle äidille jäi käytännöllisesti katsoen vain velvollisuuksia, tyydytti ilmeisesti yleiset moraalivaatimukset, mutta turvasi samalla sen, että lapsia ei tarvinnut erottaa äideistään.

4. Vuoden 1969 avioerouudistus

Englannin »avioerovallankumous» tapahtui samana vuonna kuin Kalifornian kin *Divorce Revolution*.[74] Molemmissa uudistukseen johtaneet syyt olivat myös osittain samanlaiset. Avioeroluvut olivat kaikkialla länsimaissa kääntyneet toisen maailmansodan jälkeisten rauhallisten vuosien jälkeen selvään nousuun 1960-luvun puolivälin tienoilla. Syitä on etsitty yleisesti sellaisista seikoista kuin yhteiskunnan uudella tavalla politisoitunut ilmapiiri, naisten vapautusliike, seksuaalinen vapautuminen, nuorisokulttuuri, hipit ja niin edel-

---

kaisu on julkaistu virallisessa oikeustapauskokoelmassa vuonna 1970, minkä vuoksi yleensä viitataan tähän vuosilukuun, mutta yksityisessä kokoelmassa jo edellisenä vuonna, mikä taas viittaa siihen, että ratkaisu on tosiasiallisesti annettu jo em. vuotta aiemmin. Ks. esim. *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 584, vrt. *Bogdan* (1993) s. 139–140.

[72] *Split order* -määräyksessä käytetty juridinen tekniikka mahdollisti myöhemmin yhteishuollon avioeron jälkeen. Toiselle vanhemmalle uskottu »*care and control*» vastasi suomalaista asumista koskevaa määräystä varsinaisen huollon (oikeudellisessa mielessä) säilyessä yhteisenä. *Cretney – Masson* (1990) s. 540.

[73] Naisiin ja etenkin äiteihin kohdistettiin aviorikosten osalta mahdollisesti vieläkin ankarammat moraalivaatimukset kuin miehiin. (Ks. sitaatti »good mothering» edellä tekstissä.) Vaikka lasten hoito kuului vallinneiden sukupuoliroolien mukaan naisille, huoltoon liittyvien oikeuksien siirtämistä syylliselle, »langenneelle» naiselle pidettiin ehkä erityisen epäoikeudenmukaisena miehen kannalta.

[74] *Divorce Revolution* on erityisesti *Weitzman*in Kalifornian avioerouudistusta koskevalle tutkimukselleen antama nimi, mutta kuvaa myös hyvin molemmissa maissa tehtyjen uudistusten periaatteellista merkitystä, *Weitzman* (1985).

leen.[75] *Smart* luonnehtii 1960-lukua erityisesti Englannissa sanoilla edistys ja menestys (*progress*, *success*). Hän ottaa esimerkeiksi tekniikan ohessa minihameet ja *Beatles*-yhtyeen sekä menestyksen osalta varsinkin Englannin saavuttaman jalkapallon maailmanmestaruuden.[76]

Ratkaisevana syynä avioerouudistuksen valmistelun aloittamiselle *Smart* pitää kuitenkin Englannin kirkkojen muuttunutta asennetta avioeroon. Erityisesti Anglikaaninen kirkko luopui yhteiskunnallisesta vaikutusvallastaan tältä osin ja otti uuden lähtökohdan: kirkon jäsenten käyttäytyminen ja maallisen lainsäädännön tavoitteet erotettiin toisistaan. Kirkko ei enää odottanut, että maallisen lainsäädännön tulisi rakentua sen julistaman avioliitto-opetuksen varaan. Sitä vastoin kirkon piirissä oltiin huolestuneita sen johdosta, että puolisot saattoivat voimassa olleen avioerolainsäädännön nojalla saada avioeron sopimalla keskenään vaadittavasta näytöstä. *Canterbury*n arkkipiispa esitti toiveen lainsäädännöstä, joka perustuisi todelliselle välien rikkoutumiselle eikä sopimukseen perustuville »näytösoikeudenkäynneille». Tämänsuuntainen esitys tehtiin piispan asettaman työryhmän työn tuloksena. Raportti tunnetaan nimellä *Putting Asunder: A Divorce Law for Contemporary Society* ja se ilmestyi vuonna 1966.[77]

Arkkipiispan tavoitteena oli siis itse asiassa avioeron edellytysten tiukentaminen. Moderni välirikkoperiaate ilmensikin aitoa syytä avioerolle. Työryhmä edellytti raportissaan muun muassa välirikon laajaa tutkimista sosiaalityöntekijöiden avulla. Sosiaalityöntekijöiden tehtävänä olisi tarvittaessa ollut myös puolisoiden sovittelu.[78]

Kaiken kaikkiaan avioerolainsäädännän valmisteluun liittyi kolme eri mietintöä, joista edellä mainitun *Canterbury*n arkkipiispan asettaman työryhmäraportin ohella on mainittava erityisesti parlamentin *Law Commission*in vuonna 1966 ilmestynyt raportti *The Field of Choice*. Se oli huomattavasti liberaalimpi kuin *Putting Asunder*. *Law Commission*in lähtökohtana olivat muun ohessa purkamattomista avioliitoista aiheutuneet epäkohdat. Avioeroedellytysten rajaaminen tiettyihin toisen puolison syyllisyyttä edellyttäviin perusteisiin oli näet johtanut siihen, että uusia parisuhteita luotiin vanhaa avioliittoa purkamatta.[79]

---

[75] *Rheinstein* (1972) s. 311.

[76] *Smart* (1984) s. 54.

[77] *Smart* (1984) s. 56–67, *Rheinstein* (1972) s. 323–325.

[78] Ks. lähemmin *Rheinstein* (1972) s. 323–331.

[79] *Rheinstein* mainitsee 1960-luvun alkupuolta koskeneen arvion, jonka mukaan noin 40 % naisten avioliiton ulkopuolella synnyttämistä lapsista olisi tosiasiassa syntynyt vakaisiin parisuhteisiin. *Rheinstein* (1972) s. 335.

Lopullinen lakiesitys muotoutui tavallaan näiden kahden ehdotuksen yhdistelmästä.[80] Vuoden 1969 avioerouudistus (*Divorce Reform Act*) perustui niin sanotulle kaksoisjärjestelmälle, välirikkoperiaatteen ja syyllisyysperiaatteen yhdistelmälle.[81] *Law Commission*in ehdotuksessa tämä kaksoisjärjestelmä oli omaksuttu selkeämpänä kuin lopullisessa versiossa. Ehdotuksessa oli menetelty Skandinavian maiden 1920-luvun avioliittolakien tapaan siten, että varsinaisten syyllisyysperusteiden lisäksi laissa olisi ollut erillinen välirikkoperuste. Parlamentti muutti kuitenkin lakiehdotusta siten, että välirikkoperusteesta tuli ainoa avioeroperuste. Uuden lain mukaan välirikko voitiin kuitenkin osoittaa toisen puolison syyllisyyden perusteella.[82]

> Välirikon osoittavat syyllisyysperusteet olivat ensinnäkin vastaajan aviorikos, jonka vuoksi yhteiselämä oli käynyt kantajan kannalta sietämättömäksi; sellainen käytös, jonka vuoksi kantajan ei voitu kohtuudella edellyttää jatkavan yhteiselämää sekä kolmanneksi se, että vastaaja oli hylännyt kantajan. Hylkäämisen, joka oli johtanut pysyvään erillään asumiseen ja avioliitosta johtuvien velvollisuuksien laiminlyömiseen, oli tullut tapahtua vähintään kaksi vuotta ennen kanteen nostamista.
>
> Varsinaiset välirikkoperusteet merkitsivät erillään asumista, jonka oli tullut jatkua kaksi vuotta, jos vastaaja oli yhtä mieltä avioerosta ja muussa tapauksessa viisi vuotta ennen kanteen nostamista.[83]

Avioerouudistus tuli voimaan vuonna 1971.[84] Vuonna 1973 avioeroa ja avioliiton mitättömyyttä sekä eräitä prosessuaalisia määräyksiä koskevat mää-

---

[80] Kolmas, komiteoista ensimmäinen tunnetaan nimellä *Morton*in komitea (*The Morton Commission*). Se asettui vanhan syyllisyysperiaatteen kannalle. Ks. lähemmin esim. *Rheinstein* (1972) s. 331–352, *Smart* (1984) s. 59–71, tiivistetysti esim. *Cretney – Masson* (1990) s. 86–91.

[81] Nk. »*dual system*» ks. *Eekelaar* (1984) s. 39 alk. Vrt. *Schwenzer* (1987) s. 42. Hän tarkastelee sekajärjestelmiä »*Mischsysteme*». Hän tarkoittaa niillä kahden perustetyypin, kuten juuri välirikkoperusteen ja syyllisyysperusteen yhdistelmää samassa lainkohdassa juuri Englannin vuoden 1969 lain tapaan. Siinähän välirikko voitiin osoittaa syyllisyysperustetta käyttäen.

[82] *Eekelaar* (1984) s. 40, *Glendon* (1989) s. 152–153.

[83] *Divorce Reform Act 1969* section 2, myöhemmin *Matrimonial Causes Act 1973* section 2, ks. lähemmin *Statutes* (ed. Vaulkhard 1990) s. 275, tai esim. *Glendon* (1989) s. 153. Avioeron edellytyksistä yksityiskohtaisemmin *Dewar* (1992) s. 268–276.

[84] Vuoden 1971 *Guardianship of Minors Act*, johon koottiin holhousta ja huoltajan määräämistä koskevia määräyksiä, sisälsi myös muodollisesti uuden huollon määräämistä koskevan määräyksen, joka kuitenkin asiallisesti oli sama kuin vuoden 1925 lain määräys (termi *infant* oli tässä laissa korvattu muodolla *minor*). ».. The court ... shall regard the welfare of the minor as the first and paramount consideration» (Sec. 1, »General principals»). *Statutes* (ed. Vaulkhard 1990) s. 199.

räykset yhdistettiin lähinnä teknisluontoisesti yhdeksi laiksi, *Matrimonial Causes Act 1973*.[85] Samana vuonna säädettiin uusi *Guardianship of Infants Act 1973*, mikä teki lopulta aviovaimoista lasten huoltajia yhdessä miestensä kanssa. Laki hyväksyttiin nyt parlamentissa ilman vastalauseita.[86]

5. Sovittelu, yksinkertaistettu menettely ja lapsen huolto

5.1. Sovittelu

Law Commission oli antanut hyvälle avioerolainsäädännölle muun ohessa tavoitteen, jonka mukaan avioliitto tuli voida purkaa noudattaen mahdollisimman suurta kohtuutta ja aiheuttaen mahdollisimman vähän katkeruutta, kärsimystä ja nöyryytystä.

> ... (T)o enable the empty legal shell to be destroyed with the maximum fairness, and minimum bitterness, distress and humiliation.[87]

Avioerouudistuksella oli siis syyllisyysperusteiden säilymisestä huolimatta myös samantapaisia tavoitteita kuin Kalifornian samaan ajankohtaan osuneella uudistuksella. Avioeroprosessiin haluttiin mukaan piirteitä, joilla voitiin tukea sovittelun käyttämistä ristiriitojen selvittelyyn ja sovintoratkaisujen syntymistä avoimen riitelyn sijaan.[88] Ennen muuta *Divorce Reform Act*in tar-

---

[85] *Eekelaar* (1984) s. 52, *Bromley – Lowe* (1987) s. 175. Sikäli kun myöhemmin selostettava *Family Law Act 1996* ei ole tullut voimaan, sovelletaan em. avioeron edellytyksiä edelleen. Tästä lähemmin jäljempänä luku 9. (Uusi avioerolainsäädäntö).

[86] *Maidment* (1984) 147–148.

[87] Lainaus, kuten *Rheinstein* (1972) s. 334. *Glendon*in antaman kuvan mukaan sama sitaatti olisi myös arkkipiispan työryhmän raportissa »*Putting Asunder*». Molemmissa raporteissa on ainakin esitetty samansuuntaisia näkemyksiä asiasta. *Glendon* (1989) s. 154–155.

[88] *Eekelaar* on siteerannut *Law Commission*in raporttia, jonka mukaan hyvän avioerolainsäädännön tulisi pyrkiä hillitsemään avioerosta aiheutuvia riitoja »to take the heat out of the disputes between husband and wife and certainly not further embitter the relationships between them and their children.» *Eekelaar* jatkoi tästä seuraavassa lauseessaan: »This view represented a shift from the method of justice to that of welfare,...» *Eekelaar* (1984) s. 42. Analyysi on osuva. Avioerolainsäädännöllä ei pyritty enää niinkään hyvittämään vääryyttä kärsinyttä puolisoa, vaan hyvinvointivaltion ideologian tapaan lähinnä tukemaan kansalaisia elämän kriisitilanteissa tarjoamalla keinoja ristiriito-

koituksena oli kuitenkin antaa mahdollisuus puolisoiden sovinnolle ja avioliiton jatkumiselle. Käytännössä näitä tavoitteita tukevat uudistukset jäivät kuitenkin varsin vähäisiksi.

> Kantajan (*petitioner*) asianajajan (*solicitor*) tuli antaa todistus siitä, että hän oli keskustellut sovinnon mahdollisuudesta kantajan kanssa sekä antanut hänelle sellaisten henkilöiden yhteystietoja, jotka voisivat auttaa sovintoon pääsemisessä. Lisäksi avioeroprosessi oli mahdollista lykätä missä vaiheessa tahansa sopivaksi katsotuksi ajaksi, jos ilmeni, että on olemassa kohtuullinen mahdollisuus sovinnon saavuttamiseksi puolisoiden välillä.[89]

Varsin pian kuitenkin kävi selväksi, että avioeron toteuttamisvaiheeseen ehtineiden puolisoiden kohdalla sovinnon mahdollisuus oli jokseenkin olematon.[90] Sovittelun pääpaino alkoikin siirtyä puolisoiden välisestä sovinnosta avioeron ristiriitojen sovitteluun ajatellen avioeroasian niin sanottuja liitännäiskysymyksiä ja erityisesti lasten huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevia ratkaisuja.[91] Tässä suhteessa merkittävä oli vuonna 1974 julkaistu komiteamietintö, niin sanottu *Finer Report*. Mietinnössä tehtiin ero sovintoon tähtäävän sovittelun ja eron seurausten sovittelun välillä (*reconciliation*, *conciliation*) ja korostettiin erityisesti jälkimmäisen merkitystä.[92]

Avioerosovittelun asemaa ei kuitenkaan vakiinnutettu lailla, vaan se jäi käytännön – joskin vakiintuneen käytännön – varaan. Esimerkiksi mahdollisuutta lykätä avioeroprosessi sovinnon vuoksi tulkittiin siten, että sovinto (*reconciliation*) korvattiin sovittelulla (*conciliation*). Toisin sanoen katsottiin, että tuomioistuin voi lykätä käsittelyn ja osoittaa osapuolet sovitteluun. Tämä merkitsi samalla lain tulkinnan ajanmukaistumista ja painopisteen siirtymistä sovintoyrityksistä ristiriitojen seurausten sovitteluun.[93]

---

jen laukaisemiseen. *Eekelaar* katsoi, että lainsäädäntö ei onnistunut tavoitteissaan erityisen hyvin, koska lain voimaantulon jälkeenkin suurin osa kanteista perustui toisen osapuolen syyllisyyteen.

[89] *Matrimonial Causes Act 1973* section 6, Ks. *Statutes* (ed. Vaulkhard 1990) s. 278, *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 638.

[90] *Glendon* (1989) s. 155, missä viitataan useisiin eri kirjoittajiin.

[91] *Bromley – Lowe* (1987) s. 213–214.

[92] *Eekelaar – Dingwall* (ed. Dingwall – Eekelaar 1988) s. 11–12, yksityiskohtaisemmin *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 636–639. *Eekelaar*in ja *Dingwall*in artikkeliin voidaan tässä yhteydessä viitata myös sovitteluinstituution historian osalta, mts. 3–22.

[93] *Eekelaar – Dingwall* (ed. Dingwall – Eekelaar 1988) s. 12, 15.

Sovittelutoiminnassa erotetaan yleisesti *in-court conciliation* ja *out-of-court conciliation*. Edellinen tapahtuu ennen varsinaista avioero-oikeudenkäyntiä. Sen tarkoituksena on tuomioistuimen virkamiehen avulla selvittää ne kanteen kohdat, joista osapuolet ovat yksimielisiä tai voivat päästä yksimielisyyteen. Yleensä osapuolten käytettävissä on myös sosiaalityöntekijä (*Court Welfare Officer*) sovitteluratkaisujen löytämiseksi.[94] Tämän sovittelun tavoitteena on lähinnä varsinaisen oikeudenkäynnin rajaaminen niihin asioihin, joista osapuolet eivät pysty löytämään sovintoa.[95]

Out-of-court conciliation on käsite, joka kattaa lähinnä itsenäisen epävirallisen sovittelun.[96] Olennaista on, että se ei ole kiinteästi sidottu avioeroprosessiin, kuten *in-court conciliation*. Tälläkin sovittelulla on Englannissa vankka asema. Toisin kuin Yhdysvalloissa sovittelu ei Englannissa yleensä ole ollut kaupallisella perustalla, vaan sosiaalitoimistojen ohella lähinnä itsenäisten järjestöjen vastuulla. Julkisten avustusten lisäksi jälkimmäiset rahoittavat työnsä säätiöiden ja yksityisten lahjoitusten avulla.[97]

5.2. Yksinkertaistettu menettely

Toinen osoitus uudesta lähestymistavasta avioero-oikeudenkäynneissä oli vuoden 1973 *Matrimonial Causes Act* -lakiin sisällytetty yksinkertaistettu

---

[94] *Bromley – Lowe* (1987) s. 214–215, *Cretney – Masson* (1990) s. 148–151 (nimellä *pre-trial review*), *Eekelaar – Dingwall* (ed. Dingwall – Eekelaar 1988) s. 17–18, *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 641. *Eekelaar* ja *Dingwall* toteavat, että tämäntyyppisiä kokeiluja on esiintynyt vuodesta 1968 alkaen, mutta *Cretney – Masson*in tapaan he mainitsevat erityisesti *Bristol*issa vuonna 1976 käynnistyneen hankkeen, josta on muodostunut jonkinlainen esikuva tälle sovittelukäytännölle. Sosiaalityöntekijän tehtävänä on raportoida tuomioistuimelle neuvotteluista. Tähän liittyvistä epäkohdista ks. *Cretney – Masson* (1990) s. 150-151.

[95] *Dingwall* ja *Eekelaar* ovat kritikoineet menettelyä siitä, että sen tavoitteena on lähinnä kustannusten säästäminen ja että menettely on kyseenalainen ihmisoikeusnäkökulmasta, koska se voi estää asianomaista saamasta asiaansa tuomioistuimen käsiteltäväksi (*access to justice*). *Dingwall – Eekelaar* (ed. Dingwall – Eekelaar 1988) s. 169, 173–174.

[96] *Cretney* ja *Masson* käyttävät tässä yhteydessä *conciliation*in synonyyminä *mediation*-termiä, jota sovittelusta käytettiin erityisesti Yhdysvalloissa. *Cretney – Masson* (1990) s. 152. Ks. Kaliforniaa koskeva jakso, luku 4. (Sovinnollisen avioeron ihanteen vaikutus menettelytapoihin).

[97] *Bromley – Lowe* (1987) s. 215, *Eekelaar – Dingwall* (ed. Dingwall – Eekelaar 1988) s. 11–17, *Cretney – Masson* (1990) s. 151–157. Jälkimmäisissä teoksissa mainitaan *National Family Conciliation Council* -järjestö, joka perustettiin vuonna 1981 koor-

avioero-oikeudenkäynti. Se oli alun perin tarkoitettu poikkeukselliseksi menettelyksi sellaisissa tapauksissa, joissa puolisot olisivat yksimielisiä, mutta se osoittautuikin heti hyvin suosituksi. Niinpä yksinkertaistetun oikeudenkäynnin käyttöalaa laajennettiin jo vuonna 1975. Vuonna 1977 poistettiin loputkin rajoitukset. Näistä tärkein liittyi avioeroihin, jotka vaikuttivat alaikäisten lasten huollon järjestämiseen ja joita koski näin ollen tuomioistuimen erityinen valvonta.[98]

> Yksinkertainen menettely merkitsi lähinnä asiakirjaprosessia. Tuomioistuimen virkamies (*registrar*) tarkasti jutun asiakirjat, ja mikäli ne olivat järjestyksessä, avioerotuomio annettiin kansliakäsittelyä vastaavassa menettelyssä.[99]

Poikkeuksellisen prosessimuodon muuttuminen vähitellen pääasialliseksi muutti olennaisella tavalla avioero-oikeudenkäyntien luonnetta. Vain pieni osa avioerotapauksista oli muutosten voimaantulon jälkeen käsiteltävä varsinaisessa riitaoikeudenkäynnissä. Avioero-oikeudenkäynnistä tuli lähinnä hallinnollinen menettely. Muutosta voitiin pitää arveluttavana avioeroperusteiden näkökulmasta, sillä välirikon osoittaminen olisi lain alkuperäisen tarkoituksen mukaan edellyttänyt tuomarin objektiivista arviota eikä vain osapuolten subjektiivista näkemystä asioiden oikeasta laidasta.[100] Tässä vaiheessa haluttiin kuitenkin korostaa puolisoiden välisten sopimusten myönteistä merkitystä.

Sopimusten suosimisen vuoksi avioeroprosessia koskevalla uudistuksella oli yhteys sovittelun yleistymiseen. Ainakin osa avioeroon liittyvistä riidoista olikin tosiasiallisesti siirtynyt sovittelijoiden avulla ratkaistavaksi, jolloin tuomioistuinprosessin tehtävänä oli vain vahvistaa muualla syntyneet ratkaisut.[101]

---

dinoimaan ja kehittämään itsenäisten toimistojen toimintaa ja esimerkiksi järjestämään yksittäisten sovittelijoiden koulutusta. Nyttemmin *Family Law Act 1996* -lain perusteella sovittelu on saanut enemmän amerikkalaistyylisiä vaikutteita. Avioeroprosessiin on lisätty mahdollisuus osoittaa osapuolet *out-of-court conciliation* -tyyppiseen sovitteluun, jonka nimi on muutettu amerikkalaisittain *mediation*iksi. Ks. tästä tarkemmin jäljempänä, luku 9 (Uusi avioerolainsäädäntö).

[98] *Bromley – Lowe* (1987) s. 220–221, *Eekelaar* (1984) s. 52–53. Lasten huoltoa koskevien ratkaisujen valvontaan palataan seuraavassa kohdassa 5.3. (Lapsen huoltoa koskeva ratkaisu avioeromenettelyssä).

[99] Avioeroasiassa annettiin ensin nk. *decree nisi* ja vasta sen jälkeen erillisestä hakemuksesta nk. *decree absolute*, mikä merkitsee, että lopullinen avioero edellytti vielä erillistä hakemusta. Ks. tiivistetysti esim. *Dewar* (1992) s. 265–266.

[100] Näin *Eekelaar* (1984) s. 54.

[101] Ks. tästä kriittisesti *Cretney – Masson* (1990) s. 152–154, *Eekelaar* (1984) s. 53–

5.3. Lapsen huoltoa koskeva ratkaisu avioeromenettelyssä

Edellä selostetut sovittelumenettelyjen kehittyminen ja avioeroprosessin yksinkertaistuminen ilmentävät itse asiassa vapaamielisempää suhtautumista avioeroon kuin varsinainen vuoden 1969 avioerouudistus. Menettelyn painopiste siirtyi tavallaan kaikessa hiljaisuudessa avioerosta liitännäiskysymysten alueelle. Näistä liitännäiskysymyksistä lapsen huolto oli hyvin keskeisessä asemassa. Lapsen huoltoa koskevan asian tutkimisesta saattoikin tulla huomattavasti raskaampi kuin avioeron tutkiminen oli.

Lasten aseman merkityksen korostuminen ilmeni jo vuoden 1969 avioerouudistusta koskevista mietinnöistä. Erityisesti näin oli 1950-luvun alussa toimineen *Morton*in komitean kohdalla, joka esitti lasten aseman selvittämistä ennen lopullista avioerotuomiota.[102] Tätä koskeva määräys sisällytettiinkin jo vuonna 1958 silloiseen avioeroprosessia koskevaan lainsäädäntöön ja siirrettiin myöhemmin *Matrimonial Causes Act* 1973 -lakiin (Section 41).[103] Sen mukaan tuomioistuin ei saanut antaa lopullista avioerotuomiota (*decree absolute*) ennen kuin se oli vakuuttunut siitä, että perheen lasten asema oli järjestetty tyydyttävällä tavalla.[104]

> Ennen vuotta 1958 Englannin lainsäädäntö ei sisältänyt velvoitetta, jonka mukaan lasten huoltoa koskeva järjestely olisi arvioitava jokaisen avioero-oikeudenkäynnin yhteydessä.[105] Isän yksinhuolto ilmeisesti jatkui avioerosta huolimatta, ellei äiti vaatinut eron yhteydessä huoltoa itselleen. 1950-luvulla ilmapiiri oli siis tässä suhteessa muuttunut ja valtiovallan systemaattista valvontaa alettiin pitää toivottavana.[106]

---

63. *Eekelaar* viittaa mm. *Mnookin – Kornhauser*in artikkeliin ja korostaa erityisesti lapsia koskevien ratkaisujen merkitystä tässä yhteydessä. Ks. em. artikkelista Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 4.2. (Bargaining in the Shadow of the Law).

[102] Ks. avioerouudistuksen valmisteluista ja eri komiteoista edellä kohta 4. (Vuoden 1969 avioerouudistus). *Morton*in komitea, joka oli komiteoista ensimmäinen, on mainittu alaviitteessä.

[103] *Cretney – Masson* (1990) s. 564. *Bainham – Cretney* (1993) s. 121, *Maidment* (ed. Freeman 1984) s. 159–161. Kysymyksessä on *Maidment*in mukaan modernin valtion lastensuojeluun liittyvä tehtävä. Tämän näkemyksen kritiikistä *Cretney – Masson* (1990) s. 565–566.

[104] *Statutes* (ed. Vaulkhard 1990) s. 301–302 tai *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 461–462. Ao. säännöksestä ja sen tulkinnasta lähemmin *Bevan* (1989) s. 119–121, *Bromley – Lowe* (1987) s. 299–301, *Cretney – Masson* (1990) s. 564–566.

[105] *Maidment* (1984) s. 161.

[106] Vrt. edellä Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 3.1.1. (Tieteestä ja avioerolapsista yleensä) sekä *Richards* (IJLF 1987) s. 301–302 ja *Maidment* (1984) s. 161 alk. sekä vielä lähemmin *Maidment* (ed. Freeman 1984) s. 159 alk. Jälkimmäisessä artikkelissa kirjoit-

Kuten edellä todettiin, niiden perheiden avioeroasiat, joissa oli lapsia, siirtyivät viimeisenä edellä selostetun yksinkertaistetun prosessin soveltamisalaan vuonna 1977. Tuomioistuimen virkailijan (*registrar*) tuli yksinkertaisen menettelyn yhteydessä yleensä kutsua kantaja erilliseen lasten asemaa koskevaan neuvotteluun ennen avioerokäsittelyä. *Eekelaar*in mukaan nämä neuvottelut eivät tavallisesti kuitenkaan kestäneet viittä minuuttia kauempaa. Virkailijalla oli kuitenkin periaatteessa mahdollisuus määrätä asia sosiaalityöntekijälle (*court welfare officer*) selvitystä varten (*report*), jolloin asia tutkittiin perusteellisemmin.[107] Sosiaalityöntekijän rooli korostui myöhemmin niissä tapauksissa, joissa sovellettiin edellä selostettua *in-court conciliation* -sovittelua. Sosiaalityöntekijä osallistui tällöin sovittelijan ohella riitaisten ja riidattomien kysymysten erittelyyn ennen varsinaista oikeudenkäyntimenettelyä. Sovittelun yleistymisen on arvioitu myös lisänneen selvityspyyntöjä.[108]

> Tuomioistuimen sosiaalityöntekijä (*court welfare officer*) -insituution taustalla ovat olleet alun perin vapaaehtoiset sovittelijat, jotka sovittelivat muun muassa puolisoiden keskinäisiä riitoja *magistrate*-alioikeuksissa jo viime vuosisadan lopulla (*probation officer*). 1950-luvulta alkaen näitä sosiaalityöntekijöitä alettiin käyttää avioerotapauksissa lasten aseman selvittämiseen. Täysin kattavaksi – huomioon ottaen huoltoa koskevat erilaiset kannetyypit eri tuomioistuimissa – käytäntö muodostui kuitenkin vasta 1970-luvulla.[109] Vuonna 1977 sosiaalityöntekijän selvitys pyydettiin noin puolessa riitaisista tapauksista ja vajaassa 10 prosentissa yksimielisiä tapauksia.[110]

---

taja tarkastelee kriittisesti section 41 -lainkohdan oikeutusta avioerolapsia koskevien tutkimuksen näkökulmasta.

[107] *Eekelaar* (1984) s. 52–53, ks. *welfare report* -selvityksestä lähemmin *Cretney – Masson* (1990) s. 561, *Bromley – Lowe* (1987) s. 318, *Bevan* (1989) s. 137.

[108] Saman sosiaalityöntekijän osallistumista lapsen huoltoa koskevan kysymyksen sovitteluun ja myöhemmin oikeudenkäynnissä sitä koskevan selvityksen tekemiseen ei kuitenkaan ole pidetty sopivana. *Bromley – Lowe* (1987) s. 214–215, *Maidment* (1984) s. 73–78.

[109] Järjestelmä tarjosi kolme eri mahdollisuutta, joiden käyttö riippui siitä, tehtiinkö vaatimus avioeroprosessin yhteydessä, omana asianaan vai elatusapua koskevan vaatimuksen yhteydessä. *Matrimonial Causes Act* 1973 -lakia sovellettiin *Divorce County Court*issa avioeroprosessin yhteydessä, *Guardianship of Minors Act* -lakia *County Court*issa huoltoa koskevien asioiden yhteydessä ja *Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act* 1978 -lakia *Magistrates Domestic Court* -tuomioistuimessa lapsen elatusta koskevan asian yhteydessä. Ensimmäisessä tapauksessa määräyksen kohteena oli »*custody*», kun taas kahdessa jälkimmäisessä tapauksessa kohteena oli »*legal custody*». Ks. havainnollinen kuvio teoks. *Bromley – Lowe* (1987) s. 291.

[110] *Hoggett – Pearl* (1987) s. 485–486, tekijät viittaavat *Eekelaar*in, *Cliven* ym. te-

Varsinaisen tuomioistuinkäsittelyn yhteydessä selvitystä on sitä vastoin pyydetty tuomioistuimen toimesta säännönmukaisemmin varsinkin, jos asia on ollut riitainen.[111] Muunlainen näyttö kuin sosiaalityöntekijän laatima selvitys onkin ollut melko harvinaista. Tuomioistuimilla ei ole ollut mahdollisuutta pyytää asiantuntijoiden, kuten lastenpsykiatrien tai -psykologien, lausuntoja ja asianosaistenkin toimesta asiantuntija-apua on pyydetty varsin harvoin.[112] Sosiaalityöntekijöiden laatimiin selvityksiin on yleensä liittynyt myös suositus tuomioistuimen ratkaisuksi. Jos suositus on puuttunut, sitä on voitu pyytää sosiaalityöntekijältä asian suullisen käsittelyn yhteydessä. Kirjallisuudessa on katsottu, että suositus ilmaisee sosiaalityöntekijän välittömän vaikutelman tapauksesta, minkä vuoksi sillä on merkittävä tosiasiallinen arvo, vaikka suositus ei olekaan tuomioistuinta oikeudellisesti sitova.[113]

Sosiaalityöntekijät ovat yleensä kuulleet lapsia selvityksiä tehdessään ja liittäneet niihin lapsen sekä mielipiteitä että tunteita koskevia lausumia.[114] Lapsen mielipiteet saivat uutta painoa keskustelussa niin sanottua *Gillick* -tapausta koskevan ratkaisun jälkeen vuonna 1986, mihin palataan lähemmin tuonnempana.[115]

> Varsinkin *Maidment* on arvioinut myös lapsen erillisen edustajan käyttämistä huoltoa koskevissa oikeudenkäynnissä. Periaatteessa lapselle on ollut mahdollista määrätä oma asianajaja, esimerkiksi yleinen oikeusavustaja (*official solicitor*). Tällaisen oman edustajan määrääminen on käytännössä ollut kuitenkin hyvin harvinaista. Lähinnä lastensuojelullisiksi luonnehdittavissa *wardship*-oikeudenkäynneissä on lapselle voitu määrätä edustajaksi (*guardian ad litem*) muukin kuin asianajaja, mutta lapsen huoltoa koskevassa oikeudenkäynnissä tällaisen

---

kemään tutkimukseen Custody after Divorce (1977), ks. myös *Eekelaar* (1984) s. 68–69, *Cretney – Masson* (1990) s. 561–562, *Cretney – Masson* (1997) s. 666.

[111] Ks. esimerkkiselvitystä *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 486–489. Ks. uudemmasta näkökulmasta lähemmin *Cretney – Masson* (1997) s. 668–670.

[112] Näin *Maidment* (1984) s. 79–82, samoin *Bevan* (1989) s. 135–137. Asiantuntemustiedon vaikutukseen erityisesti oikeustieteellisessä doktriinissa palataan myöhemmin. Ks. jäljempänä luku 6. (Lapsen edun tulkinnat avioerouudistuksesta Children Act 1989 -lakiin) sekä myöhemmistä vaiheista kohta 8.2.1. (Lapsen etu ja »statutory checklist») ja vielä yleisarvioista kohdan 9.4. (Yhteenveto avioerouudistuksesta) lopussa.

[113] *Bromley – Lowe* (1987) s. 321, *Cretney – Masson* (1990) s. 560–564.

[114] Lapsia on yleensä kuultu sopivassa intiimissä ympäristössä. *Eekelaar* (1984) s. 74–75, ks. lasten toivomusten ja tunteiden (*wishes and feelings*) merkityksestä ennen vuoden 1989 *Children Act* lakia lähemmin *Bevan* (1989) s. 93–95, *Bromley – Lowe* (1987) s. 319.

[115] Ks jäljempänä kohta 7.1. (Gillick -tapaus) sekä kohta 7.2. (Lapsen oikeuksia koskeva keskustelu) alakohtineen.

edustajan käyttäminen ei ole ollut mahdollista.[116] Erillisen edustajan puuttuessa on katsottu, että lapsen toivomusten ja tunteiden selvittäminen kuuluu sosiaalityöntekijälle.

6. Lapsen edun tulkinnat avioerouudistuksesta vuoden 1989 Children Act -lakiin

6.1. Leading case: lapsen etu ratkaisun ainoaksi perusteeksi

Vuoden 1969 avioerouudistuksen jälkeen lapsen edun tulkinnassa siirryttiin uuteen vaiheeseen, joka jatkui tosiasiassa 1990-luvulle asti, sillä seuraava merkkipaalu, vuoden 1989 *Children Act* -laki, tuli voimaan vuonna 1991. Käänteentekevä käsiteltävän vaiheen alkamisen kannalta oli vuonna 1970 annettu ratkaisu *J. v C.*, jota on luonnehdittu johtavaksi ennakkotapaukseksi (*leading case*).[117]

> J. v C. koski varsinaisesti kasvattilapsen huoltoa. Syntyperältään espanjalaiset mutta ajoittain Englannissa työskennelleet vanhemmat olivat sijoittaneet poikansa väliaikaisesti englantilaisten kasvattivanhempien luokse suoraan synnytyssairaalasta. Eri vaiheiden jälkeen biologiset vanhemmat alkoivat vaatia nyt noin viisivuotiasta poikaansa luokseen Espanjaan oikeusteitse. Tapauksen käsittely kesti kuitenkin vuosia. Loppuvaiheessa poika oli yli 10-vuotias ja hän oli nähnyt biologiset vanhempansa viimeksi kolmivuotiaana, jolloin hän oli asunut näiden kanssa Espanjassa yhteensä vuoden ja kolme kuukautta (toisen lähteen mukaan kaksi vuotta ja kolme kuukautta). Tämä oli ollut ainoa jakso koko hänen elämässään, jolloin hän oli ollut erossa englantilaisista kasvatusvanhemmistaan.
>
> Ratkaisussa pojan huolto määrättiin hänen kasvatusvanhemmilleen. Merkittäväksi tapaus muodostui sen vuoksi, että lapsen etu syrjäytti kokonaan moitteettomien (*unimpeachable*) vanhempien toiveet lapsensa osalta. Espanjalaisilla vanhemmilla oli aikaisemmin ollut hyvä syy sijoittaa poikansa kasvatusvanhempien luokse. Vaatiessaan poikaansa

[116] Ks. lähemmin *Maidment* (1984) s. 82–85, *Eekelaar* katsoo, että lapsen asianajajan tehtävä on toimia samaan tapaan kuin *guardian ad litem*, *Eekelaar* (1984) s. 74–75, *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 491–493.

[117] Ks. ratkaisun lyhennelmä *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 584–590, sen merkityksestä esim. *Bevan* (1989) s. 86, *Bromley – Lowe* (1987) s. 314. Ratkaisun antoi ylin oikeusaste *House of Lords* eli parlamentin ylähuone. Ks. ylähuoneen toiminnasta tuomioistuimena *Bogdan* (1993) s. 126–127.

luokseen heillä oli hyvät ja vakiintuneet olosuhteet Madridissa. Ei heidän menettelyssään eikä myöskään niissä olosuhteissa, jotka he pystyivät silloin tarjoamaan lapselleen, ollut sinänsä mitään, mikä olisi voinut muodostaa riskin lapsen hyvinvoinnille. Lapsi oli kuitenkin ehtinyt jo täysin integroitua kasvatusvanhempiensa perheeseen, englantilaiseen kouluun ja ympäristöön. Katsottiin, että hänen biologiset vanhempansa eivät – kielivaikeuksienkaan vuoksi – olisi pystyneet tukemaan poikaansa siinä vaikeassa sopeutumisessa, jonka hän olisi joutunut käymään läpi, jos hänet olisi palautettu biologisten vanhempiensa huostaan.[118]

Vuoden 1925 laissa lapsen edustahan ei nimenomaisesti haluttu tehdä huoltoa koskevan ratkaisun ainoaa kriteeriä, vaan tarkoitus oli, että lapsen edun ohella voitaisiin panna painoa muillekin seikoille kuten juuri vanhempien toiveille. Lapsen edun tuli olla kuitenkin tärkein näkökohta.[119] Ratkaisussa *J. v C.* todettiin sitä vastoin nyt, että muita kuin lapsen etuun kuuluvia näkökohtia voitiin ottaa ratkaisussa huomioon vain sikäli, kuin ne saattoivat vaikuttaa lapsen hyvinvointiin.[120]

Ratkaisun on katsottu tehneen mahdottomiksi niin sanottujen *split order* -määräysten antamisen.[121] *Court of Appeal* -tuomioistuin totesi *J. v C.* -ennakkotapauksen jälkeen, että lapsen etua ei ollut enää »lain mukaista» punnita vastakkain moitteettoman vanhemman toiveiden tai osapuolten oikeudenmukaisuusvaatimusten kanssa. Vanhemman syyllisyyteen ei siis tämän jälkeen voitu tehokkaasti vedota.[122] Ratkaisulla oli kuitenkin laajempikin vaikutus lapsen edun tulkintaan huoltoratkaisujen yhteydessä.

6.2. Lapsen etu – äidin hoiva

Kun syyllisyysperusteisiin ei enää voitu vedota, tulivat äidin paremmuutta koskevat argumentit itse asiassa entistä avoimemmiksi. *Smart* katsoi, että

[118] Ks. edellinen viite *Hoggett – Pearl* mts. sekä etenkin *Maidment* (1984) s. 14–16.

[119] Ks. edellä kohta 2.4. (Vuoden 1925 kompromissi: lapsen etu) sekä myös kohta 3.2. (Syyllinen äiti – »split order»).

[120] Ks. edellä *Freeman*in siteeraamaa tapausta *Re D* (1973) jaksossa 3.2. (Syyllinen äiti – »split order»).

[121] Ks. edellä kohta 3.2. (Syyllinen äiti – »split order»).

[122] »...(W)as no longer regarded as good law». *Maidment* (1984) s. 16. Kirjoittaja siteeraa erityisesti tapausta *Re K* (1977). Ks. siitä lähemmin *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 466–469. Mainittakoon, että *Court of Appeal* on toiseksi ylin oikeusaste. Sen ratkaisujen lisäksi ennakkotapausarvo on myös sitä alemmilla *High Court of*

äitiyttä ei enää voitu arvioida äidin aviomoraalin avulla. Äitiydelle myönnettiin itsenäinen arvo lapsen näkökulmasta.[123] Samankaltainen tulkinta on myös *Maidment*illä:

> The arguments about wheter or not there was a maternal presumption and wheter there ought to be did not arise until the 1960s.
> ...
> The maternal preference was therefore a belated recognition of the social facts of child-rearing, in which fathers did not participate. This judicial recognition however could only really come to predominate when other competing principles, such as patriarchal authority and then the sanctity of marriage, lost some of their force.[124]

Äitien etusija lapsen huoltoon 1960-luvulta alkaen oli *Maidment*in mukaan seurausta naisen hoivaamisroolista, joka tunnustettiin avoimesti, sitten kun avioliitto ja isän asema olivat menettäneet merkitystään.[125] Hoivaajan merkitystä lapselle tukivat myös lapsen tarpeita tulkinneet asiantuntijat, joihin 1960-luvulta alkaen oikeudellisessa keskustelussa alettiin vedota.[126] Tässä yhteydessä tunnetuksi tuli nimenomaan *John Bowlby* ja erityisesti hänen 1950-luvulla julkaisemansa tutkimus, jossa *Bowlby* nimenomaisesti koros-

---

Justice -ratkaisuilla. Perheoikeustapauksien osaston nimenä on vuodesta 1970 alkaen ollut *Family Division*. Ks. esim. *Bogdan* (1993) s. 122–127.

[123] *Smart* (1984) s. 120–124.

[124] *Maidment* (1984) s. 156, 157. *Maidment* jatkaa tosin välittömästi: »Another way of looking at the maternal preference is to see it in terms of maintaining the 'status quo', i.e. continuity and stability in the child's care.»

[125] Ks. myös *Smart* (1984) s. 82, 210–211. *Smart*, joka kirjoittaa avoimesti naisnäkökulmasta, painottaa, että kyseessä ei ollut äidille myönnetty *oikeus* lapsen huoltoon, vaan eräänlainen naisen *roolin* vahvistaminen: merkitystä ei annettu niinkään naisten tasaarvolle naisten itsensä vuoksi kuin naisten hoivatyön (*mothering*) yhteiskunnalliselle merkitykselle. Äitien etusijaa ei siis voida verrata suoraan isien historiallisiin *common law* -oikeuksiin ja lasten huollon määräytymiseen niiden perusteella. Ks. tästä edellä kohdat 2.1. (Oikeudellisen kehityksen lähtökohta: isän valta perheessä) ja 2.2. (Ensimmäiset äitien aseman parantamiseksi säädetyt lait).

[126] *Maidment* (1984) s. 158–159, etenkin s. 160. *Richards* on katsonut, että kiinnostus lasten psyyykkisiin tarpeisiin oli virinnyt jo sotien jälkeen sosiaalityön käytäntöjen kehittyessä ja että juuri tämä kiinnostus heijastui nk. *Morton*in komitean työskentelyyn ja vuoden 1958 uudistukseen, jossa edellytettiin lasten aseman selvittämistä ennen lopullista avioerotuomiota. Ks. lähemmin edellä kohta 5.3. (Lapsen huoltoa koskeva ratkaisu avioeromenettelyssä) ja *Richards* (IJLF 1987) s. 301–302. Ks. myös *Michaels* (LQR 1967) s. 547–568, missä kirjoittaja on tarkastellut 1960-luvulla ratkaistuja huolto- ja adoptiotapauksia ja niissä käytettyä lasta koskevaa psykologista todistusaineistoa. *Michaels* suhtautui tähän näyttöön myönteisesti sen kustannuksista huolimatta.

taa äidin ja lapsen suhteen merkitystä.[127] *Bowlby*n kiintymysteorialla (*attachment theory*) oli Britanniassa erityisen vakiintunut asema, toisin kuin esimerkiksi Yhdysvalloissa.[128]

> *Richards* on *Rappoport*ia ynnä muita lainaten tiivistänyt kiintymysteorian perusoletukset seuraavasti:
>
> 1. Lapsen hoito ja kasvatus ovat äidin tehtäviä (»*Parenting means mothering*»). Lapsen hoito edellyttää äidin jatkuvaa läsnäoloa.
> 2. Äidin ja lapsen välinen yhteys määräytyy biologisesti.
> 3. Äidin ja lapsen tarpeet ovat toisiaan täydentäviä.
> 4. Isän merkitys lapselle on epäsuora. Isän tärkein tehtävä on tukea äitiä.[129]

Lähes kaikki merkittävät perhe- ja lapsioikeuden auktoriteetit tunnustivat jonkinlaisen äidin etusijan vielä 1980-luvun lopulla, joskin erilaisin painotuksin.

> Although it is not strictly a rule, in practice the courts accept as a firm and realistic guide that where children are young their mother is normally the appropriate person to have the care and control (actual custody) of them.[130]
>
> One factor that has certainly been influential has been the notion that young children need their mothers.[131]
>
> (T)here are signs that the commonly held view that all things being equal young children are better off with their mother is not as strong as it appeared to be.[132]
>
> In the past, considerable emphasis was given to a number of »rules of thumb»... . Thus in disputes between parents, young children and

---

[127] *Maidment* (1984) s. 182–183, vrt. s. 184–186, missä *Maidment* argumentoi perusteellisesti eri tutkimuksiin vedoten, että tuomarien äideille antama etusija ei voi perustua siihen, että äideillä olisi parempi psykologinen suhde lapseen, vaan siihen, että äideistä oli tullut vastuullisia lasten hoitajia ennen avioeroa vallinneiden perhe-elämän käytäntöjen perusteella.

[128] Näin *Richards* (British Journal of Developmental Psychology 1988) s. 174–175, 179.

[129] *Richards* (British Journal of Developmental Psychology 1988) s. 175.

[130] *Bevan* (1989) s. 88.

[131] *Bromley – Lowe* (1987) s. 323, ks. myös s. 324–326, missä on mainittu useita tapauksia, joissa huolto on määrätty äidille juuri sillä perusteella, että hän on äiti. Varhaisempaan laitokseen *Bromley* (1962) sisältyi näkemys äidin etusijan merkityksestä, jonka mukaan tuomioistuimet lähes poikkeuksetta uskoivat pienten tai sairastelevien lasten huollon äidille. Ks. edellä kohta 3.1. (Syytön äiti).

[132] *Bromley -Lowe* (1987) s. 317–318.

girls were generally placed with their mothers while older boys went to their fathers.[133]

Psykiatrisista tai psykologisista tutkimuksista näissä teoksissa on varsin vähän viitteitä. *Bromley* ja *Lowe* viittaavat alaviitteessä *Maidment*in toteamukseen *Bowlby*n teorioiden myönteisestä vaikutuksesta äidin etusijaan.[134] *Cretney* ja *Masson* keskittyvät lähinnä osoittamaan *Bowlby*n sekä *Goldstein*in, *Freud*in ja *Solnit*in teorioiden heikkouksia muihin tutkijoihin vedoten.[135] Heidän johtopäätöksensä on kuitenkin, että lasten kehitystä koskeva tutkimustieto ei voi olla ratkaisevaa yksittäistapauksessa. Vaikka tuomari kuulisikin asiantuntijoita, hän ei saa olla heidän johdateltavissaan.[136] Kaiken kaikkiaan alan tutkimustietoon on ilmeisesti pyritty suhtautumaan pidättyvästi, mutta juuri *Bowlby* sekä *Goldstein*, *Freud* ja *Solnit* ovat kuitenkin olleet jossain määrin tunnettuja, koska nimenomaan heidät on katsottu tarpeelliseksi torjua, jos asiaan on ylipäätään otettu kantaa.[137] Juuri edellä mainittujen tutkijoiden esittämien tulosten voidaan myös katsoa vahvistavan äidin etusijaa joko sen vuoksi, että äitiä on pidetty psykologisesti tärkeänä, tai siksi, että äitiä voitiin yleensä pitää lapsen psykologisena vanhempana.

Vaikka asiantuntijatietoa olikin olemassa, siihen siis suhtauduttiin pidättyvästi. Edellä olleissa sitaateissakin, viitattiin »realistiseen ohjeeseen», »yleiseen näkemykseen», »huomioon» tai »peukalosääntöön». Äidin etusijassa oli

---

[133] *Cretney – Masson* (1990) s. 520. Seuraavassa lauseessa todetaan, että sisaruksia ei yleensä haluttu erottaa. Tämän periaatteen soveltaminen puolestaan yleensä johti siihen, että vanhemmat pojatkin määrättiin äidin huoltoon, jos heillä oli nuorempia sisaruksia, näin *Bromley – Lowe* (1987) s. 326. *Cretney – Masson*in vuonna 1990 ilmestynyt teos osui jo uuden *Children Act 1989* -lain voimaantulon kynnykselle, minkä vuoksi ao. kohdassa tarkastellaan po. ajankohtaa ikään kuin historiallisesta näkökulmasta.

[134] *Bromley – Lowe* (1987) s. 317 alav. 3.

[135] Ks. jälkimmäisten teoriasta lähemmin Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 3.1.4. (Goldstein – Freud – Solnit: Beyond the Best Interest of the Child).

[136] *Cretney – Masson* (1990) s. 523.

[137] Ks. *Dickens* (LQR 1981) s. 467 alk. Kirjoittaja käsittelee erityisesti *Goldstein*in, *Freud*in ja *Solnit*in teoriaa, todeten vuonna 1973 ilmestyneestä teoksesta *Beyond the Best Interest of the Child* mm. seuraavaa: »It was a spectacularly influential book, with an impact visible throughout the U.S., in *England* and in Canada.» s. 467 (kurs. K.K-S). Juuri mainittujen kirjoittajien tekstejä *Bolby*n tekstien ohella on myös otettu mukaan perheoikeuden oheismateriaalia sisältävään teokseen *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 480–485. Tosin *Hoggett* ja *Pearl*kin päättävät tekstiotteet *Mnookin*in vuonna 1975 julkaistun kriittisen artikkelin sitaattiin. Ks. siitä lähemmin Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 3.3. (Mnookinin lapsen etu -kritiikki). Myös *Dickens*in suhtautuminen on jonkin verran pidättyvää, s. 485.

siis ilmeisesti kyse juuri sen yhteiskunnallisen tosiasian tunnustamisesta, että äidit yleensä hoitivat lapset, kuten *Maidment* edellä totesi. Tätä vankaksi koettua kokemusperäistä tietoa tuki ehkä omalta osaltaan modernimpi tutkimukseen nojautuva tieto.

6.3. Status quo -periaate

Sukupuolten tasa-arvon vaatimus lapsen huoltoa koskevassa säätelyssä ja päätöksenteossa ei ollut Englannissa niin vahva kuin Yhdysvalloissa ja erityisesti Kaliforniassa 1970-luvulla.[138] Kuten edellisestä kohdasta ilmeni, Englannissa voitiin argumentoida avoimesti äitiydellä ja äidin hoivalla vielä 1970-luvulla ja sen jälkeenkin, mikä taas Kaliforniassa näytti olevan täysin mahdotonta. Mitenkään irrallaan naisten tasa-arvokeskustelusta Englanti ei kuitenkaan ollut.[139] Englannin vastaus sukupuolineutraalisuuden vaatimukseen lapsen huollon määräämisessä 1970-luvulla oli tavallaan *status quo* -periaate.

Status quo -periaate tuli keskusteluun erityisesti 1970-luvulla tehtyjen empiiristen tutkimusten perusteella. Näissä havaittiin selvästi kaksi asiaa. Ensinnäkin vain pieni osa lasten huoltoa koskevista tuomioistuinasioista oli riitaisia, ja toiseksi niissäkin tapauksissa, joissa tuomioistuin joutui myös tosiasiallisesti ratkaisemaan riidan, lapset lähes poikkeuksetta määrättiin sen vanhemman huoltoon, jonka luona he asuivat riidan käsittelyn hetkellä. Tuomioistuimet muuttivat päätöksellään lapsen olosuhteita äärimmäisen harvoin. Tavallisimmin tapaus ratkesi vallitsevien olosuhteiden, *status quo*n, perusteella.

> Empiirisistä tutkimuksista on mainittava erityisesti vuodelta 1977 peräisin oleva *Eekelaar*in ja *Clive*n sekä heidän yhteistyökumppaneidensa tutkimus. Englannissa, Walesissa ja Skotlannissa tehdyn tutkimuksen koko aineisto käsitti yhteensä 855 tapausta. Englannista ja Walesista koottuja tapauksia oli yhteensä 652.[140] Se vahvisti selvästi niitä tulok-

[138] Ks. edellä Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 3.2. (Sukupuolten tasa-arvo ja Kalifornian vuoden 1972 uudistus).

[139] Englannissa oli 1970-luvulla aktiivista feinististä liikehdintää, mikä johti mm. *Equal Pay Act* (1970) sekä *Sex Discrimination Act* (1975) -lakien säätämiseen. Ks. lähemmin *Smart* (1984) s. 129 alk. ja erit. *Atkins – Hoggett* (1984) s. 4, 20 alk.

[140] Kyseessä on julkaisematon tutkimus, joka on tehty Oxfordin *Centre for Socio-Legal Studies* tutkimuskeskuksessa. *Eekelaar* et al. (1977) s. 62.

sia, joita *Susan Maidment* oli saanut vuotta aikaisemmin, vaikkakin selvästi pienemmän aineiston, 95 tapauksen, perusteella.[141]

Eekelaar ja hänen kollegansa saattoivatkin todeta, että he eivät voineet havaita kummankaan sukupuolen suosimista, sillä tuomioistuimet noudattivat lähes poikkeuksetta *status quo* -periaatetta.[142] Tosiasiassa lapset päätyivät ylivoimaisesti suurimmassa osassa tapauksista äideille.[143] *Maidment* on kuitenkin todennut, että *status quo* -periaatteen soveltaminen merkitsi useimmiten äidin etusijan tosiasiallista jatkumista, sillä *status quo* tarjosi eräänlaisen oikeuttamisperusteen perheessä vallinneen roolijaon säilyttämiselle.[144] Äidin etusija seurasi siis *status quo* -periaatteen näkökulmasta siitä, että äidit tosiasiallisesti olivat useammin vastanneet lastenhoidosta ja lapset myös asuivat useammin äidin kuin isän luona ratkaisua tehtäessä.[145]

Susan Maidment on arvioinut monografiassaan perusteellisesti *status quo* -periaatteen perusteita ja sen soveltamisen seurauksia. Hän jakaa *status quo*n soveltamisalan toisaalta fyysisiin olosuhteisiin ja toisaalta huoltajan henkilöön. Jälkimmäisessä tapauksessa *status quo* on sisällöllisesti yhteneväinen niin kutsutun jatkuvuusperiaatteen kanssa, jota erityisesti *Bowlby* sekä *Goldstein*, *Freud* ja *Solnit* ovat painottaneet.

---

[141] Ks. *Maidment*in tutkimuksesta ja molempien tutkimusten tulosten vertailusta *Maidment* (1984) s. 61–65, ks. myös *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 454, 457–459.

[142] *Eekelaar et al.* (1977) s. 74.

[143] *Eekelaar*in ym. tutkimuksessa Englannin ja Walesin osalta saatiin tulos, jonka mukaan avioerotapauksissa annetuissa huoltoratkaisuissa lapset uskottiin yli 10 kertaa useammin äidin kuin isän huoltoon. Lapset määrättiin seuraavasti: isälle 7,2 %, äidille 76,0 %, yhteiseen huoltoon 3,4 %, lapset jaettiin 4,0 %, kolmannelle henkilölle 0,2 % ja otettiin avioeron yhteydessä huostaan 0,4 %. Lopuissa 8,8 %:ssa tapauksia ei huoltoa koskevaa määräystä annettu lainkaan. *Eekelaar et al.* (1977) Liiteosa, taulukko 34 (Final outcome of custody issue).

[144] *Maidment* (1984) s. 160.

[145] *Maidment* (1984) s. 203–215, erit. s. 212–215. Esim. *Eekelaar* viittaa *Maidment*in vuonna 1981 julkaisemaan tutkimukseen. Tämä oli käynyt läpi kaikki vuosina 1973–1979 annetut *court of appeal* -tuomioistuimen riitaiset lapsen huoltoa koskevat asiat (yht. 38). *Maidment* katsoi tällöin, että noin 75 % niistä ratkaisuista, joissa ratkaisun hetkellä isän luona asuva lapsi oli määrätty äidille, voitiin selittää vain äitiyteen liittyvien ennakkoluulojen perusteella. *Eekelaar* (1984) s. 79. Samaan tulokseen viittaa myös *Smart* (1984) s. 122. Jostain syystä *Maidment* ei mitenkään korosta tätä tulosta vuonna 1984 julkaisemassaan teoksessa, vaan pikemminkin pyrkii selittämään äidin etusijan muilla näkökohdilla, kuten *status quo* -periaatteen sovelluksina. Sivulla 160 hän katsoo, että *status quo* oli ainoa lapsen edun todellinen ratkaisukriteeri. »Although lip-service was still paid to the maternal presumption,... ».

*Maidment*in mukaan *status quo* -periaate on kehittynyt erityisesti kasvatuslapsiin liittyvissä tapauksissa ja kulminoitunut *J. v C.* -ratkaisussa, joka myös koski kasvatuslapsen huoltoa. Näihin tilanteisiin se sopiikin *Maidment*in mukaan hyvin. *Status quo* -periaatteen soveltaminen johtaa niiden osalta samaan tulokseen niin fyysisten olosuhteiden kuin lapsen tärkeimpien aikuisten osalta. Sen sijaan avioerotilanteisiin liittyviin huoltoratkaisuihin *status quo* -periaate sopii hänen mukaansa huonosti. Ristiriita voi syntyä, jos esimerkiksi lapsia pääasiallisesti hoitanut puoliso ei jää asumaan perheen entiseen asuntoon. Huolestuttavinta on *Maidment*in mukaan kuitenkin *status quo* -periaatteen soveltaminen eräänlaisena puuttumattomuusperiaatteena. Tällainen soveltaminen lukkiuttaa kriisitilanteessa ehkä satunnaisesti tai jopa vilpillisesti syntyneet järjestelyt. Se merkitsee myös ikään kuin avoimen taistelukentän jättämistä puolisoille ja näin syntyneen lopputuloksen siunaamista *status quo* -periaatteen nimissä.[146] Lopulta *Maidement* katsoo erilaisiin avioerotutkimuksiin viitaten, että jos jatkuvuutta haluttaisiin aidosti korostaa, tulisi etusija antaa ratkaisuille, joissa otetaan huomioon lapsen jatkuvuuden tarve suhteessa molempiin vanhempiinsa.[147]

*Maidment*in sinänsä ansiokas kritiikki näyttäisi kohdistuvan lähinnä *status quo* -periaateen leväperäiseen soveltamiseen ei niinkään itse jatkuvuuden merkitykseen, liittyi se sitten olosuhteisiin tai henkilöön.[148] Kaiken kaikkiaan *status quo* -periaatteen vahvat puolet olivat kuitenkin kiistämättömiä. Sitä tukivat sekä *J. v C.* -ennakkopäätös että vanhemmuuden jatkuvuuteen liittyvät psykologiset perustelut. *Status quo* -periaate osoitti huoltajan myös sukupuolesta riippumattomalla tavalla.

Jostain syystä *status quo* -periaate ei kuitenkaan syrjäyttänyt äidin etusijaa tuomioistuinkäytännössä eikä käsikirjoissa, vaan nämä jäivät pitkäksi aikaa voimaan ikään kuin rinnakkain. *Bevan*in argumentoinnin perusteella voidaan esittää arvio, jonka mukaan *status quo* olisi ollut tavallaan erityinen isien huollon peruste. *Bevan* toteaa selostettuaan ensin äidin etusijaa, että isän puolesta lapsen huoltoa koskevassa riidassa puhuu, jos lapset ovat jo

---

[146] *Maidment* viittaa tässä yhteydessä näkökohtiin, joita *Mnookin* ja *Kornhauser* ovat esittäneet artikkelissaan. Ks. lähemmin Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 4.2. (Bargaining in the Shadow of the Law).

[147] Ks. *Maidment* (1984) s. 203–215. Vrt. *Roman*in ja *Haddad*in tutkimus, Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 5.3.1. (Tutkimuksen lisääntynyt kiinnostus avioerolapsiin).

[148] Näihin näkökohtiin ei sinänsä tarvitse liittyä ristiriitaa. On esimerkiksi voitu lähteä siitä, että pienten lasten kohdalla pääasiallisen hoitajan henkilön jatkuvuus on tärkeämpi kuin ympäröivät fyysiset olosuhteet. Vanhemmalle lapselle ja erityisesti puberteetti-ikäiselle nuorelle yleensä fyysinen ympäristö, koulu ja toveruussuhteet voivat olla tärkeämpi tekijä avioeroon sopeutumisessa kuin se, kumpi vanhemmista kotona asuu. Ks. esim. *Helin* (Mattila 1984) s. 119–120.

tosiasiallisesti olleet hänen hoidossaan pitkähkön ajan.[149] Hän jatkaa kuitenkin heti toteamalla, että on olemassa esimerkkitapauksia siitäkin, että pienet lapset on myös tällaisissa tilanteissa määrätty äidin huoltoon. Samaan viittaavat myös *Bromley* ja *Lowe*. Äitiä voitiin pitää tärkeämpänä kuin *status quo*n säilyttämistä, etenkin jos kyse oli pienten lasten huollosta.

> There are certainly cases which show that on occasion at least the notion that young children are better off with their mother has been thought to be more important than maintaining the status quo.[150]

Hoggett ja *Pearl* kiinnittävät niin ikään huomiota näiden kahden periaatteen rinnakkaisuuteen. Esimerkkinä he referoivat seuraavia tapauksia, jotka kaikki ovat *Court of Appeal* -muutoksenhakutuomioistuimesta.[151]

> Tapauksessa *Re K* (1977) oli kyse noin viisivuotiaan pojan ja kaksivuotiaan tytön päivittäisestä hoidosta. Määräystä haettiin yhteiselämän aikana, koska äiti, joka oli muuttamassa toisen miehen luokse, ei halunnut muuttaa ilman lapsia. Tuomari kiinnitti huomiota äidin kevytmielisyyteen, mutta määräsi lapset tämän hoitoon, koska ei halunnut erottaa etenkään tyttöä äidistä. Isä oli moraalisesti moitteeton.[152]
>
> Tapauksessa *Re W* (1982) alle kaksivuotias tyttö määrättiin äidin huoltoon, vaikka hän oli yli vuoden ajan asunut isän ja sittemmin tämän avopuolison luona perheen entisessä yhteisessä kodissa, mistä äiti oli lähtenyt lapsen ollessa noin yhdeksän kuukauden ikäinen. Tapauksessa kiinnitettiin huomiota siihen, että äiti oli pitänyt tiiviisti yhteyttä lapseen.
>
> Äidin vaatimus hylättiin tapauksessa *B v B* (1985). Kolmivuotias poika oli noin kaksi vuotta asunut isänsä luona. Äiti ei aluksi voinut huolehtia lapsesta, mutta hänen olosuhteensa olivat sittemmin vakiintuneet. Tuomari kiinnitti huomiota siihen, miten isä oli ponnistellut järjestääkseen pojan päivittäisen hoidon tyydyttävällä tavalla ja voidakseen itse huolehtia tästä mahdollisimman paljon. Isä oli mainitusta syystä sanoutunut irti työstään, koska ei voinut lapsen hoidon vuoksi jatkaa työpaikan muuttuneissa olosuhteissa, ja tuli sen vuoksi olemaan työtön ainakin jonkin aikaa.[153]

---

[149] »The father's position may be strengthened where the child has already been with him for a lenghty period before the commancement of custody proceedings, for continuity of care is another factor.» *Bevan* (1989) s. 89.

[150] *Bromley – Lowe* (1987) s. 327.

[151] *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 466–473.

[152] Samaan ennakkotapaukseen on viitattu myös edellä vanhemman syyllisyyden merkityksen häviämisen yhteydessä kohdassa 6.1. (Leading case: lapsen etu ratkaisun ainoaksi perusteeksi).

[153] Englantilainen tapa viitata tapauksiin käyttäen asianosaisten nimen ensimmäistä kirjainta on joskus omiaan aiheuttamaan sekaannusta. Po. tapauksen ohella on olemassa

Tulkitsen edellä selostetun niin, että vaikka äidin etusijalla etenkin pienten lasten huoltoa ratkaistaessa oli kiistaton asema, *status quo* -periaatteella oli myös tärkeä tehtävä: sen avulla voitiin äidin etusija tarpeen tullen kumota. *Status quo* olisi näin ollen esiitynyt erityisesti isien hyväksi tehtyjen huoltoratkaisujen perusteena. Tätä tulkintaa heikentää luonnollisesti se, että useimpien ratkaisujen voitiin tosiasiallisesti katsoa tukevan sekä tiedollisesti perusteltua *status quo* -periaatetta että kokemusperäisempää äidin etusijaa. Isien osalta *status quo* oli kuitenkin ainoa vaihtoehto näiden kahden tärkeimmän tulkintasäännön välillä.

> Vuonna 1985 avioeron yhteydessä annetuista huoltoa koskevista päätöksistä 77,4 prosenttia oli sellaisia, joissa äiti määrättiin yksin huoltajaksi, 9,2 prosentissa huoltajaksi määrättiin vastaavasti isä yksin. Yhteishuoltoa koski 12,9 prosenttia ja loput alle 1 prosenttia muita vaihtoehtoja.[154] Isälle oli siis tämän mukaan uskottu lapsen huolto noin joka kymmenennessä tapauksessa.

6.4. Yhteishuolto

Yhteishuolto tuli osaksi voimassaolevaa oikeutta ennakkotapauksen *Jussa v Jussa* perusteella, joka annettiin vuonna 1972. Siinä *High Court, Family Division* ratkaisi erossa asuvan avioparin huoltoa koskevan riidan käyttämällä hyväkseen edellä kuvattua *split order* -tekniikkaa. Toisin kuin perinteisessä *split order* -määräyksessä tuomioistuin määräsi puolisot yhdessä lasten huoltajiksi, mutta lasten hoidon ja valvonnan (*care and control*) se määräsi yksin äidille.[155]

> Kyseessä oli englantilais-intialainen aviopari, josta voitiin todeta heti alussa, että molemmat antoivat toisilleen avoimesti tunnustusta vanhempina: »(O)ne of the happiest features of this case is that each of the spouses admits freely and frankly that the other is an admirable

---

myös toinen tapaus *B. v B.* vuodelta 1985, missä samainen *Court of Appeal* ei määrännyt lapsen huoltoa työttömänä olevalle isälle: »...(A) young able-bodied man ought to work.» Ks. *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 474. Mm. tämän ratkaisun kritiikistä *Cretney – Masson* (1997) s. 724.

[154] *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 454 taulukko 6. Ks. yhteishuollosta lähemmin alla.

[155] Tapausselostuksesta ks. *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 498–500. High Court, Family Division on siis Court of Appeal -tuomioistuinta alempi tuomioistuin. Mutta sen ratkaisuilla on sitova merkitys County Court ja Magistrates' Court – alioikeuksiin nähden. *Bogdan* (1993) s. 122–127.

> parent.» Kaikesta huolimatta oli selvää, että lapset tuli määrätä äidin hoitoon. Kysymys olikin siitä, voitaisiinko ajatella huollon määräämistä yhteisesti molemmille. Joitakin tällaisia tapauksia oli tapausselostuksen mukaan ollut vuodesta 1964 alkaen, ja niistä oli saatu enimmäkseen myönteisiä kokemuksia. Tuomioistuin kiinnitti huomiota siihen, että molemmat puolisot olivat kiintyneitä lapsiinsa eikä epäilyksiä heidän kyvystään yhteistyöhön lapsia koskevissa kysymyksissä ollut ilmennyt. Samoin kiinnitettiin huomiota siihen, että molemmat puolisot olivat moitteettomia (*unimpeachable*) vanhempia. Erityisesti kiinnitettiin huomiota vielä lasten kaksikulttuurisuuteen. Läheisten suhteiden ylläpitäminen intialaista alkuperää olevaan isään oli perusteltua myös tästä syystä.[156]

Kuten Yhdysvalloissa Englannissakin oli yhteishuoltoa 1970-luvulta alkaen ryhtynyt ajamaan erityinen isien oikeuksia puolustava liike. Liikkeeseen luettavista eri yhdistyksistä ja painostusryhmistä mainitaan yleisimmin *Families Need Fathers* -järjestö, joka aloitti toimintansa vuonna 1974.[157] Yhteishuollon yleistyminen oli ollut sen tärkeimpiä tavoitteita.[158] Yhteishuolto nähtiin tasa-arvoisemman lastenhoidon konkreettisena ilmentymänä ja myös sen eräänlaisena symbolina.[159] Naisoikeustieteilijät, etenkin *Carol Smart* ja *Julia Brophy,* puolestaan vastustivat yhteishuoltoa. He arvostelivat erityisesti sitä, että lastenhoitoon liittyvät velvollisuudet (*care and control*) jätettiin yleensä äidille yksin, kun taas huoltoon liittyvät oikeudet määräättiin äidille ja isälle yhteisesti. Isien oikeudet muodostuivat näin helposti oikeudeksi kontrolloida äidin antaman hoitoa ilman omakohtaista vastuuta tuloksesta.[160]

> *Smart* ja *Brophy* ovat perustelleet näkemystään myös sillä, että sukupuolten tasa-arvo lastenhoidossa ei ollut vielä edennyt niin pitkälle, että miehet hoitaisivat lapsia tasavertaisesti naisten kanssa. He katsovatkin, että miesten tärkeimpänä tavoitteena oli vallan säilyttäminen entiseen

---

[156] Ks. *Jussa v Jussa* -ratkaisusta em. lisäksi myös *Maidment* (1984) s. 258–260.

[157] *Smart* (1984) s. 139, *Brophy* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989) s. 218, *Maidment* (1984) s. 258. Muista liikkeistä mainitaan *Campaign for Justice on Divorce*, *Smart* (1984) s. 130–131, sekä *The New Right*, *Brophy* mts. 226. Ks. myös *Lund* (ed. Lewis – O'Brien 1987) s. 212 alk. Ks. Yhdysvaltojen osalta Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 5.4. (Kalifornian yhteishuoltolainsäädäntö ja isien oikeudet).

[158] »Society for Equal Parental Rights» *Maidment* (1984) s. 258, ks. lisäksi *Brophy* (ed. Brophy – Smart 1985) s. 105–116, *Brophy* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989) s. 218, *Smart* (1984) s. 139.

[159] *Maidment* (1984) s. 257.

[160] Samoin argumentoivat *Atkins* ja *Hoggett* (1984) s. 96–97. He kohdistavat saman arvostelun myös *Dipper v Dipper* -ratkaisun perusteella syntyneeseen tilanteeseen. Po. ratkaisusta lähemmin jäljempänä.

> perheeseen nähden huoltoa koskevien oikeuksien avulla. *Smart* kritikoi myös sitä, että miesten liikkeet eivät olleet olleet ajamassa lapsiperheille sosiaalisia uudistuksia. Miesliikkeet eivät siis olleet halukkaita jakamaan sosiaalista vastuuta lapsista.[161]

Yhteishuoltoa puolustavista lapsen kehityksen asiantuntijoista on erityisesti mainittava psykologi *Martin Richards*. Artikkeleissaan *Richards* on arvostellut *attachment*-teoriaa ja äidin etusijaa huollon määräämisessä.[162] Hän kannatti itse systeemiteoreettista perhekäsitystä, josta lähtien lapsen etua arvioidaan osana perheen ihmissuhdeverkostoa. Silloin myös suhde isään tulee toisella tavoin merkitykselliseksi.[163] Erityisesti *Richards* on tällä perusteella puolustanut tapaamisoikeuden merkitystä, yhteishuoltoa ja sovittelua riitojen ratkaisuvälineenä.[164] Hän on nojautunut näkemyksissään paljolti yhteishuoltoa puoltaneisiin amerikkalaisiin tutkijoihin.[165]

Yhteishuolto jäi kokonaisuutena kuitenkin suhteellisen harvinaiseksi. Kuten edellä mainittiin, vuonna 1985 – yli 10 vuotta *Jussa v Jussa* -ratkaisun jälkeen – arvioitiin kaikista Englannissa avioeropäätösten yhteydessä annetuista huoltoa koskevista määräyksistä 12,9 prosentin koskevan yhteishuoltoa.[166] Toisaalta erot paikallisten tuomioistuimien käytännössä olivat huomattavia, mikä merkitsi sitä, että joissakin tuomioistuimissa yli 40 prosenttia määräyksistä oli yhteishuoltoa koskevia määräyksiä, kun pienimmillään osuus

---

[161] *Smart* (1984) s. 139, 178–179, *Smart* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989) s. 8–10, 16–26, *Brophy* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989) s. 226–228. *Brophy* on kirjoittanut artikkelinsa erityisesti pitäen silmällä vuoden 1989 *Children Act* -lakia koskevia esityksiä. Hän suhtautuu niihin hyvin kriittisesti, koska katsoo, että vanhemman vastuun konsepti merkitsee tosiasiallisesti suoraan lain nojalla seuraavaa yhteishuoltoa. Po. lain sisällöstä lähemmin jäljempänä, kohta 8. (Children Act 1989) alakohtineen.

[162] *Richards* (British Journal of Development Psychology 1988) s. 175 alk., (Journal of Social Welfare Law 1982) s. 135–136.

[163] *Richards* (IJLF 1987) s. 311–314.

[164] *Richards* (Journal of Social Welfare Law 1982) s. 136–146, (IJLF 1987) s. 310–311,(ed. Bainham – Pearl 1993) s. 14, 25–28, Fam Law 1989 s. 83–85.

[165] Esim. *Hetherington & Cox & Cox, Hess & Camara, Ahrons, Steinman, Wallerstein & Kelly* sekä *Amato & Keith. Richards*: (British Journal of Developmental Psychology 1988) s. 179; (IJLF 1987) s. 308–311; (ed. Bainham – Pearl 1993) s. 10–11. Ks. amerikkalaisista tutkijoista lähemmin Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 5.3.1. (Tutkimuksen lisääntynyt kiinnostus avioerolapsiin) sekä kohta 7. (Oikeudelliset huoltoratkaisut ja uudemmat tutkimustulokset) alakohtineen.

[166] Vuonna 1974 yhteishuoltoa koskevia määräyksiä oli noin 5 % kaikista. *Priest – Whybrow* (Law Commission 1986) s. 291. Ks. myös *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 454 ja siinä esitetyt viittaukset.

jäi alle viiden prosentin.[167] Vaikka koko Englannin osalta yhteishuolto ei ollut kovin yleinen, se oli silti vuosikymmenen vaihtuessa myös selvästi yleistymässä.[168] Yleistyminen on ehkä vaikuttanut myös siihen, että 1980-luvulla vanhempien yhteinen huolto on voitu määrätä toisen vanhemman vastustuksesta huolimatta.[169] Alun perin *Jussa v Jussa* -tapauksessa yhteinen huolto oli aivan ilmeisesti kummankin toivomuksen mukainen.

Yhteishuollon alkava suosio saattoi vaikuttaa myös yksinhuoltoa koskevaan tulkintaan. Vuonna 1981 annetussa *Court of Appeal* -ratkaisussa *Dipper v Dipper* todettiin, että myös huollosta erotetulla vanhemmalla oli oikeus osallistua ainakin lapsen koulutusta ja uskontoa koskeviin ratkaisuihin.

> Avioero-oikeudenkäynnin yhteydessä vuonna 1979 molemmat puolisot vaativat lasten huoltoa. Alioikeus antoi asiassa *split order* -määräyksen sillä perusteella, että kun äidillä oli lasten hoito ja isällä heidän huoltonsa, äiti ei voisi yksin päättää lasten koulutuksesta keskustelematta asiasta isän kanssa. Molemmat valittivat ratkaisusta. Ennen kuin asia tuli *Court of Appeal* -tuomioistuimeen, osapuolet sopivat keskenään yhteishuollosta. Lapset jäivät äidin hoitoon. Kun tuomioistuin arvioi sopimusta, se totesi kuitenkin, että huollosta erotetulla vanhemmalla olisi joka tapauksessa ollut oikeus osallistua muun muassa lasten koulutusta koskevaan päätöksentekoon ja itse asiassa lordituomari *Cumming-Bruce* (*LJ*) katsoi, että huollosta erotetulla vanhemmalla on oikeus osallistua lasta koskeviin tärkeisiin ratkaisuihin (»*any other major matters*»).[170]

Ratkaisu liittyy osaltaan vanhempien oikeudellista asemaa koskevien käsitteiden epäselvyyteen. Sekavuus koski myös lapsen huoltoa siten, että lapsen huoltoa koskevan määräyksen perusteena olevassa laissa saatettiin pu-

---

[167] Haastattelut osoittivat samalla, että jotkut tuomarit suosivat erityisesti yhteishuoltoa, kun taas toiset suhtautuivat niitä koskeviin hakemuksiin pidättyvästi. *Priest – Whybrow* (Law Commission 1988) s. 294–310, ks. myös *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 454–457, etenkin kuvio F.4 ja kartta M.2., *Cretney – Masson* (1990) s. 525, alav. 72, 73, *Brophy* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989) s. 220.

[168] Näin *Cretney – Masson* (1990) s. 523.

[169] Vuonna 1984 *Court of Appeal* – tuomioistuimen antama *Caffell v Caffell* -ratkaisussa yhteishuolto määrättiin avoimen vihamielisille vanhemmille. Yhteishuollon oli määrä helpottaa isän tuntemaa katkeruutta. Äiti oli jättänyt isän, aviomiehensä, toisen miehen vuoksi ja vienyt lapset mukanaan. Isä oli vaatimalla lasten huoltoa osoittanut olevansa innokas ottamaan osaa lastensa kasvatukseen. *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 500.

[170] (*LJ* on lyhennys sanoista *Lord Justice of Appeal*). *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 500–501, *Bromley – Lowe* (1987) s. 302–303.

hua joko yksinkertaisesti huoltoa koskevasta määräyksestä (*custody order*) tai »oikeudellisesta huollosta» (*legal custody*). Edellinen oli tavallisin tapa määrätä huollosta avioeron yhteydessä. Määräyksen nimike riippui siitä, missä tuomioistuimessa asia pantiin vireille.[171] Käsitteen nimi ei kuitenkaan ratkaissut kysymystä, sillä sekä *custody* että *legal custody* -käsitteen sisältö oli epäselvä.[172] Huollosta erotetun ja yhteishuoltoa toteuttavan vanhemman oikeuksien välinen ero jäi *Dipper v Dipper* -ratkaisun jälkeen myös epäselväksi kuten sekin, miten eri osapuolten tulisi oikeuttaan käyttää.[173] Asia ratkaistiin lopulta vuoden *1989 Children Act* -lailla.

7. Lapsen etu ja lapsen oikeudet

7.1. Gillick-tapaus

Merkittävin ja mielenkiintoisin tieteellinen keskustelu Englannin lapsioikeudessa on käyty lapsen oikeuksista. Keskustelulla on myös liittymiä lapsen huollon määräytymiseen. Keskeisistä puheenvuoroista ensimmäinen oli *Neil MacCormick*in vuonna 1976 ilmestynyt artikkeli *Children's Rights: A Test-Case for Rights Theory*.[174] *MacCormick*in lisäksi lapsen oikeuksia käsittelivät *Michael Freeman* ja *John Eekelaar*.[175]

---

[171] Ks. lähemmin *Bromley – Lowe* (1987) s. 289–291.

[172] Ks. lähemmin *Eekelaar* (LQR 1973) s. 210–211, 229–234, *Maidment* (Cambridge Law Journal 1981) etenkin s. 157–158.

Vanhempien oikeuksien määrittelyä koskevaa ongelmaa käsittelivät *J. C. Hall* ja erityisesti *John Eekelaar* 1970-luvun alkupuolella. Ks. *Eekelaar* (LQR 1973) s. 210 alk. sekä *Hall*in osalta mts. 211. *Eekelaar* pyrki käyttämään hyväkseen *Hohfeld*in ja *H.L.A. Hart*in teorioita oikeuksista. Huoltoa koskevien käsitteiden osalta tuloksena oli kuitenkin, että eri käsitteitä ei voitu po. teorioiden avulla selkiyttää. Vuonna 1981 *Susan Maidment* jatkoi keskustelua. Hän totesi sekavuuden, jos mahdollista, lisääntyneen eräiden uudistusten seurauksena. *Maidment* ei käsittele artikkelissaan varsinaisesti *Dipper v Dipper* -tapausta, joka ilmeisesti annettiin myöhemmin samana vuonna. *Maidment* (Cambridge Law Journal 1981) s. 135, 140–145, 157–158.

[173] Ks. esim. *Maidment* (1984) s. 257–258. *Bevan* (1989) s. 126.

[174] *MacCormick* (ARSP 1976) s. 305 alk.

[175] *Freeman*(1983), *Eekelaar* (OxfordJLS 1986). Myöhemmin keskustelua ovat jatkaneet lähinnä viimeksimainitut.

Keskusteluun liittyy lapsen oikeuksia koskeva ennakkotapaus, niin sanottu *Gillick-case* vuodelta 1986. Tapaus koski erityisesti lapsen oikeutta päättää itse henkilöään koskevista asioista (*Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*).[176]

> Rouva *Gillick*illä oli viisi alle 16-vuotiasta tytärtä. Hän koki vanhemmanoikeutensa loukatuiksi Englannin sosiaali- ja terveysministeriön (*Department of Health and Social Security*) antamien ohjeiden vuoksi. Kysymyksessä oleva ohjeiden kohta koski alle 16-vuotiaille tytöille annettavaa ehkäisyneuvontaa. Ohjeiden mukaan oli mahdollista, joskin poikkeuksellista, että alle 16-vuotiaalle tytölle annettaisiin ehkäisyneuvontaa myös ilman vanhempien suostumusta. Rouva *Gillick* pani vireille vahvistuskanteen ohjeiden toteamiseksi laittomiksi. Samalla hän vaati, että asianomaisia terveysvirkailijoita kiellettäisiin antamasta ehkäisyneuvontaa ilman vanhempien tai holhoojan suostumusta.

Rouva *Gillick* hävisi juttunsa ensimmäisessä oikeusasteessa, voitti *Court of Appeal* -muutoksenhakutuomioistuimessa ja hävisi jälleen ylähuoneessa (*House of Lords*) kolmen oikeuslordin enemmistöllä kahta vastaan. Huolimatta kysymyksen epäselvyydestä ja ratkaisuun liittyneistä erimielisyyksistä, tapaukselle on kirjallisuudessa annettu suorastaan käänteentekevä merkitys.[177]

Ratkaisu merkitsi käytännössä sitä, että alle 16-vuotiaalle lapselle tai nuorelle voitiin antaa ehkäisyneuvontaa tai -hoitoa ilman vanhempien suostumusta. Annetut ohjeet katsottiin siis lain mukaisiksi. Yleisemmin *Gillick*-ratkaisu osoitti, että lapsella voi olla joissakin tilanteissa oikeus itse päättää henkilöään koskevista asioista. Lapsen oikeus päättää omista asioistaan ei siis seuraa kaavamaisesti jotain ikärajaa, vaan se voi kasvaa lineaarisesti lapsen iän ja kypsyyden myötä. Lapsella voidaan siis katsoa olevan oikeus päättää omista asioistaan ennen varsinaista lain määräämää ikärajaa. Tätä on kutsuttu »*Gillick*-kompetenssiksi» (*Gillick-competence*).[178]

---

[176] Lopullinen päätös annettiin parlamentin ylähuoneessa (*House of Lords*). Ks. tapausselostus lähemmin esim. *Cretney – Masson* (1997) s. 587–593, *Eekelaar* (LQR 1986) s. 4–9 tai *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 388–392.

[177] Enemmistössäkään olleet oikeuslordit (*law lords*) eivät lausunnoissaan olleet lopulta täysin yhteneviä. Ks. lordien *Fraser*, *Scarman* ja *Templeman* lausunnoista esim. *Eekelaar* (LQR 1986) s. 4 alk, tai sama (OxfordJLS 1986) s. 177 alk. tai *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 388–392. Ks. tapauksen merkityksestä *Bainham – Cretney* (1993) s. 59, 79, 102–104, *Bromley – Lowe* (1992) s. 294–296, *Cretney – Masson* (1997) s. 592.

[178] *Cretney – Masson* (1997) s. 592–593, ks. myös tässä yhteydessä mainitut oikeustapaukset. Teoksessa käytetään termiä muissakin yhteyksissä, ks. esim. s. 598, *Bromley – Lowe* (1992) s. 295.

Lapsen itsenäisen päätäntävallan edellytyksistä on esitetty jossain määrin erilaisia näkemyksiä. Erot liittyvät erityisesti lapsen edun ja lapsen päätäntävallan väliseen suhteeseen. Eri näkemysten perusta on itse ratkaisussa. Kahden eniten siteeratun oikeuslordin näkemykset eivät tältä osin ole nimittäin täysin yhteismitalliset. Lordi *Scarman*in lausunnon mukaan vanhempien oikeuksien tarkoitus on ratkaisujen tekeminen lapsen puolesta niin kauan, kuin lapsi tarvitsee suojelua. Vanhempien oikeudet suojelevat lasta, eivät vanhempia. Jos lapsi kykenee itse tekemään ratkaisut, vanhemman oikeus väistyy.

> The principle of the law, as I shall endeavour to show, is that parental rights are derived from parental duty and exist only so long as they are needed for the protection of the person and property of the child.
> ...
> The underlying principle of the law was exposed by Blackstone and can be seen to have been acknowledged in the case law. It is that parental right yields to the child's right to make his own decisions when he reaches a sufficient understanding and intelligence to be capable of making up his own mind on the matter requiring decision. ...[179]

Lordi *Fraser* puolestaan tarkasteli kysymystä tiiviimmässä yhteydessä ratkaistavaan asiaan. Hän katsoi, että vanhemman suostumusta ei tarvita, kun tietyt ehdot täyttyvät. Kysymyksessä olevan tytön tulee ensinnäkin ymmärtää asia. Toiseksi *Fraser* edellytti, että neuvottelu vanhempien kanssa ei ole mahdollista ei tytön eikä lääkärin toimesta ja kolmanneksi, että tytön etu edellyttää ehkäisyneuvonnan tai -hoidon antamista ilman vanhempien suostumusta. Hänen argumentaationsa viittaa siihen, että lapsi ei saavuta kysymyksen osalta täyttä päätäntävaltaa, vaan eräänlaisen riittävän päätäntävallan. Edellytyksenä on kuitenkin, että kolmas taho arvioi lapsen ratkaisua hänen etunsa huomioon ottaen.[180]

Eekelaar on arvioinut lordi *Scarman*in lausuntoa niin, että lapsen oikeus päättää itseään koskevista asioista ei olisi riippuvainen lapsen etua koskevasta arvioista, vaan pelkästään lapsen saavuttamasta kypsyydestä. Mikäli lapsi on kypsä ratkaisemaan itseään koskevan asian, hänen tulisi *Eekelaar*in mukaan saada myös vapaasti arvioida omaa etuaan.[181] *Eekelaar* ei ilmeisesti ole kuitenkaan saanut laajaa kannatusta näkemykselleen. Esimerkiksi *Bain-*

---

[179] *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 390.

[180] *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 390, *Eekelaar* (LQR 1986) s. 6, *Bainham – Cretney* (1993) s. 102–104.

[181] Ks. *Eekelaar*in näkemyksistä lähemmin (LQR 1986) s. 8, (OxfordJLS 1986) s. 181–182, ks. myös tämän näkemyksen kehittelystä (IJLF 1994).

ham ja *Cretney* katsovat, että ratkaisu viittaa lähinnä lapsen oikeuteen päättää ilman vanhempien myötävaikutusta kolmannen, esimerkiksi lääkärin valvonnassa.[182]

Gillick-ratkaisu on toistaiseksi vaikuttanut lähinnä lasten terveydenhoitoa koskeviin kysymyksiin. Lapsen huollon osalta siitä ei tehty vuoden 1989 *Children Act* -laissa kovinkaan pitkälle meneviä johtopäätöksiä.[183] Tähän lakiin palataan tuonnempana.

7.2. Lapsen oikeuksia koskeva keskustelu

7.2.1. Johdanto

Tärkeimpinä puheenvuoroina lapsen oikeuksia koskevassa keskustelussa voidaan pitää *MacCormick*in ja *Eekelaar*in artikkeleja sekä *Freeman*in monografiaa, *The Rights and Wrongs of Children*. Näistä *MacCormick* on keskittynyt pelkästään teoreettisluontoiseen kysymykseen siitä, voiko lapsilla ylipäätään olla oikeuksia.[184] *Eekelaar* ja *Freeman* ovat sen sijaan pyrkineet myös analysoimaan lasten oikeuksien luonnetta. He ovat myös soveltaneet näkemyksiään lasten oikeuksista esimerkiksi huollon määräämistä koskevaan tilanteeseen avioeron yhteydessä. Jäljempänä keskitytään viimeksimainittuihin.

Kirjoittajien teoreettisista lähtökohdista voidaan lyhyesti todeta, että *MacCormick* arvioi lasten oikeuksia tahtoteorian (*will theory*) ja intressiteorian (*interest theory*) perusteella. Hän katsoi, että jälkimmäisen perusteella saatettiin lapsilla katsoa olevan oikeuksia. Ja koska lapsilla oli oikeuksia, oli vanhemmilla niitä vastaavia velvoitteita.[185] *Eekelaar*in teoria perustui niin ikään intresseihin oikeuksien perusteena. Hän nojautui erityisesti *Joseph Raz*in

---

[182] *Bainham – Cretney* (1993) s. 103, samansuuntaisesti *Barton – Douglas* (1995) s. 126. *Bromley – Lowe* (1992) s. 295–296. Jälkimmäisessä teoksessa todetaan, että käytännössä *Eekelaar*in esittämä lasten oikeuksien kannalta sinänsä merkittävä tulkinta tuskin saa laajaa kannatusta. *Cretney* ja *Masson* (1997) näyttäisivät kuitenkin tulevan tulkinnoissaan lähelle *Eekelaar*in näkemyksiä, vaikka eivät otakaan suoraan kantaa asiaan, s. 592, 598–599.

[183] *Cretney – Masson* (1997) s. 595–596.

[184] *MacCormick* (ARSP 1976) s. 305–316.

[185] *MacCormick*in, *Eekelaar*in ja *Freeman*in teoreettista perustaa koskevan analyysin osalta nojaudutaan tässä *Bainham – Cretney*n esitykseen, mihin voidaan myös viitata lähempien yksityiskohtien ja eri teorioita koskevan vertailun osalta. Ks. *Bainham – Cretney* (1993) s. 81–94, erityisesti *MacCormick*in osalta s. 82–84.

tätä koskevaan teoriaan.[186] *Freeman* nojautui puolestaan lähinnä *Rawls*in oikeudenmukaisuusteoriaan, jonka pohjalta hän johti oman liberaalista paternalismia (*liberal paternalism*) koskevan teoriansa lasten oikeuksista.[187]

7.2.2. Freemanin teoria lasten oikeuksista

*M.D.A. Freeman*in teoria on esitetty hänen monografiansa *The Rights and Wrongs of Children* alkuluvussa.[188] *Freeman*in mukaan lapsilla on monentyyppisiä oikeuksia, jotka voidaan jakaa neljään luokkaan.[189] Näitä ovat ensinnäkin hyvinvointiin liittyvät oikeudet (1, *welfare rights*), jotka *Freeman*in mukaan merkitsevät eräänlaista oikeutta onnelliseen lapsuuteen. Nämä oikeudet perustuvat hänen mukaansa lähinnä YK:n lapsen oikeuksien julistukseen vuodelta 1959.[190] Toiseksi hän erottaa oikeuden suojeluun (2, *right to protection*). Hän tarkoittaa erityisesti lasten oikeutta hoitoon ja kunnioittavaan kohteluun vastakohtana hoidon laiminlyönti tai huono kohtelu. Lastensuojelu ulottuu kodin lisäksi myös yhteiskunnan eri alueille, työelämään, kouluun ja niin edelleen. Tämä oikeus on, kuten *Freeman* huomauttaa, luonteeltaan selvästi paternaalinen.

Kolmanneksi *Freeman* erottaa oikeuden samoihin oikeuksiin täysi-ikäisten kanssa (3, *right to social justice*). Tässä yhteydessä hän kyseenalaistaa iän merkityksen oikeuksia rajoittavana tekijänä.[191] *Freeman*in teoria yhtyy täs-

---

[186] *Bainham – Cretney* (1993) s. 85.

[187] *Bainham – Cretney* (1993) s. 88 alk.

[188] *Freeman* (1983) s. 6–31.

[189] Arvioidessaan, mihin lasten oikeudet perustuvat, *Freeman* toisaalta kritikoi *Hohfeld*in teoriaa, toisaalta nojautui *MacCormick*iin, *Raz*iin ja *J. Feinberg*iin. Ks. lähemmin *Freeman* (1983) s. 34–39, oikeuksien luokituksesta s. 40–52.

[190] *Freeman* ei voinut ottaa lähtökohdakseen YK:n lapsen oikeuksien yleissopimusta, sillä se hyväksyttiin vasta vuonna 1989, vaikka yleissopimus olisi itse asiassa sopinut hänen tavoitteisiinsa paremmin kuin sitä edeltänyt julistus. Ks. *Freeman*in suhteesta YK:n lasten oikeuksien yleissopimukseen *Freeman* (ed. Alston – Parker – Seymour 1992) s. 69. Samassa yhteydessä *Freeman* pyrkii liittämään teoriansa laajemmin oikeus- ja yhteiskuntafilosofiseen keskusteluun (mm. *MacCormick*, *Dworkin*, *Rawls*). Erityistä huomiota hän omistaa *Onora O'Neill* esittämän näkemyksen vasta-argumenteille. *O'Neill* on katsonut, että oikeuksia parempi lähestymistapa lasten aseman parantamiseksi olisi vanhempien ja muiden aikuisten velvollisuudet lapsia kohtaan. Ks. lähemmin mts. 56–60.

[191] *Freeman*in lähtökohtana on, että lasten oikeuksien rajoittaminen on perusteltava eikä sitä, että lapsilla ylipäätään on oikeuksia. Lasten kognitiivinen kypsyys vastaa aikuisten tasoa eri tutkimusten valossa jo noin 14 vuoden iässä. Vaikka aikuisilla onkin keskimäärin enemmän tietoa ja kokemusta, he eivät itsekään aina toimi niiden edellyttämällä tavalla. *Freeman* (1983) s. 50.

sä ja ensimmäisessä kohdassa Yhdysvalloissa alkaneeseen lasten oikeuksia vaatineeseen »lasten vapautusliikkeeseen» (*Children's Liberation Movement*).[192] Neljänneksi *Freeman* erottaa lasten oikeuden tehdä itsenäisiä ratkaisuja (4 *right to act independently*). Kaikkia lasten oikeuksia rajoittaa kuitenkin lasten oman intressin oikeuttama paternalistinen kontrolli, jonka tarkoituksena on turvata lasten maksimaaliset mahdollisuudet omien valintojensa toteuttamiseen aikuisiässä.[193] *Freeman* kutsuu tätä nimellä *liberaali paternalismi*.[194]

Lasten oikeuksien ongelmana on, kuka niitä käyttää. *Freeman* katsoo, että perheen ulkopuoliset jäävät aina eräänlaisten interventionistien asemaan.[195] Lähtökohtana on sen vuoksi, että lasten oikeuksien käyttäminen jää perheenjäsenten väliseksi asiaksi, jolloin oikeuksia käyttävät joko lapset itse tai heidän vanhempansa.[196] Vanhempien oikeus toimia lasten sijasta voi kuitenkin perustua ainoastaan sille, että nämä toimivat lasten hyväksi tavalla, johon lapset eivät itse pysty. *Freeman* siteeraa tässä yhteydessä *Dworkin*ia, jonka mukaan vanhempien tulisi valinnoillaan pyrkiä maksimoimaan lasten mahdollisuudet toteuttaa omia elämänsuunnitelmiaan. Erityisen merkittäviä tässä suhteessa ovat sellaiset seikat kuin vapaus, terveys tai muu sellainen mahdollisuus, jonka kuka tahansa järkevä henkilö valitsisi riippumatta siitä, mitä hän haluaisi elämässään tehdä.

> (Parents) ought to choose for (children), not as they might want, but in terms of maximizing those interests that will make it possible for them to develop life plans of their own. We ought to preserve their

---

[192] Ks. *Foster – Freed* (Family Law Quarterly 1972) s. 343–375, *Veerman* (1992) s. 133–152, Ks. myös *Freeman* (ed. Freeman – Veerman 1992) s. 3–6.

[193] *Freeman* (1983) s. 51–52, 54–60.

[194] *Freeman* (1983) s. 40–45.

[195] *Freeman* (1983) s. 47–48.

[196] Lasten ja vanhempien välisessä konfliktissa ulkopuolinen interventio on *Freeman*in mukaan oikeutettua. Hän pitää tuomioistuinta parhaana intervention toteuttamisen välineenä, koska asiamies on suljettu pois. *Freeman* (1983) s. 52. Jäljempänä kuitenkin osoittautuu, että *Freeman* ei ole tässä suhteessa täysin johdonmukainen. Huoltoa koskevassa riitaisessa asiassa lapselle olisi hänen mielestänsä aina asetettava ulkopuolinen asiamies. Toisaalla *Freeman* selvittää lähemmin suhtautumistaan julkisen vallan interventioon, mutta hän ei tässäkään yhteydessä tarkenna teoriansa suhdetta lähemmin juuri avioerotilanteeseen. Hänen pääkritiikkinsä kohde on tässä yhteydessä *Goldstein – Freud – Solnit* (1973) -teoksen lievimmän puuttumisen periaate (*minimum state intervention*) ks. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 3.1.4. (Goldstein – Freud – Solnit: Beyond the Best Interest of the Child). *Freeman* (1983) s. 244–271, etenkin s. 271.

> share of what *Rawls* calls 'primary goods'; that is, such goods as liberty, health, and opportunity, which any rational person would want to pursue whatever particular life plan he chooses.[197]

Vanhempien tulee siis toimia ikään kuin objektiivisesti arvioidun lapsen edun hyväksi. Oikeus itse päättää omista asioistaan on kuitenkin myös yksi sellainen hyvä, josta kukaan rationaalisesti ajatteleva henkilö ei haluaisi luopua. *Freeman*in *liberaalin paternalismin* tarkoituksena on oikeuttaa lasten autonomian rajoittaminen.[198]

> *Freeman* perustelee puuttumista lasten autonomiaan *Rawls*in filosofiaa hyväksikäyttäen. Hän kysyy, miten itse yhteiskuntasopimusta tehtäessä ja tietämättömyyden verhon takaa asioita arvioiden toivoisimme itseämme kohdeltavan lapsina olettaen, että haluamme kypsyä aikuisuuteen ja kykyyn itse päättää päämääristämme.[199] Lasten määräysvaltaan puuttumisen tulisi hänen vastauksensa mukaan suojella heitä sellaisilta irrationaalisilta virheiltä, jotka vaarantaisivat järkevän aikuisuuden. *Freeman* huomauttaa kuitenkin, että autonomian oppimiseen kuuluu myös oikeus tehdä virheitä. Virheiden ei pitäisi kuitenkaan olla sellaisia, että ne vaikeuttaisivat pysyvästi ja vakavasti lapsen tai nuoren mahdollisuuksia saavuttaa omat tavoitteensa.[200]
>
> *Liberaalinen paternalismi* liittyy näin ollen läheisesti sivistykseen ja koulutukseen: sen tulee tehdä kullekin yksilölle mahdolliseksi muodostaa itsenäisesti ja kriittisesti oma käsityksensä hyvästä elämästä. Paternalismin oikeutus lapsen kannalta perustuu tulevaisuuteen suunnattuun suostumukseen (*future-oriented consent*), jonka käsitteen *Freeman* lainaa *Dworkin*ilta.[201]

Freeman soveltaa *liberaalin paternalismin* käsitettään esimerkissä, joka koskee alaikäisten oikeutta itsenäisesti päättää ehkäisystä ja abortista.[202] Lähtökohtana on silloin, että lukuunottamatta seksuaalista hyväksikäyttöä kaikilla ihmisillä tulee olla samat oikeudet toteuttaa seksuaalisuuttaan, jolloin vain osaan ihmisistä kohdistuvia rajoituksia on vaikea hyväksyä. *Liberaalin paternalismin* perusteella voidaan oikeuksia kuitenkin rajoittaa silloin, kun ne kohdistuvat käyttäytymiseen, joka neutraalia hyvän teoriaa soveltaen on järjetöntä, irrationaalista. Järjettömyys ymmärretään *Rawls*ia soveltaen tulevai-

---

[197] *Freeman* (1983) s. 51.
[198] *Freeman* (1983) s. 54–60.
[199] *Freeman* (1983) s. 55.
[200] *Freeman* (1983) s. 57.
[201] *Freeman* (1983) s. 58.
[202] *Freeman* (1983) s. 58–59.

suutta koskevaksi irrationaalisuudeksi.[203] Tuloksena on, että nuoria ei tulisi rohkaista seksuaalisiin kokeiluihin, mutta sen sijaan rohkaista ehkäisyvälineiden käyttöä. *Freeman* katsoo, että nuorten kohdalla ehkäisyn käyttö on jopa perustellumpaa kuin aikuisilla, eikä nuorten autonomiaa niiden osalta pitäisi siksi rajoittaa.[204]

7.2.3. Liberaali paternalismi ja huollon määrääminen avioeron yhteydessä

Freeman esittelee edellä mainitussa teoksessaan *liberaalia paternalismia* koskevan teoriansa lisäksi konkreettisia lapsioikeudellisia kysymyksiä. Näistä yksi on lapsen huollon määrääminen avioeron yhteydessä lapsen etu -kriteerin perusteella. *Freeman* ottaa *Mnookin*in tavoin lähtökohdakseen, että lapsen edun arvioinnissa on kysymys eräänlaisesta hyötyarvioinnista, utilitarismista. Luontevinta olisi tällöin lähteä lapsen omista arvioista. Lapsen omien arvioiden osalta *Freeman* viittaa jälleen *liberaaliin paternalismiin*.[205] Se oikeuttaa arvioimaan kriittisesti lapsen mielipidettä. Tuomarin ja vanhempien on toimittava sen perusteella, mitä he pitävät objektiivisesti ottaen lapsen edun mukaisena. *Liberaali paternalismi* ei näyttäisikään tuovan lapsen edun objektiiviseen arvioimiseen mitään uutta.

> Tässä yhteydessä *Freeman* näyttäisi olevan hyvin altis amerikkalaisille vaikutteille. Hän arvioi kriittisesti *Goldstein*in, *Freud*in ja *Solnit*in näkemyksiä nojautuen suurelta osin *Mnookin*iin. Hän kohdistaa paljon huomiota *Wallerstein*in ja *Kelly*n tutkimusten esittelemiseen ja asettaa yhteishuollon ihanteeksi lapsen huollon järjestämisessä avioeron jälkeen. Hänen käsityksensä objektiivisesti arvioidusta lapsen edusta avioerotilanteessa on näin ollen hyvin samankaltainen kuin suurin osa USA:ssa esitetetyistä arvioista juuri 1980-luvun alkupuolella.[206]

Freeman katsoo myös, että *liberaali paternalismi* voitaisiin ottaa huomioon siinä oikeudellisessa menettelyssä, jossa ratkaistaan avioerolasten huol-

---

[203] Esimerkillä saattaa olla yhteys myöhemmin ylähuoneessa ratkaistuun *Gillick* -tapaukseen. *Freeman* ei missään suoraan viittaa siihen, vaikka esimerkillä on hyvin paljon yhtäläisyyksiä ko. ratkaisun kanssa. Avoimeksi jää myös, ovatko *Freeman*in julkaisemat näkemykset voineet vaikuttaa tapauksen lopputulokseen. Ks. lähemmin *Freeman* (1983) s. 59.

[204] *Freeman* (1983) s. 59.

[205] *Freeman* (1983) s. 202.

[206] *Freeman* (1983) s. 199–226. Ks. yhdysvaltalaisesta yhteishuoltokehityksestä edellä Kaliforniaa koskeva jakso, luku 5. (Yhteishuolto) kohdasta 5.1. (Yhteishuollon yleistyminen) kohtaan 5.4. (Kalifornian yhteishuoltolainsäädäntö ja isien oikeudet).

toa koskeva asia siten, että lapsen omat intressit saisivat menettelyssä enemmän huomiota. Tämän tavoitteen saavuttamiseksi *Freeman* nimeää kolme vaihtoehtoista keinoa: itsenäisen edustajan lapsen näkökulmaa varten, sovittelun (*conciliation*) ja viimeiseksi perhetuomioistuimen.

> Lapsen näkökulman esiin tuomiselle on *Freeman*in mukaan ajateltavissa kolme vaihtoehtoa. Ensimmäinen on normaali riitainen oikeusprosessi, jossa lapsen näkökulmien oletetaan tulevan esiin asianosaisten esittämän todistusaineiston ja keskenään kilpailevan argumentoinnin avulla. Tämän mallin huonona puolena *Freeman* pitää sitä, että se pahentaa entisestäänkin puolisoiden välisiä riitoja.[207]
>
> Toisen mallin mukaan lapsen näkemyksen toisi esiin sosiaalityöntekijä. *Freeman* pitää huonona sitä, että tällä tavoin sosiaalityöntekijöiden laatima selvitys tosiasiassa saisi ikään kuin kaksinkertaisen merkityksen. Se olisi puolueeton selvitys, mutta samalla todennäköisesti lapsen edustajan esittämä kannanotto huoltoa koskevaan asiaan. Huonoa olisi myös se, että sosiaalityöntekijöiden valta tuomioistuimessa kasvaisi. *Freeman* haluaa nimittäin pitää tuomioistuimen selkeästi juristien käsissä. Tämä tulee erityisen hyvin esille hänen jyrkissä kannanotoissaan perhetuomioistuinta vastaan.[208]
>
> Kolmas mahdollinen vaihtoehto olisi lapsen oma juristiedustaja (*amicus curiae*), eräänlainen lapsiasiamies »*Children's Ombudsman*», jolla juridisen koulutuksen lisäksi olisi myös tehtävän vaatimaa erityiskoulutusta. Asiamies ajaisi lapsen etua, mutta voisi ottaa myös suoraan ohjeita lapselta, kun lapsi on sen ikäinen, että hän kykenee esittämään omia näkemyksiään asiasta. *Freeman* antaa erityistä merkitystä sille, että riippumaton juridisen koulutuksen saanut asiamies kykenisi arvioimaan kriittisesti sosiaalityöntekijöiden selvitystä esimerkiksi osoittamalla siinä olevia puutteita tai heikkoja kohtia. Hän uskoo myös, että lapsen asiamies voisi toimia välittäjänä vanhempien välisessä riidassa.[209]

Freeman katsoo, että lapselle tulisi määrätä itsenäinen oikeudenkäyntiasiamies aina, kun huoltoa koskeva asia on riitainen tai kun tuomioistuimella on mitä tahansa epäilyjä vanhempien esittämien huoltojärjestelyjen sopivuudesta.[210] Tämän lisäksi *Freeman* pitää tärkeänä sovittelumahdollisuuksien lisäämistä. Sovittelu (*conciliation*) voi hänen mukaansa parantaa vanhempien keskinäisiä suhteita, ja sillä on näin ollen suuri merkitys, koska erolla

---

[207] *Freeman*in esittämään lapsen huoltoa koskevaan riitaprosessiin kuuluu myös tuomioistuimen itsenäinen mahdollisuus hankkia todistusaineistoa esimerkiksi sosiaalityöntekijöiden laatiman selvitysten avulla. *Freeman* (1983) s. 227–229.

[208] Kannanotoista lähemmin alla. *Freeman* (1983) s. 227–228, 231–233.

[209] *Freeman* (1983) s. 227–229.

[210] *Freeman* (1983) s. 228–229.

on pitkäaikaisia vaikutuksia vanhempiin ja erityisesti lapsiin. Sovittelu on siis *Freeman*in näkökulmasta lapsen asemaa parantava oikeudellinen menettely.[211]

Perhetuomioistuimeen (*Family Court*) *Freeman* sen sijaan suhtautuu hyvin kriittisesti. Hän tarkoittaa perhetuomioistuimella epämuodollista, pääasiassa muuhun kuin juridiseen asiantuntemukseen nojautuvaa perheriitojen ratkaisuelintä, eräänlaista terapian riemuvoittoa (»*triumph of the therapeutic*»). Tällainen epämuodolliseen oikeuteen nojautuva ratkaisuelin, oli se miten ymmärtäväinen ja kuunteleva tahansa, ei *Freeman*in mukaan voi tarjota heikommalle osapuolelle samanlaista suojaa kuin muodollinen molempia osapuolia tasavertaisesti kohteleva perinteinen tuomioistuin.[212]

Yhteenvetona voidaan todeta, että *liberaali paternalismi* konkretisoituu huollon osalta lähinnä lapsen itsenäistä edustajaa koskevaksi ehdotukseksi. Edustajan tulisi toimia toisaalta lasta tukevasti ja hänen etuaan objektiivisesti arvioiden, mutta myös lasta kuunnellen, kun lapsen mielipiteet antavat siihen aihetta. Nämä tavoitteet sopivatkin hyvin yhteen *liberaalia paternalismia* koskevan teorian kanssa.

*Freeman*ille paternalismi näyttäisi merkitsevän kuitenkin myös perheen sisäisten päätöksentekomekanismien tukemista, sillä sovittelu sai hänelta varauksettoman kannatuksen. Lapsen itsenäinen edustaja ei hänen näkemyksissään ole sovittelun kanssa ristiriidassa, koska vanhemmilla on joka tapauksessa ensisijainen oikeus tulkita lapsen etua lapsen itsensä ohella.[213] Itsenäinen asiamies on nimettävä lapselle vasta, jos huoltoa koskeva asia tulee riitaisena oikeuden käsiteltäväksi tai jos tuomioistuin tässä vaiheessa katsoo sen muusta syystä aiheelliseksi.[214]

*Freeman*in teos on ilmeisesti ensimmäinen merkittävä lapsioikeudellinen puheenvuoro lapsen oikeudellisen aseman teoreettisista ja filosofisista perusteista, ja siinä on myös tietoisesti pyritty lapsen itsenäisen aseman vahvistamiseen.

7.2.4. Eekelaar ja lasten dynaaminen itsemääräämisoikeus

*John Eekelaar*in teoreettisluonteisia analyysejä lasten oikeuksista ja eduista tarkastellaan seuraavassa kahden artikkelin valossa: *The Emergence of*

[211] *Freeman* (1983) s. 229–231.

[212] *Freeman* (1983) s. 231–233.

[213] Ks. edellinen kohta 7.2.2. (Freemanin teoria lasten oikeuksista).

[214] Itsenäinen edustaja voitaisiin siis nimetä, jos tuomioistuin epäilee, että lapsen intressit on sovittelussa sivuutettu.

Children's Rights vuodelta 1986,[215] sekä *The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism* vuodelta 1994 [216], joista etenkin vanhempi on muodostunut eräänlaiseksi lapsioikeuden artikkeliklassikoksi. *Eekelaar* ottaa siinä lähtökohdaksi lapsen edun tai intressin määrittelemisen siten, että lapsella on myös oikeus edun toteuttamiseen. Lapsen etu on siis oikeudellinen intressi.[217] *Eekelaar* luokittelee lapsen intressit kolmeen hierarkkiseen intressien luokkaan: *basic interests*, *developmental interests* ja *autonomy interests*. Käytän niistä seuraavassa nimityksiä perusintressit, kehitysintressit ja autonomiaintressit.[218]

Lapsen *perusintressien* oikeudellinen perusta on *Eekelaar*in mukaan lastensuojelulainsäädännössä. Viranomaisilla on velvollisuus ryhtyä toimenpiteisiin, jos lapsen terveys tai kehitys on vakavasti vaarantunut. Vastaavasti lapsella voidaan katsoa olevan oikeus tämänkaltaiseen perusturvaan. Tähän perusturvaan liittyvä intressi on siis tässä tarkoitettu perusintressi.[219]

Kehitysintresseillä Eekelaar tarkoittaa lapsen käytettävissä olevien resurssien maksimointia hänen oman kehityksensä hyväksi.[220] Kehitysintressien oikeudellista perustaa on huomattavasti vaikeampi määrittää. *Eekelaar* onnistuu tässä kuitenkin. Hänen mukaansa tällainen tilanne syntyy avioerotilanteessa. Lapsella on tällöin oikeus sellaiseen huoltoratkaisuun, joka maksimoi käytettävissä olevat resurssit hänen etunsa mukaisesti.

> *Eekelaar* liittää tämän oikeuden tapaukseen *Richards v Richards*. Tapaus liittyi puolisoiden yhteistä kotia koskevan määräyksen antamiseen tähän liittyvän lain perusteella. Lain mukaan tällöin oli otettava huomioon lasten tarpeet, mutta vain muiden näkökohtien ohella eikä ensisijaisesti. Kysymys oli myös siitä, tuliko vuoden 1971 *Guardianship of Infants Act* -lakia soveltaa myös asiassa. Tällöin asunnosta olisi ollut päätettävä lapsen edun mukaisesti. Ylähuoneen ratkaisemassa tapauksessa oikeuslordit esittivät toisistaan poikkeavia perusteluja sille, miksi lapsen etua ei viimeksi mainitussa merkityksessä tullut soveltaa asiassa. Yhtäältä katsottiin, että se ei soveltunut puolisoiden omaisuutta kos-

[215] *Eekelaar* (OxfordJLS 1986) s. 161–182.

[216] *Eekelaar* (IJLF 1994) s. 42–61.

[217] *Eekelaar* (OxfordJLS 1986) s. 169.

[218] *Eekelaar* (OxfordJLS 1986) s. 169–171. Englannin kielen sana »interest» ja suomen kielen sana »etu» eivät merkitykseltään vastaa täysin toisiaan. Perusedut, kehitysedut tai autonomiaedut eivät suomeksi tarkoita samaa kuin perusintressit jne. *Interest*-sanan kääntäminen milloin eduksi milloin intressiksi rikkoo luonnollisesti artikkelin alkuperäistä logiikkaa. Muu ratkaisu ei kuitenkaan tässä yhteydessä ole mahdollinen.

[219] *Eekelaar* (OxfordJLS 1986) s. 171–172.

[220] *Eekelaar* (OxfordJLS 1986) s. 170–171.

keviin kysymyksiin; toisaalta taas, että koska kysymys avioerosta oli avoinna, mainittua lainkohtaa ei voitu soveltaa.[221]

Autonomiaintressin oikeudellisen perustan *Eekelaar* johtaa edellä selostetusta *Gillick*-ratkaisusta. *Eekelaar* katsoi ratkaisun perusteella, että lapsella on itsenäinen päätöksenteko-oikeus, jos hän kykenee ymmärtämään ratkaisun merkityksen ja sen seuraukset. Jos lapsella on asian edellyttämä kypsyys, hänen myös tulee saada ratkaista itse asia riippumatta siitä, onko ratkaisu hänen etunsa mukainen vai ei.[222]

Eekelaar toteaa kuitenkin autonomiaintressin olevan alisteinen lapsen perusintressille ja kehitysintressille. Lapsella ei siis voisi olla mahdollisuutta loukata omilla ratkaisuillaan oikeuttaan niissä määritellyille asioille.[223]

*Eekelaar*in esittämien periaatteiden tarkka soveltaminen johtaisi siihen, että lapsella ei olisi oikeutta itse määrätä huoltoa koskevasta ratkaisusta, sillä hänen itsenäinen oikeutensa ratkaista asia voisi joutua ristiriitaan tärkeämpinä pidettyjen intressien kanssa. On kuitenkin huomattava, että *Eekelaar*in tarkoituksena ei ollut määritellä lapsen oikeuksia tiettyjä konkreettisia tilanteita ajatellen, vaikka hän käyttikin konkreettisia esimerkkejä, vaan arvioida teoreettisemmalla tasolla lapsen oikeuksia ja niihin liittyen myös lapsen itsemääräämisoikeuden ja lapsen edun välistä suhdetta. Hän onnistuikin erottelemaan lasta koskevan ja lapsen oman persoonan sisältävän päätöksentekomekanismin eri komponentit toisistaan. Yhtäältä on vanhempien ja huoltajien päätäntävalta, jota näiden on käytettävä lasten edun mukaisesti sen vuoksi, että lapsilla on oikeus omien etujensa mukaisiin ratkaisuihin. Toisaalta on asioita ja tilanteita, joissa vanhempien päätösvalta ei ole perusteltua lapsen näkökulmasta. Kun lapsella on riittävästi kykyä ratkaista häntä itseään koskeva asia, hänellä on myös oikeus tehdä ratkaisunsa ilman ulkopuolista kontrollia. Lapsen etu lakkaa olemasta voimassa, kun lapsi käyttää itse päätösvaltaa ja määrittelee itse oman etunsa. Kun arvioidaan lapsen oikeutta käyttää omaa päätösvaltaansa, voidaan ottaa huomioon kulloinkin kyseessä olevan intressin painoarvo lapsen kannalta perusintressi – kehitysintressi -asteikolla. Mielestäni on esimerkiksi perusteltua katsoa, että lapsella ei missään vaiheessa alaikäisyytensä aikana ole oikeutta luopua tärkeistä perusintresseistään.[224]

---

[221] Ks. tapauksesta *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 331–335, *Eekelaar* (OxfordJLS 1986) s. 172–176.

[222] *Eekelaar* (OxfordJLS 1986) s. 180–182.

[223] *Eekelaar* (OxfordJLS 1986) s. 171.

[224] *Eekelaar* (OxfordJLS 1986) etenkin s. 180–182. *Eekelaar* kehitteli lasten oikeuksia koskevaa teoreettista argumentaatiotaan myöhemmin artikkelissaan *The Importance of*

Yllämainitussa, vuonna 1994 ilmestyneessä artikkelissaan *Eekelaar* kehitti teoriaansa edelleen ja otti silloin erityisesti lapsen huoltoa koskevat ratkaisut esille.[225] *Eekelaar* argumentoi nyt eräänlaisen dynaamisen itsemääräämisoikeuden puolesta (*dynamic self-determinism*). Erityisenä syynä tähän oli uudistettu lapsilainsäädäntö. Vuonna 1989 säädetty *Children Act* piti nimittäin kylläkin *Gillick*-ratkaisun periaatteet sinänsä voimassa, mutta jätti eräässä mielessä niiden laajemman kehittelyn oikeuskirjallisuuden ja -käytännön varaan. Esimerkiksi lapsen henkilöä koskevat ratkaisut on *Children Act*in mukaan tehtävä yksinomaan lapsen edun perusteella. Pääperiaate ei siis jätä tilaa lapsen itsenäisille ratkaisuille. Toisaalta lakiin sisällytettiin eräänlainen muistilista (*statutory check-list*) niistä seikoista, joihin tuomarin olisi syytä kiinnittää huomiota arvioidessaan lapsen etua kussakin tilanteessa. Ylimpänä tässä listassa on lapsen mielipide.[226] *Eekelaar* pyrki soveltamaan lapsen itsemääräämisoikeutta tässä tilanteessa niin, että siitä tulisi ikään kuin osa lapsen edun periaatetta. Lapsi voisi kasvattaa määrämisoikeuttaan dynaamisesti lapsen etu -periaatteen soveltamisalueen sisällä. Lapsen etu voitaisiin määritellä niin väljästi, että lapselle voisi jäädä esimerkiksi joitakin hyväksyttäviä vaihtoehtoja, joiden välillä hän voisi valita. Tätä olisi mahdollista soveltaa myös lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskeviin ratkaisuihin. *Eekelaar* ei kuitenkaan määrittele tarkemmin, miten dynamiikka toimisi käytännössä.[227]

Eekelaar myöntää, että lapsen itsemääräämisoikeuden soveltaminen lapsen edun yhteydessä johtaa helposti siihen, että lapsen arvioidaan olevan kypsä ratkaisemaan itsenäisesti, kun hänen mielipiteensä osuu yhteen ratkaisijan oman näkemyksen kanssa siitä, mikä olisi objektiivisesti ottaen lapsen kannalta parasta.[228] *Eekelaar* pyrkii kuitenkin argumentoimaan sen puolesta, että lapsen itsemäärämisoikeuden kunnioittaminen merkitsisi lapsen edun mukaista lähestymistapaa, lapsen edun ja lapsen oikeuksien näkemistä yhtenäisinä ja samansuuntaisina periaatteina.[229]

Thinking that Children Have Rights (ed. Alston – Parker – Seymour, 1992) s. 221–244. Samassa yhteydessä hän sovelsi lasten oikeuksia koskevaa kolmijakoa YK:n lapsen oikeuksien yleissopimukseen.

[225] *Eekelaar* (IJLF 1994) s. 42–61.

[226] Lähemmin jäljempänä kohdassa 8.2.1. (Lapsen etu ja »statutory checklist»).

[227] *Eekelaar* (IJLF 1994) s. 47–48.

[228] Tässä yhteydessä hän viittaa erityisesti erääseen lapsen huoltoa koskevaan ratkaisuun, jossa lapsen omalle mielipiteelle annettiin ratkaiseva merkitys. Tapauksessa 9-vuotias tyttö kieltäytyi muuttamasta äitinsä mukana Ranskaan. *Eekelaar* (IJLF 1994) s. 55–56.

[229] *Eekelaar* (IJLF 1994) etenkin. s. 58, missä *Eekelaar* tarkoittaa oikeuksilla (rights) erityisesti lapsen oikeutta itsenäisesti käyttää omia oikeuksiaan.

7.3. Lapsen oikeuksia koskevan keskustelun vaikutuksista

Lapsen oikeuksista on tullut osa elävää englantilaista oikeusdoktriinia siinä mielessä, että lapsen oikeudet liitetään nykyisin yleensä omana jaksonaan lapsi- ja perheoikeuden keskeisiin oppikirjoihin.[230] Kuitenkin vaikuttaa siltä, että lapsen oikeudet ovat tavallaan jääneet pelkäksi doktriiniksi, sillä on melko vaikea havaita niiden vaikutuksia oppikirjojen ulkopuolella. *Gillick*-ratkaisun vaikutukset näkyvät selvimmin joissakin lääkintäoikeudellissa ratkaisuissa, eikä periaatteita ole otettu huomioon muissa lapsia koskevissa ratkaisuissa, toisin kuin esimerkiksi *Eekelaar* on esittänyt.[231]

Jäljempänä käsiteltävässä vuoden 1989 *Children Act* -laissa on tosin painotettu lapsen mielipiteen huomioon ottamista ja joissakin tilanteissa voidaan lapselle antaa itsenäinen vireillepano-oikeus. On mahdotonta sanoa, olisivatko nämä piirteet sisältyneet uuteen lainsäädäntöön ilmankin lapsen oikeuksia koskevaa keskustelua. Lapsen itsenäisen aseman vahvistuminen on myös yleislänsimainen ilmiö, joka on heijastunut esimerkiksi lapsen oikeuksien yleissopimuksen 12 artiklan sisältöön.[232]

Englantilainen keskustelu lapsen oikeuksista ansaitsee mielestäni silti huomiota. Se on luonnollisesti osoitus englantilaisen lapsioikeuden korkeasta tasosta ja elinvoimaisuudesta. On myös mahdollista, että tällä englantilaisen lapsioikeustutkimuksen teoreettisluonteisella ominaispiirteellä on ollut oma merkityksensä sille, että Englannissa lapsen huoltoa koskeva keskustelu ja oikeudellinen kehitys ovat säilyttäneet tietyn riippumattomuuden verrattuna etenkin siihen amerikkalaiseen keskusteluun, joka on vahvasti sidoksissa psykotieteellisiin tuloksiin.[233]

---

[230] Ks. esim. *Bainham – Cretney* (1993) s. 76 alk, *Cretney – Masson* (1997) s. 587 alk., *Bromley – Lowe* (1992), 294–296, *Barton – Douglas* (1995) s. 30–38, *Dewar* (1992) s. 109–113.

[231] *Cretney – Masson* (1997) s. 595–596.

[232] Artiklan mukaan lapsella on oikeus ilmaista mielipiteensä kaikista itseään koskevista asioista. Kuten edellä ilmeni, Yhdysvaltojen joissakin osavaltioissa on lapsen itsenäistä asiamiestä koskevaa lainsäädäntöä, vaikka niissä tiettävästi ei ole käyty lapsen oikeuksia koskevaa teoreettispainotteista keskustelua.

[233] Ks. *Bainham – Cretney* (1993) s. 77–78, missä kirjoittajat referoivat keskustelua lasten suojelijoiden ja lasten oikeuksien puolustajien välillä. Jo otsikko *welfare versus rights* antaa ymmärtää, että lapsen etu liitetään tässä yhteydessä lapsen paternaaliseen suojelemiseen eri tieteenalojen »parempaa tietoa» hyväksi käyttäen, kun taas lapsen oikeudet yhdistetään liberalistiseen oikeuksien puolustamiseen. Ks. myös *Eekelaar* (ed. Alston – Parker – Seymour 1992) s. 228.

8. Children Act 1989

8.1. Uuden lapsilainsäädännön taustaa

Lapsia koskevan lainsäädännön kokonaisvaltainen uudistustyö oli aloitettu jo 1980-luvun puolivälissä, siis ennen *Gillick*-tapauksen lopullista ratkaisua. Yhtenä tärkeänä syynä uudistukselle on mainittu, että avoliittojen yleistyessä yhä useammat lapset syntyivät avioliiton ulkopuolella. Näiden lasten oikeudellinen asema haluttiin saattaa yhdenvertaiseksi aviolasten kanssa.[234] Erityisesti lastensuojelun osalta aiheen lainsäädännön uudistamiseen antoivat myös 1980-luvun jälkipuoliskolla sattuneet lasten pahoinpitelyyn ja lastensuojeluviranomaisten toimintaan liittyneet skandaalitapaukset.[235] Tavoitteena oli yhtenäistää ja yksinkertaistaa lapsen huoltoa, lastensuojelua sekä näihin liittyvää prosessioikeutta koskevaa lainsäädäntöä.[236]

Tulos, vuoden 1989 *Children Act*, koskee lasten niin yksityisoikeudellista kuin julkisoikeudellistakin huolenpitoa. Kaikki ratkaisut on siinä saatettu samojen periaatteiden alaisuuteen. Tulosta voidaan aiheellisesti pitää historiallisena.[237]

Lasten huoltoa koskevaa oikeutta uudistettiin siten, että erilaiset lapsen huoltoa koskevat käsitteet, kuten *custody* ja *legal custody* korvattiin vanhemman vastuuta tarkoittavalla *parental responsibility* -käsitteellä.[238] Käsitteen nimikkeellä on haluttu painottaa vanhemman vastuuta aikaisemmin etusijalla olleiden oikeuksien sijaan. Samalla on haluttu osoittaa, että ensisijainen vastuu lapsista on nimenomaan vanhemmilla eikä yhteiskunnalla. Julkisella vallalla ei ole oikeutta puuttua vanhempien ja lasten suhteisiin ilman syytä. Tuomioistuimen on lain periaatteiden mukaisesti aina perusteltava puuttuminen lasten ja vanhempien väleihin.[239]

---

[234] Suurin osa tähän liittyneistä uudistuksista toteutettiin vuoden 1987 *Family Law Reform Act* -lailla. *Children Act* 1989 -lailla tämä työ saatettiin päätökseen. *Bromley – Lowe* (1992) s. 248–249.

[235] Viisi tyttöä menehtyi pahoinpitelyn ja huonon kohtelun seurauksena. Lastensuojeluviranomaiset eivät olleet ottaneet yhtäkään näistä huostaan. Toisaalta nk. *Cleveland*-raportissa todettiin lastensuojeluviranomaisten toimineen liian hätiköidysti epäillessään lasten seksuaalista hyväksikäyttöä. *Bromley – Lowe* (1992) s. 248–249.

[236] *Hoggett* (Fam Law 1989) s. 217. Lapsen huoltoa koskevien aikaisempien määräysten vaikeaselkoisuudesta ja epäjohdonmukaisuudesta ks. edellä kohta 6.4. (Yhteishuolto).

[237] Ks. lain syntyvaiheista *Tennberg* (STAKES 7/1994) s. 9–10.

[238] Ks. em. *custody*-käsitteistä edellä kohdan 6.4. (Yhteishuolto) loppuosa.

[239] *Bainham – Cretney* (1993) s. 50–52, missä kirjoittajat toteavat mm., että van-

8.2. Children Act 1989 -lain pääperiaatteet

8.2.1. Lapsen etu ja »statutory checklist»

Children Act 1989 -lain alussa säädetään johtavista periaatteista, joita sovelletaan niin yksityisoikeudellisissa kuin julkisoikeudellisissakin ratkaisuissa (sec. 1). Laki alkaa otsikolla lapsen etu (*welfare of the child*), mikä kuvastaa periaatteen johtavaa asemaa myös muihin periaatteisiin nähden. Säädöstekstin mukaan kaikki lapsen kasvatusta ja hänen omaisuuttaan koskevat asiat on ratkaistava lapsen edun mukaisesti.

> *(Sec.1) Welfare of the child*
> (1) When a court determines any question with respect to –
> (a) upbringing of a child; or
> (b) the administration of a child's property or the application of any income arising from it, the child's welfare shall be the court's paramount consideration.[240]

Lakikomission (*Law Commission*) mietinnössä katsottiin, että lapsen etu -periaatteen tulkintaa olisi tarkoituksenmukaista täsmentää itse laissa. Komission taholta esitettiin tätä varten kaksi vaihtoehtoa, nimittäin tulkintaohjeet (*guidelines*) ja eräänlainen lakiin sisältyvä muistilista (*statutory checklist*). Tulkintaohjeilla tarkoitettiin Kalifornian oikeuskehityksestä tuttuja äidin etusijaa tai yhteishuollon ensisijaisuutta. Niiden huonona puolena katsottiin olevan, että ne voivat yksittäistapauksessa johtaa lapsen edun kannalta epäsuotuisaan lopputulokseen. Komissio päätyi näin ratkaisuun, jossa lakiin sisällytettiin luettelo niistä näkökohdista, jotka tuomarin oli otettava huomioon arvioidessaan lapsen etua yksittäistapauksessa.[241]

> Lakitekstissä oleva luettelo on seuraava:
> (a) (T)he ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding);

---

hempien ensisijaisella vastuulla on katsottu olleen yhteys *Thatcher*in hallituksen politiikkaan. Vanhemman vastuu on »yksityistänyt» perhettä ja vähentänyt perheoikeudellista säätelyä. Ks. myös *Hoggett* (Fam Law 1989) s. 217, *Eekelaar* (1991) s. 128.

[240] *Statutes* (ed. Vaulkhard 1990) s. 781–782. Vuonna 1925 *Guardianship of Infants Act* -laissa säädetty aiempi muoto kuului »first and paramount consideration». Lakikommissio katsoi, että oikeustila oli muuttunut vuonna 1970 ratkaistun tapauksen *J. v C.* perusteella siten, että lapsen edusta oli tullut yksinomainen ratkaisun perusta. Tätä osoittaakseen lakikommissio poisti tekstistä sanat »first and». *Bainham – Cretney* (1993) s. 42, *Cretney – Masson* (1997) s. 717–718.

[241] *Cretney – Masson* (1997) s. 732–733. Ks. luetteloon liittyvästä problematiikasta aiempien kokemusten perusteella *Bainham – Cretney* (1993) s. 44–45.

(b) his physical, emotional and educational needs;
(c) the likely effect on him of any change in his circumstances;
(d) his age, sex, background, and any characteristics of his which the court considers relevant;
(e) any harm which he has suffered or is at risk of suffering;
(f) how capable each of his parents, and any other person in relation to whom the court considers relevant, is of meeting his needs;
(g) the range of powers available to the court under this Act in the proceedings in question.[242]

Luettelo ei osoita mitään ennalta määrättyä tulkintaa lapsen edusta, vaan ainoastaan ne näkökohdat, joiden katsotaan olevan merkittäviä lapsen etua arvioitaessa. Eri kohdilla ei ole vakioitua painoarvoa, eikä ole välttämätöntä, että tuomari edes ottaa kantaa luettelon kaikkiin kohtiin jokaisen käsiteltävän asian yhteydessä.[243] Tuomioistuimen edellytetään toisaalta ottavan huomioon esimerkiksi sosiaalityöntekijöiden laatiman raportin (*welfare report*), jos sellainen on pyydetty, vaikka selvitys ei kuulu lain sisältämään luetteloon.[244] Luettelo ei myöskään ole tyhjentävä, joten se ei estä lapsen etua koskevan tulkinnan kehitystä edelleen. Lakia laadittaessa tarkoituksena ei kuitenkaan ollut muuttaa senhetkisen oikeuskäytännön mukaista tulkintaa vaan lähinnä kirjata se sellaisenaan uuteen lakiin.[245] Tosiasiassa parlamentti otti

[242] *Statutes* (ed. Vaulkhard 1990) s. 782. Luettelossa kiinnitetään huomiota seuraaviin näkökohtiin (vapaasti suomentaen): ensiksikin lapsen todettavissa oleviin toiveisiin ja tunteisiin, joita arvioidaan ottaen huomioon lapsen ikä ja ymmärrys; toiseksi lapsen fyysisiin, emotionaaliisiin ja koulusivistystä koskeviin tarpeisiin; kolmanneksi vaikutuksiin, joita olosuhteiden muuttumisella todennäköisesti olisi lapseen; neljänneksi lapsen ikään, sukupuoleen, taustaan sekä kaikkiin niihin näkökohtiin, joita tuomioistuin mahdollisesti pitää asian ratkaisun kannalta merkityksellisinä; viidenneksi vaikeuksiin, joita lapsi on kohdannut tai joita hän voi vielä kohdata; kuudenneksi siihen, miten hyvin lapsen tarpeisiin kykenee vastaamaan kumpikin vanhemmista tai joku muu henkilö, jonka suhteen lapseen tuomioistuin arvioi merkittäväksi; sekä viimeiseksi tuomioistuimen käytettävissä olevat vaihtoehdot asian ratkaisemiseksi kyseessä olevassa prosessissa.

[243] Käytännössä tuomioistuimet ovat pyrkineet ehkäisemään sellaisen tavan muodostumista, että muutoksenhaun perustaksi riittäisi pelkästään se seikka, että alioikeus ei ole ottanut jokaista kohtaa huomioon päätöksen perusteluissa. Toisaalta alioikeuksien perusteluissa on ollut myös puutteita. Lähtökohtana kuitenkin on, ettei kaikkea lapsen etua koskevaa näyttöä ylimmissä tuomioistuimissa enää arvioitaisi uudelleen, ellei tulkinnassa ole ilmeistä virhettä. *Cretney – Masson* (1997) s. 733, 746–747, vrt. *Eekelaar* (1991) s. 127.

[244] *Bainham – Cretney* (1993) s. 144.

[245] *Hoggett* (Fam Law 1989) s. 220. *Bevan*in teoksessa lapsen edun tulkinnan osalta huomioon otettavia näkökohtia (*principal factors*) *J. v C.* -ratkaisun lisäksi olivat vuoden 1989 painoksessa – siis juuri ennen uutta lainsäädäntöä:(otsikoiden mukaan poimittuna): (a) Age and sex of the child (, missä kirjoittaja siis painotti äidin etusijaa) (b) Con-

lain säätämällä kuitenkin ensi kertaa historiansa aikana kantaa lapsen edun sisällön määrittelyyn.[246]

Aikaisemmin kuvattu oikeuskehitys heijastuu selvästi luettelon eri kohtiin.[247] Ensimmäisenä (a) mainitut *lapsen toiveet ja tunteet* (*wishes and feelings of the child concerned*) viittaavat edellä selostettuun *Gillick*-ratkaisuun ja siinä ilmenneeseen lapsen itsenäisen päätösvallan kunnioittamiseen. Lapsen toiveet liittyvät tässä yhteydessä kuitenkin selkeästi lapsen edun tulkintaan. Laki ei siis anna kypsällekään lapselle oikeutta itse määritellä omaa etuaan, kuten *Eekelaar* oli esittänyt, vaan jättää aina lopullisen ratkaisuvallan tuomioistuimelle.[248] Tuomioistuimen on kuitenkin mahdollisuuksien mukaan otettava lapsen toivomukset ja tunteet huomioon. Käytännössä lapsen toiveet ja tunteet selvitetään joko kuulemalla lasta suoraan tuomioistuimessa tai siten, että lapsen toiveet on selvitetty sosiaalityöntekijän (*court welfare officer*) raportissa.[249]

> Lain laatimisvaiheessa suunniteltiin myös sosiaalityöntekijän aseman korostamista lapsen mielipiteen selvittämisessä. Sosiaalityöntekijällä olisi sen mukaan ollut lapsen mielipiteen selvittämistä koskeva erillinen velvoite ja mahdollisuus myös esittää itsenäisen edustajan määräämistä lapselle. Nämä ehdotukset jäivät kuitenkin pois lopullisesta laista. Lakia on myöhemmin kritikoitu siitä, että sosiaalityöntekijän tehtävänä on pelkästään vanhempien välisten ristiriitojen selvittely ja sovittelu eikä hänellä ole lain mukaan velvollisuutta perehtyä nimenomaisesti lapsen näkökulmaan.[250]

Sen lisäksi, että lapsen etua on arvioitava ottaen huomioon lapsen toiveet, *Children Act* -laissa on eräissä tapauksissa annettu lapsille mahdollisuus itsenäiseen asemaan prosessissa. Näihin tilanteisiin palataan kuitenkin lähemmin tuonnempana.

---

tinuity of care: the status quo (c) Claims, wishes, conduct and character of the parent or other claimant, (d) Wishes and feelings of the child, (e) Material advantages (f) Education and religion. Ks. *Bevan* (1989) s. 84–97.

[246] *Eekelaar* (1991) s. 127.

[247] Jäljempänä luettelon eri kohdat on tekstiyhteydessä havainnollistettu kursiivilla.

[248] Ks. edellä kohta 7.2.4. (Eekelaar ja lasten dynaaminen itsemäärämisoikeus). Edellä sanottu jättää luonnollisesti tuomioistuimelle mahdollisuuden tosiasiallisesti noudattaa ratkaisussaan lapsen toiveita, silloin kun se katsoo lapsen olevat kypsä päättämään asiasta itse.

[249] Ks. lähemmin *Bainham – Cretney* (1993) s. 139–140, *Cretney – Masson* (1997) s. 735–737.

[250] *Jones* (Journal of Child Law 1992) s. 181–185. *Jones* myös puolustaa lasten oikeutta olla halutessaan ottamatta kantaa heitä koskeviin ratkaisuihin, s. 185.

Toisessa kohdassa (b) kiinnitetään huomiota *lapsen eri tarpeisiin* (*physical, emotional and educational needs*). Kirjallisuudessa on keskitytty lasten tunne-elämän tarpeiden esittelemiseen. Aiemman äidin merkityksen korostamisen sijaan on tässä yhteydessä viitattu esimerkiksi *Wallersteinin* ja *Kelly*n tutkimuksiin, joiden on katsottu tukevan lapsen tarvetta yhteyden säilyttämiseen molempiin vanhempiin.[251]

Olosuhteiden muuttumista koskevalla luettelon kohdalla (c) on selvä yhteys *status quo* -periaatteeseen.[252] Kirjallisuudessa onkin erityisesti kiinnitetty huomiota lasten luvattomiin kaappauksiin. Olosuhteiden muuttumiseen liittyy läheisesti myös *Children Act* -lain viipymättömyyden periaate (*principle of no delay*). Sen mukaan viivytys asian käsittelyssä on omiaan vaikuttamaan haitallisesti lapsen etuun.[253] Asioiden ratkaisemisen tarpeetonta viivytystä olisi siis pyrittävä välttämään. Vallitsevien olosuhteiden vakiintuminen oikeusprosessin kuluessa ei saisi muodostaa estettä lapsen kannalta parhaan mahdollisen vaihtoehdon toteuttamiselle. Toisaalta *status quo* -periaate edellyttää, että jo aiemmin vakiintuneita olosuhteita ei muutettaisi tarpeettomasti.[254]

Edellä on todettu, että kokemusperäinen tulkintasääntö, jonka mukaan etenkin pienet lapset tarvitsevat äidin hoivaa, oli elinvoimainen Englannissa vielä 1980-luvulla. Äidin merkityksen yhteydessä saatettiin myös erityisesti viitata lapsen sukupuoleen.[255] *Children Act* -lakiin perustuvissa oppikirjoissa on kuitenkin todettu selväsanaisesti, että tämäntyyppisille kokemussäännöille

---

[251] *Cretney – Masson* (1997) s. 737–739, kirjoittajat nojautuvat mm. *Wallerstein – Kelly* (1980) -tutkimukseen. He käsittelevät avioerolapsia koskevia tutkimuksia laajemmin ja päätyvät lopulta tukemaan erityisesti vm. tutkimustuloksia, s. 724–728. Ks. myös *Clulow* (Fam Law 1990) s. 263 alk. Ks. tilanteesta aiemmin edellä kohta 6.2. (Lapsen etu – äidin hoiva). Vanhemman vastuun (*parental responsibility*) käsitteen yhtäläisyyksistä yhteishuollon kanssa lähemmin tuonnempana kohdassa 8.4. (Vanhemman vastuun arviointia).

[252] Ks. edellä kohta 6.3. (Status quo -periaate).

[253] Ks. lähemmin seuraava kohta 8.2.2. (Viipymättömyys, puuttumattomuus ja vanhemman vastuu).

[254] *Bromley – Lowe* (1992) s. 388–390 sekä *Cretney – Masson* (1997) s. 739–740, myös s. 728. Ks. myös mts. 722–723, missä mainitaan tosiseikastoltaan *J. v C.* -tapauksen kaltainen tapaus mutta lopputulokseltaan poikkeava *Re M* vuodelta 1996. *Court of Appeal* määräsi 6-vuotiaan zuluheimoon kuuluvan pojan palautettavaksi Etelä-Afrikkaan vastoin tämän tahtoa. *J. v C.* -ratkaisusta lähemmin edellä kohdassa 6.1. (Leading case: lapsen etu ratkaisun ainoaksi perusteeksi).

[255] Ks. edellä kohta 6.2. (Lapsen etu – äidin hoiva).

ei enää ole perusteita.[256] Lapsen kanssa asuvan vanhemman sukupuoli ei siis voi määräytyä *lapsen iän ja sukupuolen* perusteella (*age, sex, background, and any relevant characteristics*, kohta d). Tämäntyyppisillä näkökohdilla voi sitä vastoin olla merkitystä esimerkiksi lapsen etnisen ja rodullisen *taustan*, kulttuurin ja kielen yhteydessä.[257] Muina *varteenotettavina näkökohtina* voidaan pitää esimerkiksi perhe-elämään liittyviä kulttuurisia eroja.[258]

Lasta kohdanneita vaikeuksia (*any harm which he has suffered or is at risk of suffering* kohta e) ovat etenkin lapseen kohdistunut pahoinpitely tai seksuaalinen hyväksikäyttö. Niillä on välitön vaikutus asumista sekä myös yhteydenpitoa koskevaan ratkaisuun. Vaikeissa tilanteissa olevien lasten kohdalla tuomioistuin voi myös käyttää hyväkseen *Children Act* -lain suomaa mahdollisuutta päättää omasta aloitteestaan lapsen ottamisesta sosiaaliviranomaisten huostaan vaikkapa siviilioikeudellisen asian käsittelyn yhteydessä.[259]

Vanhempien ja muiden läheisten henkilöiden kyky vastata lapsen tarpeisiin liitetään kirjallisuudessa yleensä vanhempien perhesuhteisiin (*how capable each person is of meeting child's needs* kohta f). Uudelleen avioitunut vanhempi voi tarjota aineellisesti paremman kodin, mutta isä- tai äitipuolen ja lapsen suhde voi tuoda mukanaan emotionaalisia ongelmia. Tässä yhteydessä on arvioitu myös vanhemman seksuaaliseen suuntautuneisuuden merkitystä. Esimerkiksi lesboäitiä ei ole pidetty kykenemättömänä lapsensa hoitoon pelkästään seksuaalisen suuntautuneisuutensa perusteella.[260]

Children Act -lain nojalla tuomioistuimella on mahdollisuus antaa omasta aloitteestaan niin yksityisoikeuden kuin julkisoikeudenkin alaan kuuluvia

---

[256] *Bromley – Lowe* (1992) s. 390–391, *Cretney – Masson* (1997) s. 740–742, *Bainham – Cretney* (1993) s. 142–143.

[257] Sukupuolten välistä eroa voidaan luonnehtia myös kulttuuriin liittyväksi ominaisuudeksi. On todennäköistä, että tytöt pitävät samanlaisista asioista kuin äitinsä ja että isillä ja pojilla on yhteisiä harrastuksia. *Cretney – Masson* (1997) s. 740. Ks. sukupuolten välisistä eroista *Smart*in mukaan (1984) s. s. 220 alk., lasten hoidon osalta etenkin s. 233–235.

[258] *Clulow* (Fam Law 1990) s. 265. Hän varoittaa kuitenkin ennakkoluuloisesta suhtautumisesta muuttuvaan perhe-elämään, (»*the changing landscape of family life*»).

[259] *Cretney – Masson* (1997) s. 742–743, *Bainham – Cretney* (1993) s. 143, *Bromley – Lowe* (1992) s. 391.

[260] *Cretney – Masson* (1997) s. 743–744, *Bainham – Cretney* (1993) s. 143–144, *Bromley – Lowe* (1992) s. 392, ks. myös *Clulow* (Fam Law 1990) s. 265–266, missä kiinnitetään huomiota avioeron edellyttämään sopeutumiseen ja sen mukanaan tuomiin väliaikaisiin stressitekijöihin, jotka voivat ohimenevästi haitata molempien vanhempien kykyä hoitaa lasta. Ks. myös *Bradley* (IJLF 1987) s. 155 alk.

määräyksiä lapsen kasvatusta koskevan asian yhteydessä. Tuomioistuin voi siis omasta aloitteestaan päättää yhtä hyvin lapsen huostaanotosta kuin adoptiostakin. Näiden dramaattisten määräysten ohella tuomioistuimella on käytettävissään erilaisia lievempiä vaihtoehtoja, joista voidaan mainita tukihenkilön määrääminen lapsen perheelle (*family assistance order*).

> Tuomioistuin voi perheenjäsenten suostumuksella määrätä sosiaalityöntekijän tai sovittelijan (*social worker, probation officer*) perheen tukihenkilöksi yleensä kuuden kuukauden ajaksi. Tukihenkilön tehtävänä on vierailla perheessä avustaen vaikeassa elämäntilanteessa. Hän voi tarjota asiantuntemustaan perheenjäsenten käyttöön sekä mahdollisuuksien mukaan sovitella perheessä ilmeneviä ristiriitoja. Tuomioistuin määrittelee kulloinkin tukihenkilön tehtävän.[261]

Muista yksityisoikeudellisista määräyksistä tehdään lähemmin selkoa jäljempänä. On kuitenkin syytä vielä erikseen todeta, että tuomioistuimen on aina harkittava myös sitä vaihtoehtoa, että se ei anna mitään määräystä asiassa, jolloin asia jää vanhempien sopimusten varaan. Tähän puuttumattomuusperiaatteeseen palataan lähemmin seuraavassa kohdassa.[262]

Yhteenvetona lapsen edun periaatteesta vuoden 1989 *Children Act* -laissa voidaan todeta, että varteenotettavien näkökohtien luettelo on tulkinnan kannalta keskeinen, vaikka se ei muodollisesti tuomioistuimia sidokaan. Luetteloon on otettu mukaan sellaisia näkökohtia, joihin on oikeuskäytännössä ja kirjallisuudessa kiinnitetty huomiota jo aikaisemminkin. Useassa kohden tulkintaohje on kuitenkin muuttunut. Lapsia ei esimerkiksi enää pitäisi määrätä äidille vain äidin paremmuutta koskevan vanhan tulkintasäännön perusteella. Äidin päivittäinen hoito voi kuitenkin olla perusteltua esimerkiksi sen vuoksi, että lapsen kannalta on perusteltua ylläpitää vähemmistökulttuuriin liittyviä etnisiä ja kielellisiä perinteitä. Samalla joudutaan ehkä kiinnittämään erityistä huomiota siihen, miten lapsi ja isä pitävät tulevaisuudessa keskenään yhteyttä.

Voidaan kuitenkin kysyä, eikö uusi laki sittenkin vaikuttanut merkittävästi eräiden uusien näkökantojen vakiintumiseen. En tarkoita tällä pelkästään edellä esitettyjä muutoksia siinä, miten yksittäisiä huomioon otettavia näkökohtia tulee arvioida, vaan ehkä vieläkin periaattellisempia kysymyk-

---

[261] *Cretney – Masson* (1997) s. 682–684. *Family assistence order* on uusi *Children Act* -lakiin omaksuttu määräys, joka korvasi osittain aiemman valvontaa koskevan määräyksen (*supervision order*). Toistaiseksi sen käyttö on kirjoittajien mukaan kuitenkin ollut vähäistä. Ks. lastensuojelusta *Children Act* -lain perusteella *Tennberg* (STAKES 7/1994) s. 27–31, 37.

[262] Kohta 8.2.2. (Viipymättömyys, puuttumattomuus ja vanhemman vastuu).

siä, joihin lailla on otettu kantaa. Tällainen on erityisesti lasten mielipiteiden merkitys. Vaikka oikeuskäytäntö olisi todennäköisesti vienyt kehitystä tähän suuntaan muutenkin, on sitä todennäköisesti nopeutettu lain säätämisellä. Lapsen mielipiteen asettaminen ensimmäiseksi luettelon kohdaksi osoittaa varsin arvovaltaista kannanottoa *Gillick*-ratkaisun vaikutusten ulottamisen puolesta kaikkiin lapsen henkilöä koskeviin asioihin. Samalla on kuitenkin rajattu lapsen autonomian merkitystä ratkaisemalla lapsen edun ja lapsen autonomian välinen hierarkiakysymys: lapsen autonomia ei voi uhmata lapsen edun mukaista ratkaisua *Children Act* -lain soveltamisalueella.

Muita periaatteellisia kannanottoja edustavat esimerkiksi puuttumattomuusperiaate, joka ilmentää vanhempien sopimusten ensisijaisuutta lapsen edun kannalta, ja *parental responsibility* -käsite, joka osoittaa kummankin vanhemman olevan tärkeitä lapsen kannalta. Edellä on jo viitattu viivytyksetöntä käsittelyä korostavan periaatten vaikutukseen. Näiden periaatteiden näkökulmasta arvioiden tulkinta lapsen edun mukaisesta ratkaisusta on uuden lain ansiosta uudistunut olennaisella tavalla.

8.2.2. Viipymättömyys, puuttumattomuus ja vanhemman vastuu

Lapsen edun lisäksi koko *Children Act* laille yhteisiä periaatteita ovat viipymättömyys (*principle of no delay / delay is prejudicial*) ja puuttumattomuus (*non-intervention principle/ no-order principle*). Molempia on sivuttu jo edellä. Viipymättömyyttä koskeva periaate on ilmaistu laissa siten, että viivytys asian käsittelyssä on omiaan vaikuttamaan haitallisesti lapsen etuun.

> (2) In any proceedings in which any question with respect to the upbringing of a child arises, the court shall have regard to the general principle that any delay in determining the question is likely to prejudice the welfare of the child.[263]

Tämän lisäksi on todettu, että pelkkä epävarmuus prosessin tuloksesta vaikeuttaa lapsen asemaa ja että prosessissa tulisi tämänkin vuoksi kiinnittää huomiota lapsen erilaiseen ajankäsitykseen. Tuomioistuimen on tehtävä asian käsittelyä varten aikataulu, ja tavoitteena on, että asia tulisi käsiteltyä 12 viikon aikana.[264]

---

[263] *Statutes* (ed. Vaulkhard 1990) s. 782.

[264] Lapsen ajantajusta, kuten edellä, ks. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 3.1.4. (Goldstein – Freud – Solnit: Beyond the Best Interest of the Child). *Cretney – Masson* (1997) s. 659–660. *Bainham – Cretney* (1993) s. 48–49, *Bromley – Lowe* (1992) s. 344–345. Ks. menettelystä yksityiskohtaisemmin mm. käytettävien lomakkeiden osalta, joiden tar-

Puuttumattomuusperiaatteen tärkein sovellus lienee se, että tuomioistuimen on aina harkittava erikseen vaihtoehtoa, jonka mukaan se ei anna asiassa mitään määräystä.

> (5) Where a court is considering whether or not to make one or more orders under this Act with respect to the child, it shall not make an order or any of the orders unless it considers that doing so would be better for the child than making no order at all.[265]

Puuttumattomuutta koskevalla periaatteella on yhteyksiä useampiin lain taustalla oleviin oikeuspoliittisiin ratkaisuihin. Sen todettiin ensinnäkin sisältävän viestin siitä, että vastuun ottaminen lapsista ja nuorista on perheiden – ei valtion – asia. Toiseksi puuttumattomuus ilmaisee vanhempien tekemien sopimusten ensisijaisuuden oikeusprosessiin verrattuna. Jos vanhemmat kykenevät sopimaan keskenään, valtiovallan ei yleensä tulisi puuttua asiaan. Tästä seuraa, että tuomioistuimella ei ole velvollisuutta ottaa huomioon edellä esiteltyä varteenotettavien näkökohtien luetteloa muodostaessaan lapsen edusta tulkintaa, jos vanhemmat ovat asiassa yksimielisiä.[266]

Kolmanneksi puuttumattomuus ilmaisee tavallaan yhteishuollon ensisijaisuuden avioerotilanteessa. Vanhemman vastuuta koskevan käsitteen näkökulmasta katsoen puuttumattomuus merkitsee, että vanhempien vastuu säilyy periaatteessa muuttumattomana perheen hajoamisesta huolimatta. Aikaisemmin voimassa ollut sääntö, jonka mukaan lasten huolto oli järjestettävä hyväksyttävällä tavalla ennen kuin lopullinen avioero voitiin myöntää (*Matrimonial Causes Act* 1973 s. 41), muutettiin *Children Act* -lain säätämisen yhteydessä. Tuomioistuimen tulee nyt harkita, pitäisikö sen käyttää valtuuksiaan määräyksen antamiseksi perheeseen kuuluvan lapsen osalta.[267] Ihanteena

---

koituksena on nopeuttaa menettelyä *Tennberg* (STAKES 7/1994) s. 35–36. Käytännössä 12 viikon tavoite saavutetaan vain harvoin. Ks. lähemmin *Butler – Noaks – Douglas – Lowe – Pithouse* (Fam Law 1993) s. 412–414.

[265] *Statutes* (ed. Vaulkhard 1990) s. 782.

[266] *Cretney – Masson* (1997) s. 657–659, *Bainham – Cretney* (1993) s. 47–48, *Bromley – Lowe* (1992) s. 345–347.

[267] (W)here there are any such children (= »child of the family», johon section 41 soveltuu, K.K-S.), whether (in the light of the arrangements which have been, or are proposed to be, made for their upbringing and welfare) it should exercise any of its powers under the Children Act 1989 with respect to any of them. section 41 (b), *Statutes* (ed. Vaulkhard 1990) s. 954. Ks. lähemmin *Bromley – Lowe* (1992) s. 366 alk. Ks. alkuperäisestä section 41 määräyksestä edellä kohta 5.3. (Lapsen huoltoa koskeva ratkaisu avioeromenettelyssä) *Matrimonial Causes Act* 1973 myöhemmin korvaavasta *Family Law Act* 1996 -laista ks. luku 9. (Uusi avioerolainsäädäntö) etenkin kohta 9.3. (Erityisesti lasten asemaan liittyvistä järjestelyistä avioeroprosessin yhteydessä).

on avioerotilanteessakin puuttumattomuus eli vanhempien vastuun säilyminen muuttumattomana. *Brenda Hoggett*, lakikomission jäsen, ilmaisi asian seuraavasti.

> In the private law sphere, it is intended to remove any assumption that the court should make an order simply because the parents are separated or divorced.[268]

Puuttumattomuutta voidaan myös kritikoida. Esimerkiksi *Bainham* ja *Eekelaar* ovat arvostelleet lapsen edun ensisijaisuuden ja puuttumattomuuden välistä ristiriitaa. Lapsen edun ensisijaisuus ja lapsen toiveiden kunnioittaminen voi vesittyä, jos lopullinen ratkaisu jätetään vanhempien väliseksi asiaksi.[269]

8.2.3. Vanhemman vastuu, kun vanhemmat ovat eronneet tai asuvat erillään

Vanhemman vastuu on joitakin poikkeuksia lukuunottamatta biologiselle vanhemmalle kuuluva vastuu lapsesta. Siihen kuuluu myös lapseen liittyviä oikeuksia, lähinnä oikeuksia tehdä päätöksiä lapsen puolesta ja hänen etuansa silmälläpitäen.[270]

> In this Act parental responsibility means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property (Sec.3(1)).

Merkittävin ero vanhemman vastuun tai vastaavasti esimerkiksi Suomen lapsen huollon ja holhouksen välillä on siinä, että vanhemman vastuuta ei periaatteessa voi menettää. Tuomioistuimen päätöksellä voidaan ainoastaan muotoilla vastuuta paremmin uusia olosuhteita vastaavaksi esimerkiksi avioeron tai erilleen muuttamisen johdosta. Vanhemman vastuuta ei siis ole mahdollista »voittaa» tai »hävitä» niin kuin lapsen huoltoa koskevan oikeusjutun. Tämän on ajateltu helpottavan vanhempien välisiä neuvotteluja eron yh-

---

[268] *Hoggett* (Fam Law 1989) s. 218. Samansisältöisesti myös *Bainham – Cretney* (1993) s. 54–55.

[269] *Bainham* (Fam Law 1990) The Children Act 1989, Welfare And Non-Interventionism s. 143–145, *Eekelaar* (1991) s. 128–129, 130–134.

[270] Ks. lähemmin vanhemmalle kuuluvista oikeuksista ja velvollisuuksista *Cretney – Masson* (1997) s. 612–625 sekä vanhempien toteamisesta ja siihen liittyvistä oikeudellisista ongelmista, *Who Are the Child's Parents? Who has parental responsibility?*, *Cretney – Masson* (1997) s. 625 alk. Tiivistetysti vanhemman vastuun haltijoista ks. *Tennberg* (STAKES 7/1994) s. 22–24.

teydessä. Toinen eroavaisuus perinteisestä huollon käsitteestä on, että vaikka vanhemman vastuu voi olla useammalla henkilöllä samanaikaisesti, näiden henkilöiden ei edellytetä tekevän lapsia koskevia päätöksiä yhdessä, vaan jokaisella on itsenäinen lapsen asioita koskeva päätöksentekovalta.

Kahteen edellä olevaan ominaisuuteen on kiteytynyt lainlaatijoiden tavoite, jonka mukaan vanhemman vastuun tarkoituksena oli omaksua yhteishuollon hyvät puolet, mutta välttää siihen liittyvät ongelmat. Vanhemman vastuu on siis eräänlainen yhteishuollon variaatio, tai ainakin se on sellaiseksi tarkoitettu. Sillä, että molemmilla vanhemmalla on oikeus päättää lapsen asioista itsenäisesti, on ilmeisesti kuitenkin haluttu välttää yhteishuoltoon liittyvät riskit. Tällaisena on pidetty lähinnä vanhempien välisten ristiriitojen aiheuttamaa vaaraa lapsen kehitykselle.[271]

Vanhemman vastuuta voidaan muotoilla neljän eri määräyksen avulla (*section 8 orders*). Nämä ovat asumista koskeva määräys (*residence order*), yhteydenpitoa koskeva määräys (*contact order*), yhteydenpitoa tai muita vanhemman valtuuksia rajoittava määräys (*prohibited steps order*) sekä erillistä kysymystä koskeva määräys (*specific issue order*).[272] Asumista ja yhteydenpitoa koskevat määräykset ovat käytännössä tärkeimpiä. Niillä muotoillaan vanhemman vastuun toteuttamisen laajoja kokonaisuuksia. Suppeampia erityiskysymyksiä koskevat määräykset on tarkoitettu täydentämään muuta vanhemman vastuun järjestelyä.[273] *Prohibited steps order* voi merkitä lapsen ja jonkun tietyn aikuisen yhteydenpidon kieltämistä. Sillä voidaan myös kieltää esimerkiksi lapsen vieminen maan rajojen ulkopuolelle ilman tuomioistuimen erikseen antamaa lupaa. *Specific issue order* -määräystä voidaan käyttää esimerkiksi siten, että määräysvalta jossain kiistanalaisessa asiassa uskotaan jollekin kolmannelle taholle kuten sosiaalityöntekijälle tai lääkärille.[274]

Avioeron tai erilleen muuton yhteydessä tuomioistuin voi hakemuksesta antaa määräyksen lapsen asumisesta (*residence order*) toisen tai molempien vanhempien hyväksi tai olla antamatta määräystä.[275] Käytännössä on taval-

---

[271] *Bainham – Cretney* (1993) s. 118–120, *Cretney – Masson* (1997) s. 731–732, *Hoggett* (Fam Law 1989) s. 217–218, yleisesti vanhemman vastuusta kahdella henkilöllä samanaikaisesti myös *Bromley – Lowe* (1992) s. 332–334.

[272] *Bainham – Cretney* (1993) s. 127–135.

[273] Tämä järjestely voi merkitä asumista tai yhteydenpitoa koskevan määräyksen antamatta jättämistä yhtä hyvin kuin niiden antamista.

[274] *Bainham – Cretney* (1993) s. 133–135, *Cretney – Masson* (1997) s. 680–682.

[275] Määräys voidaan antaa myös muun kuin vanhemman hyväksi, jolloin tämä kolmas henkilö tulee eräitä poikkeuksia lukuunottamatta vanhemman vastuuta koskevien oi-

lisinta olla hakematta mitään määräystä.[276] Lapsen aseman järjestely jää näin kokonaan vanhempien välisten sopimusten varaan.[277] Molemmat voivat tällöin käyttää vanhemman valtuuksia itsenäisesti toisistaan riippumatta. Ainoa rajoitus, joka koskee *parental responsibility* -vastuun haltijoita on se, että he eivät saa toimillaan loukata tuomioistuimen vanhemman vastuusta antamia määräyksiä. Tarpeen vaatiessa vanhemman vastuun haltijoilla ja biologisilla vanhemmilla on oikeus tehdä edellä mainittuja määräyksiä koskeva hakemus tuomioistuimelle.[278]

Jos asumista koskeva määräys, *residence order*, on annettu toisen vanhemman hyväksi, tällä vanhemmalla on tietyiltä osin lakiin perustuva asema, joka samalla myös muuttaa toisen vanhemman vastuun haltijan asemaa.[279] Asumista koskevan määräyksen ollessa voimassa lasta ei saa viedä Yhdistyneen Kuningaskunnan ulkopuolelle yli kuukauden ajaksi, ellei kirjallista suostumusta ole saatu kaikilta vanhemman vastuun haltijoilta tai tuomioistuimelta. Sama koskee lapsen sukunimeä. Tuomioistuin voi kuitenkin tarvittaessa määrätä asumisen yhteydessä tarkemmin myös muista seikoista, jotka voivat koskea esimerkiksi koulun vaihtamista.[280]

Edellä mainittuja rajoituksia lukuunottamatta vanhemmat säilyttävät periaatteessa täysimääräisen asemansa vanhemman vastuun haltijoina. Tämä tarkoittaa sitä, että lapsen kanssa asuva vanhempi tekee lapseen liittyvät ratkaisut yksin. Hänen ei tarvitse pyytää toisen vanhemman suostumusta eikä edes neuvotella hänen kanssaan tehdessään lapsen elämään liittyviä huomattaviakin ratkaisuja. Toisaalta sama koskee lasta säännöllisesti tapaavaa vanhempaa. Hän ei kuitenkaan voi tehdä ratkaisuja, jotka olisivat ristiriidassa

---

keuksien ja velvollisuuksien haltijaksi. *Residence order* -määräyksen antamisella kolmannelle on siis samantapainen vaikutus kuin meillä olisi lapsen huollon määräämisellä muulle kuin vanhemmalle. *Cretney – Masson* (1997) s. 673–674.

[276] *Cretney – Masson* (1997) s. 676–677, mistä ilmenee, että vuonna 1994 annettiin noin 24 900 asumista koskevaa määräystä, 1 200 tapauksessa tuomioistuin hylkäsi hakemuksen ja 2 500 tapauksessa piti parempana olla antamatta mitään määräystä. Viimeisenä vuonna ennen *Children Act* -lain voimaantuloa lapsen huollosta määrättiin yhteensä noin 88 500 tapauksessa.

[277] Ks. *Bainham* (Fam Law 1990) s. 144–145.

[278] Ks. tarkemmin siitä, kenellä on lakiin perustuva oikeus tehdä hakemuksia, jotka koskevat vanhemman vastuun muotoilemista em. määräyksin *Cretney – Masson* (1997) s. 686 alk. Lapsen mahdollisuutta tehdä ao. hakemus käsitellään seuraavassa kohdassa 8.3. (Lapsen itsenäinen asema prosessissa).

[279] Jos vanhemman vastuun haltijoita on useita, *residence order* -määräys yhden hyväksi muuttaa kaikkien muiden asemaa.

[280] *Cretney – Masson* (1997) s. 674, ks. tarkemmin sukunimeen ja ulkomaanmatkoihin liittyvistä rajoituksista *Bromley – Lowe* (1992) s. 362–363.

lapsen asumista koskevan määräyksen kanssa. Hänen määräysvaltansa rajoittuu näin ollen lapsen tapaamisiin.

Lakikomissio käytti vanhempien valtuuksista ilmaisua, jonka mukaan lapseen liittyvät oikeudet kulkevat ikään kuin lapsen mukana. Esimerkiksi suostumus kiireisesti suoritettavaan lääketieteelliseen toimenpiteeseen voidaan näin saada aina nopeasti ja mutkattomasti, sillä tapaavakin vanhempi käyttää yksin vanhemmalle kuuluvia valtuuksia. Hän ei voi kuitenkaan ilman erityistä tuomioistuinmääräystä päättää esimerkiksi lapsen koulusta, jos lapsi ei käy tapaamisten aikana koulua, kuten yleensä on asia. Vanhempien valtuuksien kohdentumisessa lapsen ajan jakaantumisella vanhempien välillä on siten ratkaiseva merkitys. Tästä myös seuraa, että tapaavan vanhemman oikeuksien on sanottu käytännössä olevan vain hiukan symbolisia merkittävämmät. Vaikka tapaava vanhempi tapaamisten aikana käyttääkin täysimääräisesti vanhemman vastuuseen liittyviä oikeuksia, se alue, josta hän voi disponoida omien tapaamistensa yhteydessä, jää pakostakin suppeaksi.

Asumista koskeva *residence order* voidaan antaa myös molempien vanhempien hyväksi. Näin on tarkoituksenmukaista tehdä erityisesti silloin, jos vanhemmat ovat sopineet lapsen asumisesta vuoroittain molempien vanhempien luona.[281] Myös näissä tilanteissa vanhemmat käyttävät periaatteessa yksin kaikkia vanhemman vastuuseen liittyviä valtuuksia. Näissä tilanteissa pidetään erityisen tärkeänä, että tuomioistuin samalla määrää myös sellaisista kysymyksistä kuin lapsen koulusta, jotta järjestely voisi toimia odotetulla tavalla.[282]

Children Act 1989 -laki ei vanhemman vastuun käsitteeseen ja lapsen tarpeiden huomioon ottamiseen liittyvien sinänsä tärkeiden oletusten ohella sisällä mitään periaatteellista kannanottoa lapsen ja muualla asuvan vanhemman *tapaamisen tai muun yhteydenpidon* merkityksestä. Vanhemman ja lapsen oikeuden yhteydenpitoon on katsottu kuitenkin seuraavan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklasta.[283] Lapsen luona asuvan vanhemman vel-

---

[281] *Cretney – Masson* (1997) s. 675–676 on selostettu myös oikeustapausta, missä tuomioistuin kieltäytyi purkamasta molempien vanhempien hyväksi tehtyä asumista koskevaa määräystä, vaikka osapuolet olivat yksimielisiä siitä, että alun perin aiottua vuoroittaista asumista ei ollut tarkoituksenmukaista toteuttaa, vaan että lapset olivat isän luona vain viikonloppuisin. Molempien hyväksi annetun määräyksen katsottiin tukevan isän statusta vanhempana ja antavan hänelle mahdollisuuden osallistua lasten elämään.

[282] *Bainham – Cretney* (1993) s. 127–130, *Cretney – Masson* (1997) s. 673–677, *Bromley – Lowe* (1992) s. 351–353.

[283] Ks. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan sisältämästä perhe-elämän suojasta yleisesti *Pellonpää* (1996) s. 382 alk.

vollisuus sallia tapaamiset voi kuitenkin perustua vain tätä koskevaan erilliseen määräykseen (*contact order*). Kirjallisuudessa on katsottu, että määräyksen epääminen voi perustua vain erityisen painaviin syihin ja että vaikeissa tilanteissa huomiota on kiinnitettävä myös mahdollisuuksiin toteuttaa tapaamisia esimerkiksi kolmannen henkilön tai sosiaaliviranomaisten valvonnanssa. Lisäksi voidaan tapaamisten ohelle tai äärimmäisessä tapauksessa niiden sijaan määrätä puhelimitse tai kirjeitse tapahtuvasta yhteydenpidosta.[284]

Käytännössä tapaamista ja muuta yhteydenpitoa koskevia määräyksiä annetaan kuitenkin suhteellisen vähän. Kun asumista koskevia määräyksiä oli vuonna 1994 noin 27 000, tapaamisia ja muuta yhteydenpitoa koskevia määräyksiä annettiin vain noin 6 500 tapauksessa.[285]

8.3. Lapsen itsenäinen asema prosessissa

Edellä käsiteltiin lapsen toiveiden huomioon ottamista yhtenä osana lapsen edun arviointia. Kuten siinä yhteydessä mainittiin, *Children Act* 1989 -laki antaa lapselle eräitä mahdollisuuksia itsenäiseen asemaan prosessissa. Selväpiirteisen kuvan hahmottamiseksi siviilioikeudellista prosessia koskevasta erityissääntelystä on aiheellista käsitellä aluksi lapsen asemaa julkisoikeudellisessa lastensuojeluprosessissa.

Children Act 1989 -lain lastensuojelua koskevissa asioissa (*specific proceedings*) lapselle määrätään oma edustaja, *guardian ad litem*, jonka tehtävänä on selvittää erityisesti lapsen näkökulma tuomioistuimelle. Edustaja määrätään, ellei erityisesti osoiteta, että määräykselle ei ole tarvetta. Edustajan tehtävänä on selvittää vireillä olevaa asiaa tuomioistuimelle, selostaa sitä myös lapselle ja tehdä tuomioistuimelle selkoa lapsen intresseistä ja toiveista.[286] Edustajan lisäksi lapselle nimetään oma asianajaja (*solicitor*), jonka tehtävänä on toimia lapsen edustajan oikeusavustajana. Jos lapsen mielipide kuitenkin eroaa hänelle nimetyn edustajan (*guardian ad litem*) näkemyksestä ja lapsen katsotaan olevan riittävän kypsä, lapsen asianajajan on

---

[284] *Bainham – Cretney* (1993) s. 130–133, *Cretney – Masson* (1997) s. 677–680, *Bromley – Lowe* (1992) s. 353–354.

[285] Vain noin 300 hakemusta hylättiin ja vain noin 400 tapauksessa pidettiin parempana olla antamatta määräystä. Puuttumattomuusperiaate heijastuu ehkä myös siihen, että noin 1 250 hakemusta peruutettiin ennen käsittelyä. *Cretney – Masson* (1997) s. 681.

[286] *Cretney – Masson* (1997) s. 600. Tämä edustaja valitaan erityisestä tehtävään valitusta lautakunnasta, *panel*. Ks. lähemmin *Tennberg* (STAKES 7/1994) s. 39–40. Ks. *guardian ad litem* -edustajan tehtävistä lähemmin *Feldman – Mitchels* (1990) s. 129 alk.

edustettava nimenomaan lapsen omia näkemyksiä eikä edustajan näkemystä lapsen edusta. Näissä tapauksissa tuomioistuimella on myös mahdollisuus määrätä edustajalle oma erillinen asianajaja. Näissä tilanteissa lapsen etu ja lapsen omat toiveet saavat siis molemmat itsenäisen edustajan tuomioistuimessa.[287]

Siviilioikeudellisissa vanhemman vastuuta, yhteydenpitoa ja edellä selostettuja muita määräyksiä koskevissa asioissa (*family proceedings*) tilanne on toinen.[288] Lapsen näkemykset tuodaan prosessiin ensisijaisesti sosiaalityöntekijän selvityksen kautta (*welfare report*).[289] *Children Act* 1989 -laissa on kuitenkin haluttu antaa mahdollisimman laaja oikeus panna vireille lapsia koskevia asioita ja näin turvata lapsen edun toteutuminen. Kenellä tahansa, myös lapsella itsellään, on sen vuoksi mahdollisuus hakea tuomioistuimelta lupaa (*leave*) panna edellä selostettuja määräyksiä vireille. Jos lapsi tulee näin asianosaiseksi, hänellä tulee siiviliprosessia koskevien yleisten sääntöjen mukaan olla oma edustaja, esimerkiksi *guardian ad litem* tai oma vanhempi, ellei tämän oma etu ole ristiriidassa lapsen edun kanssa. Uuden lainsäädännön mukaan lapselle ei ole kuitenkaan määrättävä omaa edustajaa, jos hän on kyllin kypsä ajamaan itse omaa asiaansa (*Gillick*-kompetenssi). Kuten lastensuojeluprosessissa lapselle määrätään kuitenkin oma asianajaja (*solicitor*). Järjestely, jossa lapsi itsenäisesti antaa ohjeet omalle asianajajalleen merkitsee, että lapsella, joka on riittävän kypsä, ei ole velvollisuutta suostua oman etunsa selvittämiseen hänen omasta tahdostaan riippumatta. Jos kuitenkin havaitaan, että lapsella ei ole riittävää kypsyyttä, voidaan *guardian ad litem* -edustaja määrätä myös lapsen tahdon vastaisesti.[290]

---

[287] *Cretney – Masson* (1997) s. 600. Ks. myös *Freeman*in esimerkkitapaus, missä lapselle nimetty *guardian ad litem* oli eri mieltä kuin lapsi itse. Tuomioistuin arvioi näiden eri näkökohtien painoarvoa lapsen kypsyyden näkökulmasta. *Freeman* (Journal of Family Law 1994–95) s. 345–356.

[288] Ks *family proceedings* -nimikkeeseen sisältyvistä eri prosesseista esim. *Cretney – Masson* (1997) s. 670 alk.

[289] Periaatteessa tuomioistuimella on mahdollisuus määrätä lapselle oma edustaja, mutta tätä käytetään hyvin harvoin. Näin *Cretney – Masson* (1997) s. 597. Kirjoittajat mainitsevat oikeustapauksen, missä erillinen edustaja oli määrätty lapselle, koska sosiaalityöntekijä oli ilmoittanut, että hän ei katso voivansa edustaa lapsen omia näkemyksiä asiassa.

[290] *Cretney – Masson* (1997) s. 596–600. Ks. oikeustapauksia *Re H (a Minor)*, Family Division 16.3.1993, Family Law Reports 1993 s. 552 alk. sekä *Re CT (a Minor)*, Court of Appeal 6.5.1993, Family Law Reports 1993 s. 278 alk. Todellisuudessa asiaa mutkistavat vielä *amicus curiae* sekä *official solicitor* -instituutiot. Em. tapauksessa hyväksyttiin lapsen toivomus ajaa asiaa ilman, että *official solicitor* toimi hänen *guardian*

Edellä selostettu lapsen mahdollisuus ajaa itsenäisesti ja ilman täysivaltaista edustajaa omaa asiaansa on ilmeisesti *Gillick*-ratkaisuun perustuvien oppien sovellus. Tässä yhteydessä käyttöala jää kuitenkin varsin rajoitetuksi ja edellyttää lapselta itseltään huomattavaa aktiivisuutta.[291] Vaikutuksiltaan huomattavasti laajempi *Gillick*-ratkaisuun viittaava prosessuaalisluonteinen seikka on se, että vanhemman vastuun järjestelyyn liittyviä määräyksiä voidaan vain laissa erikseen mainituista syistä antaa silloin, kun lapsi on yli 16-vuotias.[292]

8.4. Vanhemman vastuun arviointia

Children Act 1989 -lain vanhemman vastuun käsite on omaperäisyydessään mielenkiintoinen. Konstruktiolla on pyritty ratkaisemaan kaksi lapsen huollon määräämiseen liittyvää ajankohtaista ongelmaa. Ensinnäkin vanhemman vastuuta ei voi hävitä tai voittaa oikeudessa. Tämä piirre myötäilee isien oikeuksia ajavien liikkeiden tavoitteita. Kuten edellä on todettu, isien oikeuksia ajavat liikkeet ovat kannattaneet yhteishuoltoa erityisesti sen vuoksi, että isät säilyttäisivät yhteishuollossa lapsensa huoltoon liittyviä oikeuksia. Huollon jatkuminen ilmentää siis vanhemman oikeudellisen statuksen säilymistä. Tässä suhteessa vanhemman vastuu näyttäisi vastaavan hyvin isien liikkeiden tavoitetta.[293]

Naisoikeustieteilijät ovat puolestaan kritikoineet yhteishuoltoa siksi, että naiset pakotetaan sen avulla yhteistyöhön entisten partnereidensa kanssa. Näin yhteishuolto mahdollistaa vanhempien välisten ristiriitojen jatkumisen parisuhteen purkamisesta huolimatta.[294] Näyttäisi kuin vanhemman vastuussa olisi otettu huomioon myös ongelman tämä puoli. Kun molemmat vanhemmat toimivat itsenäisesti, heillä ei ole oikeutta puuttua toistensa kasvatustoimiin eikä myöskään yksityiselämään. Yksinkertaistaen voisi sanoa, että kysymys ei ole yhteisestä huollosta vaan lähinnä ajankäytön perusteella vanhempien kesken jaetusta yksinhuollosta.[295]

---

ad litem -edustajanaan. *Official solicitor* määrättiin kuitenkin toimimaan lapsen *amicus curiae* -edustajana.

[291] Ks. järjestelyn kriittisestä arvioista *Cretney – Masson* (1997) s. 599.

[292] *Cretney – Masson* (1997) s. 595–596.

[293] Ks. isien oikeuksia ajavan *Families Need Fathers* -liikkeen sekä naisoikeustieteilijöiden yhteishuoltoa koskevista argumenteista edellä kohta 6.4. (Yhteishuolto).

[294] Ks. esim. *Smart* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989) s. 16–21 sekä edellä kohta 6.4. (Yhteishuolto).

[295] *Priest – Whybrow* (Law Commission 1988) s. 133–149.

Kuten edellä on todettu, vanhemman vastuuta on arvosteltu siitä, että tapaavan vanhemman oikeudet jäävät tosiasiallisesti varsin rajoitetuiksi. Ovatko lapsista erillään asuvat vanhemmat, lähinnä siis isät, pitäneet ajallisesti ja asiallisesti rajoitettuja valtuuksiaan riittävänä ilmauksena vanhemman statuksen säilymisestä? Vanhemman vastuusta ei tiettävästi myöskään ole ilmestynyt sellaisia empiirisiä tutkimuksia, jotka olisivat selvittäneet, miten ratkaisu on toiminut käytännön arkielämässä. Avoimeksi jää näin sekin, miten lapset ovat sopeutuneet toisistaan riippumattomien vanhempiensa mahdollisesti hyvinkin erilaisiin tapoihin toteuttaa vastuutaan.

Monet kysymykset ovat siis edelleen vailla vastausta. Jos vanhemman vastuu osoittautuu tyydyttäväksi ratkaisuksi eri osapuolten näkökulmasta, se saattaisi tarjota myönteisen ja kehittämiskelpoisen vaihtoehdon toisistaan erillään asuvien vanhempien ja heidän lastensa oikeudellisten suhteiden järjestämiseksi Englannin ulkopuolellakin.

9. Uusi avioerolainsäädäntö

9.1. Yleiset periaatteet

Vuonna 1996 annetussa uudessa *Family Law Act* -laissa avioeron perusteet ja siihen liittyvä menettely on uudistettu perusteellisesti. Toistaiseksi laki on voimassa eräänlaisena kokeiluna, ja sen täydellinen voimaantulo on riippuvainen saaduista kokemuksista.[296] Uudet periaatteet liittyvät kuitenkin läheisesti *Children Act* 1989 -lain ilmentämään ideologiaan vanhemmuudesta ja parisuhteesta, minkä vuoksi niiden selvittäminen on tässä yhteydessä aiheellista.

Uuden lain lähtökohta ei periaatteessa ollut niin uraauurtava kuin vuoden 1969 lainsäädännön lähtökohta, sillä perustavoitteet olivat aivan samoja: avioliiton merkityksen korostaminen ja avioeron mahdollistaminen

> with the maximum fairness and minimum bitterness, distress and humiliation.[297]

---

[296] *Cretney – Masson* (1997) s. 339. Uutta avioerolainsäädäntöä koskeva jakso perustuu yksinomaan mainittuun teokseen.

[297] Em. lainaus on alun perin peräisin vuoden 1966 mietinnöstä *Field of Choise*, ks. edellä kohta 5.1. (Sovittelu). Ks. lähemmin mietinnön taustasta kohta 4. (Vuoden 1969 avioerouudistus).

Vuoden 1969 lain ei katsottu kuitenkaan onnistuneen näiden tavoitteiden toteuttamisessa. Erityisesti arvosteltiin syyllisyysperusteita välirikon osoittamisessa. Syyllisyysperusteiden katsottiin olevan omiaan huonontamaan puolisoiden välejä avioerovaiheessa. Syyllisyys oikeudellisena perusteena ei ollut myöskään sopusoinnussa sittemmin omaksutun yksinkertaistetun avioeroprosessin kanssa. Tuomioistuimen velvollisuus tutkia asia merkitsi nimittäin useimmiten sen toteamista, että asianomainen puoliso oli merkinnyt rastin hakemuskaavakkeen syyllisyyttä tarkoittavaan ruutuun.[298]

Tärkein muutos liittyi varsinaiseen avioeroprosessiin. Sen toivottiin parhaassa tapauksessa edistävän neuvotteluhalukkuutta ja sopeutumista uuteen elämänvaiheeseen. Ainakaan se ei saisi estää sovinnollisen ilmapiirin syntymistä. Yhtenä tärkeänä edellytyksenä onnistuneelle sopeutumiselle pidettiin lasten hyvien suhteiden säilymistä molempiin vanhempiin.[299]

> It is clear that both emotionally and financially it is much less costly if ancillary matters can be agreed between parties. Where antagonism is created or exacerbated by the petition, or their respective bargaining powers distorted, the atmosphere is not conducive to calm and sensible negotiations about the future needs of the parties and their children. Above all, the present law fails to recognise that divorce is not a final product but a massive transition for the parties and their children. It is crucial in the interests of the children (as well as the parties) that the transition is as smooth as possible, since it is clear that their short and long-term adjustment depends to a large extent on their parents' adjustment and in particular on the quality of their post-divorce relationship with each parent.[300]

Avioeron perusteena on uuden lain mukaan edelleen puolisoiden korjaamaton välirikko (*irretrievable breakdown*). Sitä ei kuitenkaan enää osoiteta erillisillä perusteilla, vaan laki edellyttää vähintään vuoden eräänlaista harkinta-aikaa välirikon lopullisuuden osoittamiseksi. Jos avioparilla on lapsia, on harkinta-aika vielä pidempi. Kaiken kaikkiaan avioeroprosessi koostuu monista eri vaiheista, jotka puolisoiden on käytävä läpi oikeassa järjestyksessä alkaen osallistumisesta informaatiotapaamiseen. Myöhemmin prosessiin tulevat mukaan myös lasten tulevaisuuden ja puolisoiden varallisuusasioiden järjestelyt.

---

[298] *Cretney – Masson* (1997) s. 312–316.

[299] *Cretney – Masson* (1997) s. 317–320.

[300] *Law Commission* uudistuksen tarpeellisuudesta, ks. *Cretney – Masson* (1997) s. 318–319 alav. 1.

Uuden avioerolain *Family Law Act* 1996 alkuun on kirjattu sen tärkeimmät periaatteet. Ne ovat lyhyesti seuraavat:

> a) avioliiton merkityksen korostaminen yhteiskunnallisena instituutiona
> b) puolisoiden rohkaiseminen tekemään kaiken voitavansa sovittelun avulla tai muilla keinoin avioliiton pelastamiseksi.
> c) avioliiton saattaminen päätökseen
> i) aiheuttaen mahdollisimman vähän kärsimystä puolisoille ja lapsille
> ii) edistäen olosuhteisiin nähden mahdollisimman hyviä jatkuvia suhteita osapuolten ja lasten välillä
> iii) aiheuttamatta tarpeettoman suuria prosessuaalisia kustannuksia
> d) toisen puolison väkivallalle altistumisen riskin poistaminen tai vähentäminen, sikäli kuin kohtuudella on mahdollista.[301]

Lain mukaan tuomioistuimen ja jokaisen henkilön, joka suorittaa tehtäväänsä avioeroprosessin perusteella, on otettava nämä periaatteet huomioon. Muita henkilöitä ovat ennen muuta sosiaalityöntekijät, joiden velvollisuutena on avustaa puolisoita pääsemään sopimukseen esimerkiksi lasten kasvatusta koskevista järjestelyistä. Myös asianajaja voidaan velvoittaa selvittämään päämiehelleen eri sovittelumahdollisuuksia.[302] Kaiken kaikkiaan lain laatijat uskoivat, että sovittelun avulla voidaan ratkaisevasti parantaa puolisoiden ristiriitojen selvittelyä. Tällä periaatteellisella ratkaisulla on myös heijastusvaikutuksia esimerkiksi maksuttoman oikeusavun tai oikeudenkäynnin myöntämiseen.[303]

> The Family Law Act 1996 is founded on the belief that mediation has »enormous potential» accordingly; and the Government believed that its use would help to achieve the general principle (set out above) of bringing a failed marriage to an end with the minimum of distress and in such way as to promote a good continuing relationship between the parties and children.[304]

---

[301] *Cretney – Masson* (1997) s. 327.

[302] *Cretney – Masson* (1997) s. 332.

[303] »... The Family Law Act is accordingly based on the belief that the role of lawyers acting as such in the divorce process should be significantly reduced. There is to be a definite encouragement to participate in mediation rather than having recourse to legal representation. ...» *Cretney – Masson* (1997) s. 338. Ks. yksityiskohtaisemmin mts. 337–339, 369–370 etenkin s. 373–374, 377–378.

[304] *Cretney – Masson* (1997) s. 337.

9.2. Avioeroprosessin kulku

Avioero alkaa osallistumisella informaatiotapaamiseen (*information meeting*). Tiedottamisen tarkoituksena on erityisesti kertoa olemassa olevista sovittelupalveluista.[305]

Osallistuttuaan informaatiotapaamiseen puolisot tai toinen heistä voi antaa tuomioistuimelle lausunnon (*statement*) siitä, että asianomainen puoliso uskoo avioliittonsa kariutuneen ja että hän on tietoinen harkinta-ajan tarkoituksesta.[306] Lausuntoa ei kuitenkaan voi antaa ennen kuin vähintään kolme kuukautta on kulunut osallistumisesta informaationkokoukseen. *Statement* -lausunnolla on tärkeä oikeudellinen merkitys. Sen antamisen jälkeen tuomioistuin voi esimerkiksi antaa omasta aloitteestaan *Children Act* 1989 -lain mukaisia määräyksiä tai käsitellä puolisoiden varallisuuden järjestelyihin liittyviä asioita.[307]

Lausunnon antamisesta alkaa kulua suomalaiseen käytäntöön verrattava harkinta-aika (*period for reflection and consideration*). Harkinta-ajan pituus on kuitenkin vähintään yhdeksän kuukautta. Tämän ajanjakson kuluttua tehtävän avioerohakemuksen yhteydessä harkinta-aikaa pidennetään kuitenkin puolella vuodella ensinnäkin, jos vain toinen puolisoista tekee hakemuksen avioerosta toisen hakiessa harkinta-ajan jatkamista (*time for further reflection*), ja toiseksi, jos avioerohakemuksen tekemisen hetkellä perheessä on alle 16-vuotias lapsi. Viimeksi mainitussa tapauksessa koko harkinta-ajan pituudeksi tulee siis yhteensä 15 kuukautta, mihin on vielä lisättävä informaatiotapaamisen ja lausunnon välillä vaaditut vähintään kolme kuukautta. Koko prosessi kestää lapsiperheiden kohdalla näin ollen yleensä puolitoista vuotta.[308]

---

[305] Vaikka tiedotustilaisuuden tavoitteena on saada puolisot pohtimaan, mitä avioero käytännössä heidän kohdallaan tarkoittaisi, tiedotus ei sisällä varsinaista oikeudellista neuvontaa lukuunottamatta lain päälinjoja, kuten ilmeisestikin avioeroprosessin kulkua. *Cretney – Masson* (1997) s. 332, 340–342.

[306] »The Act requires the maker of the statement to say that he or she believes that the marriage has broken down and that he or she is aware of the purpose of the period for reflection and consideration.» *Cretney – Masson* (1997) s. 346.

[307] *Cretney – Masson* (1997) s. 343–346.

[308] Lisäharkinta-aika voidaan jättää määräämättä, mikäli toinen osapuolista on tehnyt toista vastaan hakemuksen perheen kotia ja perheväkivaltaa koskevan lain perusteella (*Family Homes and Domestic Violence Act*) tai mikäli tuomioistuin on vakuuttunut siitä, että asian viivytys vaarantaisi jonkun perheeseen kuuluvan lapsen edun. *Cretney – Masson* (1997) s. 348. Toisaalta on mahdollista, että harkinta-ajan kuluminen keskeytetään (»*stopping the clock*») puolisoiden yhteisestä hakemuksesta, jos nämä katsovat tar-

Lopullisen avioerohakemuksen (*application for a divorce*) voi tehdä toinen tai molemmat puolisot yhdessä. Tuomioistuin voi tuomita puolisot avioeroon, jos avioliitto on peruuttamattomasti kariutunut (*the marriage has broken down irretrievably*), jos informaatiotapaamiseen liittyvät edellytykset täyttyvät ja jos osapuolten tulevaisuutta varten tekemät järjestelyt ovat tyydyttäviä (*arrangements for the future are satisfied*). Järjestelyt liittyvät toisaalta puolisoiden varallisuuteen ja toisaalta lasten asemaan.[309] Avioliiton kariutuminen todetaan lähinnä siten, että hakemuksen tehnyt puoliso antaa vakuutuksen (*declaration*) siitä, että hän uskoo, että avioliittoa ei voida pelastaa.[310] Lapsia koskevat järjestelyt tuomioistuin arvioi *Family Law Act* 1996 -lain section 11 perusteella.

Avioerohakemusta käsitellessään tuomioistuin voi myös määrätä osapuolet osallistumaan yhdessä tai erikseen tilaisuuteen (*meeting*), jossa selvitetään eri sovittelumahdollisuuksia. Tuomioistuin voi määrätä osapuolet tähän toisen osapuolen aloitteesta, mutta myös omasta aloitteestaan.

> Näin ilmeisesti voidaan taata se, että molemmat osapuolet pääsevät osallisiksi sovittelua koskevasta informaatiosta. Avioeroprosessin käynnistävän lausunnonhan voi antaa toinen puoliso yksinkin, ja laki edellyttää vain lausunnon antavan osapuolen osallistumista informaatiotilaisuuteen ennen lausunnon antamista. Ennen lopullista avioeroa tuomioistuin voi siis omasta tai toisen puolison aloitteesta edellyttää, että myös toinen puoliso osallistuu sovitteluinformaatioon. Lainkohtaa ei ole kuitenkaan rajattu näin, joten periaatteessa lienee mahdollista määrätä hankala puoliso sovitteluinformaation kertauskurssille.

Tuomioistuin ei voi kuitenkaan määrätä osapuolia osallistumaan varsinaiseen sovitteluun.[311]

9.3. Erityisesti lasten asemaan liittyvistä järjestelyistä avioeroprosessin yhteydessä

Family Law Act 1996 -lain section 11 on tullut korvaamaan *Matrimonial Causes Act* 1973 -lain section 41:n, jota oli siis muutettu *Children Act* 1989

---

vitsevansa lisäaikaa sovinnon yrittämiselle. Keskeyttäminen voi enimmillään kestää puolitoista vuotta. *Cretney – Masson* (1997) s. 349–350.

[309] *Cretney – Masson* (1997) s. 362–363.

[310] *Cretney – Masson* (1997) s. 368.

[311] *Cretney – Masson* (1997) s. 351–352, 370.

-lain yhteydessä.[312] Arvioidessaan lasten kasvatusta varten tehtyjä tai ehdotettuja järjestelyjä tuomioistuin voi antaa määräyksiä *Children Act* 1989 -lain perusteella. Tuomioistuin voi siis avioerohakemusta käsitellessään ottaa myös omasta aloitteestaan esille esimerkiksi asumista tai yhteydenpitoa koskevien määräysten antamisen. Tuomioistuin voi myös lykätä avioeron tuomitsemista, jos se katsoo lapsen edun sitä edellyttävän.[313]

> Edellytyksenä tällaisen määräyksen antamiselle on ensinnäkin, että esimerkiksi lasta koskeva asumista tai yhteydenpitoa koskeva määräys olisi todennäköisesti syytä antaa ja että määräyksen antaminen edellyttää asian laajempaa selvittämistä sekä että avioerotuomion lykkääminen olisi lapsen edun mukaista. Määräyksen antamista tulee harkita ennen muuta lapsen edun perusteella.
>
> Lapsen etua tässä yhteydessä arvioidessaan tuomioistuimen tulee erityisesti ottaa huomioon
>
> a) lapsen toiveet ja tunteet arvioituna niitä olosuhteita unohtamatta, joissa ne ilmaistiin,
>
> b) puolisoiden käyttäytyminen, sikäli kun sillä on yhteyttä lapsen kasvatukseen,
>
> c) periaate, jonka mukaan lapsen etu edellyttää,
>
> ii) että lapsella on säännöllinen yhteys vanhemman vastuun haltijoihin sekä muihin perheen jäseniin ja
>
> iii) että lapsi säilyttää mahdollisimman hyvän suhteen kumpaankin vanhempaansa,
>
> d) riskit, jotka liittyvät lapsen senhetkiseen asuinpaikkaan.[314]

Lainkohdasta on todettu, että siinä ei ole kyetty pitäytymään *Children Act* 1989 -lain hengessä sen vuoksi, että tuomioistuimen on puututtava perheen lapsia koskeviin järjestelyihin, toisin kuin puuttumattomuusperiaate edellyttäisi.[315] Suurimmassa osassa tapauksia kirjallinen osapuolten allekirjoittama selvitys asiasta riittää kuitenkin täyttämään lain vaatimukset. Jos tapaus on riitainen, on hakijan täyttäessään lapsen asemaa koskevaa lomaketta merkittävä myös, suostuvatko molemmat puolisot tarvittaessa lapsen kasvatusta koskevan riidan sovitteluun (*mediation*).[316] Suostumus sovitteluun

---

[312] Ks. alkuperäisestä lain kohdasta edellä kohta 5.3. (Lapsen huoltoa koskeva ratkaisu avioeromenettelyssä) ja muutetusta muodosta kohta 8.2.2. (Viipymättömyys, puuttumattomuus ja vanhemman vastuu).

[313] *Cretney – Masson* (1997) s. 700.

[314] *Cretney – Masson* (1997) s. 700–701.

[315] *Cretney – Masson* (1997) s. 699.

[316] *Cretney – Masson* (1997) s. 701.

lapsia koskevissa asioissa antaa tuomarille mahdollisuuden osoittaa riita soviteltavaksi.[317]

9.4. Yhteenveto avioerouudistuksesta

Eekelaar arvioi avioeroprosessin muuttuneen jo edellisen avioerouudistuksen perusteella seuraavasti:

> The Law Commission (1966) expressed the objective of good divorce law as being a means to provide a 'decent burial' for dead marriages and 'above all' to try to 'take the heat out of the disputes between husband and wife and certainly not further embitter the relationships between them and their children.' This view represented a shift from the method of justice to that of welfare.[318]

Tosin hän totesi samassa yhteydessä, että vuoden 1969 uudistus onnistui saavuttamaan sille asetetut tavoitteet vain, jos puolisot hakivat avioeroa asumuseron perusteella. Uusi avioerouudistus korostaa *Eekelaar*in sanoin entisestään muutosta »from the method of justice to that of welfare». Oikeudellista riitaa pidetään vahingollisena puolisoiden ja lasten kannalta. Kärsittyjen »vääryyksien» hyvittäminen ei ole enää avioeron tarkoituksena. Tavoitteena ei ole myöskään vain hillitä puolisoiden välisiä riitoja, kuten asia ilmaistiin 1960-luvulla, vaan tarkoituksena on suorastaan puuttua riitojen selvittämiseen ja auttaa siten vanhempia muuttumaan – mikäli tarpeen asiantuntijoiden avulla – vihamielisistä puolisoista ystävällismielisiksi vanhemmiksi.[319] Ystävällismielisten ja yhteistyökykyisten vanhempien ajatellaan parhaiten

---

[317] *Cretney – Masson* (1997) s. 701. Sovittelu voidaan toteuttaa ulkopuolisissa sovittelutoimistoissa (*mediation agencies*), mutta sosiaalityöntekijöillä on myös velvollisuus avustaa osapuolia sovintoon lapsen kasvatusta koskevassa riidassa ja riitaiset osapuolet voidaan osoittaa myös heidän sovitteluunsa. *The National Standards for Probation Service Family Court Welfare Work* -ohjeista käy ilmi, että *mediation* -sovittelussa on muistutettava osapuolia heidän jatkuvasta vastuustaan lapsesta sekä lapsen edun merkityksestä ja avustettava ja rohkaistava heitä pääsemään lapsen edun mukaiseen sovintoon asiassaan. *Cretney – Masson* (1997) s. 370–371.

[318] *Eekelaar* (1984) s. 42.

[319] Eräänlaista muutosta sovittelussa heijastanee myös *Family Law Act* 1996 -lain yhteydessä omaksuttu sovittelua tarkoittava *mediation* -termi, jota nyt siis käytetään vanhan *conciliation* -sanan tilalla. *Mediation* -termi on edellä esiintynyt Kaliforniaa koskevan jakson yhteydessä, ks. luku 4. (Sovinnollisen avioeron ihanteen vaikutus menettelytapoihin) etenkin kohta 4.1. (Yleistä). Termin vaihtamisella on nähtävästi haluttu ilmentää sovittelun uutta asemaa nimenomaan vaihtoehtoisena riidan ratkaisuvälineenä, kun se aiemmin oli Englannissa käytössä jonkinlaisena riitoja ennaltaehkäisevänä keinona.

turvaavan lasten tarpeet, sillä jatkuva ja säännöllinen suhde molempiin vanhempiin on avainsana lasten edun määrittelyssä. Tässä suhteessa uusi *Family Law Act* 1996 korostaa jo *Children Act* 1989 -laissa omaksuttua linjausta.

Sovittelun merkitystä korostava keskustelu oli Englannissa alkanut jo 1960-luvulla.[320] Kuitenkin jo 1980-luvulta alkaen kritikoitiin liiallista luottamusta ei-oikeudellisiin menettelyihin ja osapuolten välisiin sopimuksiin. Sekä *Eekelaar* että *Freeman* korostivat, että puolisoiden välinen »neuvottelu lain varjossa» (*bargaining in the shadow of the law*) sisältää huomattavia oikeusturvariskejä erityisesti heikomman suojaa ajatellen.[321]

Erinomainen esimerkki viimeaikaisesta keskustelusta ja samalla *Family Law Act* 1996 -lakiin liittyvien suunnitelmien kritiikistä on *John Eekelaar*in artikkeli *Family Justice: Ideal or Illusion? Family Law and Communitarian Values*.[322] *Eekelaar* kritikoi siinä oikeudellisen prosessin korvaamista yksinomaan ei-oikeudellisella sovittelulla perustellen näkemyksiään niin empiirisin tutkimustuloksin kuin oikeusfilosofisin argumentein.[323] Hän katsoo, että sovittelu täydentää hyvin oikeudellista prosessia ja että avioerossa on kysymyksiä, joiden ratkaisemiseksi sovittelu on sopiva instrumentti. Koko oikeudellisen ratkaisukoneiston korvaaminen sovittelulla ei hänen mielestään kuitenkaan palvele asianosaisten intressejä eikä myöskään tuota kestäviä oikeudellisia ratkaisuja.[324]

Ei-oikeudellista sovittelua ja vanhemmuuden jatkumista korostava suhtautuminen avioeroon on hyvin samantyyppinen kuin se, johon Kalifornias-

---

[320] *Hoggett – Pearl* (Cases and Materials 1987) s. 628 alk, missä referoidaan sovittelua ja perhetuomioistuimia koskevan keskustelun lähtäkohtia, erityisesti *Neville Brown*in *The Legal Background to the Family Court* vuodelta 1966 sekä nk. *Finer Report* -mietintöä vuodelta 1974.

[321] *Eekelaar* (1984) s. 59–63 ja erityisesti *Freeman*in artikkeli *Questioning the Delegalization Movement in Family Law: Do We Really Want a Family Court?* (The Resolution... 1984) s. 7 alk. Ks. myös *Bottomley* (ed. Freeman 1984) s. 293 alk. Ks. kaikkien eri kirjoittajien viittaamasta *Mnookin*in ja *Kornhauser*in artikkelista edellä Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 4.2. (Bargaining in the Shadow of the Law).

[322] *Eekelaar* (Current Legal Problems 1995) s. 191 alk.

[323] Oikeusfilosofisiin perusteluihin liittyvät läheisesti myös ne naisoikeudelliset kannanotot, jotka lukeutuvat nk. kommunitaristiseen kritiikkiin. *Eekelaar* puolustaa artikkelissaan liberalistista lähtökohtaa. *Eekelaar* (Current Legal Problems 1995) erit. s. 194–198, 203–205 ja *Eekelaar*in vasta-argumenteista s. 205 alk.

[324] Ks. myös *Cretney – Masson* (1997) s. 374–383, missä kritikoidaan uutta avioerolainsäädäntöä samantapaisilla perusteilla kuin *Eekelaar* em. artikkelissaan.

sa päädyttiin 1980-luvulla.[325] Vaikka Englannissa ei kunnioitettu psykotieteellisiä avioerolapsitutkimuksia samalla tavoin kuin Kaliforniassa, on niiden tukemana Kaliforniassa syntynyt ihanne omaksuttu näin myös Englantiin. Molempien vanhempien jatkuvaa osallistumista lapsen huoltoon ja säännöllistä yhteydenpitoa lapseen pidetään ensiarvoisen tärkeänä lapsen kannalta. Oikeudelliseen prosessiin suhtaudutaan kriittisesti, koska sen katsotaan lietsovan katkeruutta ja vihaa. Oikeudenkäyntien sijaan suositaan sovittelua, joka perustuu mielenterveystyössä luotuihin teorioihin ja menetelmiin. Avioero on muuttunut oikeudellisesta ongelmasta ihmissuhdeongelmaksi, jonka ratkaisemisessa pääpaino on puolisoiden luotsaamisessa riitoja aiheuttavien oikeusongelmien ohi vanhemmuuden jatkumisen suuntaan kompassina näin määritelty lapsen etu.

[325] Ks. Kaliforniaa koskeva jakso, luku 4. (Sovinnollisen avioeron ihanteen vaikutus menettelytapoihin).

C SAKSA

1. Jakson taustalla olevasta saksalaisesta kirjallisuudesta

Saksaa koskeva jakso perustuu pääosin saksalaiseen oikeuskirjallisuuteen. Se koostuu lähinnä oppikirjoista ja kommentaareista, joita täydentävät oikeustieteelliset monografiat ja alan aikakauslehtien artikkelit. Oikeustieteilijöistä on mainittava ennen muuta professori *Michael Coester*, jonka oikeusvertaileva habilitaatiotutkimus »Das Kindeswohl als Rechtsbegriff» liittyy suoraan käsillä olevan tutkimuksen alaan. *Coester* esiintyy puheena olevan jakson alaviitteistössä kuitenkin myös kommentaattorina ja artikkelien kirjoittajana. Artikkelien kannalta ylivoimaisesti tärkein aikakauskirja on *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (lyh. *FamRZ*), joka on saksalaisen perheoikeustieteellisen keskustelun keskeinen forum. Tätä aikakauslehteä on sen vuoksi seurattu selvästi muita systemaattisemmin.

Suomalaisissa oikeustieteen kirjastoissa hyvin säilyneet *Gernhuber*in ja *Beitzke*n perheoikeuden oppikirjojen varhaisemmat painokset sekä eräät muut teokset, jotka lainsäätäjän kynänjälki on kauan sitten tehnyt alkuperäiseen tarkoitukseensa kelpaamattomiksi, ovat tätä tutkimusta tehtäessä erinomaisella tavalla täydentäneet saksalaista usein niukasti historiaa valaisevaa esitystapaa. Varsinaisten monografioiden lisäksi on eräitä oikeuskäytäntöön liittyviä selvityksiä. Niistä voidaan mainita *Jutta Limbach*in sekä *Harald Oelkers*in yhteishuoltoa koskevaa oikeuskäytäntöä valaisevat kirjoitukset.

Varsinaisesti muuta kuin oikeudellista aineistoa jakson taustamateriaaliin sisältyy niukahkosti etenkin Kaliforniaa koskevaan jaksoon verrattuna. Tärkeitä lapsen edun tulkitsijoita on kuitenkin mukana. Sellaisia ovat Saksassa olleet lastenpsykiatri *Reinhart Lempp* sekä psykologi *Wassilios Fthenakis*.

2. Isän valta »väterliche Gewalt»

Saksassa lapsen etu »Wohl des Kindes» tuli ensi kerran lapsen huoltoa koskevan päätöksenteon kriteeriksi vuoden 1938 avioliittolain säätämisen myötä. Tätä ennen huollon määräytymistä sääteli alkuperäinen vuoden 1896 *Bürgerliches Gesetzbuch*, joka tuli voimaan 1.1.1900 (myöhemmin BGB).

Ennen BGB:tä Preussin yleisen maanlain mukaan (*das Preussische Allgemeine Landrecht*) lapsen huolto oli selkeästi isän oikeus. Isällä oli oikeus sekä lastensa kasvatukseen että holhoukseen (*väterliche Gewalt und Erziehungsrecht*), eikä avioerolla periaatteessa ollut siihen vaikutusta. Lasten kasvatusoikeus voitiin uskoa heidän äidilleen, jos mies oli avioeroon syyllinen tai jos lasten intressi tuomarin harkinnan mukaan sitä vaati.[1]

BGB:ssä isän valta oli muutettu vanhempain vallaksi (*elterliche Gewalt*), mutta sen sisältö ei juuri poikennut aiemmasta. BGB:n alkuperäisen huollon määräämistä koskevan 1635 §:n sanamuoto oli seuraava:

> Ist die Ehe aus einem der in den §§ 1565 bis 1568 bestimmten Gründe geschieden, so steht, solange die geschiedenen Ehegatten leben, die Sorge für die Person des Kindes, wenn ein Ehegatte allein für schuldig erklärt ist, dem anderen Ehegatten zu; sind beide Ehegatten für schuldig erklärt, so steht die Sorge für einen Sohn unter sechs Jahren oder für eine Tochter der Mutter, für einen Sohn, der über sechs Jahre alt ist, dem Vater zu. Das Vormundschaftsgericht kann eine abweichende Anordnung treffen, wenn eine solche aus besonderen Gründen im Intresse des Kindes geboten ist; es kann die Anordnung aufheben, wenn sie nicht mehr erforderlich ist.
> Das Recht des Vaters zur Vertretung des Kindes bleibt unberührt.[2]

Kyseinen pykälä koski ainoastaan lapsen henkilön huoltoa. Lapsen omaisuuden holhous säilyi aina isällä kuten oikeus lapsen edustamiseen tuomioistuimessa. Avioliiton aikanakin lasten huolto eli vanhempainvalta (*elterliche*

---

[1] *Belchaus* 1980 s. 21–22, Staudinger/*Coester* 1992 § 1671 Rz 7, *Dölle II* (1965) s. 139.

[2] Staudinger/*Coester* (1992) § 1671, Rz 8. Jos avioliitto on purettu 1565–1568 §:issä mainituista syistä, jää lapsen henkilön huolto vanhempien kuolemaan asti, jos toinen puoliso on yksin todettu syylliseksi avioeroon, toiselle puolisolle; jos molemmat puolisot on todettu syyllisiksi, jää alle kuusivuotiaan pojan ja tyttären huolto äidille ja yli kuusivuotiaan pojan huolto isälle. Holhoustuomioistuin voi tehdä myös tästä poikkeavan huoltomääräyksen, jos sellainen on erityisistä syistä tarpeen lapsen edun vuoksi; tällainen määräys voidaa kumota, jos se ei enää ole tarpeen. Isän oikeus lapsen edustamiseen säilyy koskemattomana.

Gewalt) oli ensisijaisesti isällä, jolla oli myös aina oikeus ratkaista asia, jos vanhemmat olivat siitä eri mieltä. Äiti saattoi saada vanhempainvallan jakamattomana vain isän kuoleman jälkeen.[3]

Lapsen huollon määräämistä koskeva oikeus säilyi koskemattomana aina kansallissosialistien aikaan asti.

3. Kansallissosialistien aika – lapsen etu

3.1. Yleistä

Kansallissosialistisen ideologian on katsottu vaikuttaneen lapsia koskevaan lainsäädäntöön vuodesta 1936 alkaen, jolloin niin sanottua *Hitlerjugend*ia koskeva laki tuli voimaan. Kasvatukselliset tavoitteet ilmenivät parhaiten pakollisten nuorisojärjestöjen asemassa. Kahdeksanvuotiaasta alkaen oli poikien ja tyttöjen kuuluttava *Deutsches Jungvolk* ja *Deutscher Jungmädelbund* -nimisiin ja 15-vuotiaasta alkaen *Bund Deutscher Mädchen* ja *Hitlerjugend* -nimisiin järjestöihin. Jälkimmäinen viimeksimainituista oli puolisotilaalinen kasvatusjärjestö, jolla oli laillinen asema kasvattajana vanhempien ja koulun ohella. Tyttöjen ja poikien pitäminen erillään oli tarkoituksenmukaista, sillä tytöt kasvatettiin ennen kaikkea perheenäideiksi, joiden tehtävänä oli synnyttää yhteiskuntaan uusia lapsia. Tyttöjen koulutus- ja opiskelumahdollisuuksia rajoitettiin tämän vuoksi tarkoituksellisesti.[4]

Oikeuslaitoksella oli tärkeä asema kansallissosialististen tavoitteiden läpiviemisessä. Ratkaisevaksi tässä mielessä muodostui oikeuskäytäntö, joka käytti tehokkaasti hyväkseen kansallissosialistien säädösteksteissään laajalti viljelemät yleislausekkeet ja arvoarvostelmat. Näitä yleislausekkeita, kuten »*Treu und Glauben*» tai »*guten Sitten*», voitiin tulkita natsististen tavoitteiden mukaisesti.[5]

Avioliitto oli erityisen tärkeässä asemassa kansallissosialistisessa ideologiassa. Avioliiton tuli palvella kansakunnan yhteisiä tarpeita kansalaisten yksityisten tarpeiden ohella. Tällainen yhteinen tarve oli etenkin pohjoiseu-

---

[3] Äiti ei voinut esimerkiksi vaatia oikeusteitse isältä lapsille elatusapua, koska vain isällä oli oikeus lasten edustamiseen oikeudessa. *Dölle II* (1965) s. 281, *Belchaus* (1980) s. 22.

[4] *Ramm* (1990) s. 78–80.

[5] *Diederichsen* (Dreier – Sellert 1989) s. 249. Ks. kolmannen tasavallan oikeusajattelusta lähemmin *Kangas* (Oikeustiede – Jurisprudentia 1987) s. 14–38.

rooppalaisen rodun vaaliminen puhtaana. Tätä kuvastivat erityiset rotulait *Gesetz zum Schutze des Deutschen Blutes und der deutschen Ehre*, niin sanottu »verensuojelulaki» (*Blutschutzgesetz*) sekä *Gesetz zum Schutz der Erbgesundheit des deutschen Volkes*, niin sanottu »avioterveyslaki» (*Ehegesundheitsgesetz*) – molemmat vuodelta 1935. Avioliitot juutalaisten ja saksalaisten tai heidän sukulaiskansoihinsa kuuluvien henkilöiden välillä kiellettiin ensiksi mainitun lain nojalla.[6]

3.2. Avioero ja lapsen etu vuoden 1938 lain mukaan

Ratkaiseva askel kansallissosialistien avioerokäytännössä tapahtui vuoden 1938 avioliittolain perusteella (*Gesetz zur Einheitlichung des Rechts der Eheschliessung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet*, niin sanottu *Ehegesetz*). Avioliittolaissa otettiin käyttöön välirikkoperiaate (*Zerrüttungsprinzip*) syyllisyysperiaatteen ohella. Sen mukaan avioliitto voitiin purkaa, jos puolisot olivat asuneet kolme vuotta erillään. Toisen puolison vastustus oli merkityksetöntä avioeron kannalta, jos kyseisen »avioliiton ylläpitäminen avioliiton olemuksen oikea arvostus ja molempien puolisoiden koko käytös huomioon ottaen ei ollut siveellisesti oikeutettua».

> (I) Ist die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren aufgehoben und infolge einer tiefgreifender unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechender Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten, so kann jeder Ehegatte die Scheidung begehren.
> (II) Hat der Ehegatte, der die Scheidung begehrt, die Zerrüttung ganz oder überwiegend verschuldet, so kann andere der Scheidung widersprechen. Der Widerspruch ist nicht zu beachten, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt ist.[7]

Ylin oikeusaste, *Reichsgericht*, piti saksalaissyntyisen (»deutschblutigen») ja juutalaisen välisen seka-avioliiton purkamista poikkeuksetta siveellisesti oikeutettuna lain tultua voimaan.[8]

---

[6] Ks. lähemmin *Hirsch – Majer – Meinck* (1984) s. 350–360.

[7] § 55 EheG 1938, sit. *Diederichsen* (Dreier – Sellert 1989) s. 250–251 alav. 26, ks. myös *Hirsch – Majer – Meinck* (1984) s. 395, *Schwenzer* (1987) s. 37.

[8] Näin *Hirsch – Majer –Meinck* (1984) s. 395.

Saksan vuoden 1938 avioliittolain avioeroperusteet muistuttavat hyvin paljon pohjoismaisia vuosisadan alun avioliittolakeja. Erityisesti Suomen vuoden 1929 laissa oli samantyyppinen avioeroperuste, jonka mukaan tuomioistuin saattoi tuomita puolisot avioeroon, jos se katsoi erillään asumisen osoittavan puolisoiden välisen välirikon. Muissa Pohjoismaissa otettiin jo tässä vaiheessa käyttöön asumusero, missä puolisoiden oma arvio välirikosta erillään asumisen lisäksi riitti osoittamaan sen.[9] Vuoden 1938 avioliittolaki liittyi siis periaatteessa mutkattomasti aikakautensa liberaaleihin avioerouudistuksiin. Toinen asia oli, että kansallissosialistien oma perhepolitiikka oli kaikkea muuta kuin liberaalia. Vapaamielistä avioerolainsäädäntöä käytettiinkin aivan toisentyyppisiin tarkoituksiin. Vapaan harkinnan mahdollistava avoin lainsäädäntötekniikka antoi tähän hyvät mahdollisuudet.[10]

Avioeron lisäksi kansallissosialistisena aikana käytettiin hyväksi avioliiton peruuntumista koskevaa säännöstöä. Puolison katsottiin erehtyneen seikasta, joka koski toisen puolison tärkeää ominaisuutta, jos tämä oli erehtynyt niistä seurauksista, joita seka-avioliitto aiheutti »Saksan kansan tulevaisuudelle».[11]

Vuoden 1938 avioliittolaki määritteli uudelleen myös lapsen huollon määräämistä koskevat kriteerit avioerotilanteita varten. Ratkaisevaan asemaan tuli tulkinnalle avoin yleislauseke, lapsen etu (*das Wohl des Kindes*).

Ehegesetz 1938
§ 81. Ist die Ehe geschieden, so bestimmt das Vormundschaftsgericht, welchem Ehegatten die Sorge für die Person eines gemeinschaftlichen Kindes zustehen soll. Massgebend ist, was nach Lage der Verhältnisse dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

Sind mehrere gemeinschaftliche Kinder vorhanden, so soll die Sorge für die Person aller Kinder am gleichen Elternteil übertragen werden, sofern nicht eine abweichende Regelung aus besonderen Gründen geboten und mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist.

---

[9] Ks. Ruotsia koskeva jakso, kohta 2.1. (Uusi liberaali avioerolainsäädäntö) sekä Suomea koskeva jakso, kohta 2.1.3.2. (Avioerouudistus ja lapsen huoltoon liittyvä interventio).

[10] *Hirsch – Majer – Meinck* (1984) s. 396. Samansuuntaisesti *Ramm* (1996) s. 182: »Das Mittel, den Bürger von der richterlichen Entscheidung abhängig zu machen, waren die Generalklauseln. Das EheG wurde von Generalklauseln beherrscht.» Ks. myös *Melander* (Lm 1941) s. 294: »Yleensä voidaan sanoa, että Saksan uudessa avioerolainsäädännössä on vaikeutettu avioeron saamista puhtaasti yksilöllisten syiden perusteella, mutta sitä vastoin helpotettu yhteiskunnalle arvottomien avioliittojen purkamista.»

[11] *Hirsch – Majer – Meinck* (1984) s. 393–395. Ks. myös esimerkkejä kansallissosialistien oikeustieteellisestä argumentoinnista perheoikeuden alueella mts. 396–398, sekä oikeuskäytännöstä *Diederichsen* (Dreier – Sellert 1989) s. 250–272.

> Einem Ehegatten, der allein oder überwiegend für schuldig erklärt ist, soll die Sorge nur übertragen werden, sofern nicht eine abweichende Regelung aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dient.
>
> Das Vormundschaftsgericht kann die Sorge einem Pfleger übertragen, wenn dies aus besonderen Gründen erforderlich ist. Das Vormundschaftsgericht kann die Anordung jedezeit ändern, wenn das Wohl des Kindes es erfordert.
>
> Vor der Entscheidung sind die geschiedenen Ehegatten zu hören. Die Anhörung kann unterbleiben, wenn sie untunlich ist.[12]

Lapsen edun tulkintaa tämän pykälän valossa ei ilmeisesti ole tutkittu. Eri yhteyksistä voi kuitenkin havaita, että oikeaoppista kasvatusta painottavassa totalitäärisessä valtiossa oikeuskäytäntö muodostui mitä ilmeisimmin muun kasvatuspolitiikan kanssa yhdensuuntaiseksi. *Diederichsen* mainitsee Dresdenin alemman oikeusasteen (*Landgericht*) ratkaisun vuodelta 1936, jossa todettiin, että lapsen kasvatusta ei voitu uskoa juutalaiselle vanhemmalle.[13]

> Lapsen etu -käsitteen tulkintaan, vaikkakin toisessa yhteydessä, liittyivät myös lapsen huolto-oikeuksien epäämistä koskevat ratkaisut BGB:n 1666 §:n nojalla. Tämän lainkohdan mukaan huoltoon liittyviin oikeuksiin voidaan puuttua, jos huoltaja käyttää niitä väärin. Pykälää sovellettiin esimerkiksi vanhempiin, jotka eivät antaneet lapsilleen lupaa liittyä *Hitlerjugend*iin. Vuoden 1942 tuomarikirje »*Richterbrief*» – siis ilmeisesti tuomareille osoitettu kiertokirje – osoitti tulkinnan, jonka mukaan vanhemmilta voitiin evätä lasten huoltoa koskevat oikeudet, jos lapset kieltäytyivät »saksalaisesta tervehdyksestä» koulussa tai jos vanhemmat asettuivat tietoisesti vastustamaan yhteiskunnan kasvatustyötä.[14]

---

[12] Staudinger/ *Coester* (1992) § 1671 Rz 9. Pykälän mukaan holhoustuomioistuin ratkaisi, kummalle puolisoista heidän yhteisen lapsensa henkilön huolto oli uskottava. Määräys oli tehtävä sen mukaan, mikä olosuhteisiin nähden parhaiten vastasi lapsen etua. Sisarukset oli uskottava samalle puolisolle, ellei huoltoa ollut erityisistä syistä järjestettävä toisin ja jos tämä järjestely oli lapsen edun mukainen. Avioeroon syylliselle puolisolle lasten huoltoa ei tullut uskoa, ellei tämä palvellut lapsen etua erityisistä syistä. Holhoustuomioistuin saattoi uskoa lapsen huollon myös uskotulle miehelle, jos lapsen etu erityisistä syistä näin vaati. Tuomioistuin saattoi koska tahansa muuttaa tällaista järjestelyä, jos lapsen etu vaati niin. Eronneita puolisoita oli kuultava ennen päätöksen tekemistä. Kuulemista ei kuitenkaan vaadittu, jos se oli tarpeetonta.

Uuden lain mukaan holhoustuomioistuin ratkaisi lapsen huollon kaikissa tapauksissa, kun aiemmin huolto oli yleensä määräytynyt syyllisyyden perusteella suoraan lain nojalla ja holhoustuomioistuin oli ratkaissut asian vain, jos siihen oli erityistä aihetta. Ks. ao. lainkohta kohdassa 2. (Isän valta »väterliche Gewalt»).

[13] *Diederichsen* (Dreier – Sellert 1989) s. 259.

[14] *Ramm* (1990) s. 89. Lapsen henkilön huolto (*Personensorge*) voitiin siirtää vanhemmalta kolmannelle henkilölle nk. *Sorgerechtspflegeschaft*ina (huoltoa varten määrätty

3.3. Kansallissosialistien perintö

Lapsen etu -käsitteen omaksuminen huollon kriteeriksi juuri kansallissosialistisena aikana on epäilemättä heittänyt eräänlaisen varjon käsitteen ylle. Näkyvä välitön seuraus tästä oli se, että vuonna 1946 toteutuneessa uudistuksessa pykälän sanamuoto muuttui kokonaan. Sen lisäksi, että ensisijaiseksi ratkaisukriteeriksi tuli vanhempien yhteinen ehdotus, korvattiin *Wohl des Kindes* -termi ilmauksella »*das wohlverstandene Interesse des oder der Kinder*». *Das Wohl des Kindes* -termi palautettiin kuitenkin vuonna 1957 lapsen huoltoa avioeron yhteydessä koskevaan määräykseen. Koko määräys tuli samassa yhteydessä nykyiselle paikalleen BGB:n 1671 §:ksi

Lapsen etu -periaatteen tulkinnan vaarat ovat saksalaisessa lapsioikeudessa jääneet ehkä hämmästyttävänkin vähälle huomiolle. Silloinkin kun niitä on arvioitu, ne on yleensä liitetty edellä mainittuun 1666 §:ään, jonka perusteella vanhempien huoltoon liittyvät oikeudet on siis mahdollista evätä. Samalla on katsottu, että tilanne tämän normin tulkinnassa on olennaisesti muuttunut perustuslain säätämisen myötä. Nykyisen perustuslain (*Grundgesetz*) kuudennen artiklan tarkoituksena on näet rajoittaa valtiovallan puuttumisoikeutta perheen autonomiaan. Sen mukaan lasten kasvatus on vanhempien luonnollinen oikeus ja ensisijaisesti heidän velvollisuutensa, jota valtiovalta valvoo.[15]

Eräät kirjoittajat ovat kuitenkin kiinnittäneet huomiota *Kindeswohl*-periaatteen kansallissosialistiseen historiaan ja samalla etsineet perustuslain lisäksi muita takuita vallan väärinkäytöksen estämiseksi. *Gernhuber* on tässä yhteydessä kiinnittänyt erityisesti huomiota yhteiskunnan poliittiseen rakenteeseen, sen pluralistisuuteen. Vaikka perustuslain tulkinnan pysyvyydestä ei voida olla varmoja, ovat poliittinen pluralistisuus ja sen mukanaan tuoma suvaitsevaisuus hänen mukaansa kehittyneet sille asteelle, että ne voivat estää valtiovallan väärinkäytökset luotettavamminkin kuin perustuslaki.[16]

*Diederichsen*in mukaan *Kindeswohl*-periaatteen tulisi oikeudellisena käsitteenä kyetä torjumaan ideologiset hyökkäykset perheen autonomiaa vas-

---

uskottu mies), jolloin vanhempi saattoi menettää oikeuden lapsen huoltoon ilman, että hänen todettiin BGB 1666 §:n mukaisesti syyllistyneen lapsen huoltoa koskevien oikeuksien väärinkäyttöön, Staudinger/*Schwoerer* (1966) § 1671 Rz. 4.

[15] Ks. Saksan perustuslain (lyh. GG) 6 artiklan mukaisesta suojasta lähemmin jäljempänä kohta 4.1. (Perusoikeuksien ja lapsen huoltoa koskevan lainsäädännön välinen vuoropuhelu) sekä kohta 4.3. (Yksinhuolto, yhteishuolto ja perheen autonomian suoja) alakohtineen.

[16] *Gernhuber* (FamRZ 1973) s. 231.

taan, jotta se olisi perustuslain mukainen oikeusperiaate (6 art.). Tähän tehtävään *Kindeswohl* on kuitenkin liian epämääräinen, erityisesti juuri poliittisesti pluralistisessa yhteiskunnassa. *Diederichsen* on torjunut *Kindeswohl*-käsitteen sisällöllisesti tyhjänä yleislausekkeena (*Leerformel*) viitaten etenkin *Mnookinin* vuonna 1975 Saksassa julkaistuun lapsen etu -periaatetta koskevaan kritiikkiin.[17] Erityisen epätyydyttävä lapsen etu -periaatteen asema on hänen mukaansa ollut vanhempien oikeuksien epäämistä koskevissa asioissa BGB:n 1666 §:n mukaan. *Diederichsen* on vaatinutkin lapsen edun sijaan sisällöllisesti konkreettisempia puuttumisnormeja.[18]

Gernhuberin ja *Diederichsenin* esiin ottamat kysymykset valtiovallan puuttumisesta perheen autonomiaan liittyvät myös lasten huollon määräämiseen. Näihin kysymyksiin palataan jäljempänä.[19] Sen sijaan heidän esittämänsä käsitys lapsen edusta »tyhjänä yleislausekkeena», jonka sisältö voidaan määritellä poliittisen tai minkä muun tahansa tarkoitusperän mukaisesti, liittyy varoitukseen, jonka kansallissosialistinen oikeushistoria on jättänyt Saksan oikeudelle ja ehkä myös koko länsimaiselle oikeuskulttuurille.

Yleislausekkeisiin liittyvä kriittinen keskustelu pulpahtaa aika ajoin saksalaisessa oikeustieteessä.[20] Edellä mainitut *Gernhuber* ja *Diederichsen* ottivat kumpikin kansallissosialismia sivuavan kritiikkinsä lähtökohdaksi juuri yleislausekeongelman. Ehkä tässä ilmeneekin parhaiten kansallissosialismin varoittava perintö saksalaisessa lapsioikeuden dogmatiikassa: Yleislausekkeet, tässä tapauksessa erityisesti »*Kindeswohl*», voivat olla vaarallisia

---

[17] Was stimmt nicht mit der Formel »Kindeswohl»? FamRZ 1975 s. 1 alk. oli *Mnookin*in vuonna 1973 julkaiseman artikkelisarjan kolmannen osan käännös. Artikkelisarja on julkaistu kokonaisuudessaan Harvard Educational Review -aikakauskirjassa ja myöhemmin California Law Review aikakauskirjassa. *Mnookin* käsittelee artikkelissaan lapsen etu -käsitettä lastensuojelullisessa merkityksessä ts. tilanteessa, jossa lapsi määrätään muun kuin vanhemman huoltoon. Hänen lapsen etu -käsitteeseen kohdistamansa kritiikki oli samansuuntaista kuin vuonna 1975 Yhdysvalloissa julkaistussa artikkelissa, jota on käsitelty Kaliforniaa koskevassa jaksossa kohdassa 3.3. (Mnookinin lapsen etu -kritiikki).

[18] *Diederichsen* (FamRZ 1978) s. 468.

[19] Ks. lapsen edusta puuttumisperusteena tarkemmin jäljempänä kohta 5.1. (Lapsen edun eri funktiot) sekä sen ilmenemisestä kohdat 4.3. (Yksinhuolto, yhteishuolto ja perheen autonomian suoja) alakohtineen, 7.6. (Hakemusmalli de lege ferenda -lähtökohdaksi sekä vielä kohta) ja 9.3. (Yhteishuollon säilyttäminen tai purkaminen, kun vanhemmat asuvat erillään).

[20] Kuuluisan avauksen tässä yhteydessä teki *Justus Hedemann* jo vuonna 1933 ilmestyneessä monografiassaan »Flucht in die Generalklauseln». *Hedemann*in kritiikki ei ilmeisesti vaikuttanut kansallissosialistiseen oikeusdoktriiniin.

aseita, jos niitä käytetään väärin. Oikeustieteen tehtävänä on siis eräänlainen rajanveto. Jos yleislauseke katsotaan poliittisesti vaaralliseksi, se on torjuttava, kuten *Diederichsen* tekee yllämainitussa esimerkissä. *Gernhuber*in mukaan yleislauseke »*Kindeswohl*» voi periaatteessa sisältää vaarallisia ainesosia, mutta tarkan analyysin avulla oikeusturvavaatimukset voidaan täyttää. *Coester*in lähestymistapa on kolmas vaihtoehto – joskin useampiakin voidaan ajatella. *Coester* tutki lapsen etu -periaatetta habilitaatiotutkimuksessaan huollon määräämisen näkökulmasta. Hänen tavoitteenaan oli määritellä periaatteen tulkinta teoreettisluonteisessa analyysissään siten, että yleislausekkeelle ominaiset vaaramomentit voidaan ikään kuin sulkea pois.[21] *Coester* ei mainitse suoraan kansallissosialisteja puhuessaan yleislauseke -ongelmasta, mutta historian vakava ja varoittava esimerkki sisältyy erikseen lausumattomanakin hänen kysymyksenasettelunsa peruslähtökohtiin.

4. Saksan perusoikeudet ja lapsen etu

4.1. Perusoikeuksien ja lapsen huoltoa koskevan lainsäädännön välinen vuoropuhelu

Saksan Liittotasavallan nykyinen perustuslaki laadittiin miehitysvaltojen valvonnassa toisen maailmansodan jälkeisen poliittisen »selvitystilan» aikana. Se tuli voimaan 24.5.1949.[22] Uuden perustuslain 19 ensimmäiseen artiklaan sisällytettiin säännökset perusoikeuksista. Artikloissa 92–101 säädetään muun ohessa perustuslakituomioistuimesta ja muusta lakien perustuslainmukaisuuden valvonnasta.

Mahdollisuus arvioida lakien perustuslainmukaisuutta on sysännyt liikkeelle useita oikeudellisia uudistusprosesseja myös lapsen huoltoa koskevan oikeuden kehityksessä, sillä perustuslain sisältämiä periaatteita, kuten perheen ja avioliiton suojaa, on tulkittu aina uudelleen yhteiskunnallisen kehityksen luomista uusista tilanteista lähtien. Lapsen huollon osalta oikeudellista kehitystä voidaankin itse asiassa kuvata lainsäädännön ja perusoikeuksien välisenä vuoropuheluna. Tulkinnan kohteena ovat lapsen huollon yhteydessä olleet kaksi eri perusoikeutta, nimittäin perustuslain kolmannen ar-

[21] *Coester* (1983) s. 134–135, 162.

[22] Ks, esim. *Model – Müller* (1965) s. 1–8.

tiklan mukainen sukupuolten tasa-arvoisen kohtelun suoja sekä perheen autonomian suoja sen kuudennessa artiklassa.

Perustuslain kolmannen artiklan sisältö on seuraava:

(I) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.
(II) Männer und Frauen sind gleichberechtigt.
(III) Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauung benachteiligt oder bevorzugt werden.[23]

Sukupuolten tasa-arvoa koskevan kolmannen artiklan toisen lauseen voimaantuloa oli lykätty 1.4.1953 asti. Tänä aikana oli tarkoitus korjata silloinen voimassaoleva lainsäädäntö tasa-arvon asettamien vaatimusten mukaiseksi. Valmistelutyö kuitenkin venyi pitkälle yli odotetun ajan. Laki miehen ja naisen välisestä tasa-arvosta siviilioikeuden alueella (*Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts* lyh. *GleichberechtigungsG*) säädettiin lopulta vuonna 1957 ja se tuli voimaan 1.7.1958.

Vuosien 1953 ja 1958 välisenä aikana vallitsi Saksan oikeudessa sukupuolten välisen tasa-arvon kannalta mielenkiintoinen ajanjakso. Tuolloin tuomioistuimien oli luotava tulkinnoillaan sukupuolia tasa-arvoisesti kohtelevaa oikeutta, sillä eri sukupuolia epätasa-arvoisesti kohteleva lainsäädäntö oli kirjaimellisesti lakannut olemasta voimassaolevaa oikeutta perustuslain kolmannen artiklan tultua voimaan.[24] Tuomarit joutuivat tällöin ottamaan kantaa muun muassa isän oikeuteen hallita lapsen omaisuutta ja edustaa lasta tuomioistuimessa kuten myös isän oikeuteen ratkaista lapsen huoltoa koskevat vanhempien väliset erimielisyydet.

Toinen lapsen huoltoa koskevan oikeuden sisältöön vaikuttanut perusoikeus on ollut avioliiton ja perheen suojaa koskeva perustuslain kuudes artikla, joka kokonaisuutena turvaa perheen asemaa ja autonomiaa. Yksinkertaistaen sitä kutsutaan jäljempänä perheen autonomian suojaksi.

(I) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.

---

[23] Kaikki ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä (I). Miehet ja naiset ovat tasa-arvoisia (II). Ketään ei saa syrjiä tai asettaa muita parempaan asemaan sukupuolen, syntyperän, rodun, kielen, kotimaan tai alkuperän, uskonnon tai uskonnollisen tai poliittisen katsomuksen vuoksi (vapaasti K.K-S.) Ks. lähemmin esim. *Model – Müller* (1965) s. 20 alk. tai *Maunz – Dürig – Herzog* (1973) Art. 3.

[24] Ks. lähemmin *Kropholler*: Gleichberechtigung durch Richterrecht (1975).

(II) Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.
(III) Gegen den Willen der Erziehungsberchtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen.
(IV) Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.
(V) Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.

Artikla koskee sananmukaisesti perheen ja avioliiton suojaa (I), samalla kun se takaa vanhemmille ensisijaisen oikeuden ja vapauden kasvattaa itse lapsensa valtiovallan toimiessa kuitenkin lapsen edun valvojana (II).[25] Lapsi voidaan sen mukaan erottaa perheestään vastoin huoltajien (tai muiden laillisten kasvattajien) tahtoa vain lain perusteella, jos huoltajat ovat lyöneet velvollisuutensa laimin tai jos lasten tarpeet ovat vaarassa muusta syystä jäädä laiminlyödyiksi. Lisäksi artiklaan sisältyy äitiyden suoja (IV). Lopuksi siinä asetetaan lainsäätäjälle ohjelmallinen tavoite aviottomien lasten ja aviolasten tasavertaisesta kohtelusta (V).[26]

Perheen autonomian suoja on ilmennyt esimerkiksi siinä, että vanhempien yksimielistä ehdotusta on pidetty ensisijaisena vaihtoehtona lapsen huollon määräytymisessä avioeron jälkeen.[27]

> Aikaisemmin avioliiton perustuslaillisen suojan katsottiin myös oikeuttavan avioliitossa syntyneiden lasten paremman oikeudellisen aseman avioliiton ulkopuolella syntyneisiin lapsiin nähden. Tästä tulkinnasta on luovuttu vasta 1990-luvulla, ja samalla on tullut ajankohtaiseksi perheen suojan ulottaminen erityisesti avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen ja tämän isän välisen suhteen perustuslailliseksi suojaksi.[28]

---

[25] Tähän liittyy käsite valtiosta valvojaviranomaisena (*Staat als Wächteramt*). Käsite liittyy usein lasten ja vanhempien suhteisiin puuttumisen oikeutuksen tulkintaan. Ks. esim. *Maunz – Dürig – Herzog* (1969) Art. 6 Rz. 26.

[26] Ks. lähemmin esim. *Model – Müller* (1965) s. 27 alk., *Maunz – Dürig – Herzog* (1969) Art. 6 (Rz. 1–51).

[27] Tästä lähemmin jäljempänä kohdassa 4.3. (Yksinhuolto, yhteishuolto ja perheen autonomian suoja).

[28] Ks. perustuslakituomioistuimen ratkaisusta BVerfG 7.5.1991 jäljempänä kohdassa 7.6. (Hakemusmalli de lege ferenda -lähtökohdaksi) ja ratkaisusta BVerfG 7.3.1995 kohdassa 9.1. (Uudistuksen taustaa).

4.2. Naisista tasa-arvoisia huoltajia

Sukupuolten välinen tasa-arvo sisältyi ohjelmallisena tavoitteena jo *Weimarin tasavallan* perustuslakiin (art. 119). Se ei kuitenkaan johtanut lainsäädännön muutoksiin lasten huollon osalta, vaikka silloinen oikeustila ei täyttänytkään sukupuolten välisen tasa-arvon vaatimusta.[29] Uuden perustuslain kolmanteen artiklaan otettiin, kuten edellä ilmeni, sitova säännös sukupuolten tasa-arvosta. Sukupuolten tasa-arvoa loukkaava lainsäädäntö jäi siis kuitenkin voimaan siksi, kunnes tilanne korjaantuisi erityisellä sopeuttamislainsäädännöllä (*Anpassungsgesetz*). Kun määräaikaan 31.3.1953 mennessä vaadittua sopeuttamislainsäädäntöä ei saatu aikaan, oltiin 1.4.1953 tilanteessa, jossa tuomioistuimet ryhtyivät perustuslain mukaan arvioimaan lakien perustuslainmukaisuutta sukupuolten tasa-arvon näkökulmasta. Tuona aikana syntyneet linjaratkaisut vaikuttivat luonnollisesti tulevan lainsäädännön sisältöön, mutta poikkeuksiakin esiintyi.[30]

Lopullinen sopeuttaminen tapahtui vuonna 1957 annetulla niin sanotulla tasa-arvolailla (*Gleichberechtigungsgesetz*), joka vaikutti ennen muuta perheoikeuden sisältöön. Lain tärkeimmät vaikutusalueet liittyivät avioliiton henkilökohtaisiin oikeusvaikutuksiin, aviovarallisuusoikeuteen sekä lapsen huoltoon.[31]

Sukupuolten tasa-arvon täytäntöönpano synnytti vilkasta keskustelua. Lapsen huollon osalta keskeisin kysymys koski isän ratkaisuvaltaa (*Letztentscheidungsrecht, Stichentscheid des Vaters*). Aikaisemman oikeuden perusteella isällä oli oikeus ratkaista vanhempien väliset erimielisyydet lapsen huoltoa ja holhousta koskevissa asioissa. Tähän perustui myös isän oikeus edustaa lasta oikeudessa. Kysymyksessä oli siis varsin patrioottinen perheen pään asemaa koskeva normi. Tästä huolimatta isän ratkaisuvalta säilyi vuoden 1957 *Gleichberechtigungsgesetz* -lailla muutetussa BGB 1628 pykälässä.

> Määräyksen soveltamisala kuitenkin supistui, koska lapsen huolto ja omaisuuden hoito oli uuden lainsäädännön mukaan määrättävä avioerossa yksin toiselle vanhemmista, ja tällöin isän ratkaisuvallan käyttöalaksi jäi vain avioliiton aikainen lapsen henkilön ja omaisuuden hoito. Isän oli tosin otettava huomioon äidin esittämät näkökohdat, ja äidillä oli oikeus viedä asia holhoustuomioistuimeen, jos isän päätös ei

---

[29] *Ramm* (1990) s. 72, *Seidl* (1960) s. 16.

[30] *Seidl* (1960) s. 16–18.

[31] Näin *K.H. Schwab* (1958) s. 6. samoin *Kropholler* (1975) s. 12–60. Asia on helposti todettavissa myös *Krüger – Breetzke – Nowack* (1958) tasa-arvolain kommentaarin sisällysluettelosta s. VII–X.

vastannut lapsen etua. Holhoustuomioistuin saattoi näin yksittäistapauksissa antaa ratkaisuvallan äidille.[32]

Uuden lain sisältö oli yllättävä sen vuoksi, että suuri osa tuomioistuimista oli perustuslain kolmannen artiklan tultua voimaan lakannut soveltamasta isän ratkaisuvaltaa koskevaa normia, mikä ilmeni erityisesti siten, että ne olivat ottaneet ratkaistavakseen vanhempien erimielisyyksistä aiheutuvia riitoja.[33] Isän ratkaisuvallalla oli kuitenkin myös vankat kannattajansa. Oikeudellisena argumenttina nojauduttiin tällöin erityisesti perustuslain kuudennen artiklan mukaiseen avioliiton ja perheen suojaan. Perheen sisäisellä päätöksentekomekanismilla olisi puolustajien mukaan ollut mahdollista torjua valtion interventio ja viranomaisratkaisu.[34]

Kysymys isän ratkaisuvallasta tuli kuitenkin melko pian perustuslakituomioistuimen (*Bundesverfassungsgericht*, lyhennys *BVerfG*) ratkaistavaksi. Se totesi 29.7.1959 isän ratkaisuvallan olevan sukupuolten tasa-arvomääräyksen vastainen ja kumosi lainkohdan.[35]

> Mahdollisuus tutkia lakien perustuslainmukaisuutta on Saksan liittotasavallan perutuslaissa säädetty järjestelmä. Tutkiminen on erityisesti tuomioistuimien tehtävä. Silloin kun kyseessä on perustuslain jälkeen säädetty laki, kuten nyt puheena olevassa tapauksessa, tuomioistuimet eivät kuitenkaan itse voi tulkita lain perustuslainmukaisuutta, vaan niiden on keskeytettävä asian käsittely ja pyydettävä ratkaisua perustuslakituomioistuimelta.[36]

Sekä vuoden 1938 että vuoden 1946 avioliittolakien aikainen lapsen henkilön ja omaisuuden huolto rakentui siten, että oikeudet kohdistuvat ratkai-

---

[32] *Krüger – Breetzke – Nowack* (1958) s.520–536.

[33] *Kropholler* (1975) 50–56.

[34] Ks. *Seidl* (1960) s. 50 alk. erit s. 56–60, *Kropholler* (1975) s. 50–57, Isän ratkaisuvaltaa puoltavista näkökohdista ks. lähemmin esim. *K.H. Schwab* (1958) s. 13–16, tai *Ziegler* (1958) teoksessa »Das natürliche Entscheidungsrecht des Mannes in Ehe und Familie». Ks. etenkin viimeinen luku »Die Frage der Verfassungswidrigkeit von § 1628 BGB in naturrechtlicher Sicht» s. 387–459.

[35] Ks. esim. *Maunz – Dürig – Herzog* (1973) Art.3 Abs.II. Rz 8, *Kropholler* (1975) s. 56–57. Nykyisessä lainsäädännössä on ratkaisuvalta vanhempien erimielisyyksissä annettu holhoustuomioistuimelle (*Vormundschaftsgericht*) (§ 1628 BGB). Holhoustuomioistuin ei kuitenkaan ratkaise itse riitakysymystä, vaan antaa ratkaisuvallan jommallekummalle vanhemmista lapsen edun perusteella.

[36] Ks. Grundgesetz 93 art. ja etenkin. 100 art. *Model – Müller* (1965) s. 143–144. Sen sijaan tuomioistuimet voivat itsenäisesti ratkaista kysymyksen perustuslainmukaisuudesta silloin, kun kyseessä on ennen perustuslakia säädetty laki. Ks. yksityisten kansalaisten mahdollisuudesta saattaa kysymys perustuslainmukaisuudesta ao. tuomioistuimen tutkittavaksi heitä koskevassa asiassa, mts.

suvallan lisäksi muutenkin eri tavalla isiin ja äiteihin.[37] Isä käytti yksin kaikkia lapsen omaisuuden hoitoon liittyviä oikeuksia ja myös edusti lasta. Äidillä oli eräänlainen myötämääräämisoikeus lapsen henkilöä koskevissa asioissa.[38] Avioerotilanteissa huollon määräämisen kohteena oli ollut pelkästään lapsen henkilön huolto sekä oikeus lapsen edustamiseen tuomioistuimessa lapsen henkilökohtaisissa asioissa.[39] Siinä tapauksessa, että huolto määrättiin äidille, omaisuuden hoito ja oikeus edustaa lasta omaisuutta koskevissa asioissa jäivät edelleen isälle. Tältäkin osin oikeustila muuttui epäselväksi perustuslain kolmannen artiklan tultua voimaan 1.4.1953.[40]

> *Kropholleriin* mukaan suurin osa tuomoistuimista sovelsi edelleen vuoden 1946 EheG 74 §:ää sellaisenaan ja määräsi avioeron yhteydessä ainoastaan lapsen henkilön huollosta. Tämä ei kuitenkaan merkinnyt sitä, että lapsen omaisuuden hoito olisi jäänyt isälle kuten ennen. Nyt oli nimittäin tulkittava lapsen holhouksen avioliiton aikanakin olleen puolisoilla yhteisesti. Näin ollen kun avioeron yhteydessä määrättiin ainoastaan lapsen henkilön huollosta, se merkitsi omaisuuden hoidon säilymistä avioeron jälkeenkin molemmilla vanhemmilla yhteisesti.[41]

Vuoden 1957 lainuudistus (*Gleichberechtigungsgesetz*) muutti BGB:n 1671 §:ää niin, että avioeron yhteydessä annettavan määräyksen kohteeksi tuli koko »vanhemman valta» – *elterliche Gewalt*, toisin sanoen sekä lapsen henkilön että omaisuuden huolto (*Alleinzuständigkeit*).[42] Kaikkien lapseen liittyvien oikeuksien määrääminen yksin toiselle puolisolle toteutui näin ollen tasa-arvoa koskevan uudistuksen kautta ja merkitsikin naisten aseman selvää parantumista. Naiset eivät olleet enää avioeron jälkeen riippuvaisia entisestä miehestään lapsen huoltajina. Samalla poistui epäselvyys siitä, voiko äiti, jolle lapsen huolto on määrätty, ajaa lapsen puolesta elatuskannetta isää vastaan.[43]

---

[37] Vuoden 1946 avioliittolainsäädännöstä enemmän kohdassa 5.2.1. (Yleistä).

[38] *Seidl* (1960) s. 21–22, 36–37, 50.

[39] Staudinger/*Schwoerer* (1966) § 1671 Rz. 43.

[40] *Seidl* (1960) s.64–67.

[41] *Kropholler* (1975) s. 48–50. Isän oikeus edustaa yksin lasta jäi oikeuskäytännössä kuitenkin elämään artiklan 3 tultua voimaan vuonna 1953, kunnes *BGH* vuonna 1958 totesi lasta koskevan edustusvallan olevan molemmilla puolisoilla yhteisesti. *Kropholler* (1975) s. 54–56.

[42] *Krüger – Breetzke – Nowack* (1958) § 1671 BGB Rz 1 (s.602–605). Vanhempainvallan muuttamista ja vanhempien kuulemista koskevat lainohdat siirtyivät omiksi pykälikseen (§ 1696 ja 1695). Ks. vuoden 1957 lainuudistuksesta lähemmin kohta 5.2.1. (Yleistä).

[43] *Krüger – Breetzke – Nowack* (1958) s. 603 /§ 1671 Rz. 1.

4.3. Yksinhuolto, yhteishuolto ja perheen autonomian suoja

4.3.1. Vanhempien yksimielinen ehdotus ja täysivaltainen yksinhuoltaja

Perustuslain kuudes artikla, perheen autonomian suoja, esiintyi jo edellä, koska siitä oli haettu tukea – vaikkakin turhaan – perheenisän ratkaisuvallan oikeuttamiseksi. Tärkein kysymys perustuslain kuudennen artiklan ja lapsen huoltoa koskevan aineellisen säännöstön välisessä vuoropuhelussa on kuitenkin ollut vanhempien oikeus sopia lapsen huollosta avioeron jälkeen. Tämä on heijastunut etenkin avioeron jälkeistä yhteishuoltoa koskevaan kysymykseen.

Vanhempien yksimieliselle sopimukselle pantiin painoa ensimmäisen kerran jo miehitysvaltioiden toimesta annetussa vuoden 1946 avioliittolaissa.[44]

> Lainkohdan mukaan holhoustuomioistuin sai päättää lapsen huollosta vain, jos puolisot eivät olleet saavuttaneet asiasta yhteisymmärrystä. Puolisoiden yhteinen esitys oli esitettävä hyväksyttäväksi holhoustuomioistuimelle kahden viikon määräajassa siitä, kun avioerotuomio tuli oikeusvoimaiseksi.(§ 74, EheG 1946).[45]

Vuoden 1957 lainsäädäntöuudistuksessa (*GleichberechtigungsG*) vanhemmille annettiin aiemman kahden viikon määräajan sijasta kahden kuukauden määräaika yhteisen ehdotuksen tekemiseen. Tästä voitiin poiketa vain lapsen edun niin vaatiessa (§ 1671 BGB).[46] Esimerkiksi *Schwoerer* totesi vuonna 1958 kirjoittamassaan artikkelissa, että perustuslain kuudes artikla edellyttää, että vanhempien yksimieliselle ehdotukselle annetaan mahdollisimman laaja soveltamisala.

> Dem Willen der Eltern sollte auch nach der Scheidung möglichst grosser Spielraum zugebilligt verden. Es besteht für den Staat kein Anlass, zwangsweise einzugreifen, wenn nur der Vorschlag der Eltern mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist.[47]

---

[44] Tosin jo Preussin Allgemeines Landrecht -lain aikaan vanhempien yksimielisyydelle annettiin käytännössä määräävä vaikutus. Ks. *von Rönne* Ergänzungen und Erläuterungen des Allgemeinen Landrechts, Dritter Band, Berlin 1876 s. 222. *Ramm* katsoo tämän johtuneen siitä, että Preussin ALR -laissa avioliitto ymmärrettiin sopimuksena toisella tavoin kuin esimerkiksi sen aikalaisessa Ranskan *Code Civil* -laissa. *Ramm* (1996) s. 154–157.

[45] Po. lainkohta on esitetty kokonaisuudessaan jäljempänä kohdassa 5.2.1. (Yleistä).

[46] Ks. ao. lainkohdasta lähemmin jäljempänä kohdassa 5.2.1. (Yleistä).

[47] *Schwoerer* (FamRZ 1958) s. 435. Ks. myös *Dölle II* (1965) s. 285–286, Staudin-

Naisten tasa-arvo lasten huollossa oli tähän menneessä vaikuttanut siihen, että lapsen huolto voitiin määrätä avioeron yhteydessä kokonaan myös äidille. Vuoden 1957 *GleichberechtigungsG* -uudistuksessa tasa-arvo ilmeni siten, että kaikki huoltoon kuuluvat oikeudet oli lain mukaan yleensä määrättävä toiselle vanhemmista yksin (nk. *Alleinzuständigkeit* tai *Alleinvertretungsprinzip*). Lapsen edun vaatiessa voitiin kuitenkin lapsen henkilön huolto sekä omaisuuden holhous erottaa toisistaan.

> Die elterliche Gewalt *soll in der Regel einem Elternteil allein übertragen werden.* Erfordert es das Wohl des Kindes, so kann einem Elternteil die Sorge für diese Person, dem anderen die Sorge für das Vermögen des Kindes übertragen werden.[48]

Uuden lain voimassaolon alkuvuosina otettin kirjallisuudessa kantaa kysymykseen, voivatko vanhemmat sopia keskenään huollon ja holhouksen eri tehtävien jakamisesta tai jopa pitää ne yhteisinä.[49] Yleisesti kuitenkin katsottiin, että lapsen huollon ajallinen jakaminen tai lapsen huoltoon liittyvien tehtävien jakaminen vanhempien kesken – muuten kuin laissa nimenomaan annetun mahdollisuuden mukaisesti määrämällä henkilön huolto toiselle ja omaisuuden holhous toiselle vanhemmalle – ei ollut mahdollista. Esteenä oli vuoden 1957 lain periaate, jonka mukaan eronneiden vanhempien lasta koskevan päätösvallan oli kuuluttava yhdelle vanhemmalle mainittua poikkeusta lukuun ottamatta.[50]

4.3.2. Vanhempien oikeus sopia yhteisestä huollosta

Kaikkien oikeuksien määräämisestä yksin toiselle vanhemmalle säädettiin vuonna 1957 säädetyssä BGB 1671 §:ssä kuitenkin niin sanotulla *soll*-mää-

---

ger/*Schwoerer* (1966) § 1671 Rz. 52, perustuslain 6 art. syntyhistoriasta vastalauseena kansallissosialismin perhettä koskevalle ideologialle *Schmitt Glaeser* (1980) s. 37.

[48] Vuoden 1957 lailla uudistetun BGB 1671 §:n yksityiskohta. Staudinger/*Coester* (1992) § 1671 Rz 11, kurs. K.K-S.

[49] Yhteinen huolto vanhempien yhteisen ehdotuksen perusteella oli ilmeisesti ollut periaatteessa mahdollinen vuosien 1953 ja 1958 välillä, jolloin lapsen omaisuuden holhouksenkin katsottiin aina jäävän vanhemmille yhdessä. Tämä taas oli perustunut ennen perustuslakia säädetyn isän yksinoikeuden perustuslainmukaiseen tulkintaan. Ks. *Schwoerer* (FamRZ 1958) s. 433–434, ks. holhouksen tulkinnasta edellinen kohta.

[50] *Dölle II* (1965) s. 289, *Krüger* pitää lapsen huollon jakamista ajan mukaan – ensin toiselle sitten toiselle vanhemmalle – joissakin tapauksissa mahdollisena *Krüger – Breeztke – Nowack* (1958) s. 607, samoin *Gernhuber* (1964), joka toteaa vanhempien usein toivovan huollon jakamista ajallisesti keskenään s. 609–611, Staudinger/*Schwoerer* (1966) § 1671 Rz. 77–82, ks. myös *Beitzke* (1970) s. 204 sekä *Jans – Happe* (1980) s. 184.

räyksellä (*Soll-Vorschrift*). Tämäntyyppinen määräys avaa periaatteessa mahdollisuuden normin velvoittavuuden erilaisiin arvioihin.[51] 1970-luvulla yksittäiset tuomioistuimet alkoivatkin tulkita lakia niin, että huollon määrääminen oli mahdollista myös molemmille vanhemmille yhteisesti. Neljän muutoksenhakutuomioistuimen (*Oberlandesgericht*) kaikkiaan 19:stä oli todettu pitäneen yhteishuoltoa mahdollisena ratkaisuna.[52] Kysymys tuli ajankohtaiseksi myös vuoden 1979 lapsen huoltoa koskevan uudistuksen valmisteluvaiheessa. Monet asiantuntijat olivat puoltaneet mahdollisuutta määrätä vanhemmat myös yhdessä huoltajiksi.[53] Valmistelun loppuvaiheessa liittopäivien oikeusvaliokunnassa (*Rechtsausschuss*) päädyttiin kuitenkin avioeron jälkeisen huollon säilyttämiseen yhdellä vanhemmalla.

> Die Übertragung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil hindert diesen nicht, den anderen Elternteil so an der elterlichen Sorge teilnehmen zu lassen, als ob diese Entscheidung nicht ergangen wäre. Entsteht jedoch Streit oder verhindert die räumliche Entfernung die Teilnahme an der Sorge für das Kind, so bestehen klare Verhältnisse. Dies ist im Interesse des Kindeswohls notwendig. Es ist daher auch nicht verfassungsrechtlich angreifbar, wenn insofern das Familiengericht von einem übereinstimmenden Elternvorschlag, auch wenn dieser ernst gemeint ist, abweicht.[54]

Perusteluna yhteishuollon torjumiselle oli siis, että yksinhuolto ei estä vanhempien yhteistoimintaa eron jälkeen, jos vanhemmat vapaaehtoisesti sitä haluavat toteuttaa. Sen sijaan mahdollisten ristiriitojen varalta oikeudellinen selvyys asiassa olisi tarpeen. Sama koskisi tilannetta siinä tapauksessa, että yhteistoiminnan esteenä olisi fyysinen välimatka. Juuri oikeussuhteiden selkeyttä pidettiin lapsen edun mukaisena. Asiallisesti argumentoitiin siis *Alleinzuständigkeit* -yksinhuollon puolesta, vaikka vanhaa käsitettä ei tässä vaiheessa enää käytettykään.

---

[51] *Krüger – Breetzke – Nowack* (1958) s. 605. Kirjoittajat pitivät tärkeänä erityisesti perustuslainmukaisuutta sitovuuden velvoittavuuden astetta arvioitaessa.

[52] *Luthin* (1987) s. 20–22. *Oberlandesgericht* -tuomioistuimeen voidaan juttu saattaa *Landsgericht* -tuomioistuimen jälkeen. Alimpana tuomioistuimena lapsen huoltoa koskevissa asioissa toimi ennen vuotta 1977 holhoustuomioistuin (*Vormundschaftsgericht*) ja sen jälkeen perhetuomioistuin (*Familiengericht*). Molemmat toimivat alioikeuden (*Amtsgericht*) osastoina. Ks. tuomioistuimista enemmän kohdassa 6.1. (Psykologisoitumisen taustaa).

[53] Ks. lähemmin muuten kuin perheen autonomian suojan näkökulmasta kohdassa 6.6. (Miksi yhteishuolto torjuttiin vuoden 1979 uudistuksessa?).

[54] *Jans – Happe* (1980) s. 185, missä suora sitaatti oikeusvaliokunnan pöytäkirjoista. Teos on kaiken kaikkiaan omistettu lain esitöiden esittelemiselle. Sama sitaatti on osittain myös teoksessa *Luthin* (1987) s. 23.

Perheen autonomian suojan kannalta olennaista oli se, että koska lapsen edun katsottiin oikeuttavan yksinhuollon kaikissa tilanteissa, yksinhuoltoa koskeva ratkaisu olisi perustuslain mukainen silloinkin, kun tuomioistuin poikkeaisi vanhempien yhdenmukaisesta ja vakavasti harkitusta yhteishuoltoa koskevasta ehdotuksesta.[55] Kyseiset lainkohdat tulivat vuoden 1979 lakiin seuraavassa muodossa:

> (§ 1671)
> (1) Wird die Ehe der Eltern geschieden, so bestimmt das Familiengericht, welchem Elternteil die elterliche Sorge für ein gemeinschaftliches Kind zustehen soll.
> ...
> (3) Von einem übereinstimmenden Vorschlag der Eltern soll das Gericht nur abweichen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist.
> ...
> (4) Die elterliche Sorge ist einem Elternteil allein zu übertragen. Erfordern es die Vermögensinteressen des Kindes, so kann vie Vermögenssorge ganz oder teilweise dem anderen Elternteil übertragen werden.[56]

Keskustelu kuitenkin jatkui lain voimaantulon jälkeenkin. Esimerkiksi *Diederichsen* katsoi, että uusi säännös oli ristiriidassa perustuslain mukaisen perheen autonomian suojan kanssa, koska se poikkeuksetta velvoitti määräämään vain toisen vanhemman lapsen huoltajaksi avioeron jälkeen.[57] Tätä kantaa edusti myös Berliinin muutoksenhakutuomioistuin, joka määräsi vuonna 1980 yhteishuoltoa ehdottaneet vanhemmat yhdessä huoltajiksi.

> *Kammergericht* (KG) katsoi vuoden 1979 lain 1671 §:n olevan ristiriidassa perustuslain 6 artiklan kanssa. Berliinin tuomioistuimet eivät

---

[55] Lapsen omaisuuden hoito voitiin kuitenkin vuoden 1979 lainsäädännön perusteella jakaa vanhempien kesken vapaammin kuin tätä ennen. Omaisuuden yhteinen hallinto avioeron jälkeen vanhempien kesken ei kuitenkaan ollut mahdollista, vaan lain tavoitteena oli eri kompetenssien selkeä jako. *Jans – Happe* (1980) s. 185.

[56] (1) Jos vanhemmat tuomitaan avioeroon, määrää perhetuomioistuin, kummalle vanhemmista on uskottava yhteisen lapsen huolto. (3) Tuomioistuin saa poiketa vanhempien yhteneväisestä ehdotuksesta vain, jos se on välttämätöntä lapsen edun vuoksi.(4) Lapsen huolto on uskottava yksin toiselle vanhemmalle. Lapsen omaisuuden hoito voidaan uskoa kokonaan tai osittain toiselle vanhemmalle, jos lapsen omaisuuden hoito tätä edellyttää. (Vapaasti saksan kielestä K.K-S.). Lainkohta on siteerattu kokonaisuudessaan jäljempänä kohdassa 6.3. (Tunnesiteet ja vuoden 1979 lainsäädäntö).

[57] Näin *Luthin* (1987) s. 46. S. 27 *Luthin* toteaa keskustelun (*Meinungstreit*) pykälän perustuslainmukaisuudesta jatkuneen lain voimaan tulon jälkeen. Hän ei kuitenkaan nimeä muita kuin em. *Diederichsen*in.

kuitenkaan voineet saattaa tapauksia perustuslakituomioistuimen ratkaistaviksi, joten Berliinin tapauksella ei ollut vaikutuksia lain tulkintaan varsinaisessa Liittotasavallassa.[58]

Kysymys avioeron jälkeisen yhteishuollon rajoittamisen perustuslainmukaisuudesta tuli perustuslakituomioistuimen ratkaistavaksi jo vuonna 1982. Tuomioistuimen tekemän ratkaisun mukaan mahdollisuus määrätä lapsen huolto yksin toiselle vanhemmalle avioeron jälkeen oli esillä olleissa tapauksissa vastoin perustuslain mukaista perheen autonomian suojaa.[59]

Kyseessä oleva päätös perustui yhteensä neljän eri tuomioistuimen ratkaisuhakemukseen.[60] Kaikissa tapauksissa vanhemmat olivat yhdessä hakeneet yhteistä huoltoa avioeron jälkeen ja olivat käytännössä jo soveltaneet sitä.[61] Kaikissa neljässä tapauksessa myös paikalliset sosiaaliviranomaiset (*Jugendamt*) olivat esittäneet ratkaisuksi yhteishuoltoa. Yhdessä tapauksessa myös 15-vuotias lapsi puolsi vanhempiensa toteuttamaa yhteishuoltojärjestelyä, koska se toimi hyvin.[62] Kaikki neljä eri alioikeutta olivat katsoneet, että ne eivät voineet soveltaa voimassaoleva lakia sen perustuslain vastaisuuden vuoksi ja lykkäsivät käsittelyn sen vuoksi hakeakseen ratkaisua perustuslakituomioistuimelta.

Perustuslakituomioistuin kuuli käsittelyn yhteydessä monia eri tahoja asian johdosta.[63] Tuloksenaan se julisti 3.11.1982, että lain yksinhuoltopäätökseen velvoittava kohta oli mitätön (*nichtig*).[64]

---

[58] BVerfG tapausselostus FamRZ 1982 s. 1180, samoin *Luthin* (1987) s. 27.

[59] FamRZ 1982 s. 1179 alk. Ks. myös esim. *Limbach* (1988) s. 16–17, *Luthin* (1987) s. 30 alk., Staudinger /*Coester* (1992) § 1671 Rz 14, toisin *L. Nieminen* (1990a) s. 393.

[60] *Helga Gross* mainitsee *Königstein*in alioikeuden (*AG Königstein*) ratkaisun 12.2.1980, siis vain noin kuusi viikkoa lain voimaantulon jälkeen, missä alioikeus oli pitänyt yhteishuollon poissulkevaa lainkohtaa perustuslain vastaisena ja vienyt asian sen vuoksi perustuslakituomioistuimen ratkaistavaksi. *Gross* (1980) s. 96.

[61] Puolisot voivat saada avioeron yhteisestä hakemuksesta asuttuaan vuoden erillään parisuhteen rikkoutumisen vuoksi, jos kumpikaan ei halua palata enää yhteiselämään. BGB § 1566 I, *Schwab* (1993) s. 139–140.

[62] FamRZ 1982 s. 1181, ks. 14-vuotiaan tai sitä vanhemman lapsen itsenäisestä vaikutusmahdollisuudesta huoltoratkaisuun jäljempänä.

[63] FamRZ 1982 s. 1181. Nämä olivat kaksi erityisalojen asiantuntijaa, liittohallituksen edustaja, tapausten asianosaiset tai heidän edustajansa, Saksan lastensuojeluliiton edustaja sekä Saksan tuomariliiton perheoikeudellisen komission edustaja sekä myös oikeusministeriön edustaja. Asiantuntijana kuullun prof. *Fthenakiksen* kannanotoista tuonnempana, kohdassa 7.1. (Yhteishuoltoa koskevan ratkaisun psykologinen perustelu – Fthenakis).

[64] Staudinger/ *Coester* (1992) § 1671 Rz. 14.

4.3.3. Yhteisen huollon perusteleminen perheen autonomian näkökulmasta

Perustuslakituomioistuin voi todeta lainkohdan olevan perustuslain vastainen ja sen vuoksi mitätön (*verfassungswidrig und daher nichtig*), mutta se ei voi säätää mitättömäksi toteamansa normin tilalle uutta. 3.11.1982 annetun ratkaisun jälkeen tiedettiin, että avioeron jälkeinen yhteishuolto on periaatteessa mahdollista, mutta yhteishuollon edellytysten osalta voitiin vain esittää johtopäätöksiä puheenaolevasta ratkaisusta.[65] Tämä oikeustila jatkui myöhemmin pitkälle toistakymmentä vuotta.[66] Siitä, miten päätöstä tuli tulkita perheen autonomian suojan näkökulmasta, oli toisistaan eroavia kantoja.

Johtavana tulkitsijana voidaan tässä yhteydessä pitää *Michael Coesteriä*.[67] Vaikka yhteishuolto tuli perustuslakituomioistuimen päätöksellä periaatteessa mahdolliseksi avioeron jälkeenkin, on julkisen vallan puuttuminen lapsen huoltoon kaikissa avioerotilanteissa *Coesterin* mukaan kuitenkin oikeutettua, koska avioerokriisi heikentää puolisoiden kykyä arvioida lapsen etua. Puuttuminen on hänen mukaansa kuitenkin oikeutettua ainoastaan lapsen edun perusteella ja vain sikäli kuin lapsen etu edellyttää.[68] Puuttuminen huoltosuhteisiin enempää kuin on tarpeen lapsen edun vuoksi – toisin sanoen yhteishuollon purkaminen vastoin vanhempien tahtoa silloin, kun se ei ole perusteltua – ei ole perheen autonomian suojan mukaista.

> Angesichts erheblicher persönlicher und wirtschaftlicher Eigenintressen beiden Elternteile bei der Scheidung ist nicht ausgeschlossen, dass das Kind nur Handelsobjekt im Auseinandersetzungsprozess der Eheleute war, oder dass der wirtschaftlich, psychisch oder intellektuell überlegene Teil dem anderen seine Vorstellungen aufgezwungen hat. Selbst wenn das nicht der Fall ist, ist in der Scheidungssituation die Fähig-

---

[65] *Coester* on kuitenkin myöhemmin katsonut, että lain perustuslainmukaisuutta koskevalla ratkaisulla ei ole ratkaistu yhteishuollon edellytyksiä, vaan ne on ratkaistava oikeuspoliittisen tarkoituksenmukaisuuden perusteella. Nämä ovat hänen mukaansa lainsäätäjän asettamat lähtökohdat: lapsen etu ja vanhempien yksimielisen etusijan ensisijaisuus. Lopputulos on siis jokseenkin sama kuin jos lähdettäisiin ratkaisun antamista lähtökohdista. Ks. Staudinger/ *Coester* (1992) § 1671 Rz 169 alk.

[66] Uusi lainsäädäntö (*Kindschaftsrechtsreformgesetz*) tuli voimaan 1.7.1998. Ks. lähemmin tämän jakson viimeinen luku 9. (Uuden vuosituhannen lapsioikeutta).

[67] *Coester* on arvioinut oikeustilaa paitsi vuonna 1983 ilmestyneessä habilitaatiotutkimuksessaan myös vuonna 1992 ilmestyneessä Staudinger-kommentaarissa, *Coester* (1983) ja Staudinger/*Coester* (1992). Seuraavassa nojaudutaan lähinnä jälkimmäiseen.

[68] Staudinger/*Coester* (1992) § 1671 Rz. 20.

> keit der Eltern zu kindzentrischem Denken und Handeln oft erheblich eingeschränkt.... Die Vermutung optimaler Kindeswohlwahrung durch die Eltern ist also für die Familienkrise »Scheidung» erheblich abgeschwächt, so dass die Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten grundsätzlicher Kontrollbedürftigkeit (Abs 3) vertretbar erscheint.[69]

Edellisen lisäksi voidaan erottaa kysymys siitä, miten yhteishuoltoa koskevaa ratkaisua on tulkittava perheen autonomian näkökulmasta. Voidaanko, toisin sanoen, vanhempien yhteinen huolto määrätä silloinkin, kun vanhemmat eivät ole siitä yksimielisiä?

Vallitseva näkemys saksalaisessa oikeustieteessä oli, että yhteisen huollon määrääminen edellyttää esimerkiksi vanhempien yhteisestä vaatimuksesta ilmenevää yhteisymmärrystä asiasta.[70] Muunkinlaisia tulkintoja kuitenkin esitettiin.[71] On esimerkiksi lähdetty siitä, että yhteishuolto vastaa parhaiten lapsen etua. Tällöin kysymys perheen autonomian suojasta ei olisikaan yhteishuoltoa koskevan ratkaisun kannalta niin olennainen, sillä pelkkä lapsen edun maksimoiminen oikeuttaisi yhteishuoltoa koskevan ratkaisun. Tämän tulkinnan mukaan vanhempien yksimielisyys ei siis olisi yhteishuoltoa koskevan ratkaisun edellytyksenä.[72]

4.3.4. Perheen autonomian suoja ja lapsen etu

Perustuslain ja lapsen edun tulkinnan välistä suhdetta voidaan vielä luonnehtia kokoavasti. Valtiovallalla täytyy ensinnäkin olla yleisesti oikeus puuttua perheen autonomiaan lapsen suojelemiseksi, jotta se voi torjua ne vaarat, jotka uhkaavat lasta vanhempien, muiden perheenjäsenten tai perheen olosuhteiden taholta. Lapsen etu siis oikeuttaa puuttumisen, intervention perheeseen. Tämä oikeuttamisperuste koskee myös avioerotilannetta. Näissä tilanteissa intervention oikeutus on kuitenkin riippuvainen lapsen edulle avioerotilanteessa kulloinkin annetusta tulkinnasta. Tämä ilmenee hyvin juuri yhteishuoltoa koskevasta kehityksestä. Lapsen edun tulkinnan avautuessa siten, että

---

[69] Staudinger/*Coester* (1992) § 1671 Rz 19.

[70] Eri kirjoittajat eivät kuitenkaan ole välttämättä asettaneet kysymystä perheen autonomian näkökulmasta, vaan toiset ovat arvioineet vanhempien yhteisymmärrystä lapsen edun näkökulmasta. Ks. ao. kysymyksestä enemmän jäljempänä kohta 7.2. (Yhteisen huollon oikeudelliset edellytykset).

[71] Ks. näistä *Luthin* (1987) s. 30–48, 63–75.

[72] *Luthin* on nimennyt kaksi *Oberlandesgericht* -ratkaisua, joissa vanhempien yksimielisyyttä ei ole pidetty yhteisen huollon edellytyksenä, *Luthin* (1987) s. 65.

vanhempien yhteinen huolto voidaan säilyttää erosta huolimatta, kysymys intervention oikeutuksesta jouduttiin asettamaan uudelleen.

Kehitys 1980-luvulla oli tavallaan päinvastainen kuin 1950-luvulla, jolloin se kulki kohti yhden vanhemman autonomista yksinhuoltoa. Myös sitä voitiin pitää lapsen edun mukaisena, sillä autonominen yksinhuolto antoi eronneelle äidille mahdollisuuden puolustaa itsenäisesti lapsensa etua kaikissa tilanteissa ja esimerkiksi vaatia lapselle elatusta (*Alleinzuständigkeit*). Tässä yhteydessä lapsen etu liittyi tavallaan myös perustuslain kolmannen artiklan mukaiseen sukupuolten tasa-arvoa koskevaan tulkintaan. Ne yhdessä oikeuttivat valtiovallan puuttumaan vanhempien huoltoa koskeviin oikeuksiin siten, että miehet ja naiset tulivat eronneina huoltajina yhdenvertaiseen asemaan.

Perustuslain ja lapsen huoltoa koskevan aineellisen lainsäädännön vuoropuheluun liittyi vielä 1990-luvulla kysymys avoparien lasten oikeudellisesta asemasta. Tällöin jouduttiin pohtimaan muun ohessa uudelleen kysymystä avioeroon liittyvän oikeudellisen intervention oikeutuksesta, joka oli tullut ajankohtaiseksi muistakin syistä.[73] Samalla alkoi ajankohtaistua kysymys perheen autonomian yhdenvertaisesta suojasta, olipa kyse sitten avioliittoperheestä tai avoparista ja heidän lapsistaan.[74]

5. Ratkaisuperusteina syyllisyys ja äitiys

5.1. Lapsen edun eri funktiot

Michael Coester on jakanut lapsen etu -käsitteen funktiot puuttumisperusteisiin ja ratkaisukriteereihin (*Eingriffslegitimation und Entscheidungsmassstab*). Lapsen etu yhtäältä oikeuttaa julkisen vallan puuttumaan perheen autonomiaan lapsen suojelemiseksi ja toisaalta määrittelee, miten asia on ratkaistava.[75] *Gernhuber* on käyttänyt hieman toisentyyppistä jaottelua lapsen edusta korrektiivina ja ratkaisuperiaatteena (*Korrektiv und Entscheidungs-*

[73] Ks. jäljempänä kohta 7.6. (Hakemusmalli de lege ferenda -lähtökohdaksi).

[74] Ks. lähemmin kohta 9.1. (Uudistuksen taustaa).

[75] *Coester* (1983) s. 134 alk. tai Staudinger/*Coester* (1992) § 1671 Rz 18. Samantyyppinen jaottelu esiintyy myös *Mnookin*illa muodossa *child-protection funktion* ja *private-dispute-settlement function*, ks. lähemmin Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 3.3. (Mnookinin lapsen etu -kritiikki).

maxime).[76] Korrektiivilla hän tarkoittaa erityisesti mahdollisuutta korjata vanhempien yksimielistä ehdotusta lapsen edun mukaiseksi. Ratkaisuperiaatteella puolestaan viitataan tuomioistuimen itsenäiseen ratkaisuun siitä, mikä tarjolla olevista vaihtoehdoista vastaisi parhaiten lapsen etua.

> Kummankin jaottelu on siis etenkin lapsen huoltoa koskevan päätöksenteon osalta hyvin samantyyppinen. *Coesterin* käsitteissä korostuu julkisen vallan puuttumisen oikeuttamisperuste. *Gernhuberin* lähtökohtana on taas vanhempien sopimuksen korjaaminen lapsen edun suuntaan. Hänen käsitteistössään lapsen etu on ratkaisukriteerinä avoimempi periaate, kun taas *Coesterin* ratkaisukriteeriä tarkoittavassa käsitteessä korostuu enemmän hänen näkemyksensä lapsen edun tarkasta määriteltävyydestä kussakin tilanteessa.

Jaottelu toisaalta puuttumis- eli interventioperusteeseen tai korrektiiviin ja toisaalta ratkaisuperusteeseen selventää hyvin lapsen edun tulkintaan liittyvää saksalaista kehitystä. Edellä selostettu perustuslain tulkintaa koskeva kehityshän liittyi lapsen edun funktioon interventioperusteena. Aineellinen oikeus ilmentää puolestaan lapsen edun tulkintoja ratkaisuperusteen osalta. Ratkaisuperustettahan tarvitaan erityisesti niissä tapauksissa, joissa vanhemmat eivät ole esittäneet yksimielistä ehdotusta huoltoa koskevan asian ratkaisemiseksi.

Lapsen edun funktioiden jaottelu perustuslain tulkinnan ja siviilioikeuden tulkinnan mukaan ei ole kuitenkaan täysin kestävä. Siviilioikeudessahan otetaan myös kantaa interventiokysymykseen, kun arvioidaan esimerkiksi vanhempien yhteisten ehdotusten merkitystä lapsen huoltoa koskevan ratkaisun kannalta. Jaottelusta puuttuu lisäksi kokonaan oikeudellista menettelyä säätelevä prosessioikeus, johon liittyy tärkeitä lapsen edun tulkintaan vaikuttaneita kehityspiirteitä. Sitä paitsi perustuslain tulkinnassa on etenkin sukupuolten yhdenvertaisuutta koskevan kysymyksen osalta otettu kantaa lapsen huoltoa koskevaan aineelliseen oikeuteen muutenkin kuin interventiokysymyksen suhteen.

Perus- ja ihmisoikeuksien keskeisenä tehtävänä on määritellä yksityisten kansalaisten ja valtiovallan välistä suhdetta.[77] Tästä näkökulmasta lapsen edun interventiofunktion määritteleminen perustuslain tulkintakysymykseksi on oikeutettua. Lapsen edunhan todettiin edellä määrittelevän perheen autonomian ja valtion puuttumisen välisen rajan.[78] Ratkaisuperusteen lähtö-

---

[76] *Gernhuber* (1964) s. 613–614 tai sama (1980) s. 866–867.

[77] *Scheinin* (1991) s. 5–12.

[78] Ks. edellä kohta 4.3.4. (Perheen autonomian suoja ja lapsen etu).

kohdat ovat taas aineellisessa oikeudessa. Aineellinen oikeus voidaan oikeutetusti asettaa tässä mielessä perustuslain vastakohdaksi. Lapsen huoltoa koskevan ratkaisun lopputulokseen ja lapsen edun tulkintaan ratkaisuperusteena vaikuttavat kuitenkin monet muutkin tekijät, joita käsitellään yksityiskohtaisemmin myöhemmin koko vertailua koskevan jakson tulosten yhteydessä.[79]

Saksan oikeuden osalta esityksessä keskitytään seuraavaksi lapsen huoltoa koskevan oikeuden kehitykseen lähinnä aineellisen oikeuden näkökulmasta. Ajallisesti tämä merkitsee edellä selostetun perustuslain tulkintaa koskevan jakson kanssa rinnakkaista kehitystä suunnilleen yhteishuollon sallimista koskevaan perustuslakituomioistuimen ratkaisuun asti 1980-luvun alkupuolelle.[80] Tätä myöhäisemmän kehityksen osalta eri näkökulmat on käsitelty yhdessä yhtäältä sen vuoksi, että annetut perustuslakituomioistuimien ratkaisut eivät ole käsiteltävän teeman kannalta aivan yhtä keskeisiä kuin erityisesti yhteishuoltoa koskenut ratkaisu, ja toisaalta siksi, että eri näkökulmat ovat kietoutuneet kehityksen kuluessa toisiinsa niin, ettei niiden erottelu ole tarkoituksenmukaista.

Lapsen edun tulkinnat on esityksessä jaettu eri jaksoihin, joista ensimmäinen alkaa kansallissosialismia seuranneesta vaiheesta ja päättyy 1970-luvulle. Päähuomio kohdistuu tällöin 1950- ja -60 -luvuille. Jo tässä vaiheessa voidaan todeta, että tärkeimpiä kriteereitä olivat tänä aikana vanhemman syyllisyys avioeroon sekä myös äitiydelle annettu eräänlainen itseisarvo.

5.2. Lapsen etu, syyllisyys ja äidin hoiva

5.2.1. Yleistä

Kansallissosialistien toimesta annettu vuoden 1938 avioliittolaki, jossa lapsen etu oli ensimmäisen kerran lapsen huollon kriteerinä, oli – kuten aiemmin on todettu – korvattu valvontaneuvoston (*Kontrollrat*) antamalla uudella vuoden 1946 avioliittolailla (*EheG*), joka oli niin sanottua miehitysoikeutta

[79] Ks. Vertailun tuloksia koskeva jakso, luku 3. (Tulkinnan muutoksia selittäviä syitä).

[80] Toisin sanoen luvut 5. (Ratkaisuperusteina syyllisyys ja äitiys) ja 6. (Tunnesiteen määräämä yksinhuoltaja) kokonaan. Luvun 7. (Yhteishuolto ja lapsen etu) kohdissa 7.1. (Yhteishuoltoa koskevan ratkaisun psykologinen perustelu – Fthenakis) ja 7.2. (Yhteisen huollon oikeudelliset edellytykset) käsitellään vielä perustuslakituomioistuimen vuonna 1982 tekemää yhteishuoltoratkaisua muusta kuin perustuslain tulkintaa koskevasta näkökulmasta.

(*Besatzungsrecht*).[81] Sen vaikutuksesta palattiin syyllisyyden merkityksen osalta jossain määrin takaisin vuoden 1938 lakia edeltävään aikaan.

> Vuoden 1946 avioliittolaki säilytti periaatteessa sekä syyllisyyden että välirikon avioeron perusteissa. Myös välirikkoperusteessa käytetty kolmen vuoden erillään asumisen määräaika säilyi entisellään. Uuteen avioliittolakiin siirretty välirikkoperustetta säätelevä lainkohta oli kuitenkin muutettu siten, että avioeron myöntämistä oli olennaisesti vaikeutettu, jos toinen puoliso vastusti avioeroa ja jos hakija oli pääasiassa syyllinen välirikkoon. Samalla Liittotasavallan korkein oikeus (*BGH*) muutti tulkintaansa näissä tilanteissa. Välirikkoon syyttömän vaimon vastustaessa avioeroja ei käytännössä myönnetty. Myös lasten etujen niin vaatiessa avioerosta saatettiin lain mukaan kieltäytyä.[82]

Syyllisyyden merkitys lapsen huoltoa koskevan lainkohdan perusteella oli muodollisesti vähentynyt siitä, mitä se oli ollut vuoden 1938 lain mukaan. Käytännössä syyllisyyden merkityksen voidaan edellä olevan perusteella arvioida korostuneen eräänlaisena reaktiona kansallissosialistiselle oikeuskäytännölle.[83] Syyllisyyden ohella huoltajan määräytymiseen vaikutti lapsen etu (*die wohlverstandenen Interesse*).[84] Lapsen huollon määräämistä koskeva lainkohta vuoden 1946 avioliittolaissa kuului kokonaisuudessaan seuraavasti.[85]

> (EheG 1946)
> § 74. Ist die Ehe geschieden, so bestimmt das Vormundschaftgericht, falls eine Einigung der Ehegatten nicht zustande gekommen ist, welchem von ihnen die Sorge für die Person des oder der gemeinschaftlichen Kinder zustehen soll. Die Einigung der Ehegatten ist in einem

---

[81] *Der Alliierte Kontrollrat* koostui miehitysvaltioiden (NL, USA, Iso-Britannia ja Ranska) edustajista. Se huolehti miehitysaikana oikeudellisesta yhtenäisyydestä eri vyöhykkeillä. *Ramm* (1990) s. 90, *Seidl* (1960) s. 64.

[82] Vuoden 1946 EheG 48 §, jonka varsin hankalasti tulkittavaa sanamuotoa avioeroperusteista tarkennettiin vuonna 1961 BHG:n vakiintuneen tulkinnan suuntaan. *Schwenzer* (1987) s. 37–38, *Rheinstein* (1972) s. 392–393, *Neuhaus* (1979) s. 175–177, *Beitzke* (1970) s. 120.

[83] *Akademie für deutsches Recht* oli suositellut, että syyllisyydelle ei huoltokysymystä vuoden 1938 lain mukaan arvioitaessa annettaisi merkitystä, koska todellinen syyllisyys ei avioerotuomioissa todennäköisesti tulisi esiin. Näin Staudinger/*Schwoerer* (1966) § 1671 Rz 98–101. Ks. syyllisyyden merkityksestä kansallissosialismin aikana edellä kohdassa 3.2. (Avioero ja lapsen etu vuoden 1938 lain mukaan).

[84] Vanhempien ehdotusta on käsitelty edellä kohdassa 4.3.1. (Vanhempien yksimielinen ehdotus ja täysivaltainen yksinhuoltaja).

[85] Kokonaiskäsityksen saamiseksi on lainkohta esitetty seuraavassa kokonaisuudessaan. Ratkaisukriteerien kannalta olennaiset kohdat on kursivoitu.

schriftlichen Vorschlag binnen einer Frist von zwei Wochen nach Rechtskraft des Scheidungsurteils dem Vormundschaftsgericht zur Genehmigung vorzulegen.

Ist der Vorschlag innerhalb des in Absatz 1 bestimmten Frist nicht vorgelegt worden oder findet er nicht die Billigung des Vormundschaftsgerichts, so hat dasselbe diejenige Regelung zu treffen, die *dem wohlverstandenen Interesse des oder der Kinder unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse am besten entspricht.* Es kann dabei auch mit den Kindern persönlich Fühlung nehmen.

Vor der Entscheidung sind die geschiedenen Ehegatten persönlich zu hören. Von der Anhörung soll nur abgesehen werden, wenn sie unmöglich ist.

Einem Ehegatten, der *allein oder überwiegend für schuldig* erklärt worden ist, soll die Sorge nur übertragen werden, wenn dies *aus besonderem Gründen* dem Wohl des oder der Kinder dient.

Das Vormundschaftsgericht kann die Regelung jederzeit ändern, wenn es dies im Intresse des Wohls des oder der Kinder für angezeigt hält.[86]

Vuoden 1957 sukupuolten tasa-arvoon liittyvällä lainsäädännöllä ei puututtu avioeroperusteisiin, vaan vuoden 1946 avioliittolain mukaiset avioeroperusteet jäivät voimaan aina vuoden 1977 avioerouudistukseen asti.[87] Lapsen huoltoa koskevan vuoden 1957 lainkohdan perusteella syyllisyyden merkitys kuitenkin väheni ja lapsen edun merkitys vastaavasti kasvoi. Lainkohta kuului kokonaisuudessaan seuraavasti.[88]

(BGB)

§ 1671. Ist die Ehe der Eltern geschieden, so bestimmt das Vormundschaftsgericht, welchem Elternteil die elterliche Gewalt über ein gemeinschaftliches Kind zustehen soll.

Von einem gemeinsamen Vorschlag der Eltern soll das Vormundschaftsgericht nur abweichen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist. Haben die Eltern innerhalb von zwei Monaten nach Rechtskraft des Scheidungsurteils keinen Vorschlag gemacht oder billigt das Vormundschaftsgericht ihren Vorschlag nicht, so trifft es die Regelung, die *unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem*

[86] Staudinger/*Coester* (1992) § 1671 Rz 10.

[87] Ks. vuoden 1957 GleichberechtigungsG -laista lähemmin edellä kohdat 4.1. (Perusoikeuksien ja lapsen huoltoa koskevan lainsäädännön välinen vuoropuhelu) sekä 4.2. (Naisista tasa-arvoisia huoltajia).

[88] Käsillä olevan teeman kannalta keskeiset kohdat on kursivoitu. Lainkohtaa on käsitelty yksinhuollon merkityksen sekä perheen autonomian kannalta jo edellä kohdassa 4.2. (Naisista tasa-arvoisia huoltajia) ja kohdissa 4.3.1. (Vanhempien yksimielinen ehdotus ja täysivaltainen yksinhuoltaja) sekä 4.3.2. (Vanhempien oikeus sopia yhteisesta huollosta).

Wohle des Kindes am besten entspricht. Ist ein Elternteil *allein für schuldig erklärt* und sprechen keine *schwerwiegende Gründe* dafür, ihm die elterliche Gewalt zu übertragen, so soll das Vormundschaftsgericht sie dem schuldlosen Teil übertragen.

Die elterliche Gewalt soll in der Regel einem Elternteil allein übertragen werden. Erfordert es das Wohl des Kindes, so kann einem Elternteil die Sorge für die Person, dem anderen die Sorge für das Vermögen des Kindes übertragen werden.

Das Vormundschaftsgericht kann die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes einem Vormund oder Pfleger übertragen, wenn dies erforderlich ist, um eine Gefahr für das geistige oder leibliche Wohl oder für das Vermögen des Kindes abzuwenden.

Die vorstehenden Vorschriften gelten auch, wenn die Ehe der Eltern für nichtig erklärt worden ist. Der Schuldigerklärung steht es gleich, wenn einem der Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschliessung bekannt war.[89]

Syyllisyyskriteerin oikeutuksesta tuli 1960-luvun vaihteessa erityisen keskustelun kohde. Lapsen huoltoa koskevan muodollisen lakitekstin mukaanhan syyllisyyden merkitys oli vähentynyt koko BGB:n voimassaolon ajan.

> Alkuperäisessä pykälässä syyllisyyden vaikutus huollon määräytymiseen oli ollut ehdoton ja automaattinen. Vuoden 1938 lain osalta voidaan tässä yhteydessä viitata edellä esitettyyn. Vuoden 1946 *Ehegesetz*-laissa syyllisyys oli rajattu koskemaan vain puolisoa, joka oli yksin tai pääasiallisesti syypää eroon.

Vuoden 1957 *Gleichberechtigungsgesetz*-laissa (BGB 1671 §) syyllistä puolisoa koskevan erityismääräyksen soveltaminen edellytti jo, että puoliso oli yksin syyllinen avioeroon. Syyllisyyden merkitys voitiin myös sivuuttaa joko »erityisistä syistä» (vuoden 1946 *EheG*) tai myöhemmin »painavista syistä» (vuoden 1957 BGB 1671 §). Syyllisyyden merkityksen vähentymistä heijastaa sekin, että vuoden 1957 lainsäädäntöä valmisteltaessa koko syyllisyyskriteerin tarpeellisuudesta käytiin keskusteluja. Lopulta syyllisyys kuitenkin hyväksyttiin huollon määräytymiskriteeriksi kohtuusnäkökohdista täysin syytöntä puolisoa kohtaan.[90]

Silloin, kun puolison syyllisyyttä ei lain mukaan otettu huomioon, ratkaisevaa oli yksin lapsen etu. Lapsen etua arvioitiin yleisten kokemussääntöjen perusteella (*allgemeine Erwägungen, allgemeine Erfahrungssätze*). Syyllisyyskysymykseen otettu kanta vaikutti siis siihen, miten lapsen edun mukaista ratkaisua yleisesti linjattiin.

---

[89] Staudinger/*Coester* (1992) § 1671 Rz 11.

[90] Ks. lähemmin Staudinger/*Schwoerer* (1966) § 1671 Rz 98–101.

Seuraavassa tarkastellaan syyllisyyden ja lapsen edun tulkinnan suhdetta eri kirjoittajilla, joiksi on valittu hallintotuomari *Hildegard Krüger* ja professorit *Joachim Gernhuber*, *Hans Dölle* sekä *Julius Schwoerer*. Kannanotot on poimittu lakikommentaareista ja arvovaltaisista oppikirjoista.

5.2.2. Krüger: Syyttömien etusija useimmiten äitien hyväksi

Vuonna 1958 ilmestyi *Krüger*in, *Breetzke*n ja *Nowack*in kirjoittama *Gleichberechtigungsgesetz*-lain selitysteos. Sen kohteena olivat siis kyseisellä lailla annetut ja muutetut BGB:n pykälät. Kommentaariteos on poikkeuksellinen sen vuoksi, että siinä pyritiin ottamaan huomioon lain oikeuspoliittinen tavoite.

> Aivan erityisesti tämä tavoite ilmenee teoksen yli 200-sivuisesta johdanto-osasta, jossa *Hildegard Krüger* käsittelee naisen oikeudellista asemaa ja sen suhdetta yhteiskuntaan hyvin monipuolisesti esimerkiksi varhaishistoriallisesta, juutalais-kristillisestä ja sosiologisesta näkökulmasta. Nykyisen terminologian mukaan jaksoa olisi luonnehdittava naisoikeudelliseksi. Oman lukunsa siinä saa myös äidin ja lapsen välinen suhde. *Krüger*in käsitys vanhemmuudesta on hyvin sukupuolittunut. Äiti on sen mukaan lapsen kannalta suorastaan välttämätön ja ehdottomasti isää läheisempi. Tasa-arvoinen vanhemmuus ilmenee hänen kannanotoissaan ennen muuta isän ratkaisuvallan vastustamisena.[91]

Kommentaarin sisältämä esitys lapsen huollon määräämisestä BGB 1671 §:n perusteella on myös *Krüger*in kirjoittama. Syyllisyyskysymyksen osalta hän on ottanut lähtökohdakseen lainsäädäntövaiheessa käydyt keskustelut. Hänen mukaansa tällöin oli lähtökohtana nimenomaisesti aviomiehen syyllisyys avioeroon. Etenkään syytön äiti ei saisi menettää muun ohessa vielä lapsiaankin esitöistä ilmenevien arvioiden mukaan. *Krüger*in mukaan tämäntyyppisillä perusteluilla oli myös vastineensa käytännön todellisuudessa. Miehet olivat hänen mukaansa yleensä syyllisiä avioeroon. Syyllisyyden arvioiminen vain miesten osalta lapsen huollon määräämisessä olisi kuitenkin tasa-arvon ja sen vuoksi myös perustuslain vastaista. Väärin olisi myös se,

---

[91] Ks. isän ratkaisuvallasta lähemmin edellä kohdassa 4.2. (Naisista tasa-arvoisia huoltajia). *Krüger*in kannanotto osui siis ajankohtaan, jolloin isän ratkaisuvalta sisältyi lakiin. Perustuslakituomioistuinhan (*BVerfG*) kumosi sen vasta vuonna 1959. Äidin ja lapsen suhteesta ks. *Krüger – Breetzke – Nowack* (1958) s. 88–96. Isän ratkaisuvaltaa koskeneen BGB:n 1628 §:n tulkinnasta s. 520–537. *Krüger* katsoi luonnollisesti, että lainkohta on perustuslain vastainen.

että lapset määrättäisiin ikään kuin korvaukseksi syyttömälle puolisolle. Kaikkien syyttömien puolisoiden etusijaa puolsivat hänen mukaansa kuitenkin myös asialliset syyt. Tällainen olisi se, että syyttömällä puolisolla ei olisi ilmeistä aikomusta solmia uutta avioliittoa, minkä vuoksi lapset tulisivat hänen huollossaan muutenkin varmemmin vanhempansa jakamattoman kiinnostuksen kohteeksi.[92] Jos syytön puoliso olisi äiti, lasten uskomista hänen huoltoonsa puoltaisivat *Krügerin* mukaan myös objektiiviset syyt. Tällainen oli erityisesti lapsen ja äidin välinen ainutlaatuisen intensiivinen suhde.[93]

Krügerin argumentaatiossa syyttömän puolison etusijaa tarkasteltiin siis syyttömyyteen liittyvien lapselle tärkeiden ominaisuuksien kannalta, jollaiseksi osoittautui yleensä äitiys, mutta myös – vaikka ikään kuin verhotusti – syyttömän vanhemman siveellisyys ja tästä seuraava suurempi omistautuminen lapsilleen. Sen sijaan syyttömän puolison oikeutettu intressi, johon lainsäädäntövaiheessa viitattiin, suorastaan torjuttiin.

Siinä tapauksessa, että huollon määrääminen tulisi ratkaista lapsen etua koskevien kokemussääntöjen perusteella »kaikki asiaan vaikuttavat asianhaarat huomioon ottaen lapsen edun mukaisesti», *Krüger* kiinnitti huomiota sellaisiin seikkoihin kuin asumisolosuhteet, sukulaissuhteet, uskonto, lapsen koulutus- ja opiskelumahdollisuudet, ikä, voimakas kiintymys toiseen vanhempaan sekä lapsen mahdollisen erityislahjakkuuden vaikutus hänen koulutustarpeisiinsa. Äidin etusijan hän liitti vain tapauksiin, joissa lapsi olisi sairas tai erityisen herkkä. Myös pienten lasten hoito tulisi olla lähinnä äidillä.[94] Jostain syystä *Krüger* ei siis tässä yhteydessä vetoa suoraan äidin ja lapsen luonnostaan läheisiin suhteisiin.[95]

---

[92] *Krüger – Breetzke – Nowack* (1958) s. 603–604.

[93] *Krüger – Breetzke – Nowack* (1958) s. 604.

[94] *Krüger – Breetzke – Nowack* (1958) s. 609. *Krüger* käyttää tässä yhteydessä hiukan epätavallista ilmausta herkkä ikä »*das zarte Alter*», joka tuo mieleen yhdysvaltalaisen »*tender years*» -doktriinin. Kirjoittaja ei kuitenkaan viittaa amerikkalaisiin lähteisiin. Ks. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 2.3. (Äidin etusijaa koskeva »tender years» -oppi).

[95] *Krüger* ei käsittellyt lainkaan tilannetta, jossa kumpikaan puoliso ei olisi syyllinen, vaikka avioero olikin Saksassa mahdollinen myös välirikon perusteella. Puolustaessaan äidin objektiivista paremmuutta *Krüger* puhui siis aina syyttömästä äidistä. Saksan välirikkoperuste oli luonteeltaan ns. objektiivinen: tuomioistuimen oli aina todettava välirikon olemassaolo esim. erilläänasumisesta huolimatta. *Gernhuber* mainitsikin, että välirikon merkitystä tuon ajan Saksan avioero-oikeudessa ei tulisi suurenella. *Gernhuber* (1964) s. 245.

5.2.3. Gernhuber: Syyllisyys lapsen kodin rikkomiseen

Professori *Joachim Gernhuber*in perheoikeuden oppikirjan ensimmäinen painos ilmestyi vuonna 1964. Hänen kantansa puolison syyllisyyden tulkintaan poikkesi selvästi edellä esitetyistä *Krüger*in näkemyksistä. *Gernhuber* katsoi, että syyttömän parempi sopivuus sekä hänelle koituva kohtuuttomuus siitä, että lapset määrättäisiin syylliselle puolisolle, ovat molemmat osoittautuneet virheellisiksi olettamuksiksi.

> Zwei Gedankengänge tragen der Rechtsprechung des BGH zufolge die Norm: die Vermutung besserer Eignung des schuldlosen Elternteils zur Erziehung des Kindes sowie die Unbilligkeit einer Entscheidung, die dem schuldlosen Elternteil neben der Zerstörung seiner Ehe auch noch den Verlust des Kindes zumutet. *Beide Erwägungen sind indessen längst irrig erwiesen worden*: der Schuldspruch des Scheidungsurteils gibt oftmals die wahre Schuldlage nicht wieder; Versagen als Ehegatte ist noch nicht einmal ein Indiz für ein Versagen auch als Elternteil; ein dem Elternteil um seiner selbst willen gewährter Vorrang lässt das Kind zum Objekt eines Ausgleichs zwischen den Ehegatten werden, der § 1671 grundsätzlich fremd ist.[96]

*Gernhuber*in mukaan avioerotuomion osoittama syyllisyys ei useinkaan vastaa syyllisyyden tosiasiallista määräytymistä eikä epäonnistuminen puolisona ole edes indisio epänonnistumisesta vanhempana. Jos puolison sallitaan käyttää hyväkseen hänelle suotua etuoikeutta, muodostuisi lapsesta puolisoiden välisten sopimusneuvottelujen kohde, mikä ei ole lainkohdan tarkoitus. Ratkaisuksi *Gernhuber* tarjosi syyllisyydelle tulkintaa, joka lähtisi vanhemman asemasta ja olisi yhteydessä lapsen huollon (*die elterliche Gewalt*) määräämiseen. Etusija tulisi tällöin antaa sille vanhemmalle, joka on täyttänyt moitteettomasti vanhemman velvollisuutensa vanhempien yhteisen kodin säilyttämiseksi.

> Wir deuten das Privileg als *Vorrang jenes Elternteiles, der seine Elternpflicht zur Bewahrung des Elternhauses tadelfrei erfülle*.[97]

Gernhuber ei yksilöinyt lähemmin, mitä hän tarkoitti, eikä varsinkaan, miten vanhemman velvollisuus poikkeaisi puolison uskollisuusvelvollisuudesta. Kanta on kuitenkin lähellä *Wolfram Müller-Freienfels*in aiemmin esittämää näkemystä, jonka mukaan syyttömän puolison etusija olisi ymmärrettä-

---

[96] *Gernhuber* (1964) s. 614–615, kursivointi K.K-S.

[97] *Gernhuber* (1964) s. 615, alkuperäinen kursivointi.

vä lähtien avioliiton suojasta sosiaalisena instituutiona (*Schutz der Ehe als sozialer Institution*).[98]

Kun lapsen huoltoa koskeva asia tulee ratkaistavaksi pelkästään lapsen edun perusteella ilman syyllisyyteen liittyvää arviota, *Gernhuber* painotti erityisesti vanhemman kasvatuskykyä sekä kykyä elää sellaisessa intiimissä suhteessa, jollainen alati muuttuva lapsen ja vanhemman välinen suhde on.

> Fähigkeit... zum Leben in einem der Eltern-Kind-Beziehung in ihrem ständigen Wandel entsprechenden Intimverhältnis.

Hän totesi tosin välittömästi tämän jälkeen, että näitä tekijöitä on ulkopuolisen suorastaan mahdotonta arvioida täysin objektiivisesti.[99]

5.2.4. Dölle: Lapset palkinnoksi moraaliselle vanhemmalle

Hans Dölle pitäytyi ankarimmin lain sanamuodossa syyllisyyden merkitystä tulkitessaan. Samalla hän ainoana antoi avoimesti tilaa vanhempien intresseille. *Dölle* katsoi, että toisen puolison ollessa syyllinen avioeroon voimassaoleva *sääntö* (*Regel*) edellytti lapsen huollon määräämistä toiselle puolisolle. Lapsen etua voitiin hänen mukaansa arvioida vasta, kun molemmat ovat syyllisiä.[100] Lapsen huollon uskominen avioeroon yksin syylliselle puolisolle oli hänen mukaansa mahdollista vain, jos siihen oli aihetta painavista syistä. *Dölle* näki syyllisyyskysymyksen taustalla käsityksen avioliiton suojasta sosiaalisena instituutiona.[101] Avioliitto tarjosi hänen mukaansa lapselle parhaat kasvuedellytykset, ja sen ylläpitäminen oli sen vuoksi lapsen edun mukaista. Samalla avioliitto nautti yhteiskunnallista arvonantoa, mikä heijastui avioeroon yksin syylliseen puolisoon kohdistuvana negatiivisena arvoarvostelmana. *Dölle* uskoi tämän ehkäisevän ennalta avioliittoa vahingoittavaa käytöstä.

---

[98] Avioliiton suojahan oli taattu Saksan perustuslain 6 art:ssa. Ks. *Müller-Freienfels* (1962) s. 213–218, ks myös *Gernhuber* (1964) s. 615, Staudinger/*Schwoerer* (1966) § 1671 Rz. 107.

[99] *Gernhuber* tuntuu siis antavan merkitystä samantapaisille tekijöille, joihin *Krüger* viittaa kuvatessaan lapsen ja äidin välistä suhdetta. Hänen argumentointinsa ei kuitenkaan liity minkäänlaisia viittauksia sukupuolten välisiin eroihin tässä suhteessa. Vrt. *Krüger – Breetzke – Nowack* (1958) s. 88 alk. ja *Gernhuber* (1964) s. 613. *Gernhuber*in kielteisestä kannasta lapsen mielipiteen huomioon ottamisesta etenkin psykologisia testejä ajatellen ks. jäljempänä kohdassa 6.4. (Lapsen tunneside ja lapsen mielipide).

[100] *Dölle II* (1965) s. 295. Kirjoittaja on tässä erikseen kursivoinut sanan »*Regel*» tekstin keskellä.

[101] Vrt. *Müller-Freienfels* (1962) s. 215.

> Dadurch, dass ein Elternteil befürchten muss, die Kinder im Falle einer von ihm allein verschuldeten Auflösung der Ehe an den ehetreuen Gatten zu verlieren, wird überdies – so lässt sich sagen – jedes ehewidrige und ehezerrüttende Verhalten mit einer Konsequenz bedroht, deren Wirkung nicht ganz gering einzuschätzen ist.[102]

Lapsen edulle *Dölle* tarjosi selkeän tulkinnan, joka nojautui Saksan lastensuojelulain (*Jugendwohlfahrtgesetz*) ohjelmalliseen ensimmäiseen pykälään. Sen perusteella hän määritteli lapsen edun mukaiseksi kasvatuksen, joka tähtää lapsen ruumiilliseen, henkiseen ja yhteiskunnalliseen kelpoisuuteen (*Erziehung des Kindes zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit*).[103] Tavoitteen toteuttamisessa hän nojautui kuitenkin yleisen elämänkokemuksen sanelemiin sääntöihin. Niiden mukaan pienet lapset sekä sairaat ja vammaiset lapset tulisi lähinnä määrätä äidilleen. Mutta myös vanhempien lasten etu edellyttäisi yleensä äidin hoivaa.

> Überhaupt ist die Mutter bis zur Pubertätszeit die wichtigste Person in der Welt des Kindes und vermag diesem am ehesten ein rechtes Heim und das Gefühl der Geborgenheit zu geben. Demgegenüber hat die Zuteilung an den Vater oft den Vorteil, dass das bei ihm lebende Kind in bessere wirtschaftliche Verhältnisse kommt, eine bessere Berufsausbildung geniesst und sich besser in die soziale Aussenwelt einordnet.[104]

Isän osalta *Dölle* siis viittasi parempiin mahdollisuuksiin valmistautua ammattiin ja ammatin mukanaan tuomaan parempaan yhteiskunnalliseen asemaan. Isän kasvatuksen edut näyttivät näin ollen suosivan etenkin vanhempia lapsia.[105] Jos vanhemmat olivat lapsen edun suhteen tasaväkiset, voitiin *Döllen* mukaan ottaa huomioon myös vanhempiin liittyvät näkökohdat. Lapsen huolto piti silloin määrätä sille vanhemmalle, jolla oli siihen suurempi moraalinen oikeus.[106]

5.2.5. Schwoerer: Äitiys voi oikeuttaa syyllisyyden sivuuttamiseen

*Staudinger*in kommentaarin 10/11 uudistettu painos BGB 1671 §:n osalta ilmestyi vuonna 1966. Sen oli kirjoittanut *Julius Schwoerer*.[107] *Schwoerer* on

---

[102] *Dölle II* (1965) s. 296.
[103] *Dölle II* (1965) s. 293.
[104] *Dölle II* (1965) s. 294.
[105] *Dölle II* (1965) s. 294.
[106] *Dölle II* (1965) s. 294.
[107] Saksalaisista BGB:n kommentaarisarjoista merkittävimmät ovat *Müchener* -kommentaari, *Soergel* -kommentaari sekä em. *Staudinger* -kommentaari. Näistä viimeksi mai-

syyllisyyden arvioinnin osalta tässä esitellyistä kirjoittajista edistyksellisin. Hänen lähtökohtansa on eräässä mielessä historiallinen: kun syyllisyyden merkitys on lainsäädännössä koko BGB:n voimassaolon ajan vähentynyt ja kun *de lege ferenda* tavoitteena voidaan pitää, että syyllisyydelle annettaisiin merkitystä vain, jos vanhemmat ovat lapsen edun kannalta täysin tasaväkiset, on nykytilannetta varten muotoiltava ikään kuin paras mahdollinen tulkinta.[108] Vaikka lain sanamuoto sulki pois sellaisen mahdollisuuden, että syyllisyys voitaisiin sivuuttaa aina, kun yksin syyllinen puoliso olisi lapsen kannalta parempi huoltaja kuin syytön, *Schwoerer* katsoi, että syyllisyys oli mahdollista sivuuttaa, jos syyllinen puoliso olisi huoltajana *huomattavasti parempi* (*»erheblich besser»*).[109] *Schwoerer* ei pohdi lainkaan kysymystä, minkä vuoksi syyllisyyden huomioon ottaminen on lapsen kannalta oikeutettua – kuten edellä esitellyt muut kirjoittajat. Kysymys ei hänen mukaansa ole käytännön kannalta olennaisesta asiasta.[110] Lapsen etu on huollon määräämisessä kiistatta keskeinen kriteeri. Esimerkiksi puolisoiden yhteinen ehdotus voi ohittaa syyllisyyden merkityksen, mutta ei lapsen edun mukaisuutta koskevaa kontrollia.[111]

Arvioidessaan niitä näkökohtia, joita tuomarin on otettava huomioon ratkaistessaan huollon pelkästään lapsen edun perusteella, *Schwoerer* mainitsee ensimmäiseksi pienten lasten äiti – lapsi -suhteen. Erottaminen äidistä vaarantaa hänen arvionsa mukaan pienten lasten psyykkisen kehityksen.

> In den ersten Lebensjahren sollte das Kind, wenn irgend möglich, nicht von der Mutter getrennt werden, weil in diesen Jahren ein Verzichtenmüssen auf die Mutter dem Wohl des Kindes grundsätzlich abträglich ist und seine psychische Entwicklung gefährdet.[112]

---

nittu on kiistatta arvovaltaisin ja myös perusteellisin. Kommentaariteoksen on aikanaan perustanut *J.v. Staudinger*. Kommentaareihin viitataan yleisesti mainitsemalla kommentaarin nimi ja sen jälkeen ao. tekstiosan kirjoittaja.

[108] *Schwoerer* otti arviossaan huomioon senkin, että lain laatimisvaiheessa käytiin keskustelua siitä, olisiko syyllisyydelle ylipäätään vielä annettava merkitystä ja jos oli, niin missä määrin. Tulos oli eräänlainen kompromissi. Staudinger/*Schwoerer* (1966) § 1671 Rz 101,102.

[109] Staudinger/*Schwoerer* (1966) § 1671 Rz. 102. (Kirjoittaja on lihavoinut käsitteen »erheblich besser» alkuperäisessä tekstissään ja varustanut sen lainausmerkein.)

[110] »Wie man das Vorrecht theoretisch begründet, spielt für seine praktische Anwendung keine wesentliche Rolle.» Staudinger/*Schwoerer* (1966) § 1671 Rz 108.

[111] Staudinger/*Schwoerer* (1966) § 1671 Rz 108.

[112] Staudinger/*Schwoerer* (1966) § 1671 Rz 92. Kirjoittaja viittaa tässä yhteydessä mm. lastenpsykiatri *Lemppiin*, jonka näkemyksiin palataan myöhemmin ks. kohta 6.2. (Tunnesideteoria – Bindungstheorie). *Lempp* (NJW 1963) s. 1659–1662.

Muina näkökohtina hän mainitsee muun ohessa sisarusten erottamattomuuden ja uskonnon.[113] Hänen mainitsemansa yleinen kanta lapsen sukupuolen merkityksestä heijastaa lähinnä 1960-luvun puolivälin saksalaisia kasvatusnäkemyksiä:

> Heranwachsende Söhne können die stärkere Hand des Vaters, Töchter die weichere der Mutter brauchen.[114]

Ratkaisevia sukupuolen, kuten myös useimpien muiden yleisten näkökohtien osalta, olivat *Schwoerer*in mukaan kuitenkin tapauksen yksityiskohdat.[115]

Schwoerer palaa kuitenkin uudelleen yleisiin näkökohtiin tarkastellessaan kysymystä, olisiko mahdollista sivuuttaa syyllisyyden merkitys jo yleisten näkökohtien perusteella. Voisiko toisin sanoen jonkun yleisen näkökohdan olemassaolo merkitä jo sellaisenaan »huomattavasti parempaa» (*»erheblich besser»)* vaihtoehtoa lapsen kannalta?

> Es lässt sich wohl noch fragen, ob allgemeine Erwägungen *allein* genügend Gewicht haben können, um das Vorrecht zu entkräften. Aber auch diese Frage, die sich praktisch selten stellt, da in der Regel auch andere Umstände ins Gewicht fallen, sollte nicht generell verneint werden. *Insbesondere darf das Gewicht, das der Betreuung des kleinen Kindes durch die Mutter zukommt, nicht unterschätzt werden.* Es sollte zur Übertragung der Personensorge auf die schuldig geschiedene Mutter mindestens dann genügen, wenn der Vater die Pflege des Kindes dritten Personen überlassen muss.[116]

Kuten tämän kohdan otsikko jo osoitti, vastaus *Schwoerer*in esittämään kysymykseen oli siis pienen lapsen ja äidin välinen suhde. Tämän näkökohdan merkitystä ei hänen mukaansa tulisi aliarvioida.

---

[113] Staudinger/*Schwoerer* (1966) § 1671 Rz. 95, 96. Uskonnon tai uskontunnustuksen osalta oli olemassa myös joitakin vanhempia tuomioistuinratkaisuja. Usein siteerattu tuomioistuinratkaisuun perustuva näkökohta oli myös se, että lapsi ei ollut aviomiehen oma, Rz. 97. Lapsen mielipiteelle voidaan *Schwoerer*in mukaan antaa merkitystä joissakin tilanteissa, Rz. 94.

[114] »Kasvavat (lähinnä murrosikäiset) pojat saattavat tarvita isän kovaa kättä, tyttäret äidin pehmeämpää.» Staudinger/*Schwoerer* (1966) § 1671 Rz 93.

[115] Staudinger/*Schwoerer* (1966) § 1671 Rz 109.

[116] Staudinger/*Schwoerer* (1966) § 1671 Rz 110. Alkuperäisessä tekstissä vastaava lihavointi.

5.2.6. Yhteenveto

Keskustelu syyllisyyden oikeutuksesta huollon määräämisen perusteena liittyi selvästi sen kehityksen loppuvaiheeseen, joka johti syyllisyyden automaattisesta merkityksestä pelkästään lapsen edun huomioon ottamiseen. Sitä mukaa kuin syyllisyyden merkitys oli vähentynyt, lapsen edun soveltamisalue oli vastaavasti kasvanut ja siitä oli tullut yhä painavampi periaate. Tätä ilmensi myös *Müller-Freienfels*in ilmaisema huoli siitä, että tuomari tarttuisi syyllisyyskriteeriin ikään kuin »helppona» ratkaisukriteerinä ja ohittaisi lapsen edun kannalta keskeisemmät, mutta vaikeammin arvioitavat näkökohdat.[117]

Siirtymä kohti pelkkää lapsen etua näkyi tavallaan myös siinä, että syyllisyyttä alettiin arvioida ikään kuin lapsen edun näkökulmasta. Syyllisyyskriteerin olemassaolo haluttiin oikeuttaa lapsen edulla. Oppineiden mielipiteet syyllisyyden merkityksestä poikkesivat kuitenkin toisistaan (vielä) huomattavasti.

Äidin etusijaa koskeva argumentointi on toisaalta yllättävänkin haparoivaa. Esimerkiksi *Gernhuber* ei mainitse äitiä ollenkaan, ja *Krüger* puolestaan kohdistaa voimakkaimmat äitiyteen liittyvät kannanottonsa hieman oudosti syyllisyyden arvioimiseen. Pidättyvyydellä saattoi olla yhteys sukupuolten yhdenvertaisuutta koskeviin tavoitteisiin. Vuonna 1957 säädetty huollon määräämistä koskeva uusi BGB 1671 § liittyi osana *Gleichberechtigungsgesetz* -lainsäädäntöön, jonka keskeisenä tarkoituksena oli oikaista sukupuolten tasa-arvon toteutumista estäviä lähinnä perheoikeudellisia lainkohtia ja panna näin perustuslain säätämä velvoite täytäntöön. Sukupuolten tasa-arvoa koskeva perustuslain kolmas artikla oli yhtäältä naisasialiikkeen saavutus. Toisaalta sen toteutumisajankohta liittyi reaktioon kansallissosialistisen ideologian kaavamaista sukupuoliroolinäkemystä ja siihen liittynyttä naisten heikompaa oikeudellista asemaa vastaan.[118] Sukupuolten tasa-arvonäkökohta on saattanut hillitä äitien avoimempaa suosimista.

---

[117] *Müller-Freienfels* (1962) s. 217. Samalla kirjoittaja huomautti, että useat maat, niiden joukossa Englanti, olivat luopuneet syyllisyyskriteeristä lapsen huoltoa koskevassa lainsäädännössä.

[118] *Maunz – Dürig – Herzog* (1973) Art. 3 Abs. II Rz. 5 samoin, *Model – Müller* (1965) s. 21. Perustuslain 3 art:n todetaan lyhyesti olleen naisasialiikkeen saavutus. *Liisa Nieminen* korostaa vuoden 1945 perustuslain syntyvaiheessa tasa-arvovaatimusten menestyneen nimenomaisesti reaktiona kansallissosialistiselle ideologialle. *L.Nieminen* (1990a) s. 396–397. Ks. myös edellä kansallissosialistien aikaa käsittelevää lukua 3, etenkin sen alkua, kohdassa 3.1. (Yleistä).

On kuitenkin syytä kiinnittää huomiota tapaan, jolla tasa-arvo tuolloin ymmärrettiin. Sen mukaan miesten ja naisten biologiset erot määrittelivät heidän keskinäistä työnjakoaan. Olennainen käsite oli etenkin niin sanottu »kotirouva-avioliitto» (*»Hausfrauenehe»*). Saksan perheoikeuden lähtökohtana oli oletus, jonka mukaan perheenäiti ei ollut palkkatyössä kodin ulkopuolella. Puolisoilla oli lain mukaan kuitenkin mahdollisuus järjestää keskinäiset suhteensa myös molempien puolisoiden ansiotyö huomioon ottaen (*dispositives Leitbild*). Sivuutettavissa olevan mutta sukupuolittain määräytyvän lähtökohtaoletuksen katsottiin olevan perustuslain tasa-arvoa koskevan artiklan mukainen.[119] Naiskommenttaattori *Hildegard Krüger* puolusti äitiyttä ja äitejä hyvin avoimesti etenkin kirjoittamassaan johdantoluvussa teoksessa, jonka tasa-arvotavoite oli selvästi julkilausuttu. Naiset siis itse pitivät tärkeänä omaa erityisrooliaan lasten kasvattajina ja puolustivat siihen liittyviä oikeuksiaan sukupuolten tasa-arvon sallimissa rajoissa.[120]

Äitiyden merkitys näytti kasvavan ja syyllisyyden vastaavasti vähenevän jo tarkasteltavana olevien teosten rajaamana ajanjaksona. 1960-luvun puolivälissä kirjoittavalle *Schwoerer*ille olennaista ei enää ole pohtia syyllisyyskriteerin olemassaolon oikeutusta. Hänelle syyllisyys on lähinnä historiallinen riesa, jota vastaan on taisteltava kaikin laillisin menetelmin. Kiinnostava yksityiskohta on se, että hänen ei tarvitse pitäytyä pelkästään kokemusperäiseen tietoon tai sukupuolten vallitsevaan roolijakoon puolustaessaan lapsen ja äidin välistä suhdetta, vaan käytettävissä oli jo tieteellistä tietoa äidin merkityksestä pienelle lapselle. Ainakin pienten lasten huolto haluttiin tässä vaiheessa uskoa yleensä äidille riippumatta tämän syyllisyydesta ja ilman, että isän kasvattajanominaisuuksissa samalla oli tarpeen osoittaa vakavia tai poikkeuksellisia puutteita.

---

[119] *Maunz – Dürig – Herzog* (1973) Art.3 Abs.II Rz. 20–22. Ks. myös teoksen kohdassa 22 mainittu perustuslakituomioistuimen ratkaisu asiasta (alav. 4). Samassa yhteydessä kirjoittajat kritikoivat kotirouva-avioliiton johtavaa asemaa lainsäädännössä. Heidän mukaansa se ei ollut perusteltu kolmasosan alle 14-vuotiaiden lasten äideistä ollessa ansiotyössä kodin ulkopuolella. Tämä arvio osui kuitenkin jo 1970-luvun puolelle. Ks. myös *L. Nieminen* (1990a) s. 391–392.

[120] Ks. edellä kohdan 5.2.2. (Krüger: Syyttömien etusija useimmiten äitien hyväksi) tiheällä painettu alku.

6. Tunnesiteen osoittama yksinhuoltaja

6.1 Psykologisoitumisen taustaa

Psykologinen asiantuntemus alkoi toden teolla vaikuttaa Saksan lapsioikeudelliseen keskusteluun 1970-luvun aikana. Kauden amerikkalainen avainteoshan oli *Goldstein*in, *Freud*in ja *Solnit*in Beyond the Best Interest of the Child, joka ilmestyi vuonna 1973.[121] Teos ilmestyi saksaksi jo seuraavana vuonna (*Jenseits des Kindeswohls*) *Spiros Simitiksen* esipuheella varustettuna. Professori *Simitis* ja hänen ohellaan dosentti *Gisela Zenz* vaikuttivatkin aktiivisesti perheoikeuden avautumiseen poikkitieteellisyyden suuntaan. Erityinen esimerkki tästä on *Kindeswohl – Eine interdiziplinäre Untersuchung* -niminen useiden eri kirjoittajien julkaisema lapsioikeudelliseen oikeustapausaineistoon perustuva poikkitieteellinen tutkimus, joka ilmestyi vuonna 1979.[122]

> Tutkimuksen tärkein tulos oli kirjoittajien mukaan se, että tuomarit eivät ottaneet psykologista lapsen etua tai lapsen psyykkistä hyvinvointia riittävästi huomioon ratkaisuissaan.[123] Tulos vaikuttaa nykyisessä tekstiyhteydessä suorastaan kliseemäiseltä, mutta itse teos on hyvin vakuuttava.[124] Kyseessä oli aivan ilmeisesti aito psykologisen asiantuntemuksen ja vanhempien oikeuksien yhteentörmäys oikeudellisessa keskustelussa.[125]

---

[121] Lähemmin Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 3.1.4. (Goldstein – Freud – Solnit: Beyond the Best Interest of the Child).

[122] Lyhenn. *Simitis u.a.* (1979). Teoksen aineistona olleet tapaukset koskivat avioeron jälkeistä lapsen huollon määräytymistä (BGB 1671 §), huollosta erotetun vanhemman tapaamisoikeutta (1634 §), vanhempien siviilioikeudellista huollosta erottamista laiminlyönnin vuoksi (1666 §) ja adoptiota (1747a §).

[123] *Simitis u.a.* (1979) erit. s. 34–35. Englanninkielisen termin *the psychological best interest of the child* vastineena käytetään saksalaisissa teksteissä termejä *das geistige Wohl* tai *das psychische Wohl des Kindes* tai *die psychische Dimension des Kindeswohls*. Suomalaiseksi käännökseksi olen valinnut psykologisen lapsen edun, joka mielestäni synnyttää samantyyppisen mielikuvan kuin *the psychological best interest of the child* tai *die psychische Dimension des Kindeswohls*.

[124] Ks. esim. *Simitis u.a.* (1979) s. 40–42 olevaa tapauskuvausta sijaisperheeseen 14 kuukauden ikäisenä sijoitetusta tyttölapsesta, jonka monenlaiset psyykkiset oireet vähitellen häviävät, mutta palaavat osittain äidin luona aloitettujen vierailujen jälkeen 3 vuoden ikäisenä. Kaikesta huolimatta tuomari katsoo, että kyseessä ei ole sellainen pahoinpitely, joka epäisi äidiltä oikeuden vaatia lapsensa takaisin.

[125] Tämä yhteentörmäys on eräänä teemana myös *Simitiksen* ja *Zenzin* toimittamassa

Lapsen etu -käsitteen merkityksestä käytiin vilkasta keskustelua koko vuosikymmenen ajan. Yhtenä syynä tähän oli lapsen huoltoa koskevan lainsäädännön kokonaisuudistus. Se liittyi osana perheoikeudelliseen kokonaisuuteen, johon kuuluivat myös avioliittoa ja adoptiota koskeneet uudistushankkeet. Nämä saatiin valmiiksi jo ennen lapsen huoltoa koskevaa uudistusta ja saatettiin voimaan vuonna 1977.

Avioliittolain uudistuksen keskeisenä kohteena oli avioeron perusteiden muuttaminen syyllisyysperusteisista välirikkoperusteisiin (*Zerrüttungsprinzip*).

> Vuoden 1946 avioerouudistuksen jälkeen Liittotasavallassa oli edelleenkin voimassa niin sanottu sekajärjestelmä: lainsäädännössä oli sekä syyllisyyteen että välirikkoon perustuvia avioeroperusteita.[126] Vuoden 1977 uudistuksessa syyllisyysperusteet jäivät kokonaan pois ja välirikkoperusteita muutettiin. Ainoaksi avioeron syyksi tuli siis avioliiton kariutuminen (*Scheitern der Ehe*). Avioliiton katsottiin kariutuneen, jos puolisot olivat vuoden ajan eläneet ilman yhteiselämää eikä kumpikaan vastustanut avioeroa. Kolmen vuoden erillään elämisen jälkeen avioero voitiin myöntää myös yksin toisen puolison vaatimuksesta. Laissa oli kuitenkin mukana niin sanotut kohtuuttomuuslausekkeet (*Härteklauseln*), joiden nojalla avioliitto voitiin toisen puolison vaatimuksesta pitää voimassa kolmen vuoden erillään elämisen jälkeenkin tai toisaalta purkaa ennen yhden vuoden määräaikaa, jos avioliiton purkaminen tai jatkaminen oli erityisistä syistä kohtuutonta toisen puolison tai lasten kannalta.[127]

Vuoden 1977 uudistuksen yhteydessä perustettiin myös erityinen perhetuomioistuin (*Familiengericht* tai *Amtsgericht – Familiengericht*), joka ei tosin eroa yleisestä alioikeudesta muulla tavalla kuin siten, että sen toimivaltaan kuuluvat nimenomaan avioero ja kaikki avioeron liitännäiskysymykset lapsen huolto mukaanlukien. Myös lapsen huoltoa koskevan ratkaisun mah-

---

kaksiosaisessa seminaarijulkaisussa *Familie und Familienrecht* (1975), jonka toisessa osassa käsitellään erityisesti lasten ja vanhempien välistä suhdetta. Kirjoittajina on sosiologian, psykiatrian, psykologian ja juridiikan edustajia. Mukaan on otettu myös eräitä teemaan liittyviä korkeampien oikeusasteiden ratkaisuja. *Seminar* 2. (Simitis – Zenz 1975). Vanhemman oikeuksista lähemmin kohdassa 6.5. (Tapaamisoikeus – alkuperäisen tunnesideteorian torjuminen).

[126] Ks. edellä kohta 5.2.1. (Yleistä).

[127] Ks. lähemmin esim. *Beitzke* (1981) s. 142–147, *Schwab* (1993) s. 138–147, oikeusvertailevasti *Schwenzer* (1987) s. 45–57. Ks. uudistuksen valmistelusta *Giesen* (ed. Chloros 1978) s. 119–131.

dollinen muuttaminen myöhempänä ajankohtana kuuluu *Familiengericht* -tuomioistuimelle. Menettely tässä tuomioistuimessa oli entistä yksinkertaisempaa esimerkiksi sen vuoksi, että osapuolet esiintyvät hakijana ja hakijan vastapuolena eivätkä kantajana ja vastaajana siviiliprosessin tapaan.[128]

> Uudistuksen kiinnostavin yksityiskohta lienee ollut avioero- ja liitännäiskysymysten menettelyllinen yhteys (*Verfahrensverbund von Scheidungs- und Folgesachen*). Tavoitteena oli ratkaista kaikki asiaan kuuluvat liitännäiskysymykset avioeroasian yhteydessä. Tällä tavoin muistutettiin puolisoita liitännäiskysymysten merkityksestä ja pyrittiin myös ehkäisemään harkitsemattomia avioeroja, sillä puolisoiden oli pohdittava avioeron käytännön seurauksia jo ennen eron hakemista.[129] Avioeron ja liitännäiskysymysten menettelyllinen yhteys on todennäköisesti myös helpottanut sovinnollisten avioerojen käsittelyä oikeudessa ja näin tavallaan suosinut yksimielisiä ehdotuksia liitännäiskysymysten ratkaisemiseksi. Ajankohtaista sovinnollista oikeuspolitiikkaa avioerojen osalta ilmentää esimerkiksi *Gernhuber*in toteamus vuodelta 1980, jonka mukaan sopimukset avioeron varalta olivat aina toivottuja.[130]

Ensimmäiset lakiluonnokset, joissa käsitellään myös lapsen huoltoa koskevaa uudistusta, liittyivät avioliittolainsäädännön uudistamiseen.[131] Syyllisyyden poistuminen vaikutti suoraan lapsen huoltajan määräämiseen. Lapsen etu jäi vanhempien sopimuksen ohella ainoaksi kriteeriksi huollon määräämisessä avioeron jälkeen, mikä luonnollisesti jo sinänsä kasvatti lapsen edun painoarvoa ilman, että lapsen huoltoa koskevaan lainsäädäntöön oli vielä koskettu. Lapsen etua koskevalle keskustelulle oli siis myös eräänlainen sosiaalinen tilaus.

Ensimmäinen lakiluonnos lapsen huoltoa koskevan lainsäädännön kokonaisuudistukseksi julkistettiin 1972. Luonnokseen johtaneita uudistusvaati-

---

[128] Aikaisemmin avioerot kuuluivat ylemmän alioikeuden *Landgericht*-tuomioistuimen toimivaltaan, kun taas esimerkiksi puolison elatusavun määräytymistä koskeva asia kuului alemman alioikeuden *Amtsgericht*-tuomioistuimen toimivaltaan ja lapsen huoltoa koskeva asia puolestaan holhoustuomioistuimen *Vormundschaftsgerichtin* toimivaltaan. Jälkimmäinen on eräänlainen *Amtsgericht*-alioikeuden osasto. Nyt siis kaikki edellämainitut asiat tulivat kuuluvaksi *Amtsgericht – Familiengericht* -tuomioistuimen toimivaltaan. Ks. aikaisemmasta oikeustilasta *Baumbach – Lauterbach* (1965) s. 1019 (§ 606 ZPO – avioero), s. 1791 (§ 23 Gerichtsverfahrungsgesetz, GVG – elatusapu), sekä *Gernhuber* (1964) s. 607–609.

[129] *Graf* (1984) s. 10–11, *Schwab* (1993) s. 136–137.

[130] »Scheidungsverträge sind heute stets erwünscht». *Gernhuber* (1980) s. 278.

[131] Ensimmäistä avioliitto-oikeuslakia (1. EheRG) koskevat lakiluonnokset vuosilta 1971 ja 1973. Ks. lähemmin *Lüderitz* (FamRZ 1975) s. 605–606.

muksia oli esitetty jo pitkään, olihan oikeustila eräissä suhteissa ollut avoin vuoden 1959 perustuslakituomioistuimen ratkaisusta alkaen.[132] Vaikka uudistuksen oli alun perin tarkoitus tulla yhtaikaa voimaan avioliittoa ja lapseksiottamista koskevien uudistusten kanssa, hanke viivästyi, sillä se herätti vilkasta keskustelua ja synnytti erilaisia vaihtoehtoisia lakiluonnoksia.[133]

Uudistus hyväksyttiin lopulta liittopäivillä vuonna 1979 ja tuli voimaan 1.1.1980.[134] *Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge* -laki pysyi voimassa 1.8.1998 saakka.[135] Vanhempain valtaa kuvaava vanha termi *die elterliche Gewalt* muutettiin vuoden 1980 lainsäädännön yhteydessä vanhempien huolenpitoa paremmin kuvaavaksi termiksi *die elterliche Sorge*.

Lapsen etu -periaatteen merkitys kasvoi kuitenkin myös lainsäädäntöuudistuksesta riippumatta niin oikeuskirjallisuudessa kuin -käytännössäkin, kuten edellä viitattu psykologista asiantuntemusta koskeva keskustelukin osoittaa.[136] Sekä *Gernhuber* että *Neuhaus* ovat yhdistäneet tämän kehityksen 1900-luvulla kaiken kaikkiaan tapahtuneisiin lapsen oikeusasemaa koskeviin uudistuksiin. Lapsen vuosisata, »das Jahrhundert des Kindes», merkitsi Saksan oikeuskehityksessä lastensuojelua, aviottomien lasten oikeusasemaa ja elatusta koskevia uudistuksia. Viimeisenä kirjoittajat mainitsevat lapsen huol-

---

[132] Ks ratkaisusta lähemmin edellä kohta 4.2. (Naisista tasa-arvoisia huoltajia).

[133] Näistä huomattavin oli Naisjuristiliiton perheoikeudellisen komission toimesta syntynyt vaihtoehtoinen lakiehdotus perusteluineen ja kannanottoineen. *Juristinnenbund*, Familienrechtskommission des Juristinnenbundes: Neues elterliches Sorgerecht, Alternativentwurf Bielefelt 1977. Vaihtoehtoisen lakiehdotuksen työstämisessä olivat mukana mm. huomattavat akateemiset perheoikeusjuristit *Dagmar Coester-Waltjen* ja *Lore Marie Peschel-Gutzeit*. Ehdotuksen arviosta ks. *Lüderitz* (FamRZ 1978) s. 475-477. Uudistuksen eri vaiheista tarkemmin *Belchaus* (1980) s. 24–26 ja *Jans – Happe* (1980) s. 3–12.

[134] *Belchaus* (1980) s. 25–26 ja *Jans – Happe* (1980) s. 12.

[135] Poikkeuksen muodostaa *BVerfG* päätöksellä 3.11.1982 kumottu BGB 1671 § Abs. 4 S.1. Ks. edellä kohdat 4.3.2. (Vanhempien oikeus sopia yhteisesta huollosta) ja 4.3.3. (Yhteisen huollon perusteleminen perheen autonomian näkökulmasta) Ks. uudesta lainsäädännöstä luku 9. (Uuden vuosituhannen lapsioikeutta).

[136] »Doch sprach man früher mehr oder weniger von den Intressen des Kindes, in ökonomisch bestimmten Zusammenhängen zunächst, aber keinesfalls in ihnen allein... , so ist er (Wohl des Kindes) doch erst in der jüngeren Vergangenheit und Gegenwart zu dem geworden, was er heute ist: zu einer jedenfalls scheinbar festgefügten Formel, die *in einem fast inflatorisch wirkenden Prozess das Kindesrecht überflutet.*» (kurs. K.K-S.) *Gernhuber* artikkelissaan »Kindeswohl und Elternwille» (FamRZ 1973) s. 229–30. Ks. myös *Zenz* (Simitis – Zenz 1975) s. 166, vrt. *Neuhaus* (FamRZ 1972) s. 280., joka kirjoituksessaan »Kindeswohl oder Elternrecht?» varoittaa meilläkin tutuksi käyneellä tavalla unohtamasta pääasiaa, lapsen etua: »... die Gefahr, im Streit um die Rechte und Interessen der beiden Eltern die Hauptsache zu vergessen: das Wohl des Kindes.»

toa koskevan uudistuksen. Näin määritelty lapsen vuosisata on *Gernhuberin* mukaan ilmennyt myös oikeudellisessa kielenkäytössä: lapsi on löydetty omana itsenäisenä persoonana. Tämä on ilmennyt esimerkiksi siinä, että lapsen intressit (*die Interessen des Kindes*), joilla *Gernhuber* tarkoittaa lähinnä taloudellisia intressejä, ovat vaihtuneet lapsen etuun tai hyvinvointiin (*das Wohl des Kindes*), jonka hän katsoo viittaavan nimenomaan lapsen henkilökohtaiseen hyvinvointiin.[137] Lapsen henkilön merkitys oli siis kasvanut oikeudellisessa kielenkäytössä ylipäätään. Tämä seikka puolestaan liittyi käsillä olevaa lainuudistusta laajempiin yhteyksiin.[138] Koko lapsen henkilöä koskevaa lainsäädäntöä ja oikeuskäytäntöä alettiin arvioida lapsen edun periaatten näkökulmasta. Samalla oli otettava kantaa lapsen edun sisältöön.

6.2. Tunnesideteoria – Bindungstheorie

Lapsen etu -käsitteen tulkintaan voimakkaasti vaikuttaineista psykologian ja psykiatrian asiantuntijoiden näkemyksistä eräs oli epäilemättä *Goldsteinin*, *Freudin* ja *Solnitin* psykologisen vanhemmuuden käsite.[139] Ainakin yhtä merkittävä ellei jopa merkittävämpi oli kuitenkin saksalainen lapsipsykiatrian professori *Reinhart Lempp*. *Lempp* julkaisi vuonna 1972 artikkelin »Die Rechtsstellung des Kindes aus geschiedener Ehe aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht» (Lapsen oikeudellinen asema lapsi- ja nuorisopsykiatrian näkökulmasta).[140] Aiheen artikkelille oli antanut perheoikeudellinen lakiluonnos vuodelta 1971. Tämä luonnos koski pääasiassa avioliittolainsäädäntöä, mutta siinä oli käsitelty myös lapsen huollon määräämisen periaatteita.

Lempp otti artikkelissaan esille näkökohtia, jotka muistuttavat paljon *Goldsteinin*, *Freudin* ja *Solnitin* näkeyksiä.[141] Myös *Lempp* hahmotteli erään-

[137] *Gernhuber* (FamRZ 1973) s. 229–230.

[138] Sama kehitys ilmeni myös siitä tavasta, jolla esimerkiksi tapaamisoikeutta koskevaa lakiehdotusta arvosteltiin. Lapsen etu asetettiin vastakkain vanhemman oikeuden kanssa, vaikka lapsen etu ei sellaisenaan esiintynytkään kyseisessä lainkohdassa. *Zenz* (Simitis – Zenz 1975) s. 166–181, toisin *Gernhuber* (FamRZ 1973) s. 240–242, joka ei asetu kuitenkaan vastustamaan lapsen etua vaan pikemminkin sen yksipuolista yhteen psykologiseen teoriaan perustuvaa tulkintaa, ks. erit. s. 240–241 vaihde.

[139] Lähemmin edellä kohta 6.1. (Psykologisoitumisen taustaa).

[140] *Lempp* (NJW 1972) s. 315–319.

[141] Artikkeli ilmestyi siis aikaisemmin. Sen julkaisuvuosi oli 1972, kun *Goldstein – Freud – Solnit* –teos julkaistiin ensi kerran vuonna 1973. *Lempp* oli julkaissut aiheesta artikkelin itse asiassa jo vuonna 1963: »Wohl des Kindes in §§ 1666 und 1671 BGB».

laisen psykologisen vanhemman käsitteen. Hän mitätöi verenperinnön vaikutuksen sinänsä ja hyväksyi lapsen kannalta merkittävän vanhemmuuden ehdoksi ainoastaan tunnesiteen.[142] *Lempp*ille ominaista oli käsitteellisen eron tekeminen toisaalta vanhemman sekä toisaalta isän ja äidin välillä. Vanhemmuus edellytti hänen mukaansa toimivaa parisuhdetta.[143] Vanhemmat, joiden keskinäinen suhde ei ole myönteinen ja ymmärtäväinen, eivät voisi muodostaa yhteyttä, joka on edellytyksenä sille, että lapsi voi solmia molempiin vanhempiinsa psykologisen siteen ja ylläpitää sitä. Lause paljastaa myös *Lempp*in käsityksen avioerosta. Eronneiden vanhempien keskinäinen suhde oli *Lempp*in mukaan yleensä vihan ja sovittamattomien ristiriitojen leimaama. Eronneet äiti ja isä eivät enää kyenneet sovinnolliseen yhteyteen keskenään.[144]

Lempp suositteli alle kouluikäisen lapsen huollon uskomista sille henkilölle, joka lapsen ensimmäisten elinvuosien aikana oli hoitanut häntä ja huolehtinut hänestä eniten. *Lempp*in mukaan tämä vanhempi olisi yleensä äiti. Hän kuitenkin kiirehti tarkentamaan, että lapselle läheisin »suhdehenkilö» (*Bezugsperson*) voisi olla kuka tahansa aikuinen, jonka vastuulla ja huolenpidossa lapsi on eniten ollut lapsuutensa ensi vuosina, kuten isoäiti – tai joissakin tapauksissa jopa isä![145] *Bezugsperson* näyttäisi siis vastaavan jokseenkin tarkkaan *Goldstein*in, *Freud*in ja *Solnit*in psykologisen vanhemman käsitettä.[146] Jopa ajanjakso, jonka kuluessa tällainen psykologinen side syntyy, on täsmälleen yhtä pitkä, kuusi kuukautta, molemmissa lähteissä. Samalla

---

Lempp painotti lapsen psykologisen edun (das geistige Wohl des Kindes) merkitystä, samoin lapsen tunnesiteiden merkitystä huollon määräämisen yhteydessä. Hän korosti edelleen lapsen toivomuksen noudattamista psykologisesti oikeaan lopputulokseen pääsemiseksi niin huollon määräämisessä avioeron yhteydessä kuin tapaamisoikeuden toteuttamisessa sen jälkeen. Mitään selviä ikärajoja hän ei kuitenkaan tässä vaiheessa antanut. *Lempp* (NJW 1963) s. 1659–1662. Vrt. edellä Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 3.1.2. (1963 Yale Note – psykologinen lapsen etu).

[142] *Lempp* (NJW 1972) s. 315–316.

[143] Vanhemmat ovat lapselleen enemmän kuin vain isän ja äidin summa. »Desshalb hören Eltern auf, Eltern zu sein, wenn sie sich trennen. Ein Kind, dessen Eltern geschieden sind, hat zwar einen Vater und eine Mutter, aber keine Eltern mehr.» (Sen vuoksi vanhemmat lakkaavat olemasta vanhempia, kun he eroavat. Lapsella, jonka vanhemmat ovat eronneet, on tosin isä ja äiti, mutta ei enää vanhempia.) *Lempp* (1982) s. 8.

[144] *Lempp* (NJW 1972) s. 316. Myöhemmässä julkaisussaan *Lempp* tuntuu myöntävän sovinnollisen avioeron mahdollisuuden, mutta pitää sitä kuitenkin poikkeustapauksena. Ks. *Lempp* (1982) s. 39–59.

[145] *Lempp* (NJW 1972) s. 318, ks. myös *Lempp* (1982) s. 35–38.

[146] Ks. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 3.1.4. (Goldstein – Freud – Solnit: Beyond the Best Interest of the Child).

tavalla aika-argumenttia käytetään myös tukemaan huoltoa koskevan oikeusmenettelyn kiireellisyyttä.[147] Amerikkalaisten kollegojensa tavoin *Lempp* vaati myös huoltajuuden jatkuvuutta, jota *Bezugsperson*-käsite jo sinänsäkin ilmentää. Jatkuvuus korostui myös vaatimuksessa, joka koski oikeudellisen päätöksen lopullisuutta. Kerran tehtyä päätöstä ei tulisi enää muuttaa.[148]

Lempp piti tärkeänä lasten omien toivomusten huomioon ottamista. Yli 14-vuotiaiden nuorten kohdalla toivomusten jättäminen huomiotta olisi *Lempp*in mukaan ehdottomasti virhe. Vastoin omaa toivomustaan äidin tai isän huoltoon uskottu lapsi asettaisi huoltajalleen paljon suuremmat vaatimukset. Ei-toivotun huoltajan asema olisi muutenkin lapsen sopeutumisessa niin paljon vaikeampi kuin lapsen toivomuksen mukaisen huoltajan asema, että tämä seikka jo yksinään muodostaisi riskin lapsen kehitykselle.[149]

*Lempp*in mukaan myös nuorempien lasten toivomukset oli otettava huomioon, sillä lapsen toivomus oli yleensä myös ilmaus lapsen tunnesiteestä. Koska lapsilla voi kuitenkin olla vanhempia kohtaan tuntemansa lojaalisuuden vuoksi vaikeuksia ilmaista toiveitaan, oli toivomukset ymmärrettävä laajasti. Toivomus voitiinkin *Lempp*in mukaan ilmaista myös implisiittisesti tai epäsuorasti.[150] Tämä seikka ei kuitenkaan vähentänyt lapsen toivomuksen merkitystä *Lempp*in teoriassa.

Lapsen psykologinen etu, lapsen toivomuksen kunnioittaminen ja erityisesti huoltajan määrääminen *Bezugsperson*-käsitteen avulla lapsen tunnesiteiden (*Bindungen*) perusteella ovat *Bindungstheorie*n (tunnesideteoria) nimellä tunnetun teorian tunnusmerkkejä. Tunnesideteoria yhdistetään *Lempp*in ohella *Simitiksen* tai *Goldstein – Freud – Solnit – Simitiksen* nimiin.[151] Taustalla on käsitys avioerosta riitaisena tapahtumana, joka saa vanhemmat vält-

---

[147] *Lempp* (NJW 1972) s. 317, sama (1982) s. 31–32.

[148] *Lempp* (1982) s. 31.

[149] *Lempp* (NJW 1963) s. 1660–1662, sama (NJW 1972) s. 318 ja sama (1982) s. 20–29. Vuoden 1971 ehdotuksessa (Regierungsentwurf für ein 1. EheRG von 1971) voitiin 14 vuotta täyttänyt lapsi uskoa toisen vanhemman huoltoon vastoin tahtoaan vain, jos se oli erityisistä syistä välttämätöntä lapsen hyvinvoinnin vuoksi. Vuoden 1973 ehdotus (Entwurf eines 1. EheRG von 1973) oli tältä osin ehdoton. Sen mukaan 14-vuotiaan lapsen huolton määräämisen tuli vastata lapsen omaa tahtoa. *Lüderitz* (FamRZ 1975) s. 605.

[150] *Lempp* (NJW 1972) s. 318 ja erit. sama (1982) s. 25–26.

[151] *Jans – Happe* (1980) s. 176–177 mainitaan myös eräitä muita käyttäytymistieteilijöitä. Ks. myös esim. *Limbach* (1988) s. 47–49, *Belchaus* (1980) (mainitsee vain *Lempp*in) s. 149–152, *Coester* (1983) keskittyy erit. *Goldstein – Freud – Solnit*in em. teokseen, s. 178–181.

tämättä suhtautumaan toisiinsa vihamielisesti. Lapsen etu merkitsee tässä tilanteessa lapsen pelastamista *Lemppin* sanoin »rintamien väliseltä ei-kenenkään maalta» yhden vanhemman tunneasetelmaltaan selkeään, johdonmukaiseen ja yhtenäiseen joskin vajavaiseen huomaan. Vajavainen suhde toiseen vanhempaan ymmärretään avioeron välttämättömäksi ja peruuttamattomaksi seuraukseksi, joka vanhempien on otettava huomioon avioeroa aikoessaan.

6.3. Tunnesiteet ja vuoden 1979 lainsäädäntö

Tunnesideteoria vaikutti voimakkaasti lapsen huoltoa koskevaan lainsäädäntöön. Huoltajan määräämiseen liittyvään lainkohtaan tuli lapsen edun yhteyteen suora viittaus lapsen tunnesiteisiin. Teoria vaikutti myös lapsen oman tahdon ja toivomusten huomioon ottamiseen uudessa lainsäädännössä.[152] Tunnesideteoriasta tuli näin tavallaan »virallinen» lapsen etua koskeva tulkinta huoltajan määräytymisessä. Se, että yhteishuollon mahdollisuus suljettiin laissa kokonaan pois, oli osittain todennäköisesti myös tunnesideteorian vaikutusta. Sen sijaan tapaamisoikeuden osalta teorian kannattajien näkemys sai väistyä.

Lapsen huollon määräytymistä avioeron jälkeen koskeva 1671 § kuului vuoden 1979 uudistuksen jälkeen seuraavasti:

> § 1671 BGB
> (1) Wird die Ehe der Eltern geschieden, so bestimmt das Familiengericht, welchem Elternteil die elterliche Sorge für ein gemeinschaftliches Kind zustehen soll.
> (2) *Das Gericht trifft die Regelung, die dem Wohle des Kindes am besten entspricht; hierbei sind die Bindungen des Kindes, insbesondere an seine Eltern und Geschwister, zu berücksichtigen.*
> (3) Von einem übereinstimmenden Vorschlag der Eltern soll das Gericht nur abweichen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist. *Macht ein Kind, welches das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat, einen abweichenden Vorschlag, so entscheidet das Gericht nach Absatz 2.*
> (4) *Die elterliche Sorge ist einem Elternteil allein zu übertragen.* Erfordern es die Vermögensinteressen des Kindes, so kann die Vermögenssorge ganz oder teilweise dem anderen Elternteil übertragen werden.
> (5) Das Gericht kann die Personensorge und die Vermögenssorge einem Vormund oder Pfleger übertragen, wenn dies erforderlich ist, um eine Gefahr für das Wohl des Kindes abzuwenden. Es soll dem Kind

[152] *Jans – Happe* (1980) s. 176–177.

für die Geltendmachung von Unterhaltsantsprüchen einen Pfleger bestellen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist.
(6) Die vorstehenden Vorschriften gelten entsprechend, wenn die Ehe der Eltern für nichtig erklärt worden ist.[153]

Pykälässä mainitaan lapsen tunnesiteet erityisesti hänen vanhempiaan ja sisaruksiaan kohtaan. Hallituksen esityksen perusteluissa tähdennettiin vielä, ettei lapsen edun mukaista ratkaisua huoltoa koskevassa kysymyksessä voida tehdä ottamatta huomioon lapsen tunnesiteitä ja että myönteinen tunneside lapsen ja hänen huoltajansa välillä on lapsen kehityksen kannalta ensiarvoisen tärkeä.[154]

Myös lakia kommentoineet eri oikeusoppineet korostivat tulkinnoissaan tunnesiteiden merkitystä.

*Coester*in lähtökohtana oli tosin jatkuvuusperiaate. Hän katsoi lain viittaavan jatkuvuusperiaatteeseen, silloin kun siinä mainitaan erityisesti vanhemmat ja sisarukset.[155] Jatkuvuus lapsen ihmissuhteessa voi *Coester*in mukaan kuitenkin olla indisio tunnesiteestä: »Nicht nur die *Beständigkeit* von Bindungsverhältnissen ist ein Kindeswohl-Faktor, son-

[153] (1) Jos vanhemmat tuomitaan avioeroon, määrää perhetuomioistuin, kummalle vanhemmista on uskottava yhteisen lapsen huolto. (2) Tuomioistuimen on tehtävä ratkaisu, joka parhaiten vastaa lapsen etua; sen on otettava huomioon lapsen tunnesiteet erityisesti hänen vanhempiaan ja sisaruksiaan kohtaan. (3) Tuomioistuin saa poiketa vanhempien yhteisestä ehdotuksesta vain, jos se on välttämätöntä lapsen edun vuoksi. Jos 14 vuotta täyttänyt lapsi tekee poikkeavan ehdotuksen, on tuomioistuimen ratkaistava asia (2) momentin mukaisesti. (4) Lapsen huolto on uskottava yksin toiselle vanhemmalle. Lapsen omaisuuden hoito voidaan uskoa kokonaan tai osittain toiselle vanhemmalle, jos lapsen omaisuuden hoito tätä edellyttää. (5) Tuomioistuin voi uskoa lapsen huollon ja omaisuuden hoidon holhoojalle tai uskotulle miehelle, jos se on välttämätöntä lapsen etua uhkaavan vaaran torjumiseksi. Tuomioistuimen on määrättävä lapselle uskottu mies elatusapua koskevan kanteen nostamista varten, jos se on välttämätöntä lapsen edun vuoksi. (6) Ylläolevat määräykset ovat voimassa vastaavasti, jos vanhempien avioliitto on julistettu mitättömäksi. (Vapaasti suoment., kurs. K.K-S.)

[154] Näin Hallituksen esitys /Gesetzentwurf der Bundesregierung, lyh. RegEntw. teoks. *Jans – Happe* (1980) s. 182. Lain voimaantulon kanssa lähes samanaikaisesti ilmestyi lain esitöitä referoivia teoksia. Näistä *Belchaus* viittaa erityisesti *Lempp*in kirjoituksiin, kun taas *Jans – Happe* korostaa *Goldstein – Freud – Solnit* -teoksen (1973) merkitystä. *Belchaus* (1980) s. 149, *Jans – Happe* (1980) s. 176.

[155] Lakitekstihän asettaa lapsen tunnesiteet vanhempiin ja sisaruksiin etusijalle muihin nähden. Jatkuvuusperiaate merkitsee *Coester*ille siis ennen muuta lapsen biologisten perheenjäsenten lakiin perustuvaa etusijaa lapsen eri tunnesiteitä arvioitaessa. *Coester* (1983) s. 176–177. Ks. käsitteiden välisestä erosta *Coester* mts. 179. Erottelun tekeminen osoittaa tavallaan sitä, miten tunnontarkasti *Coester* pitäytyy tunnesideteoriaan ja siihen läheisesti liittyvään psykologisen vanhemmuuden käsitteeseen.

dern die *psychosoziale Bindung selbst* wird zu einem erstrangigen Entscheidungskriterium. Das Gesetz baut dabei auf einem Grundkonsens der Humanwissenschaften, insbesondere der Entwicklungspsychologie über die Bedeutung eines tragfähigen Bezugsverhältnisses zu mindestens einem Erwachsenen auf, wie er jüngstens von Goldstein/Freud/Solnit mit grosser Breitenwirkung auch für den Rechtsbereich umgesetzt worden ist.»[156]

*Belchaus*in lähtökohtana oli *Coester*in tapaan jatkuvuusperiaatteen ja tunnesideteorian välinen yhteys: »Der Kontinuitätsgrundsatz wird in der Neufassung dadurch besonders hevorgehoben, dass jetzt vorgeschrieben ist, bei der Regelung der elterlichen Sorge die Bindungen des Kindes, insbesondere an seine Eltern und Geschwister, zu berücksichtigen. Damit wird der Blick von den Verhältnissen der Eltern ab- und vorrangig auf die Bedürfnisse des Kindes hingelenkt.»[157] *Belchaus*in mukaan lakiteksti siis ohjaa ratkaisijaa kohdistamaan huomionsa vanhempien olosuhteiden sijasta lapsen (psyykkisiin) tarpeisiin.

Gernhuber suhtautui kriittisesti asiantuntijoiden mahdollisuuksiin osoittaa päteviä ratkaisukriteereitä, mutta hän luetteli kuitenkin eri tekijöitä, joista lapsen edun tulkinta aineellisen hyvinvoinnin lisäksi oli riippuvainen: »..(V)on der Fähigkeit der Elternteile insbesondere zur Erziehung des Kindes in den verschiedenen Entwicklungsphasen, die es durchläuft, von ihrer Fähigkeit zum Leben in einem der Eltern-Kind-Beziehung entsprechendem Intimverhältnis, von der Opferbereitschaft in Krisensituationen, aber auch von der Psyche des Kindes, insbesondere seiner Trennungsempfindlichkeit und seiner Belastbarkeit.»[158] Vanhemman kasvatuskyky lapsen eri kehitysvaiheissa, vanhemman kyky intiimiin suhteeseen lapsen kanssa, mahdollisuus omistautua lapsen ongelmille (uhrautuvaisuus) sekä lapsen psyyke ja herkkyys eron aiheuttamille rasituksille osoittavat ainakin jonkinlaista kehityspsykologista näkökulmaa lapsen huoltajuuden määräämiseen.

Beitzke tyytyi lähinnä siteeraamaan lakitekstiä: »Oberster Leitsatz für die Entscheidung ist aber *Wohl der Kinder*. Das Familiengericht muss prüfen, wo die Kinder am besten und gesündesten aufwachsen, die beste Erziehung und Ausbildung erhalten können. Hierbei sind die Bindungen des Kindes insbes. an seine Eltern und Geschwister zu berücksichtigen.»[159]

*Lemppi*n tapaan esimerkiksi *Gernhuber* ja *Belchaus* tekivät sen johtopäätöksen, että tunnesideteoria merkitsee yleensä äidin etusijaa etenkin pienten lasten kohdalla.[160] Jälkimmäinen katsoi kuitenkin tarpeelliseksi huomauttaa,

---

[156] *Coester* (1983) s. 178, kursivointi alkuperäinen.
[157] *Belchaus* (1980) s. 150.
[158] *Gernhuber* (1980) s. 866.
[159] *Beitzke* (1981) s. 246, samoin *Gross* (1980) s. 97.
[160] *Gernhuber* (1980) s. 867, *Belchaus* (1980) s. 151.

ettei mitään kokemusperäistä sääntöä ole olemassa, jonka perusteella äiti olisi periaatteessa isää parempi yksinhuoltaja. Koska myös lakiteksti on täysin sukupuolineutraali, isien suosimiselle huollon määräämisessä siihenastista useammin ei olisi mitään estettä.

> Andererseits gibt es keinen Erfahrungssatz dahin, dass Mütter grundsätzlich geeigneter zur alleinigen Sorgerechtsausübung sind als Väter. Auch die Textfassung ist völlig geschlechtsneutral, so dass von daher kein Hindernis besteht, Väter bei der Sorgerechtsentscheidung stärker als bisher zu berücksichtigen.[161]

Yhteenvetona voidaan tässä vaiheessa todeta, että lapsen etu muutettiin Saksassa aktiivisesti psykologiseksi lapsen eduksi. Asiantuntijoiden tarjoama »parempi tieto» nostettiin lain asemaan, ja sen oli ilmeisesti tarkoitus korvata ehkä ennakkoasenteisiin perustuvaksi koettu kokemusperäinen tieto. Tunnesideteoriaa tulkittiin yleensä kuitenkin vallitsevien sukupuoliroolien mukaisesti. Ainakin yksi uuden lain kommentoijista halusi silti arvioida uuden lain merkitsevän myös aiempaa neutraalimpaa suhtautumista huoltajan sukupuoleen.

6.4. Lapsen tunneside ja lapsen mielipide

Edellä *Lemppin* näkemyksiä esiteltäessä ilmeni, että lapsen mielipiteellä oli hyvin tärkeä merkitys tunnesiteen osoittamisessa *Lemppin* kannanotoissa.[162] Keskustelu lapsen kuulemisesta ja sen merkityksestä tulikin Saksan oikeustieteeseen juuri tunnesideteorian vaikutuksesta.[163] Lapsen mielipiteen merkitys sai kuitenkin aluksi kriittisen vastaanoton.

> Esimerkiksi *Gernhuber* arvioi vuonna 1964, että lapsen mielipide vaikutti liian poukkoilevalta muodostaakseen pohjan kestävälle ratkaisulle. Vastuuntuntoinen tuomari oli hänen mukaansa parempi kuin kiistellyt psykologiset testimenetelmät, joiden avulla tuomari oli yritetty sivuut-

[161] *Belchaus* (1980) s. 151.

[162] Ks. *Lemppin* käsityksestä lapsen epäsuorasta tai implisiittisestä toiveesta edellä kohdassa (6.2. Tunnesideteoria – Bindungstheorie).

[163] *Coesterin* mukaan keskustelu käynnistyi *Lemppin* vuonna 1963 julkaiseman artikkelin perusteella. Staudinger/*Coester* (1992) § 1671 Rz 115. Myös *Goldstein – Freud – Solnit* (1973) -teoksessa lapselle vaadittiin itsenäistä asianosaisasemaa. Ks. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 3.1.4. (Goldstein – Freud – Solnit: Beyond the Best Interest of the Child).

taa. Niiden osalta *Gernhuber* viittasi muun ohessa juuri *Lemppi*n vuonna 1963 julkaisemaan artikkeliin.[164]

»Die stets gegenwartsbezogene Reaktion des Kindes bietet schwerlich eine grössere Richtigkeitsgewähr als eine vielfach unzulängliche, aber doch auch die zukünftige Entwicklung berücksichtigende richterliche Entscheidung, die sich der Verantwortung nicht durch Rückgriff auf umstrittene Testverfahren zu entledigen sucht.»[165]

Vuoden 1979 uudistuksessa lapsen mielipiteen huomioon ottaminen näkyi kahdella tasolla sekä edellä kirjatussa aineellisoikeudellisessa määräyksessä (BGB 1671 §) että myös lähinnä hakemuslainkäyttöä vastaavaa menettelyä säätelevän lain (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, lyh. *FGG*) 50b §:ssä. *Coester*in mukaan jossain määrin pidättyvä suhtautuminen lapsen kuulemiseen materiaalisen säätelyn puolella sai vastapainokseen avoimemman menettelyllisen säätelyn. FGG -lain 50b § velvoittaa tuomioistuimen kuulemaan kaikkia lapsia ikään katsomatta, jos kuulemisesta voidaan arvioida olevan hyötyä asian ratkaisemiselle.

Edellä olevassa aineellisessa normissa (BGB 1671 §) on 14-vuotiaan poikkeavalle ehdotukselle annettu määräävä vaikutus siten, että jos lapsen ehdotus poikkeaa vanhempien yksimielisestä ehdotuksesta, poikkeava kanta oikeuttaa tuomioistuimen ratkaisemaan huoltokysymyksen yksinomaan lapsen edun perusteella.[166] Lapsen mielipide murtaa siis vanhempien yhtenevän ehdotuksen aiheuttaman erityisen sitovuuden.[167]

Määräystä koskevissa aiemmissa ehdotuksissa lapsen eroavalle mielipiteelle oli annettu lapsen iästä riippumatta yhtä suuri merkitys kuin vanhempien ehdotukselle. Asiantuntijoiden kuulemistilaisuudessa oli kuitenkin vastustettu nuorempien lasten asettamista liian vaativan ratkaisun eteen. Lopullisessa versiossa itsenäinen vaikutus rajoittuukin vain 14 vuotta täyttäneiden lasten mielipiteisiin.[168] Mielenkiintoinen

---

[164] Ks. myös edellä jakso 5.2.3. (Gernhuber: Syyllisyys lapsen kodin rikkomiseen).

[165] *Gernhuber* (1964) s. 614. *Schwoerer* katsoi kuitenkin vuonna 1966, että suunnilleen 10-vuotiaan ja sitä vanhemman lapsen mielipiteelle voitiin antaa merkitystä, jos lasta hoitava vanhempi ei ollut vaikuttanut siihen määräävästi. Staudinger/*Schwoerer* (1966) § 1671 Rz. 94. Samansuuntaisesti *Müller-Freienfels* (1962), s. 223–224 (vaihde). Kirjoittaja viittaa siinä myös Yhdysvaltojen Ohion osavaltion oikeuteen, jonka mukaan yli 10-vuotiaat lapset saavat periaatteessa valita itse huoltajansa.

[166] Ks. lakitekstistä edellä kohta 6.3. (Tunnesiteet ja vuoden 1979 lainsäädäntö).

[167] Ks. perustuslain mukaisesta perheen autonomian suojasta ja vanhempien yhteisestä ehdotuksesta edellä 4.3.1. (Vanhempien yksimielinen ehdotus ja täysivaltainen yksinhuoltaja).

[168] *Jans – Happe* (1980) s. 183, *Belchaus* (1980) s. 154. Toisaalta eräät asantuntijat pitivät 14-vuotiaankin lapsen eroavan mielipiteen huomioon ottamista perustuslain van-

yksityiskohta lienee se, että *Lempp* oli katsonut vuonna 1972 ilmestyneessä artikkelissaan, että juuri 14-vuotiaiden ja sitä vanhempien lasten mielipiteen huomioon ottamatta jättäminen oli virhe.[169]

Lapsen kuulemista koskevan FGG -lakiin sisältyvän määräyksen mukaan tuomioistuimen on kuultava lasta henkilökohtaisesti, kun se käsittelee asiaa, jossa on kyse lapsen henkilön tai omaisuuden huollosta, silloin kun lapsen mieltymyksillä, tunnesiteillä tai tahdolla on ratkaisun kannalta merkitystä tai kun asian tosiseikaston toteamisen kannalta on merkitystä sillä, että tuomioistuin saa lapsesta välittömän vaikutelman (FGG 50b § 1 mom.).[170] Tämä säännös koskee siis kaikkia lapsia iästä riippumatta. Säännös on tuomioistuinta velvoittava (*zwingend*), sikäli kuin lapsen kuulemisella tai hänestä saadulla välittömällä vaikutelmalla voidaan arvioida olevan asian kannalta merkitystä.[171] Kuitenkin yli 14-vuotiaita lapsia on lapsen henkilöä koskevissa asioissa kuultava poikkeuksetta riippumatta kuulemisen mahdollisesta merkityksestä (FGG 50b § 2 mom.).[172]

Kuuleminen ja tuomioistuimen välitön vaikutelma edellyttävät lapsen läsnäoloa tuomioistuimessa. Olosuhteet kuulemiselle pyritään kuitenkin erityisesti pienten lasten kohdalla luomaan lapselle sopiviksi esimerkiksi poistamalla ulkopuoliset huoneesta ja esimerkiksi siten, että

---

hempien oikeuden suojan vastaisena. Enemmistö katsoi kuitenkin, että tämänikäisen lapsen mielipiteen sivuuttaminen oli niin räikeässä ristiriidassa lapsen edun kanssa, että perustuslain 6 art. 2 momentin mukainen poikkeus on oikeutettu. *Jans – Happe* (1980) s. 183–184. Ks. lain syntyhistoriasta myös Staudinger/ *Coester* (1992) § 1671 Rz. 115.

[169] *Lempp* (NJW 1972) s. 318. 14 vuoden ikäraja ja lapsen kuulemista koskeva esitys sisältyivät vuoden 1971 avioliitto-oikeusuudistusta koskevaan luonnokseen, jota *Lempp* kirjoituksessaan muutenkin kommentoi.

[170] § 50b FGG:

(1) Das Gericht hört in einem Verfahren, das die Personen- oder Vermögenssorge betrifft, das Kind persönlich an, wenn die Neigungen, Bindungen oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung sind oder wenn es zur Feststellung des Sachverhalts angezeigt erscheint, dass sich das Gericht von dem Kind einen unmittelbaren Eindruck verschafft.

[171] *Belchaus* (1980) s. 209, *Jans – Happe* (1980) s. 255.

[172] § 50b Abs.(2) FGG: Hat ein Kind das vierzehnte Lebensjahr vollendet und ist es nicht geschäftsunfähig, so hört das Gericht in einem Verfahren das Personenrsorge betrifft, das Kind stets persönlich an. In vermögenrechlichen Angelegenheiten... jne. Pykälässä edellytetään, että lapsi ei ole täysin vailla oikeustoimikelpoisuutta. BGB 104 §:n mukaan alle seitsenvuotiaat lapset sekä sairauden tai muun sellaisen syyn vuoksi täysin vailla vapaata mielenilmaisukykyä olevat henkilöt eivät ole lainkaan oikeustoimikelpoisia.

tuomari riisuu päältään tuomarinpuvun (*Robe*). Lapsen kuuleminen tuomioistuimessa ei vaikuta sosiaaliviranomaisen (*Jugendamt*) velvollisuuteen antaa lausunto huoltoa koskevassa asiassa, vaan tämä tehtävä nimenomaan säilytettiin käsillä olevan uudistuksen yhteydessä. Sosiaaliviranomaisen kuuleminen huollon määräämistä samoin kuin tapaamisoikeutta koskevassa asiassa on pakollista kaikissa tapauksissa.[173]

Kuulemista varten lapselle on tuomioistuimen toimesta selvitettävä sopivalla tavalla kuulemisen tarkoitus sekä ne seikat, joista häntä halutaan kuulla, niin että lapsi kykenee luomaan niistä itsenäisen näkemyksen. Tiedoksiannossa on kuitenkin otettava huomioon lapsen kehitys tai kasvatus.[174]

Coester erottaa lapsen kuulemiselle kaksi eri merkitystä. Lapsen mielipiteitä voidaan arvioida ilmaisuna lapsen tunnesiteistä ja lapsen tahtoa puolestaan lapsen itsenäisenä tahdonilmaisuna, eräänlaisena lapsen autonomian kunnioittamisena. Näin nuorempien lasten kuulemisella olisi etenkin tunnesiteiden selvittämiseen liittyvä funktio, kun taas vanhempien lasten kuuleminen liittyisi lähinnä heidän itsenäisen tahtonsa kunnioittamiseen.[175]

Ist ein Kind in natürlichem Sinne urteils- und entscheidungsfähig, so bedeutet sein erklärter Wille im Streit seiner Eltern für das Gericht eine *Restform familienautonomer* (und damit grundsätzlich vorrangiger) *Konfliktlösung*. Dennoch ersetzt die Eigenentscheidung des Jugendlichen nicht die dem Kindeswohl verpflichtete Entscheidung des FamG (Familiengerichts), auch insoweit bleibt der Kindeswille ein der Letztverantwortung des Richters unterstelltes Kriterium.[176]

Kypsän lapsen mielipide voidaan siis *Coester*in mukaan luonnehtia kuuluvaksi perheen autonomiseen päätöksenteon piiriin. Tämä merkitsee puolestaan, että lapsen ratkaisuehdotus on ensisijainen tuomioistuinpäätökseen verrattuna. Tällöinkin tuomioistuimella on kuitenkin viimekätinen ratkaisuvastuu, olkoonkin, että sen luonne muuttuu sitä selvemmin korrektiivinomaiseksi mitä kypsemmästä lapsesta ja mielipiteestä on kyse.

Je reifer das Kind und je ausgeprägter sein Wille ist, um so mehr verlagern sich die materiellen Kompetenzen. Die richterliche Kindeswohl-

[173] Uudistuksen perusteluissa tähdennettiin sosiaaliviranomaisten asiantuntemuksen merkitystä, jonka arveltiin korostuvan juuri lapsen tuomioistuimessa tapahtuvan kuulemisen myötä. *Jans – Happe* (1980) s. 233-236.

[174] *Jans – Happe* (1980) s. 256–257.

[175] Staudinger/ *Coester* (1992) § 1671 Rz, ks. myös *Belchaus* (1980) s. 209, *Jans – Happe* (1980) s. 254–255.

[176] Staudinger/ *Coester* (1992) § 1671 Rz 122.

entscheidung wird tendenziell zum Korrektiv der Eigenentscheidung des Heranwachsenden.[177]

Yli 14-vuotiaallakaan lapsella ei siis ole valtaa määrätä oman etunsa sisällöstä, mutta hänet tunnustetaan vanhempiensa veroiseksi omaa etuaan koskevassa prosessissa.[178] On kuitenkin epäselvää, voidaanko tai tulisiko 14-vuotiasta tai tätä vanhempaa lasta pitää asianosaisena huoltoa koskevassa menettelyssä.[179] Avoimeksi jää myös kysymys siitä, voidaanko lapselle määrätä itsenäinen oikeusavustaja ja missä yhteydessä. Selvää on siis, että lapsi ei itse voi määritellä omaa etuaan, vaan se jää aina tuomioistuimen tehtäväksi. Ehkä juuri tästä johtuu, että lapsen mielipidettä koskevassa keskustelussa ei niinkään ole ollut kyse lapsen oikeuksista kuin lapsen edun arvioimisesta.[180]

6.5. Tapaamisoikeus – alkuperäisen tunnesideteorian torjuminen

Tapaamisoikeus oli vilkkaan keskustelun kohteena 1970-luvulla. Yhtenä syynä tähän oli perustuslakituomioistuimen ratkaisu 15.6.1971.[181] Ratkaisu perustui erään huoltajan valitukseen siitä, että huollosta erotetun vanhemman tapaamisoikeus loukkasi hänen (huoltajan) vanhemmanoikeuttaan (*Elternrecht*). Vanhemmanoikeus on eräs niistä perustuslain kuudennen artiklan suo-

---

[177] Staudinger/ *Coester* (1992) § 1671 Rz 122. Ks. korrektiivin osalta edellä kohta 5.1. (Lapsen edun eri funktiot).

[178] Staudinger/ *Coester* (1992) § 1671 Rz 117–125. *Coester* huomauttaa myös, että vaikka BGB 1671 § asettaakin 14 ikävuotta ehdottomaksi säännöksi, mikään ei estä tuomioistuinta antamasta samanlaista vaikutusta nuoremmankin lapsen mielipiteelle. Hän pitääkin 14 ikävuoden rajaa lähinnä ohjeellisena. Mt, Rz 123.

[179] FGG -lain 59 §:n mukaan 14-vuotiaalla lapsella on huoltoa koskevassa asiassa aina myös itsenäinen valitusoikeus riippumatta laillisen edustajan myötävaikutuksesta. *Belchaus* (1980) s. 214, *Jans- Happe* (1980) s. 266–267. Asianosaisista ja etenkin sivuasianosaisista *Kollhosser* (1970) s. 321 alk., 378, 398 alk. ja kokoavasti s. 410.

[180] Englannissahan keskustelun kohteena ovat olleet nimenomaisesti lapsen oikeudet. Vaikka ero onkin suuressa määrin terminologinen, terminologiset erot eivät selitä sitä kokonaan. Englannin lapsen oikeuksia koskevan keskustelun lähtökohtana ovat nimenomaan olleet lapsen oikeudet vapaasti toteuttaa itseään vastakohtanaan lapsen etu ymmärrettynä eräänlaiseksi paternaaliseksi kontrolli-instrumentiksi. Saksassa lähtökohtana on ollut ennemminkin kypsän lapsen muita parempi kyky määritellä itse oma etunsa, jonka toteutumista tuomioistuin kontrolloi. Vrt. Englantia koskeva jakso, luku 7.2. (Lapsen oikeuksia koskeva keskustelu).

[181] Päätöksen lyhennelmä esim. teoksessa *Seminar* 2 (Simitis – Zenz 1975) s. 104–109.

jaamista oikeushyvistä, jotka edellä on yhdistetty käsitteeseen perheen autonomian suoja.[182] Perustuslakituomioistuin katsoi ratkaisussaan kuitenkin, että toisin kuin huoltaja oli valituksessaan esittänyt, huollosta erotetun vanhemman tapaamisoikeus nautti itsenäistä perustuslain mukaista vanhemmanoikeuden suojaa. Tapaamisoikeus oli näin ollen toteutettavissa myös huoltajan vastustustuksesta huolimatta.

Lempp oli suhtautunut vanhemman tapaamisoikeuteen hyvin varauksellisesti. Hän katsoi myönteiseen parisuhteeseen perustuvan psykologisen vanhemmuuskäsitteensä perusteella, että eronnut isä tai äiti ei ylipäätään ollut lapsen psykologinen vanhempi eikä näin ollen voinut vaatia vanhemmanoikeudelle kuuluvaa perustuslain suojaa.[183]

Hänen näkemyksensä on todennäköisesti osaltaan ollut pohjana niille kriittisille kannanotoille 1970-luvun tapaamisoikeuskeskusteluissa, joissa vaadittiin huoltajavanhemmalle oikeutta päättää huollosta erotetun vanhemman ja lapsen välisistä tapaamisista. Näissä puheenvuoroissa asetettiin vastakkain vanhemman (tapaamis)oikeus ja lapsen etu. Lapsen edun mukaisena nähtiin varauksellinen suhtautuminen tapaamisoikeuteen. Lapsella ja huoltajalla tuli sen vuoksi olla oikeus kieltäytyä tapaamisten toteuttamisesta. Lapsen edun puolustaminen vanhemman (tapaamis)oikeutta vastaan merkitsi siis kannanottoa tuomioistuimen säätelemää ja pakkokeinoin toteutettavissa olevaa tapaamisoikeutta vastaan.[184]

> *Lempp* perusteli omaa kantaansa sillä, että lapsi saatetaan tapaamisoikeuden toteuttamisessa vanhempien riitojen välikappaleeksi tai peräti esineellistetään vanhempien oikeuksien kohteeksi, ellei tapaamisoikeuden perusteena ole vanhempien keskinäistä sopimusta, huoltajavanhemman suostumusta ja myötävaikutusta sekä myös lapsen ehdotonta suostumusta. Tällöinkin on varauduttava vaikeuksiin. *Lempp* piti eronneiden puolisoiden välillä toteutettavaa lapsen vierailua nimittäin äärimmäisen konfliktiherkkänä tilanteena. Hän katsoikin, että lapsen etua vastaa usein paremmin se, että huollosta erotettu vanhempi vapaaehtoisesti luopuu tapaamisoikeudestaan siihen asti, kunnes lapsi murrosikäisenä itse kiinnostuu toisesta vanhemmastaan ja luo tähän itsenäisen suhteen.[185]

---

[182] Ks. perheen autonomian käsitteestä edellä 4.1. (Perusoikeuksien ja lapsen huoltoa koskevan lainsäädännön välinen vuoropuhelu).

[183] *Lempp* (NJW 1972) s. 315–316, sama (1982) s. 11.

[184] Näin mm. *Gernhuber* (FamRZ 1973) s. 240–242, *Zenz* (Simitis – Zenz 1975) s. 166–181, *Liebl-Blittersdorf* (Alternativ-Entwurf des Juristinnenbundes 1977) s. 129 alk., *Belchaus* (1980) s. 91 tai *Lüderitz* (FamRZ 1978) s. 476.

[185] *Lempp* (NJW 1972) 317–319, sama (1982) s. 39–59.

Lempp piti myös huoltajan negatiivista vaikutusta lapsen käsitykseen toisesta vanhemmastaan luonnollisena osana eronneiden vanhempien kasvatusta:

> Man kann Kinder nicht erziehen, ohne zu beeinflussen, ein unbeeinflusstes Kind wäre ein erzieherisch hochgradig verwahrlostes Kind.[186]
>
> Es ist einem streitig geschiedenen Elternteil durchschnittlicher Persönlichkeitsstruktur nicht zuzumuten, einem Kind gegenüber so zu tun, als ob der andere Elternteil, von dem man sich jetzt streitig scheidet, ein positiver Mensch wäre. Eine solche Haltung ist Lüge und mit Lügen kann man keine Kinder erziehen. Die Kinder haben Anspruch auf eine klare Stellungnahme und die muss notwendigerweise negativ ausfallen.[187]

Lemppin käsitys lapsen edun mukaisesta tapaamisoikeudesta vastasi lopputuloksen osalta lähes täydellisesti *Goldstein*in, *Freud*in ja *Solnit*in käsitystä. Myös he jättivät lapsen ja huollosta erotetun vanhemman tapaamisoikeuden riippuvaiseksi huoltajavanhemman tahdosta.[188]

Vuoden 1979 lapsen huoltoa koskevan uudistuksen kanta tapaamisoikeuteen muodostui kuitenkin lähes päinvastaiseksi kuin näiden edellä mainittujen asiantuntijoiden. Lainvalmistelun lähtökohdaksi otettiin perustuslakituomioistuimen yllä mainittu ratkaisu ja siinä esitetyt argumentit. Niiden mukaan lapsen tunneside huollosta erotettuun vanhempaan jatkuu avioerosta huolimatta ja se on sen vuoksi otettava huomioon. Laki edellytti vanhempien myös pidättyvän kaikesta, mikä saattaisi vaikeuttaa lapsen ja toisen vanhemman välistä suhdetta tai lapsen kasvatusta.[189]

Tapaamisoikeus on tämän näkemyksen mukaan siis periaatteessa lapsen edun mukainen. Se on myös huollosta erotetun vanhemman edun mukainen, sillä vanhemman tulee voida vakuuttua lapsen fyysisestä ja psyykkisestä hyvinvoinnista sekä myönteisestä kehityksestä. Tapaamisoikeuden tehtävänä on

[186] Lapsia ei voi kasvattaa vaikuttamatta heihin. Jos lapseen ei olisi vaikutettu, olisi hänen kasvatuksensa suuressa määrin laiminlyöty. (Vapaasti suom. K.K-S.). *Lempp* (NJW 1972) s. 317.

[187] Sellaisen vanhemman, jolla on takanaan ristiriitainen avioero ja jolla on tavanomainen persoonallisuuden rakenne, ei voida olettaa teeskentelevän, että tuo toinen vanhempi, josta hän on juuri riidellen eronnut, olisi myönteinen ihminen. Sellainen asenne olisi valhe eikä ketään lasta voi kasvattaa valhein. Lapsilla on oikeus selkeään kannanottoon, jonka täytyy muun puutteessa olla negatiivinen (vapaasti suom. K.K-S.). *Lempp* (NJW 1972) s. 317.

[188] Ks. lähemmin Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 3.1.4. (Goldstein – Freud – Solnit: Beyond the Best Interest of the Child).

[189] Lainvalmistelu *Belchaus*in mukaan (1980) s. 89.

myös ylläpitää sukulaissuhdetta ja estää vieraantuminen sekä vastata molempien osapuolien rakkauden tarpeeseen.[190]

> Lapsen mielipide tulee ottaa huomioon tapaamisoikeudesta päätettäessä, mutta valmistelutyön kestäessä luovuttiin alkuperäisestä ehdotuksesta, jonka mukaan 14-vuotiaan tai vastaavan kehitystason saavuttaneella lapsella olisi oikeus kieltäytyä tapaamisesta. Tämäntyyppisen määräyksen pelättiin lisäävän avioeroperheen sisäisiä oikeusriitoja. Lasta on kuitenkin kuultava, sillä edellä selostetut kuulemista koskevat menettelysäännökset tulevat sovellettaviksi myös tapaamisoikeutta koskevassa oikeudenkäynnissä.[191]

Lempp sekä *Goldstein, Freud* ja *Solnit* olivat Saksassa 1970-luvulla arvovaltaisimmat lastenpsykiatrian asiantuntijat avioerolapsia koskevissa kysymyksissä. Heidän vaikutuksensa lakiin omaksutun tunnesideteorian muotoutumiseen on ilmeinen. Tapaamisoikeuden kohdalla heidän näkemyksensä kuitenkin torjuttiin, ja tunnesideteoriasta omaksuttiin toisenlainen näkemys. Tähän näkemykseen palataan lähemmin jäljempänä toisessa yhteydessä.[192]

6.6. Miksi yhteishuolto torjuttiin vuoden 1979 uudistuksessa?

Yhteishuoltoon liittyvää kehitystä on aikaisemmin selostettu lähinnä perustuslain kuudennen artiklan mukaisen perheen autonomian suojan näkökulmasta. Kysymys on siis lähinnä ollut siitä, voidaanko perheen autonomian suojaan puuttua lapsen edun perusteella siten, että määrätään avioeron yhteydessä lapsen huolto vain toiselle vanhemmalle, jos vanhemmat haluavat säilyttää huollon yhteisenä. Tässä yhteydessä ilmeni, että Saksan tieteisopin ja lainsäädännön kanta yhteishuoltoon ennen vuotta 1979 oli jossain määrin

---

[190] *Belchaus* (1980) s. 89. Tapaamisoikeutta perusteltiin myös sillä, että lakiehdotuksen ja sittemmin voimassaolevan lain mukaan lapsen huolto on huoltajan mahdollisen kuoleman johdosta ensisijaisesti siirrettävä eloonjääneelle vanhemmalle (BGB 1681 §). Kontaktin ylläpitäminen olisi siis lapsen edun mukaista jo senkin vuoksi. Samassa kohdassa on vedottu myös BGB 1678 ja 1680 §:iin. Niiden perusteella tuomioistuin voi poikkeustilanteissa määrätä huollosta erotetun vanhemman hoitamaan huoltajan tehtäviä. *Belchaus* ilmoittaa siteeraavansa ao. yhteydessä lakivaliokuntaa (Rechtsausschuss *RA*) s. 90.

[191] *Belchaus* (1980) s. 91–92. Lapsen kuulemisesta edellisessä kohdassa 6.4. (Lapsen tunneside ja lapsen mielipide).

[192] Ks. nk. *Bindungsstreit* -käsitteestä Staudinger /*Coester* (1992) § 1671 Rz. 103. Ks. kohta 7.1. (Yhteishuoltoa koskevan ratkaisun psykologinen perustelu – Fthenakis).

epäselvä.[193] Eroamassa olevien vanhempien kiinnostus yhteishuoltoa kohtaan oli kuitenkin kasvanut 1970-luvun loppua kohti, ja keskustelussa esiintyi myös esimerkkejä ulkomaisista yhteishuollon sallivista oikeusjärjestyksistä.[194]

Uuden lakiehdotuksen kuulemistilaisuudessa suurin osa asiantuntijoista olisikin halunnut lakiin jätettäväksi mahdollisuuden yhteishuoltoon määräämisestä.

> Näihin kuului hieman yllättäen myös professori *Lempp*. Hän piti eräiden muiden tavoin yhteishuoltoa sopivana väliaikaisratkaisuna erityisesti sellaisissa tapauksissa, joissa toinen vanhemmista, usein isä, kiinnostuu lapsesta vasta avioerokysymyksen tultua ajankohtaiseksi. Jos vanhemmat tällaisessa tilanteessa pystyvät sopimaan asiasta, ei yhteishuolto olisi lapselle haitallinen.[195]

Ylempi perheoikeustuomari *Hanne Lore Peschel-Gutzeit* edusti asiantuntijaryhmässä naisjuristiliiton perheoikeudellista komissiota, joka oli osallistunut lain laatimiseen omalla vaihtoehtoisella ehdotuksellaan. *Peschel-Gutzeit* vastusti jyrkästi yhteishuoltomahdollisuutta. Hänen argumenttinsa, kuten todellisen ratkaisun tekemättä jääminen, muuttuvien tilanteiden, kuten uusien parisuhteiden edellyttämä selkeys huoltajuuskysymyksessä sekä vapaaehtoisen yhteistoiminnan mahdollisuus juridisesta päätöksestä huolimatta, esiintyivät myös niissä virallisissa perusteluissa, joilla yhteishuolto torjuttiin.[196] Lisäksi epäiltiin esimerkiksi, että yhteishuolto houkuttelisi puolisoita nopeaan avioeroon. Tämä liittyi avioliitto-oikeutta koskevan uudistuksen prosessuaaliseen puoleen.

Vuonna 1977 voimaan tullut avioerouudistus oli sisältänyt mittavia menettelyllisiäkin uudistuksia, ennen muuta perheoikeustuomioistuimien perustamisen.[197] Lapsen huoltoa koskeva asia oli uudistuksen jälkeen käsiteltävä avioeroasian yhteydessä.

---

[193] Ks. edellä kohta 4.3.2. (Vanhempien oikeus sopia yhteisestä huollosta).

[194] Näitä olivat ennen muuta Ruotsi ja myös eräät Yhdysvaltojen osavaltiot. Myös Kalifornian uudistushanke vuoden 1980 uudistusta ajatellen oli esillä. *Fehmel* (FamRZ 1979) s. 380.

[195] *Luthin* (1987) s. 25–26.

[196] *Luthin* (1987) s. 27. *Luthin* siteeraa tässä suoraan asiantuntijoiden kuulemisesta tehtyä julkaisua »Zur Sache» 1/78, Elterliches Sorgerecht, Sachverständigenanhörung vor Ausschüssen des Dt Bundestages am 12. September 1977. Samoin lopullisten perusteluiden osalta *Jans – Happe* (1980) s. 185. Naisjuristiliiton vaihtoehtoisen ehdotuksen mukaan huolto oli määrättävä yksin toiselle vanhemmalle. *Alternativ-Entwurf des Juristinnenbundes* (1977) s. 19, 57–58. Ks. tarkemmin *Cuny* (Alternativ-Entwurf des Juristinnenbundes 1977) s. 169–177.

[197] Ks. edellä kohta 6.1. (Psykologisoitumisen taustaa).

Perhetuomioistuimet luotiin tavallisten alioikeuksien osastoista. Tätä ennen alioikeuksissa (*Amtsgericht*) oli ollut erillinen osasto holhousasioita varten (*Vormundschaftsgericht*), jossa lapsen huoltoa koskevat asiat oli käsitelty. Holhoustuomioistuin erosi yleisestä siviilituomioistuimesta etenkin noudattamansa tutkintaperiaatteen (*Untersuchungsmaxime*) perusteella. Tätä periaatetta noudatetaan myös perhetuomioistuimissa.

Perhetuomioistuimen (*Familiengericht*) toimivalta-alueeksi tuli yleisesti ottaen avioero liitännäiskysymyksineen. Näille luotiin uudistuksessa menettelyllinen yhteys (*Verfahrensverbund von Scheidungs- und Folgesachen*). Tuomioistuimella oli sen perusteella velvollisuus ottaa viran puolesta käsiteltäväkseen esimerkiksi lasten huollon määrääminen, jos vanhempien avioeroa koskeva asia oli tullut tuomioistuimessa vireille. Säännön tarkoituksena oli lasten aseman turvaaminen perheen hajotessa.[198]

Avioeroasioiden yhtenäisestä käsittelystä seurasi, että puolisoiden oli välttämättä otettava kantaa lasten huoltoon jo avioeroasian tullessa vireille. Tätä aikaisemmin lapsen huoltoa koskeva asia oli käsitelty holhoustuomioistuimessa vasta, kun avioliitto oli purettu.[199] Kun puolisoiden yhtenevällä ehdotuksella oli etusija tuomioistuimen harkinnassa, yhteishuollon pelättiin tässä yhteydessä muodostuvan eräänlaiseksi petolliseksi kompromissiksi, jonka todellinen tarkoitus olisikin avioeron nopea toteutuminen.[200]

Yhteishuolto siis torjuttiin. Lapsen edun katsottiin mieluummin edellyttävän selkeää toimivaltajakoa vanhempien kesken.[201] Yhtenä tärkeänä syynä oli todennäköisesti myös omaksuttu tunnesideteoria. Yhteishuolto ei ilmeisesti oikein sopinut yhteen teorian kanssa. *Goldstein, Freud* ja *Solnit* olivat suhtautuneet nimenomaan kielteisesti yhteishuoltoon.[202] Myös *Lempp* oli lähtenyt siitä, että lapsella oli läheinen tunneside vain toiseen eronneista vanhemmista.[203] Asiantuntijakuulemisen yhteydessä sekä hän että kaikki muut yhteishuoltoa puoltaneet asiantuntijat olivat ymmärtäneet yhteishuollon mer-

---

[198] Ks. prosessuaalisista kysymyksistä lähemmin *Schwab* (1995) s. 137–140.

[199] »Ist die Ehe geschieden, so bestimmt das Vormundschaftsgericht...» § 81, EheG 1938, § 74, EheG 1946. Ks. edellä kohdat 3.2. (Avioero ja lapsen etu vuoden 1938 lain mukaan) ja 5.2.1. (Yleistä). Holhoustuomioistuin voi ottaa asioita käsiteltäväkseen myös omasta aloitteestaan.

[200] *Jans – Happe* (1980) s. 185.

[201] Ks. edellä jakso 4.3.2. (Vanhempien oikeus sopia yhteisestä huollosta).

[202] Ks. edellä Kaliforniaa koskeva jakso 3.1.4. (Goldstein – Freud – Solnit: Beyond the Best Interest of the Child).

[203] Ks. edellä kohta 6.2. (Tunnesideteoria – Bindungstheorie). Ks. myös *Lempp* (1982) s. 42–43.

kityksen joka tapauksessa jokseenkin marginaaliseksi. Yhteishuollon torjumisella ei tästä näkökulmasta katsoen menetetty mitään olennaista.

> Uusi lainsäädäntö jätti sitä paitsi periaatteessa avoimeksi erillään asuvien vanhempien huollon järjestämisen, sillä prosessiyhteys koski vasta varsinaista avioeropäätöstä.
>
> Välirikon toteaminen edellyttää vuonna 1977 voimaan tulleen lain mukaan yleensä vuoden määräaikaa ilman puolisoiden yhteiselämää (*Trennung*) silloin, kun puolisot ovat yksimielisiä erosta. Jos puolisoilla ei ole ollut yhteiselämää (*Trennung*) kolmeen vuoteen, voi puoliso saada avioeron myös ilman toisen puolison myötävaikutusta. Avioliitossa mutta ilman yhteiselämää vietetyn vuoden tai kolmen vuoden ajan yhteishuolto on siis joka tapauksessa mahdollinen.[204] Tällä seikalla lienee muun ohella ollut vaikutuksensa siihen, että asiantuntijoiden näkemys yhteishuollosta väliaikaisena vaihtoehtona ei vaikuttanut uudistuksen lopputulokseen.

Vuonna 1979 oli vanhempien yhteinen huolto avioeron jälkeen mahdollinen jo monissa maissa. Englannin yhteishuoltoa koskeva ennakkopäätös *Jussa v Jussa* oli annettu vuonna 1972.[205] Kalifornian yhteishuoltoa selkeästi suosiva lainsäädäntö tuli voimaan samanaikaisesti Saksan lapsen huoltoa koskevan uudistuksen kanssa, 1.1.1980.[206] Jo tätä ennenkin yhteinen huolto oli siellä ollut mahdollista.[207] Ruotsissa oli eronneiden vanhempien yhteishuolto tehty mahdolliseksi vuonna 1976.[208] Saksassakin oli tapaamisoikeuden säätelyn kohdalla selvästi poikettu tunnesideteorian siitä muodosta, jossa lapsen tunneside yhdistettiin vain yhteen vanhempaan.[209] Yhteishuoltoakin koskeva kysymys oli lakia valmisteltaessa jo avoinna, mutta siihen vastattiin kuitenkin kieltävästi.

Vaikka yhteishuolto kariutukin, uuteen lainsäädäntöön johtanut prosessi osoitti kuitenkin, että Saksassa oli lapsen edun tulkinnassa luovuttu yleiseen elämänkokemukseen perustuvista tulkintaohjeista ja niiden sijasta alettu soveltaa psykotieteiden asiantuntijoiden käsityksiä lapselle parhaasta huolta-

---

[204] Avioeron perusteista ks. *Beitzke* (1981) s. 142–144, *Schwab* (1993) s.138–140.

[205] Ks. Englantia koskeva jakso, kohta 6.4. (Yhteishuolto).

[206] Ks. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 5.4. (Kalifornian yhteishuoltolainsäädäntö ja isien oikeudet).

[207] Ks. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 5.1. (Yhteishuollon yleistyminen).

[208] Tästä lähemmin jäljempänä Ruotsia koskeva jakso, kohta 5.1. (Yhteishuollon salliva laki).

[209] Ks. edellä kohta 6.5. (Tapaamisoikeus – alkuperäisen tunnesideteorian torjuminen).

jasta. Nämä asiantuntijat pitivät kuitenkin yksinhuoltoa yleisesti ottaen parhaimpana ratkaisuna lapsen kannalta.

7. Yhteishuolto ja lapsen etu

7.1. Yhteishuoltoa koskevan ratkaisun psykologinen perustelu – Fthenakis

Vaikka kiinnostus yhteishuoltoa kohtaan oli Saksassa virinnyt jo ennen vuoden 1979 lapsen huoltoa koskevan lainsäädännön vahvistamista ja voimaantuloa, varsinainen yhteishuoltoa koskeva keskustelu alkoi kuitenkin vasta lain voimaantulon jälkeen. Yhteishuollon ehkä merkittävimpänä puolestapuhujana on ollut psykologian professori *Wassilios Fthenakis*.

Fthenakis julkaisi vain kaksi vuotta uuden lainsäädännön voimaantulon jälkeen teoksen *Ehescheidung – Konsequenzen für Eltern und Kinder* yhdessä kahden muun psykologin *Renate Nieselin* ja *Hans-Rainer Kunzen* kanssa. Teoksessa pidetään yhteishuoltoa selvästi parhaana vaihtoehtona ainakin osalle eroavista vanhemmista. Kirjoittajien mielestä se, että vanhemmat olisivat huoltajina yhdessä, olisi uusimpien tutkimusten mukaan lapsen edun kannalta parasta, sillä yhteishuolto oikeudellisena instituutiona vastaisi parhaiten lapsen tarpeeseen pitää yhteyttä molempiin vanhempiinsa. Teoksessa on myös omaksuttu käsitys avioerosta psyykkisenä kasvukriisinä, jonka ongelmiin paras ratkaisu on kriisin selvittämistä tukeva terapia eikä kriisiä entisestään pahentava oikeusprosessi.[210]

Fthenakiksen ja muiden teos ei sisällä itsenäistä tutkimusta. Siinä esitellään runsaasti muiden lähinnä yhdysvaltalaisten tutkijoiden tekemiä yhteishuoltoa tukevia tutkimuksia. Tällaisia ovat esimerkiksi *Wallersteinin* ja *Kellyn* sekä *Hetheringtonin* ja *Coxien* tutkimukset, joissa lasten todetaan hyötyvän siitä, että heillä säilyy hyvä suhde molempiin vanhempiin näiden avioeron jälkeenkin, tai *Ahronsin* tutkimus, jonka tärkeimpänä tuloksena on esitetty vanhempien kyky erottaa toisistaan vanhemman ja puolison rooli.[211]

---

[210] *Fthenakis u.a.* (1982) s. 227–230.

[211] Ks. mainituista tutkimuksista lähemmin Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 5.3.1. (Tutkimuksen lisääntynyt kiinnostus avioerolapsiin) sekä kohta 5.3.2. (Wallerstein – Kelly: Surviving the Breakup) alakohtineen. *Fthenakis u.a.* (1982) s. 200–203.

Eräänä tärkeänä teemana kirjassa on isän rooli. Näennäisestä sukupuolineutraaliudestaan huolimatta tunnesideteoria ei kirjoittajien mukaan tuonut muutosta äidin suosituimmuusasemaan huollon määräytymisessä, mikä johtui yksinkertaisesti siitä, että teorian luojat lähtivät yksipuolisesti lapsen ja äidin välisestä suhteesta eivätkä ottaneet huomioon isän merkitystä lapselle.[212] Tunnesideteoria oli näin ollen tämän käsityksen mukaan puutteellinen, koska siinä oletettiin, että psykologisia vanhempia ei voisi olla yhtä enempää.[213]

> *Fthenakiksen* esittelemien tutkimusten mukaan lapset turvautuvat yleensä yhtä hyvin isäänsä kuin äitiinsäkin muiden aikuisten joukossa. Kriisitilanteessa äitiin turvauduttiin useammin vain silloin, jos sekä isä että äiti olivat paikalla. Tutkimukset osoittavat lisäksi kuitenkin, että suhde isään ei lapsen kannalta ole suinkaan yhdentekevä, vaikka se poikkeaakin usein luonteeltaan lapsen ja äidin välisestä suhteesta, vaan päinvastoin hyvin merkittävä lapsen kehityksen kannalta.[214]

Fthenakiksen johtopäätös oli yhteishuolto, joka hänen mukaansa voisi ihanteellisella tavalla tukea vanhemmuuden jatkumista tarkoittavia käytäntöjä. Hän piti yhteishuollon avaamisen mahdollisuutta tärkeänä periaatteellisena ratkaisuna, vaikka epäilikin yhteishuollon soveltuvuutta suurelle enemmistölle.[215]

Fthenakiksen ynnä muiden teos julkaistiin aikana, jolloin yhteishuollon poissulkeva lainkohta oli valituksen kohteena perustuslakituomioistuimessa.[216] 3.11.1982 annettu päätöshän johti sitten tämän lainkohdan kumoamiseen. Tapausta on käsitelty edellä perustuslainmukaisuuden näkökulmasta.[217] Tässä

---

[212] Kirjoittajat ovat laskeneet eräiden tutkimusten perusteella (lähinnä *Simitis u.a.* 1979), että noin 90 % eronneiden vanhempien lapsista on äitinsä huollossa ja vain noin 5 % isänsä huollossa. Ko. tutkimusaineisto oli tosin kerätty useita vuosia ennen lapsen huoltoa koskevan uuden lainsäädännön voimaantuloa ja näin ollen ennen tunnesideteorian valta-asemaa lapsen edun määrittelyssä. Ks. *Fthenakis u.a.* (1982) s. 193, *Simitis u.a.* (1979) s. 53.

[213] Saman kritiikin kohdistivat *Wallerstein* ja *Kelly Goldstein*in, *Freud*in ja *Solnit*in teoriaan, ks. Kaliforniaa koskeva jakso kohta 5.3.2. (Wallerstein – Kelly: Surviving the Breakup) etenkin alakohta 5.3.2.3. (Lasten huoltoa koskevat suositukset).

[214] *Fthenakis u.a.* (1982) s. 3–5, 40–54.

[215] *Fthenakis u.a.* (1982) s. 227. Ks. tunnesiteen tulkitsemisesta käydystä keskustelusta, jossa edellä esitellyn yhteen vanhempaan kohdistuvan tunnesiteen merkitys kiistetään ja katsotaan, että lapsen tunneside kumpaankin vanhempaan on otettava huomioon (nk. *Bindungsstreit*). Staudinger /*Coester* (1992) § 1671 Rz. 102.

[216] Ks. *Fthenakis u.a.* (1982) s. 189.

[217] Ks. edellä jakso 4.3.3. (Yhteisen huollon perusteleminen perheen autonomian näkökulmasta).

yhteydessä tarkastelun kohteena on siis lähinnä tapauksen ratkaisuperustetta koskeva tulkinta lapsen edusta.[218]

Perustuslakituomioistuin hyväksyi perusteluissaan tunnesideteoriaan kiinteästi liittyvän jatkuvuus- eli kontinuiteettiperiaatteen. Sen mukaan lapsen edun mukaista on, että lapsen tunneside häntä hoitavaan ja hänestä vastuussa olevaan henkilöön ei katkeaisi vaan jatkuisi erosta huolimatta. Jatkuvuusperiaatetta haluttiin nyt kuitenkin soveltaa molempiin vanhempiin. Tästä seurasi, että onnistuessaan yhteishuolto olisi siis lapsen edun kannalta parempi kuin yksinhuolto. Sen vuoksi yhteishuoltoa ei saanut sulkea pois sillä perusteella, että se olisi kuitenkin mahdollinen vain vähemmistölle eroavista vanhemmista.

> Lain perustelujen yhteydessä aikaisemmin vedottiin siihen, että vanhempien yrityksillä hoitaa lapsia yhdessä avioeron jälkeen ei ole pysyvyyttä. Olosuhteiden muuttuminen esimerkiksi uusien seurustelusuhteiden vuoksi ja välttämättä tapahtuva entisten puolisoiden vieraantuminen, johtaisivat ennen pitkää kuitenkin siihen, että yhden ainoan huoltajan määrääminen tulisi välttämättömäksi. Yhteishuolto ei siis lopulta auttaisi luomaan jatkuvuutta lasten ja vanhempien suhteissa. Tätä oletusta perustuslakituomioistuin ei kuitenkaan enää hyväksynyt, vaan nojautui asiantuntijoiden kantaan, jonka mukaan osa vanhemmista, joskin vähemmistö, kykenisi kyllä pitkäjännitteiseen yhteishuoltosuhteeseen. Tämä puolestaan mahdollistaisi maksimoinnin lapsen tunnesiteiden jatkumisessa.[219]

Yhteishuolto oli siis nyt arvioitu lapsen edun kannalta paremmaksi kuin yksinhuolto, joskin yhteishuollon ihanteen saavuttamista ei pidetty mahdollisena kuin pienelle vähemmistölle. Ratkaisu merkitsi silti selvää suunnanmuutosta ja myös uutta näkökulmaa tunnesideteoriaan. Vaikka periaatteessa lähdettiin lapsen tunnesiteen jatkuvuudesta, argumentoitiin nyt toisin kuin *Lempp* oli tehnyt. Vanhemmat eivät lakanneet olemasta vanhempia avioeron jälkeen. Vanhempien välinen luottamuspula ja lasten lojaliteettiristiriidat eivät olleet avioeron välttämättömiä seurauksia, eikä vanhempien välinen yhteistyö ollut aina epärehellisyydellä verhoiltua silmänlumetta.[220] Vaikka *Fthenakiksen* teoksen ja tuomioistuimen päätöksen välisiä yhteyksiä on mahdotonta osoittaa luotettavasti, ne vaikuttavat kuitenkin ilmeisiltä. *Fthenakis* oli myös kutsuttu tuomioistuimen suulliseen käsittelyyn kuultavaksi asiantuntijana – eikä esimerkiksi *Lempp*.[221]

---

[218] Ks. edellä kohta 5.1. (Lapsen edun eri funktiot).

[219] *BVerfG 3.11.1982* FamRZ 1982 s. 1182.

[220] *Lempp* (1982) s. 8, 11, 39–40, 42–43 jne.

[221] *Limbach* näyttää pitävän *Fthenakista* uuden ajattelutavan pääarkkitehtina. *Limbach*

7.2. Yhteisen huollon oikeudelliset edellytykset

Yhteishuoltoa koskevan tuomioistuimen määräyksen oikeudellisista edellytyksistä on eri näkemyksiä. Seuraavassa on nojauduttu *Luthin*in yhteishuoltokeskustelun perusteella esittämään enemmistökantaan.[222] Sen mukaan yhteishuoltoa koskevan ratkaisun edellytyksiä on tarkasteltava perustuslakituomioistuimen päätöksestä käsin. Näin tulkiten ratkaisun edellytyksenä on ensinnäkin vanhempien yhteneväinen ehdotus yhteishuollon jatkamisesta avioeron jälkeenkin, toisin sanoen molemminpuolinen tahto yhteishuollon toteuttamiseen. Toisena edellytyksenä on molempien vanhempien moitteeton kyky lapsen kasvattamiseen. Tämän lisäksi edellytetään, ettei huoltoa ole syytä uskoa lapsen edun vuoksi yksin toiselle vanhemmalle ja vielä, että tuomioistuin tulee vakuuttuneeksi vanhempien kyvystä vastata tulevaisuudessakin lapsen huollosta lapsen edun mukaisesti.[223]

> Kirjallisuudessa on esiintynyt jonkin verran keskustelua siitä, onko vanhempien yhteinen ehdotus ehdoton edellytys yhteishuoltoa koskevalle määräykselle. Jos tuomioistuin tulee vakuuttuneeksi yhteishuollon ylivertaisuudesta, olisi yhteishuolto joidenkin tuomioistuinratkaisujen mukaan mahdollista määrätä myös suoraan lain nojalla.[224] Kanta näyttäisi kuitenkin jääneen vähemmistöön. *Coester* totesi vuonna 1991 julkaisemassaan artikkelissa vanhempien yksimielisen ehdotuksen olevan oppineiden enemmistön kannan mukaan yhteishuollon edellytyksenä. *Coester* itse katsoi tässä vanhempien yksimielisen ehdotuksen olevan ehdoton edellytys, joka seuraa suoraan perustuslain tulkinnasta.[225]

(1989) s. 9. *Oelkers – Kasten* katsoivat perustuslakituomioistuimen nojautuneen nimenomaisesti *Fthenakiksen* käsitykseen *Oelkers – Kasten* (FamRZ 1993) s. 18.

[222] *Luthin* (1987) s. 30 alk. *Coester* on myöhemmin omaksunut toisenlaisen lähestymistavan. Hän katsoo mm., että yhteishuoltoa koskevan ratkaisun edellytyksiä ei voida johtaa perustuslakituomioistuimen ratkaisusta, koska lain perustuslainmukaisuus ja toisaalta oikeuspolittinen tarkoituksenmukaisuus ovat eri asioita. *Coester* ottaa lähtökohdakseen lainsäätäjän asettamat edellytykset: lapsen edun ja vanhempien yksimieliselle ehdotukselle annetun etusijan jne. Lopputuloksessa hän päätyy kuitenkin hyvin samantapaiseen tulkintaan, sillä hän pitää vanhempien yksimielistä ehdotusta edellytyksenä sille, että yhteishuolto on lapsen edun mukainen. Staudinger/ *Coester* (1992) § 1671 Rz. 169 alk.

[223] *Luthin* (1987) s. 63 alk.

[224] Näin *Luthin* referoi kahta muutoksenhakutuomioistuinta (OLG Hamburg FamRZ 1985 s. 1248 ja OLG Karlsruhe FamRZ 1987 s. 89) *Luthin* (1987) s. 65, ks. myös *Limbach* (1988) s. 27–29.

[225] *Coester* (FuR 1991) s. 72, 74. Samaan tulokseen tulee myös *Limbach* perustuslain 6 artiklan perusteella jo 1988 *Limbach* (1988) s. 58–59. Vrt. Staudinger /*Coester* (1992) § 1671 Rz. 169 ja 172.

7.3. Yhteishuolto Saksan oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa

Yhteishuoltoa koskevan vaihtoehdon avautuminen ei synnyttänyt mitään yhteishuoltoratkaisujen tulvaa, vaan yhteishuolto näytti – ainakin alkuvuosina – jäävän perustuslakituomioistuimen oletuksen mukaisesti poikkeustapaukseksi. Käytäntöä luonnehtivat yhteishuoltoa koskevien hakemusten harvalukuisuus ja yhdessä huoltajiksi määrättyjen vanhempien hyväosaisuus.

*Jutta Limbach*in johdolla koottu ja analysoitu empiirinen aineisto kaikista Liittotasavallassa tehdyistä yhteishuoltopäätöksistä vuosilta 1983–1985 osoittaa, että yhteishuoltopäätöksiä oli tuona aikana vain 1,3 prosenttia kaikista huoltoa koskevista ratkaisuista.

> Prosenttiosuuksissa ei ollut suurta vaihtelua eri liittovaltioiden kesken: pienimmän osuuden yhteishuoltotapaukset muodostivat Saarlandissa (0,87 %) ja suurimman Bremenissä (2,00 %). Vaihteluväli ylittää siis niukasti yhden prosenttiyksikön. Suurempia vaihteluja löytyy yksittäisten alioikeuksien välillä. Münchenin alioikeudessa yhteishuoltoratkaisujen osuus kaikista huoltopäätöksistä oli lähes 6 %, kun taas Hannoverin alioikeus ylsi vain jotakuinkin kymmenesosaan tästä osuudesta (0,66 %).[226]

Tuomioistuimet hyväksyivät vanhempien vaatiman yhteishuollon melko usein, 88 prosentissa kaikista tapauksista.[227] Ilmeisesti vanhemmat olivat varsin varovaisia yhteishuoltoa koskevissa ehdotuksissaan.

> Perustuslakituomioistuimen asettamat kriteerithän olivat varsin ankarat ja ratkaisussa painotettiin myös yhteishuollon poikkeuksellisuutta. Vanhemmat eivät näin ollen ole voineet olla kovin varmoja yhteishuoltoa koskevan ehdotuksensa menestymisestä. Jommankumman vanhemman yksinhuoltoa on voitu hakea silloinkin, kun valmiutta yhteiseen huoltoon olisi ollut, koska yksinhuoltoa koskevan yhteisen ehdotuksen menestystä on ollut huomattavasti helpompaa ennakoida. Myös asianajajien kokemattomuus ja epävarmuus yhteishuoltoa koskevien asioiden hoidossa voi näkyä yllä esitetyissä luvuissa.[228]

Saksalaisille yhteishuoltotapauksille oli ainakin alkuvuosina tyypillistä myös eräänlainen elitistisyys. Vanhemmat kuuluivat keskimäärin ylempiin

---

[226] *Limbach* (1989) s. 18–21.

[227] *Limbach* (1989) s. 22.

[228] Ks. *Limbach* (1988) s. 23–24. Asianajajilla on todennäköisesti avioeroasioissa huomattavasti vaikutusvaltaa, sillä avioero kuuluu niihin asioihin, joissa on voimassa niin sanottu asianajajapakko.

sosiaaliluokkiin, olivat keskimääräistä paremmin koulutettuja ja äidit olivat keskimääräistä useammin mukana työelämässä.[229] *Limbach*in mukaan yhteishuoltajaisät olivat myös muita isiä aloitteellisempia huoltoa koskevassa asiassa.[230] Yhteishuoltajat olivat myös tavallista yksimielisempiä avioeroa ja sen liitännäiskysymyksiä koskevissa asioissa. Esimerkiksi tapaamisoikeus-, aviovarallisuus- ja elatusapuasioissa puolisoiden yhteisymmärrystä kuvaavat prosenttiluvut vaihtelivat 98:n ja 95:n välillä.[231]

Vuonna 1990 julkaistiin Saksassa ilmeisesti ensimmäinen psykologinen yhteishuoltoa koskeva empiirinen tutkimus. Se perustui noin 90 berliiniläisen eronneen vanhemman haastatteluun. Tutkimuksen kohteena oli erityisesti lasten sopeutuminen avioeroon.[232] Tutkijat *Rainer Balloff* ja *Eginhard Walter* kiinnittivät erityistä huomiota lasten esittämiin toiveisiin vanhempien sovinnosta ja paluusta yhteiselämään. Näitä toiveita esiintyi etenkin niillä lapsilla, joiden vanhemmat olivat edelleen yhdessä heidän huoltajiaan. Nämä epärealistiset toiveet vaikeuttivat heidän mukaansa lasten sopeutumista avioeron jälkeiseen elämään.[233] Tutkijat saattoivat todeta myös, että yhteishuollossa olevilla lapsilla ja yksinhuollossa olevilla lapsilla oli yhtä usein käyttäytymishäiriöitä. Yhteishuolto ei siis tutkimuksen mukaan vähentänyt avioerolasten vaikeuksia.[234] *Balloff* ja *Walter* varoittivat johtopäätöksissään määräämästä yhteishuoltajiksi vanhempia, joista toinen vastustaa yhteishuoltoa tai jotka olisivat yhteistyökyvyttömiä. Yhteishuolto ei heidän mukaansa sopinut myöskään pääsäännöksi huollon määräämisessä.[235]

Myös muussa kirjallisuudessa yhteishuolto sai yleisesti ottaen varovaisen vastaanoton. *Coester* suhtautui yhteishuoltoon vuonna 1983 julkaistussa habilitaatioteoksessaan hyvin varautuneesti.[236] *Horst Luthin*in tekemästä kat-

---

[229] *Limbach* (1989) s. 26–30. Limbachin vuonna (1988) julkaisemassa esityksessä on referoitu *Magnus – Dietrich*in tutkimusta vuodelta 1984, jossa esityksen mukaan on saatu hyvin samankaltaisia tuloksia kuin *Limbach* itse julkaisi vuotta myöhemmin. *Limbach* (1988) s. 32–33.

[230] *Limbach* (1989) s. 22–23.

[231] *Limbach* (1989) s. 30–31.

[232] *Balloff – Walter* (FamRZ 1990) s. 448.

[233] *Balloff – Walter* (FamRZ 1990) s. 452–453.

[234] *Balloff – Walter* (FamRZ 1990) s. 453.

[235] *Balloff – Walter* (FamRZ 1990) s. 450, 454.

[236] *Coester* (1983) kiittää esipuheessaan kustantajaa joustavuudesta, sillä 3.11.1982 annettu perustuslakituomioistuimen ratkaisu voitiin vielä ottaa marraskuussa 1982 päivätyssä käsikirjoituksessa huomioon. Yhteishuoltoa *Coester* on arvioinut erityisesti sivuilla 314–319. Hänen mukaansa yhteishuolto voi tulla kyseeseen ainoastaan niissä poikkeustapauksissa, joissa erillään asuvat vanhemmat ovat tosiasiassa jo pitkähkön ajan toteuttaneet yhteishuoltoa käytännössä.

sauksesta vuodelta 1987 ilmenee, että suurin osa kirjoittajista suhtautui yhteishuoltoon lähinnä torjuvasti tai että ainakin heidän perusasennoitumisensa oli negatiivinen.[237] Yhteishuollon varovaisiin puolustajiin kuuluivat edellä mainitut *Fthenakis* ja *Fehmel*, mutta vain yksi psykologi ja kaksi oikeustieteilijää halusivat nostaa yhteishuollon tasavertaiseksi vaihtoehdoksi tai jopa pääsäännöksi.[238]

Myöhemmin käsitykset muuttuivat yhteishuollolle suopeammiksi. Kirjoittajat tuntuivat vakuuttuneen uudenlaisen avioerokäsityksen tarpeellisuudesta ja sen vaatimasta uudesta oikeudellisesta lähestymistavasta.

7.4. Nachscheidungs-Familie – avioeroperheen käsite

Psykologinen lähestymistapa alkoi yleistyä lasten ja vanhempien välisen suhteen lisäksi myös vanhempien keskinäiseen suhteeseen. Tämä ilmeni muun muassa siten, että parisuhderistiriitojen ratkaisemisessa kokeiltiin erilaisia ei-oikeudellisia ratkaisumenetelmiä. Esimerkiksi Münchenissä ja Stuttgartissa käynnistettiin projektit, joissa avioerovaikeuksissa kamppailevia vanhempia pyrittiin auttamaan. Avioero ymmärrettiin näissä projekteissa nimenomaan kriisiksi, jossa ihmiset tarvitsevat pikemminkin tukea ja ohjausta kuin oikeudellista prosessia. Tuen ja ohjauksen tavoitteeksi asetettiin vanhemman ja puolison roolien erottaminen toisistaan, jotta vanhemmat pystyisivät avioerosta huolimatta toimimaan vastuullisina vanhempina ja mahdollistamaan lapsen myönteisen suhteen jatkumisen molempiin vanhempiinsa.[239] Tätä mallia *Limbach* nimittää avioeroperheen käsitteeksi (*das Konzept von der Nachscheidungs-Familie*).[240]

Limbach ja *Coester* tukeutuivat avioeroperhettä määritellessään lähinnä *Wallersteinin* ja *Kelly*n tutkimukseen. He pitivät avioeroa kriisivaiheena, jossa

---

[237] Näihin torjujiin kuuluivat *Luthin*in mukaan mm. *Gernhuber*, *Schmitt Claeser* sekä *Klussmann*. Negatiivinen perusasennoituminen oli mm. *Coester*illä, *Kropholler*illa, *Neuhaus*illa ja *Schwab*illa, *Luthin* (1987) s. 37–45.

[238] Psykologi *Jopt* sekä juristit *Hinz* ja *Schütz*, joista jälkimmäinen pitää parhaana ratkaisuna yhteishuollon saamista normatiiviseksi pääsäännöksi, josta voitaisiin poiketa vain, jos toinen vanhempi on vapautettava lapsen huollosta. *Luthin* (1987) s. 47–48. Mainitut juristit ja psykologi eivät esiinny tämän työn taustalla olevassa aineistossa tämän esimerkin ulkopuolella.

[239] Ks. lähemmin *Rabaa* (1985), jonka koko työ perustuu ns. Stuttgartin mallin kuvaamiseen.

[240] *Limbach* (1988) s. 51–53. *Coester* käyttää puolestaan termiä *Scheidungsfamilie*, *Coester* (FuR 1991) s. 73.

useat vanhemmat tarvitsevat ennen muuta tukea ja ohjausta saavuttaakseen lapsen kannalta parhaan mahdollisen tavoitteen: lapsen myönteiset suhteet molempiin vanhempiin avioerosta huolimatta.[241] Avioeroperheen käsite merkitsi näin myös ristiriitaa lain taustalla olevan yhteen vanhempaan tukeutuvan tunnesideteorian kanssa. Yhteen vanhempaan liittyvällä tunnesideteorialla oli kuitenkin yhä eräänlainen pääsäännön asema, koska yhteishuolto oli jäänyt niin teoriassa kuin käytännössäkin poikkeukselliseksi ratkaisuksi. Avioeroperhe-käsitteeseen pohjautuvalla lähestymistavalla oli kuitenkin omat kannattajansa.[242]

Avioeroperhettä koskevan lähestymistavan ehkä huomattavin edustaja lakimieskunnan ulkopuolella oli – jälleen – *Fthenakis*.[243] Vuonna 1987 ilmestyneessä laajassa artikkelissaan hän selvitti niin sanotun systeemiteorian mukaista perhekäsitystä. Perheen systeemiteoreettiseen ymmärtämiseen viitataankin saksalaisissa kirjoituksissa usein eräänlaisena avioeroperhe-käsitteen synonyyminä.

> Yleinen systeemiteoria käsittelee *Fthenakiksen* mukaan kaikkia systeemejä koskevia toimintoja ja lainalaisuuksia. Systeemiteoreettinen tapa tarkastella perhettä siirtää huomion yksilön kehitysedellytyksistä perheenjäsenen asemaan perhesysteemin vuorovaikutusverkostossa. Yhden perheenjäsenen käyttäytymisessä tapahtuva muutos vaikuttaa vuorovaikutusverkoston kautta suoraan tai epäsuorasti kaikkiin muihinkin perheenjäseniin. Avioero merkitsee perustavanlaatuista muutosta perheen kokonaissysteemissä. Lapsiperheessä perhesysteemi jatkaa avioeron jälkeenkin olemassaoloaan, vaikka muuttuneena, jos lapsen ja vanhemman välinen vuorovaikutussuhde säilyy jossain muodossa avioerosta huolimatta. Systeemisestä vuorovaikutuksesta seuraa, että lapsen ja muualla asuvan vanhemman laadullisesti heikkenevä suhde vaikuttaa myös lapsen ja lapsen luona asuvan vanhemman väliseen suhteeseen, joka – pelkistetysti esitettynä – rasittuu entisestään. Myönteisessä tapauksessa taas eri perheenjäsenten suhteiden myönteinen vaikutus moninkertaistuu vuorovaikutussysteemin ansioista.[244]

---

[241] *Limbach* (1988) s. 52, *Coester* (FuR 1991) s. 72 alav. 23. Ks. *Wallerstein – Kelly* -tutkimuksesta edellä Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 5.3.2. (Wallerstein – Kelly: Surviving the Breakup) alakohtineen.

[242] Ks. avioeroperhen puolesta *Limbach* (1988) s. 13–15, varsinkin *Rabaa* (1985), kun taas *Balloff* ja *Walter* suhtautuvat hyvin varauksellisesti yhteishuoltoon (FamRZ 1990) s. 445 alk. Ks. samoissa yhteyksissä myös eri kirjoittajien kannanotoista yhteishuoltoon.

[243] *Fthenakis* oli esittänyt tähän liittyviä näkemyksiä jo aiemmin yhdessä muiden kanssa julkaisemassaan teoksessa. Ks. edellä kohta 7.1. (Yhteishuoltoa koskevan ratkaisun psykologinen perustelu – Fthenakis).

[244] *Fthenakis* (Lampe 1987) s. 195–204.

Systeemiteoreettinen käsitys perheestä sopii erityisen hyvin yhteishuoltoajattelun perustaksi. Perhe ymmärretään systeeminä, jolle avioerotilanne merkitsee kriisiä, systeemin joutumista epätasapainoon. Löydettyään uuden tasapainon perhe jatkaa olemassaoloaan avioeroperheenä. Julkisen vallan interventio, jonka tehtäväksi oli mielletty puolisoiden välisen suhteen katkaiseminen ja lasten osoittaminen toisen puolison yksinomaiseen huostaan, ei tämän teorian valossa näyttänyt tarkoituksenmukaiselta. Oli siis luonnollista, että oikeudellisen intervention sijaan alettiin hahmotella interventiomalleja, jotka tukisivat perhesysteemin uuden tasapainon löytymistä.

7.5. Sosiaaliviranomaisten neuvonta ja sovittelu uudeksi interventiomalliksi

Vaikka yhteishuoltoratkaisujen pientä osuutta Saksassa selitettiinkin yhteishuoltoon liittyvien oikeuskysymysten epävarmuudella, arvioitiin yhteishuollon mahdollisuuksien optimaalisen käyttämisen edellyttävän valtiolta myös vanhempia tukevaa ja ohjaavaa interventiota. Tämäntyyppinen interventio mahdollistaisi avioeroprosessin parhaan mahdollisen tuloksen: perheen eri ihmissuhteiden myönteisen vuorovaikutuksen avioeroperheessä.[245]

> Myös psykologit *Balloff* ja *Walter* osallistuivat vuonna 1991 interventiota koskevaan keskusteluun. Tässäkin yhteydessä heidän lähestymistapansa oli varovaisen kriittinen. He varoittavat yleistämästä uutta mallia liikaa. Sovittelun onnistumisen edellytyksenä on heidän mukaansa vanhempien vapaaehtoisuus. Vanhempien joustavuuden lisäksi joustavuutta on edellytettävä myös sovittelijalta. Heidän mukaansa sovittelijan ideologinen sitoutuminen johonkin tiettyyn päämäärään on tuhoisaa sovittelun päämäärän kannalta. Avioerosta luopuminen, yhteishuolto ja jopa tiheä tapaamisoikeus voivat heidän mukaansa kääntyä eri osapuolia ja erityisesti lasta vastaan, jos ratkaisut on tehty taivuttelun tuloksena ilman, että vanhemmat ovat omakohtaisesti sitoutuneet niiden vaatimaan yhteistyöhön.[246]

Avioeroperhettä koskeva keskustelu vaikutti ilmeisesti kuitenkin myös lainsäätäjään. Uudessa lasten- ja nuorisonsuojelulaissa (*Kinder- und Jugendhilfegesetz*), joka tuli voimaan 1.1.1991, säädettiin lastensuojeluviranomais-

---

[245] Ks. *Limbach* (1988) s. 53–55, jossa *Limbach* viittaa *Coesterin* vuodelta 1986 peräisin olevaan artikkeliin. *Coester* on esittänyt saman näkemyksen myöhemmin vuonna 1991 julkaistussa artikkelissaan (FuR 1991) s. 72.

[246] *Balloff – Walter* (FuR 1991) s. 64, 65–68.

ten velvollisuudesta tukea ja auttaa vanhempia avioerotilanteessa. Tuen ja avun tavoitteena on sellaisen käytännön ratkaisun löytyminen, jossa vanhempien vastuu voisi tulevaisuudessa toteutua lapsen edun huomioon ottaen. Sosiaaliviranomaiset velvoitettiin siis antamaan vanhemmille neuvontaa tai sovittelemaan heidän keskinäisissä kiistoissaan, jotta vanhemmat pääsisivät sopimukseen lapsen huoltoa koskevista kysymyksistä. Vaikka lain sanamuodon mukaan eri huoltomuotoja ei aseteta keskenään eriarvoiseen asemaan, on perusteluissa yhteishuoltoa kuitenkin pidetty pisimmälle vietynä yhteisen vanhempainvastuun muotona.[247]

7.6. Hakemusmalli de lege ferenda -lähtökohdaksi

Saksan yhdistyminen lokakuussa 1990 merkitsi entisen Itä-Saksan oikeudellista sulautumista Saksan Liittotasavaltaan.[248] Lain tasolla muutos ei vaikuttanut Liittotasavallan siviilioikeuteen lainkaan, mutta kuten *Coester* on osuvasti huomauttanut, entisen Itä-Saksan oikeuskulttuuri tuli samalla osaksi yhdistyneen Saksan oikeudellista perintöä. Entisen Itä-Saksan perheoikeudessa oli muun ohessa juuri säädetty yhteishuollosta. Huollosta annettiin sen mukaan ratkaisu vain, jos eroavat puolisot sitä erityisesti hakivat.

Coester on kutsunut edellä kuvattua lähtökohtaa »hakemusmalliksi» (*Antragsmodell*).[249] Tämän mallin käyttökelpoisuudesta on käyty ehkä vilkkain yhteishuoltoon liittyvä keskustelu. Etenkin professori *Salgo* on katsonut, että hakemusmalliin siirtyminen merkitsisi sitä, että yhteishuollosta muodostuisi pääsääntö (*Regelfall*) eronneiden vanhempien huollon toteuttamisessa. Syynä on se, että yhteishuoltoa koskeva ratkaisu ei mallin mukaisesti edellyttäisi vanhemmilta minkäänlaista reaktiota avioerotilanteessa. *Salgo* onkin argumentoinut varsin kiivaasti tätä vastaan. Hän on käyttänyt tukenaan muun ohessa jäljempänä esiteltäviä feministijuristien käyttämiä sukupuolten työnjakoon liittyviä argumentteja.

---

[247] Näin *Ollmann* (FamRZ 1993) s. 869. Ks. myös *Coester* (FamRZ 1992) s. 617–623.

[248] Entisessä DDR:ssä oli valmisteltu perheoikeuden kokonaisuudistus, joka tuli voimaan 1.10.1990. Se kumoutui 3.10.1990 Saksojen yhdistymisen toteutuessa. Uusissa osavaltiossa tuli tällöin voimaan Liittotasavallan perheoikeus eräitä poikkeuksia lukuunottamatta. Uudessa DDR:n lainsäädännössä oli säädetty mm. erillään asuvien vanhempien yhteishuollosta. Tapaamisoikeus oli muotoiltu lapsen oikeudeksi pitää yhteyttä molempiin vanhempiinsa. KindRG-E (180/96) s. 52. Ks. yhteensovittamisen ongelmista mm. *Henrich* (FamRZ 1991) s. 873 alk.

[249] *Coester* (FuR 1991) s. 70, hakemusmallista s. 73–74.

> Koska lapset ylivoimaisesti useimmin jäävät ja epäilemättä tulevaisuudessakin jäisivät äitien tosiasialliseen hoitoon, merkitsisi yhteishuolto äitien huoltajuuteen liittyvien toimivaltuuksien vähenemistä. Yhdistettynä hakemusmalliin tämä merkitsisi sitä, että juuri äitien olisi aktiivisesti vaadittava yhteishuollon purkamista tuomioistuimelta. *Salgo* pitää kohtuuttomana sitä, että toimintavelvollisuus jätettäisiin sille osapuolelle, jolla on jo muutenkin päivittäinen huolenpitovelvollisuus. Hän uskoo myös, että passiivisuus johtaisi ikään kuin mukavuussyistä sellaisiin yhteishuoltotapauksiin, joista puuttuu molemminpuolinen sitoutuminen yhteistoimintaan ja joissä yhteinen huolto ei tämän vuoksi toimisi tyydyttävästi.[250]

Hakemusmallin todennäköisyys tulevaisuuden lainsäädäntömallina kasvoi sen jälkeen, kun perustuslakituomioistuin oli antanut ratkaisun aviottomien lasten huoltoa koskevassa asiassa vuonna 1991. Tällöin voimassa olleen oikeuden mukaan aviottoman lapsen huolto oli lapsen syntymän jälkeen yksin äidillä eikä mahdollisuutta vanhempien yhteiseen huoltoon ollut. Lapsen ja isän välistä tapaamisoikeutta ei myöskään voitu toteuttaa vastoin äidin tahtoa.[251] Lapsi voitiin kuitenkin saattaa isäänsä nähden aviolapsen asemaan, jos isä erityisesti haki lapsen julistamista aviolapseksi (BGB 1723 §).[252] Erikoista aviolapseksi julistamisessa oli kuitenkin se, että lapsen huolto siirtyi samalla suoraan lain nojalla yksin isälle (BGB 1738 §). Äidille, jonka suostumus oli kyllä edellytyksenä, jäi ainoastaan tapaamisoikeus ja oikeus saada lasta koskevia tietoja.[253] Juuri tämän lapsen huollon määräytymistä koskevan lainkohdan perustuslakituomioistuin totesi olevan ristiriidassa perustuslain mukaisen perheen autonomian ja vanhemmanoikeuden suojan kanssa.

> Tuomioistuin katsoi, että sen ei tarvinnut ottaa kantaa au-lapsen isän vanhemmanoikeuteen, sillä esillä olleen tapauksen kannalta riitti, että sääntö esti äidin vanhemmanoikeuksien käytön ilman hyväksyttävää syytä. Tapauksessa oli kyse vanhemmista, jotka olivat asuneet yhdessä jo ennen vuonna 1979 tapahtunutta lapsen syntymää ja asuivat edelleen vuonna 1988, jolloin isä haki lapsen julistamista aviolliseksi lap-

---

[250] *Salgo* (FamRZ 1996) s. 449–454. Hän viittaa epätyydyttävästi toimivien yhteishuoltojen osalta *Furstenberg*in ja *Cherlin*in sekä *Maccoby*n ja *Mnookin*in tutkimuksiin. Ks. *Furstenberg – Cherlin:* Geteilte Familien (1993) etenkin s. 116–121 (teoksen saksankielinen laitos on varustettu *Salgo*n jälkikirjoituksella, s. 203–214). *Maccoby*n ja *Mnookin*in tutkimusta on esitelty edellä Kaliforniaa koskevassa jaksossa, kohdassa 8. (Kalifornian avioerolapset 1990-luvulla). Teoksen viimeinen luku on myös käännetty saksaksi. Ks. FamRZ 1995 s. 1–16.

[251] *Schwab* (1993) s. 294–296.

[252] *Schwab* (1993) s, 302–306.

[253] *Schwab* (1993) s. 304.

seksi. Omassa lausunnossaan asianomainen sosiaaliviranomainen totesi kantanaan, että aviolliseksi lapseksi julistaminen lain edellyttämällä tavalla olisi lapsen edun mukainen ainoastaan siinä tapauksessa, että lapsi jäisi molempien vanhempien yhteiseen huoltoon. Tuomioistuin totesikin, että lainkohdan perustuslain mukainen tulkinta edellyttäisi vastaisuudessa, että vanhemmat voisivat olla yhdessä huoltajia silloin, kun he molemmat asuvat yhdessä lapsen kanssa. Näissä tilanteissa asianomainen holhoustuomioistuin ei siis saisi vastaisuudessa liittää aviolliseksi julistamiseen äidin huollon menettämistä tarkoittavaa oikeusvaikutusta eikä myöskään evätä aviolliseksi julistamista sillä perusteella, että äidin huollon menetys olisi lapsen edun vastainen.[254]

Perustuslakituomioistuin ei kuitenkaan todennut, että kyseinen lainkohta olisi sellaisenaan perustuslain vastainen, koska se liitti perustuslain vastaiset oikeusvaikutukset vain niihin oikeustapauksiin, joissa tietyt edellytykset täyttyvät. Ratkaisevaa oli lapsen ja vanhempien asuminen yhdessä. Tuomioistuin velvoitti kuitenkin lainsäätäjää ryhtymään toimenpiteisiin lainsäädännön saattamiseksi perustuslain asettamien vaatimusten mukaiseksi.[255]

Päätös merkitsi ratkaisevaa askelta yhteisen huollon avaamiseksi avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten vanhemmille. Sillä oli erityinen vaikutus myös julkisen vallan intervention oikeutukselle. Tämä vaikutus ulottuu nähdäkseni väistämättä *de lege ferenda* myös aviolapsiin. Perustuslakituomioistuin arvioi nimittäin perusteluissaan yhteishuoltoa myös sitä tilannetta silmälläpitäen, että vanhemmat tulevaisuudessa muuttaisivat erilleen. Tuomioistuin totesi, että yhteishuollon jatkuminen näissä olosuhteissa vastaisi lapsen etua samoin edellytyksin kuin aviolapsen kohdalla.[256]

Jos erilleen muutto avoliitosta ei edellytä valtiovallan puuttumista kuten avioero, ei lapsen huollon määräämistä voi kytkeä automaattisesti mihinkään oikeustosiseikastoon. Avioliiton ulkopuolella syntyneen lap-

---

[254] *BVerfG 7.5.1991* FamRZ 1991 s. 913–917.

[255] FamRZ 1991 s. 917. Aviottomia lapsia koskeva oikeus oli kokonaisuudessan muutoshankkeen kohteena, ks. *Schwab* (1993) s. 287–288, *BVerfG 5.11.1991* FamRZ 1992 s. 157 alk. erit. s. 159–160, ks. myös lapsioikeuden uudistamisesta yleensä *Schwenzer* (Gutachten 1992) s. A9–A11. Ks. uudistuksesta lähemmin kohta 9.1. (Uudistuksen taustaa).

[256] » Das Kind, das in der ne. Lebensgemeinschaft seiner Eltern aufwächst, entwikkelt Beziehungen zu beiden Elternteilen. Der Gesichtspunkt der Stetigkeit in der Entwicklung und Erziehung des Kindes gebietet es, seine gefühlsmässigen Bindungen bei einer Trennung der Eltern zu berücksichtigen. Deshalb kann sich eine gemeinsame Sorge der Eltern über die Trennung hinaus für das Wohl des ne. Kindes als ebenso entscheidend erweisen wie für das Wohl des ehel. Kindes nach der Scheidung seiner Eltern.»(viittaus perustuslakituomioistuimen ratkaisuun 3.11.1983 yhteishuollosta avioeron jälkeen). *BVerfG 7.5.1991* FamRZ 1991 s. 916.

sen yhteishuollon purku voi ylipäänsä tulla kysymykseen vain hakemuksen perusteella. *De lege ferenda* ei aviolapsia voida asettaa tässä suhteessa eri asemaan. Avioerolla ei lapsen huollon kannalta voisi yksin olla enää sitä lapsen edun vaarantavaa vaikutusta, joka oikeuttaisi julkisen vallan omasta aloitteestaan puuttumaan lapsen huoltoon.[257] *Salgon* edellä esitettyä argumentointia ei tässä suhteessa voida pitää kestävänä.

Ennen lapsilainsäädännön uudistuksen toteutumista Saksassa näyttää kuitenkin olleen rinnakkain kaksi eri avioeroa ja huollon määräytymistä koskevaa ideologiaa. Vanhempien parhaimmistolle oli varattu yhteishuoltomalli, mutta enemmistö kirjoittajista katsoi sen soveltuvan vain noin neljännekselle eroavista vanhemmista.[258] Suuren osan vanhemmista katsottiin kuitenkin eroavan riidellen ja turvautuvan yksinhuoltoon.[259]

Yhteishuoltoa vastaan ovat argumentoineet Saksassa myös feministiset oikeustieteilijät. Heistä lähemmin seuraavassa.

8. Naisnäkökulmasta Saksassa

8.1. Tasa-arvonäkökohdista ennen yhteishuoltoa

Feminismi on viime vuosina voimistunut oikeustieteellisenä virtauksena, mutta oikeuspoliittisena tavoitteena se ei Saksassa ole uusi. Naisen oikeudellisen aseman parantaminenhan oli jo Saksan perustuslain sukupuolten tasa-arvoa koskevan artiklan sekä sen voimaanpanoa koskeneen tasa-arvolain taustalla.[260]

Eräänlaista naisnäkökulmaa – joskaan ei varsinaisesti feinististä kannanottoa – lapsen huoltoa koskeviin kysymyksiin ilmensi myös edellä mainittu Saksan Naisjuristien liiton (*Deutsche Juristinnenbund*) vaihtoehtoinen ehdotus lapsen huoltoa koskevaksi lainsäädännöksi.[261] Saksan Naisjuristien liitto julkaisi myös vuonna 1992 lapsioikeudellista uudistusta koskevia esseitä. Tällöin kannatettiin huollon määräämistä hakemusperusteella sekä eril-

[257] *Coester* (FuR 1991) s. 73, sama (FamRZ 1992) s. 623–625.

[258] *Ollmann* (FamRZ 1993) s. 870.

[259] Ks. perustuslakituomioistuimen tulkinnasta *Schwab* (1995) s. 269.

[260] Ks. edellä kohta 4.2. (Naisista tasa-arvoisia huoltajia) sekä myös 5.2.2. (Krüger: Syyttömien etusija useimmiten äitien hyväksi).

[261] Ks. edellä kohta 6.6. (Miksi yhteishuolto torjuttiin vuoden 1979 uudistuksessa?).

lään asuvien vanhempien yhteishuoltoa silloin, kun vanhemmat hakevat sitä yhdessä.[262]

Ensimmäinen kriittinen feministinen kirjoitus lapsen huoltoa koskevasta oikeudesta sisältyi *Gisela Zenz*in ja *Ludvig Salgo*n vuonna 1983 julkaisemaan tutkimukseen »*Zur Diskriminierung der Frau im Recht der Eltern-Kind-Beziehung*» (Naisen oikeudellisesta syrjimisestä lapsi – vanhempi -suhteessa). Mainitut kirjoittajat laativat tutkimuksen Liittovaltion nuoriso-, perhe ja terveysasiaministerin toimeksiannosta.[263] Kirjoittajat nostivat ehkä hieman yllättäenkin lapsen huollon määräämisen tärkeimmäksi kysymykseksi naisen oikeudellisessa syrjinnässä. Ongelmana näytti heidän mukaansa olevan miehen ja naisen yhä enenevä tasa-arvo lapsen huollon määräämisessä.

Tunnesideteorian mukaisesti oli tuomioistuimen nimittäin määrättävä vuonna 1980 voimaan tulleen lainsäädännön nojalla isä lapsen huoltajaksi, jos lapsen tunneside isään oli voimakkampi kuin äitiin. Tämä oli vastoin yleistä – vaikkakin kiisteltyä – äidin etusijaa koskevaa kokemussääntöä.[264] Sääntö oli kirjoittajien mukaan ongelmallinen naisen kannalta, koska naiset edelleenkin orientoituivat yleisesti kodin ja lasten hoitajiksi. Tämän vuoksi naiset eivät heidän mukaansa esimerkiksi opiskelleet niin paljon kuin miehet ja he osallistuivat myös miehiä huomattavasti vähemmän työelämään. Kirjoittajien mukaan naiset itse myös halusivat pysyä lastensa huoltajina avioerosta huolimatta. Lainsäädäntö ei kuitenkaan ottanut millään tavoin huomioon naisten lastensa hoitoa ajatellen tekemiä koulutus- tai uravalintoja. Miehet olivat huollon määräämisessä tasavertaisessa asemassa, vaikka esimerkiksi juuri heidän koulutuksensa ja uravalintansa olisi tehty muita näkökohtia ajatellen.[265] Huollon määräytymisessä lapsen tunneside oli kuitenkin määräävin argumentti.[266]

---

[262] Ks. *Thesen des Deutschen Juristinnenbundes* FamRZ 1992 s. 912. Kannanotto ei sinänsä juurikaan eroa 59. Saksan lakimiespäivien (Deutsche Juristentag) kannanotosta. Lakimiespäivät hylkäsivät kannanoton, jonka mukaan vanhemmanvastuu olisi säilynyt ennallaan avioerosta huolimatta. Vanhemmanvastuu (Elternverantwortung) saattaa viitata tässä yhteydessä Englannin Children Act 1989 mukaiseen vanhemman vastuun (*parental responsibility*) -käsitteeseen, mutta keskusteluissa lienee juuri tätä vaihtoehtoa vastustettu pääsääntöisen yhteishuollon (Gemeinsame Sorge als Regelfall) nimikkeellä.

[263] *Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit*, ks. *Zenz – Salgo* (1983) s. 9.

[264] *Zenz – Salgo* (1983) s. 32.

[265] *Zenz – Salgo* (1983) s. 35–36.

[266] *Zenz – Salgo* (1983) s. 37, kirjoittajat nojautuvat tässä yhteydessä *Coesterin* argumentointiin, jonka *Coester* on tuonut esille kirjassaan (1983) s. 219–226.

8.2. Yhteishuolto ja feministinen oikeustiede

Saksan nykyisen naisoikeudellisen suuntauksen kannalta ratkaisevana voidaan pitää aikauskirja »*Streit*»in ilmestymistä ensi kerran vuonna 1983.[267] Tämä suuntaus on merkinnyt lapsen huollon osalta nimenomaisesti yhteishuollon vastustamista. Tarkastelen seuraavassa erityisesti kolmea feminististä kirjoitusta, nimittäin *Jutta Bahr-Jendges*in artikkelia vuodelta 1993, *Anita Heiliger*in artikkelia vuodelta 1992 sekä *Marianne Breithaupt*in artikkelia vuodelta 1994.[268]

Feministien kannalta yhteishuollon ongelmana on ollut se, että lapsen hoitoon liittyvät oikeudet ja velvollisuudet jakautuvat yhteishuollossa epätasaisesti miesten ja naisten välillä. Ongelmana ei sitä vastoin ole pidetty sitä, että lasten hoito avioerossa yleensä jää naisille, jotka jo avioliiton aikanakin ovat pääasiassa olleet vastuussa lapsista. Tämä tilanne on otettu eräänlaisena annettuna faktana, jota ei kyseenalaisteta.[269] Sen sijaan on vastustettu sitä, että naisten pitäisi avioeron jälkeen pyytää lupa entiseltä mieheltään erilaisiin lastensa hoitoon liittyviin ratkaisuihin, mitä yhteishuolto yleensä merkitsisi. Feministit ovat nähneet tässä paluun patriarkaaliseen isyyteen (»... eine Regression auf überwunden geglaubte Positionen patriarchaler Vaterschaft»).[270] *Breithaupt* on verrannut yhteishuoltoa ennen vuotta 1957 vallineeseen oikeustilaan, jossa isälle jäi avioeron jälkeenkin aina lapsen omaisuuden holhous ja lapsen laillinen edustus.[271] *Bahr-Jendges* on puolestaan verrannut yhteishuoltoa avioliitto-instituutioon: avioliiton menettäessä merkitystään ja perheen saadessa yhä pluralistisempia muotoja lasten kytkeminen parisuhdetta edustavaan perhemalliin tapahtuu nyt lapsen huollon kautta. Vanhemmuus on instituutiona korvannut avioliiton.[272]

Kaikki kolme kirjoittajaa ovat vastustaneet yhteishuoltoa myös siksi, että he ovat pitäneet sen taustalla olevaa ideologiaa, vanhempien yhdenvertai-

---

[267] Ensimmäinen lapsen huoltoa koskeva artikkeli oli *Jutta Bahr-Jendges*in kirjoitus Geimeinsames Sorgerecht nach Trennung und Scheidung, Streit 1/83.

[268] Näistä ainoastaan ensiksi mainittu on julkaistu Streit-aikakauslehdessä, *Heiliger*in artikkeli on julkaistu FamRZ- ja *Breithaupt*in Kritische Justiz -aikakauslehdessä.

[269] Toisin kuin Yhdysvalloissa 1960- ja -70-luvuilla. Ks. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 3.2. (Sukupuolten tasa-arvo ja Kalifornian vuoden 1972 uudistus), ks. Feministien yhteishuoltokritiikistä Yhdysvalloissa, kohta 5.5. (Feministinen kritiikki ja vuoden 1988 lainmuutos).

[270] *Heiliger* (FamRZ 1992) s. 1008.

[271] *Breithaupt* (Kritische Justiz 1994) s. 424–425, ks. mainitusta lainsäädännöstä edellä kohta 4.2. (Naisista tasa-arvoisia huoltajia).

[272] *Bahr-Jendges* (Streit 1993) s. 28–31.

suutta lasten kannalta, todellisuudelle vieraana. *Breithaupt* on esittänyt artikkelissaan lukuja, joiden mukaan naisten osallistuminen työelämään on Saksassa kyllä kasvanut, mutta se on edelleenkin huomattavasti miesten osallistumista vähäisempää.

> Vuonna 1989 kaikista (silloisen Länsi-Saksan) naimisissa olevista naisista vain 44,7 % osallistui aktiivisesti työelämään. Vähiten kotiäitejä oli Baijerissa, missä työssäkäyvien naimisissa olevien äitien osuus oli muutenkin suurin, suurimmillaan 58 %. Luku kertoo *Breithaupt*in mukaan kuitenkin lähinnä työssäkäymisen välttämättömyydestä perheen elatuksen kannalta eikä niinkään naisen vapautumisesta. Samaan viittaa se, että suurin osa naisista työskenteli tai toivoi voivansa työskennellä vain osa-aikaisesti.

Lasten hoito ja kasvatus oli feinististen kirjoittajien mukaan edelleenkin perheellisen naisen tärkein tehtävä saksalaisessa yhteiskunnassa. Lasten huoltoon liittyvät oikeudet ja velvollisuudet eivät ole näin ollen jakaantuneet tasan edes avioliiton yhteishuollon aikana. Erillään asuvien vanhempien yhteisessä huollossa olevista lapsista puolestaan noin 70 % asui äidin luona. Oikeuksien ja velvollisuuksien epäsuhdasta eron jälkeen saivat siis yleensä kärsiä juuri naiset.[273]

Heiliger on perustellut kielteistä kantaansa yhteishuoltoon lähinnä *Balloffin* ja *Walterin* sekä *Wallersteinin* ja *Blakesleen* tutkimuksilla.[274] Niiden valossa yhteishuollon asettaminen pääsäännöksi merkitsisi niiden tosiasiallisten ongelmien kieltämistä, joita suurimmalla osalla eronneista isistä on vastuun kantamisessa lastensa koko arkipäivästä. *Heiliger* on katsonut myös, että isien on vaikea hyväksyä sitä, että lapsen aseman parantaminen edellyttäisi äitien työn tukemista ja yhteistyötä heidän kanssaan.[275]

Breithaupt on katsonut, että Saksassa on käytössä eräänlainen »sukupuolisopimus» lasten hoidosta, joka merkitsee sitä, että lasten tosiasiallinen hoito on naisten vastuulla miesten osallistuessa siihen maksamalla rahallista kor-

---

[273] *Breithaupt* (Kritische Justiz 1994) s. 420, 423–424. *Bahr-Jendges* toteaa, että tutkimusten valossa vain 2–5 %:ssa perheistä vanhempien onnistuu jakaa kotityöt suunnilleen tasan. Mitä tulee taas erossa asuvien vanhempien elämään, hän huomauttaa, pienten alle kouluikäisten lasten hoito jää tällöin äidille yli 97 %:ssa tapauksista. *Bahr-Jendges* (Streit 1993) s. 33.

[274] *Heiliger* (FamRZ 1992) s. 1008–1010. Ks. *Balloffin* ja *Walterin* tutkimuksista edellä kohdat 7.3. (Yhteishuolto Saksan oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa) sekä 7.5. (Sosiaaliviranomaisten neuvonta ja sovittelu uudeksi interventiomalliksi). Ks. *Wallerstein – Blakeslee* -tutkimuksesta edellä Kalifornia koskeva jakso, kohdan 5.3.2.1. (Tutkimuksen tavoitteet ja tutkimusmenetelmä) alaviite.

[275] *Heiliger* (FamRZ 1992) s. 1010, 1011.

vausta.[276] »Sukupuolisopimus» on miesten osalta aiemmin merkinnyt sitä, että he ovat olleet perheen yksinomaisia elättäjiä. Naisten osallistuessa yhä enenevässä määrin työelämään kodin ulkopuolella miesten rooli vain rahavaroin kodin ylläpitoon osallistuvana elättäjänä on lakannut olemasta uskottava. Aviomiehet joutuvatkin kohtaamaan epämukavia paineita kotitöiden ja lasten kasvatuksen jakamisesta. Mikä siis olisikaan miellyttävämpää kuin yhteishuolto avioeron jälkeen! Yhteishuollon avulla eronneet miehen säilyttävät vanhemmuuteen liittyvät oikeutensa, mutta voivat elatusapua maksamalla ikään kuin ostaa itsensä vapaiksi huonosta omastatunnosta ja kaiken päätteeksi pitää itseään vieläpä hyvinä isinä, on *Breithaupt* todennut. Yhteishuolto, jossa nainen hoitaa lapset, mutta jakaa miehen kanssa lasten huoltoon liittyvät oikeudet, vahvistaisi siis hänen mukaansa entisestään yllä mainittuja yhteiskunnassa vallitsevia sukupuolirooleja ja niihin perustuvaa »sukupuolisopimusta».[277]

Bahr-Jendges on katsonut puolestaan, että on suorastaan itsestään selvää, että avoin oikeuskäsite, lapsen etu, toteuttaa patriarkaalisessa yhteiskunnassa patriarkaalisia tavoitteita. Isän status voidaan *Bahr-Jendges*in mukaan yhdistää yhteiskunnassa vallitsevaan muuhun miehiseen vallankäyttöön. Sen kääntöpuolena olisi naisten pienempi vaikutusvalta, joka liittyy huolenpitoon ja hoivatyöhön. Tästä vallanjaosta voitaisiin *Bahr-Jendges*in mukaan poiketa lapsen edun tulkinnassa vain siinä tapauksessa, että tulkinnassa vanhemmuuteen sisältyvät rooli- ja valtasuhteet otettaisiin huomioon.[278]

Kaikki kolme ovat hyväksyneet yhteishuollon periaatteessa silloin, kun nainen on hyväksynyt sen.[279] Etenkin *Breithaupt* on kuitenkin pohtinut sopimuksen ja suostumisen merkitystä huollon määräytymisessä. Tässä yhteydessä hän on arvioinut kriittisesti saksalaista sovittelujärjestelmää, jossa tavoitteena on erityisesti yksimielisyyden saavuttaminen huoltoa koskevasta

---

[276] »Sukupuolisopimus» -käsitteellä kirjoittaja todennäköisesti viittaa *Carole Patemanin* samannimiseen paljon julkisuuttaa saaneeseen teokseen *The Sexual Contract* (1988), jossa käsitellään yhteiskunnan sukupuolittunutta työnjakoa.

[277] *Breithaupt* (Kritische Justiz 1994) s. 422–425. Samoin *Stein-Hilbers* (FuR 1991) s. 200. *Breithaupt* argumentoi *Fthenakiksen* luomaa isyyden ihannoimista vastaan. Hän arvelee useimpien isien noudattavan mieluummin *Fthenakiksen* esimerkkiä kuin hänen kirjojaan. *Fthenakis*, joka ei itse osallistu lastensa päivittäiseen hoitoon, on kirjoittajan siteeraaman lähteen mukaan tunnustanut pitävänsä ajan puutteen vuoksi yhteyttä lapsiinsa vain puhelimitse. *Breithaupt* (Kritische Justiz 1994) s. 426.

[278] *Bahr-Jendges* (Streit 1993) s. 34–35.

[279] *Bahr-Jendges* (Streit 1993) s. 32–33,38, *Heiliger* (FamRZ 1992) s. 1011, *Breithaupt* (Kritische Justiz 1994) s. 436.

ratkaisusta puolisoiden kesken.[280] Naisia voidaan hänen mukaansa painostaa hyväksymään yhteishuolto yhtäältä antamalla ymmärtää, että se olisi lasten kannalta paras vaihtoehto, ja toisaalta myös keinona välttää huoltoa koskeva oikeusriita. Oikeusriidan tuloksenahan nainen voisi menettää huollon kokonaan, kun taas yhteishuolto takaisi hänelle ainakin lasten päivittäisen hoidon. Tällöin nainen itse asiassa kuitenkin luopuisi huoltoon liittyvistä oikeuksistaan miehen hyväksi. Kaupan päälle tulisi myös miehen mahdollisuus kontrolloida yhteishuollon kautta naisen elämää. Nainen onkin *Breithaupt*in analyysissä tavallaan heikompi sopimusosapuoli, joka on suostumassa vastapuolelle huomattavasti edullisempaan sopimukseen. Naisen suostumuksen aitouteen tulisikin siis kiinnittää erityistä huomiota. Yhteishuoltoa koskeva sopimus tulisi myös aina voida sanoa irti avioeron jälkeen.[281]

Yhteenvetona voidaan todeta, että saksalaiset feministioikeustieteilijät näyttävät kritikoivan yhteishuoltoa amerikkalaisten feminististen tapaan, koska he pitävät sitä eräänlaisena epäoikeutettuna valtasuhteena. Lausumattomana taustaoletuksena näyttäisi olevan se, että miesten tulisi ikään kuin etukäteen ansaita lasten huoltoon liittyvät oikeutensa osallistumalla aktiivisemmin lasten hoitoon. Yhdenvertaisten lasten huoltoon liittyvien oikeuksien edellytyksiin näyttäisi luettavan myös laajemmat muutokset: naisten osallistuminen työelämään ja siitä seuraava »sukupuolisopimuksen» purkaminen, minkä ansiosta hoivatyö tuottaisi nykyistä enemmän yhteiskunnallista vaikutusvaltaa.[282]

Muita tulevaisuudenvisioita – kuin edellä mainitut eräänlaiset ohjelmalliset feministiset tavoitteet – saksalaiset feministit eivät tunnu tarjoavan. Heidän vaatimuksensa eivät konkretisoidu esimerkiksi pääasiallista hoitajaa koskevaksi ehdotukseksi amerikkalaisten feminististen tapaan.[283] Heidän näkökulmastaan on todennäköisesti ollutkin tärkeintä vastustaa edessä olevaa lainsäädäntöuudistusta tai ainakin vaikuttaa siihen niin, että yhteishuoltoon tultaisiin suhtautumaan mahdollisimman pidättyvästi. Samaan tavoitteeseen liittyy ilmeisesti myös yhteishuoltokehityksen leimaaminen paluuksi vanhoihin

---

[280] Ks. edellä kohta 7.5. (Sosiaaliviranomaisten neuvonta ja sovittelu uudeksi interventiomalliksi).

[281] *Breithaupt* (Kritische Justiz 1994) s. 430, 432–433, 436–437.

[282] Hoivatyön huono yhteiskunnallinen arvostus on yleinen feministinen teema. Sen mukaan naisten alistamiseen liittyy se, että hoivotyöhön – oli se sitten yksityistä tai ammatillista – ei yleensä liity yhteiskunnallista vaikutusvaltaa. Ks. tästä esim. *Julkunen* (toim. Eräsaari – Julkunen – Silius, 1995) s. 203 alk.

[283] Ks. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 6.3. (Feministinen kritiikki erityisesti psykotieteellistä vallankäyttöä kohtaan).

jo kertaalleen hylättyihin säätelymalleihin. Olemassaoleva säätely on sitä vastoin näiden kirjoitusten aikaan taannut naisille varsin hyvin juuri sellaisen aseman, jota feministit tavoittelivatkin.[284]

9. Uuden vuosituhannen lapsioikeutta

9.1. Uudistuksen taustaa

Edellä selostettu vuonna 1991 annettu perustuslakituomioistuimen ratkaisu, jossa lainsäädännön avoliitossa asuville vanhemmille asettama yhteishuollon este todettiin perustuslain vastaiseksi, sisälsi siis liittovaltiopäiville suunnatun kehotuksen saattaa lainsäädäntö vastaamaan perustuslakia.[285] Asia liitettiin lapsioikeuden kokonaisuudistukseen, joka oli tarpeen muustakin syystä esimerkiksi siksi, että saatettaisiin eronneiden vanhempien yhteishuoltoa koskeva oikeudellinen säätely perustuslain vaatimalle tasolle. Mittavien selvitysten jälkeen liittohallitus antoikin 22.3.1996 ehdotuksen lapsioikeuden uudistamiseksi (*Kindschaftsrechtsreformgesetz*).[286] *Bundestag* -liittovaltiopäivät hyväksyivät ehdotuksen 25.7.1997 ja liittoneuvosto (*Bundesrat*) 17.10.1997. Lakiuudistus tuli siten pitkän valmisteluvaiheen jälkeen voimaan 1.7.1998 yhdessä eräiden muiden, siihen läheisesti liittyvien uudistusten kanssa.[287] Lähellä vuosituhannen vaihdetta toteutunut uudistus muodostaa sopivan päätöksen Saksaa koskevalle jaksolle, jonka lähtökohtana oli tilanne vuoden 1900 vaihtuessa, kun uusi *BGB*-siviililakikirja viitoitti suuntaa aikakaudelle.

---

[284] Puolustusasemista huolimatta näitä kirjoituksia voisi mielestäni kritikoida juuri siitä, että niissä ei anneta konkreettisempia vaihtoehtoja lasten huollon vastuun jakamiseksi oikeudenmukaisemmin. Feministien edustama näkemys lapsen huollon määräämisen myönteisestä kehityksestä jää näin kovin staattiseksi. Ehdoton tasa-arvopolitiikka ei taivu dynaamisiksi kehitystä edistäviksi malleiksi, vaan voi johtaa siihen, että feministit jäävät konkreettisia uudistusmalleja koskevan keskustelun ulkopuolelle.

[285] Ks. lähemmin esim. *Salgo* (Kritische Vierteljahresschrift 1994) s. 264–266.

[286] Selvityksistä on mainittava etenkin Hampurin *Max Planck -instituutin* toimesta laadittu lapsioikeuden vertaileva esitys, joka käsittää selostuksen 12 eri maan lapsioikeudellisesta säätelystä sekä näiden yhteenvedon laajuudeltaan hakemistoineen noin 700 sivua. *Kindschaftsrecht im Wandel* (MPI 1994). Ks. muista selvityksistä *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts*, BT-Drucksache 180/96 lyh. *KindRG-E* 180/96 s. 59–61. Ks. ehdotuksen sisällöstä myös *Walter* (FamRZ 1995) s. 1538–1545.

[287] *Schwab – Wagenitz* (FamRZ 1997) s. 1378. Ks. valmisteluista esim. *Frank* (International Survey of Family Law 1996) s. 179 alk.

Juuri voimaan tulleen uudistuksen painopiste oli avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten oikeudellisen aseman parantamisessa.[288] Syntyperästä johtuvan lasten oikeudellisen erottelun poistaminen edellytti muutoksia etenkin isyyttä, huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevaan sääntelyyn, mutta myös esimerkiksi nimi- ja adoptio-oikeuteen sekä menettelynormeihin.[289] Se, että uudistuksen virikkeenä on ollut nimenomaisesti avioliiton ulkopuolisten lasten asema, ilmentää osaltaan Saksan perheoikeuden rakenteissa tapahtumassa olevaa murrosta.[290] Enää ei pidetä oikeutettuna sitä, että perheenjäsenten välisiä suhteita arvostettaisiin eri tavoin riippuen siitä, mihin oikeudelliseen luokkaan perhe kuuluu. Avoliittojen asema on vakiintunut yhtenä erillisenä perhemuotona.

> Eräänä osoituksena tästä oli myös 7.3.1995 annettu perustuslakituomioistuimen ratkaisu, jossa avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen adoptio ilman isän antamaa suostumusta todettiin perustuslain vastaiseksi. Tällä ratkaisulla perustuslain mukainen perheen autonomian ja vanhemmanoikeuden suoja ulotettiin koskemaan avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen ja tämän isän välistä suhdetta. Suoja liitettiin tässä yhteydessä myös ensimmäisen kerran isyyteen biologisena tosiasiana ilman, että samalla olisi edellytetty lapsen ja isän välistä sosiaalista yhteyttä.[291]

Dieter Schwab on katsonutkin, että uudistus ilmentää saksalaisessa perheoikeudessa tapahtumassa olevaa siirtymää perhekeskeisestä sääntelystä yksilökeskeiseen sääntelyyn (»*die Familie als Treffpunkt von Individualrechten*»).[292]

---

[288] Ks. *Schwab*in pääkirjoitus FamRZ -aikakauslehden numerossa 13/1998, joka ilmestyi uudistuksen voimaantulopäivänä 1.7.1998. *Schwab* (pääkirj. FamRZ 1998/13).

[289] Ks. lähemmin *Schwab – Wagenitz* (FamRZ 1997) s. 1377 alk.

[290] Lakiehdotuksesta ilmenee myös, että vuonna 1994 ns. uusien osavaltioiden eli entisen DDR:n alueella syntyneistä lapsista yli 40 % syntyi avioliiton ulkopuolella. Entisen Länsi-Saksan alueella aviottomien lasten osuus oli noin 12 %. KindR-GE (180/96) s. 47 sekä *Duncan* (Journal of European Social Policy 1995) s. 281. Ks. avoliittoihin liittyvää tilastomateriaalia lähemmin mts. 48. Avoliittokysymyksen ajankohtaisuutta ilmentävät mm. seuraavat oikeustieteelliset artikkelit: *Grziwotz*: Rechtsprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft (FamRZ 1994) s. 1217 alk. sekä *Hermanns*: Neuere sozialwissenschaftliche Befunde zum inhaltlichen Verständnis von Ehe und Familie (FamRZ 1994) s. 1001 alk.

[291] Ks. lähemmin *Coester* (FamRZ 1995) s. 1245 alk., *Salgo* NJW 1995 s. 2129–2134 sekä *Frank* (The International Survey of Family Law 1995) s. 171 alk. Vrt. edellä esitelty vuonna 1991 annettu perustuslakituomioistuimen edellinen ratkaisu, jossa isän ja lapsen sosiaaliselle yhteydelle annettiin ratkaiseva merkitys (BVerfG 7.5.1991), kohta 7.6. (Hakemusmalli de lege ferenda -lähtökohdaksi).

[292] *Schwab* (FamRZ 1995) s. 513 alk. etenkin s. 514.

Yksi konkreettinen osoitus säätelyn yksilöllistymisestä on uusi tapaamisoikeutta koskeva normisto. Siihen on kiinnitetty runsaasti huomiota, lähinnä siksi, että aviottomien lasten isien oikeusasema tapaamiskysymyksissä oli aiemmin varsin huono, vaikka epäkohtaa oli pyritty lieventämään tulkinnan avulla.[293] Uuden lainsäädännön lähtökohtana onkin, että yhteydenpito lapselle läheisten henkilöiden ja etenkin lapsen (biologisten) vanhempien kanssa on lapsen edun mukaista. Lapsesta erillään asuvalle vanhemmalle kuuluu aina myös itsenäinen oikeus tavata lasta.[294]

9.2. Avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten huolto uuden lainsäädännön perusteella

Vanhemmat, jotka eivät ole keskenään naimisissa, tulevat uuden lain nojalla yhdessä lapsensa huoltajiksi, kun he antavat tätä koskevan ilmoituksen *Jugendamt*-sosiaaliviranomaisille (*Sorgeerklärung*).[295] Äiti tulee uuden lain perusteella kuitenkin edelleen yksin lapsen huoltajaksi lapsen syntyessä.[296] *Sorgeerklärung*-ilmoitus on käytännössä ainoa tapa perustaa yhteinen huol-

[293] Aiemman oikeuden perusteella ei au-isällä tai vielä vähemmän lapsella ollut minkäänlaista oikeutta tapaamisiin. Holhoustuomioistuin saattoi kuitenkin päätöksellään todeta, että isä oli »kelvollinen» (»*hat die Befugnis*») tapaamaan lasta, sikäli kuin tapaamisten voitiin arvioida palvelevan lapsen etua. Viime vuosina tästä tulkinnasta olikin tullut pääsääntö. Ks. lähemmin *Oelkers* »Die Rechtsprechung zum Umgangsrecht – eine Übersicht über die letzten fünf Jahre» (FamRZ 1995) s. 1385 alk. etenkin s. 1386–1387. Aviottoman lapsen isän oikeutta tavata lastaan pyrittiin varovaisesti parantamaan jo joitakin vuosia sitten lakiehdotuksella, joka ei kuitenkaan johtanut lainsäädäntöön asti. KindRG-E (180/96) s. 56.

[294] Ks. lähemmin *Rauscher* (FamRZ 1998) s. 329–341. KindRG-E (180/96) s. 18, ks. myös s. 1–2. Tapaamisoikeutta ei haluttu määritellä lapsen oikeudeksi lähinnä käsitteestä aiheutuvien menettelyllisten hankaluuksien vuoksi. Menettelyn vaikeutumisen ei myöskään katsottu palvelevan lapsen asemaa, KindRG-E (180/96) s. 78–79. Lapsen edusta lähemmin vielä tuonnempana.

[295] *Lipp* (FamRZ 1998) s. 69–71, KindRG-E (180/96) 1626a §, s. 18, 68–70.

[296] Au-äidin oikeuksia rajoitti aiemmin *Jugendamt*-sosiaaliviranomainen, joka toimi lapsen uskottuna miehenä suoraan lain nojalla (nk. *Amtspflegeschaft*). Tämän asetelman purkaminen ja muuttaminen vapaaehtoisluontoiseksi tueksi (*Beistandschaft*) kuului 24.3.1995 annettuun lakiehdotukseen (Entwurf eines Gesetzes zur Abschaffung des gesetzlichen Amtspflegeschaft und Neuordnung der Beistandschaft, BT-Drucks. 13/892). Hyväksytty laki tuli voimaan samanaikaisesti lapsioikeusreformin kanssa. *Schwab – Wagenitz* (FamRZ 1997) s. 1377. Ehdotuksen taustasta ks. *Richter* (FamRZ 1994) s. 5–9. Au-äidistä on po. lakiuudistuksen nojalla tullut lapsensa täysivaltainen huoltaja ja hol-

to naimattomien vanhempien kesken. Se edellyttää aina molempien myötävaikutusta.[297]

Uuden lainsäädännön perusteluissa on korostettu, että osa aviottomista lapsista syntyy nykyisinkin lyhytaikaisissa suhteissa, minkä vuoksi äideille on haluttu antaa vahva ja riippumaton oikeudellinen asema. Yhteisen huollon pakottamisen on puolestaan uskottu johtavan vanhempien välisiin ristiriitoihin tai entisten ristiriitojen kärjistymiseen. Sillä olisi siis haitallinen vaikutus lapsen hyvinvoinnille. Silloin kun molemmat vanhemmat ovat yhteisen huollon kannalla, sen perustaminen on tehty kuitenkin varsin yksinkertaiseksi.[298] Yhteisen huollon purkamiseen sovelletaan puolestaan samaa määräystä kuin avioliiton perusteella suoraan lain nojalla syntyneen yhteishuollon purkamiseen.[299]

9.3. Yhteishuollon säilyttäminen tai purkaminen, kun vanhemmat asuvat erillään

Avioeron jälkeinen yhteishuolto on vuoden 1982 perustuslakituomioistuimen ratkaisun jälkeen vähitellen saavuttanut Saksassa vakiintuneen aseman. Se yleistyi selvästi 1990-luvun alkupuolella, vaikka sen suosio esimerkiksi Skandinaviaan ja Yhdysvaltohin verrattuna onkin edelleen vähäinen. Yhteishuolto ei ole myöskään enää vain pienen elitistisen ryhmän etuoikeus, jollaisena sitä pidettiin aikaisemmin.[300] Tämänkin vuoksi yhteishuollon sääteleminen lailla oli tullut välttämättömäksi.[301]

> Uutta lakiehdotusta varten koottiin lapsen huoltoa koskevat ratkaisut koko Liittovaltion oikeustilastoista ajalta 1.7.1994 – 30.6.1995. Yhteishuoltoa koskevien ratkaisujen osuus oli tällä aikavälillä lähes 18 %.[302]

---

hooja. *Walter* (FamRZ 1995) s. 1539. Ks. uudistetusta laista *Schwab – Wagenitz* (FamRZ 1997) s. 1380–1381.

[297] KindRG-E (180/96) s. 68–70, *Schwab – Wagenitz* (FamRZ 1997) s. 1379. Erityistilanteessa vanhempien yhteinen huolto on vahvistettava tuomioistuimessa. Myös tällöin vaaditaan molempien suostumus. Ks. uudesta 1672 §:stä KindRG-E (180/96), s. 20, *Schwab* (FamRZ 1998) s. 458 sekä *Lipp* (FamRZ 1998) s. 72–73.

[298] KindRG-E (180/96) s. 69.

[299] Uusi BGB 1671 §, mistä lähemmin seuraavassa kohdassa.

[300] Ks. edellä kohta 7.3. (Yhteishuolto Saksan oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa).

[301] Samoin KindRG-E (180/96) s. 70.

[302] Eniten yhteishuoltoa koskevia ratkaisuja annettiin *Saarland*issa (23,99 %), *Baden-Würtenberg*issä (23,03 %), Hampurissa (22,07 %) ja *Schlesswig-Holstein*issa (21,37 %),

> Jo vuonna 1992 Hampurissa tehtyjen tutkimusten perusteella todettiin, että aikaisempaa eroa hyvin koulutettujen tai toimeentulevien hyväksi ei enää ollut havaittavissa.[303]

Eronneiden vanhempien yhteishuolto on – aviottomien lasten oikeusaseman ohella – yksi uudistuksen keskeisistä kohdista. Edellä esitellyistä feminististä ja muista kriittisistä puheenvuoroista huolimatta erillään asuvien vanhempien yhteishuoltoon omaksuttiin uudistuksessa selkeän myönteinen kanta.[304] Tätä on voitu pitää eräänlaisena poliittisena voittona isien oikeuksia ajavissa yhdistyksissä ja vapaamuotoisessa liikkeissä, joissa olikin vaadittu pontevasti avioeron jälkeisen yhteishuollon ottamista lainsäädännön lähtökohdaksi.[305]

Uudistuksessa on toteutettu edellä selostettu hakemusmalli.[306] Se on merkinnyt samalla avioeron ja lapsen huollon välisen prosessuaalisen yhteyden (*Zwangsverbund, Verfahrensverbund von Scheidungs- und Folgesachen*) purkamista.[307] Avioliiton perusteella syntyneen yhteishuollon purkaminen edellyttää siis erillistä hakemusta.

> Uusi BGB § 1671 kuuluu seuraavasti:
> (1) Leben Eltern, denen die elterliche Sorge gemeinsam zusteht, nicht nur vorübergehend getrennt, so kann jeder Elternteil beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt.
> (2) Dem Antrag ist stattzugeben, soweit
> 1. der andere Elternteil zustimmt, es sei denn, dass das Kind das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat und der Übertragung widerspricht, oder
> 2. zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

---

kun taas pienimmillään yhteishuoltojen osuus oli *Saksissa* (9,35 %), *Thüringen*issä (7,04 %) ja *Mecklenburg-Vorpommern*issa (5,82 %). KindRG-E (180/96) s. 47. Ks. myös *Oelkers – Kasten – Oelkers* (FamRZ 1994) s. 1081.

[303] *Oelkers – Kasten – Oelkers* (FamRZ 1994) s. 1081.

[304] Ks. kritiikistä edellä kohdat 7.6. (Hakemusmalli de lege ferenda -lähtökohdaksi) sekä 8.2. (Yhteishuolto ja feministinen oikeustiede).

[305] »Väter auf dem langen Marsch – Vatertag '94: Wieviel Kind darf es denn sein? Wütende Erzeuger schieben leere Kinderwagen nach Bonn und forderen neue Gesetze» näin otsikoi Die Zeit -lehti Nr. 20 13.5.1994. Tekstistä käy ilmi, että isät vaativat laajempaa tapaamisoikeutta ja yhteishuoltoa koskevia lainsäädäntömuutoksia. Samoin isien liikkeestä *Salgo* (FamRZ 1996) s. 450 sekä KindRG-E 180/96 s. 71.

[306] Ks. edellä kohta 7.6. (Hakemusmalli de lege ferenda -lähtökohdaksi).

[307] Ks. edellä kohta 6.1. (Psykologisoitumisen taustaa).

> (3) Dem Antrag ist nicht stattzugeben, soweit die elterliche Sorge auf Grund anderer Vorschriften abweichend geregelt werden muss.[308]

Lainkohdan mukaan yhteishuollon purkamisen edellytyksenä on ensinnäkin, että vanhemmat asuvat pysyväisluontoisesti erillään.[309] Jos vanhemmat ovat huollon järjestämisestä yhtä mieltä, tuomioistuimen tulee hyväksyä hakemus, ellei 14 vuotta täyttänyt lapsi vastusta yhteishuollon purkamista.[310] Jos vanhemmat ovat erimielisiä, on tuomioistuimen hyväksyttävä hakemus, jos se osoittautuu lapsen edun kannalta parhaaksi ratkaisuksi. Jos hakemus ei osoittaudu lapsen kannalta parhaaksi vaihtoehdoksi, esimerkiksi siksi, että tuomioistuin katsoo, että huolto olisi siirrettävä yksin hakijan vastapuolelle, sen tulee hylätä hakemus. Tällöin lapsen huolto säilyy siis yhteisenä.[311]

Lakiehdotuksen perusteluissa arvioitiin yhteishuollon purkamista hyvin joustavasti. Katsottiin osoitukseksi yksinhuollon paremmuudesta riittävän yleensä jo sen, että lapsen kannalta välttämättömiä ratkaisuja ei pysytytä tekemään yhdessä. Korostettiin myös, että hakijan ei tarvitse osoittaa toisen vanhemman olevan huono vanhempi tai yhteisen huollon vaarantavan lapsen hyvinvoinnin. Arvioinnin lähtökohtana tulisi siis olla se, että vanhempien väliset ristiriidat jo sinänsä muodostavat riskin lapsen hyvinvoinnille, jos huolto on heillä yhdessä.[312]

Schwab on kuitenkin huomauttanut, että yhteishuollon purkamista koskevassa asiassa arvioinnin kohteena ei niinkään ole se, onko yhteinen huolto purettava, vaan ennemminkin se, osoittaako hakija huollon uskomisen hänelle olevan lapsen kannalta paras vaihtoehto. Näin on *Schwab*in mukaan yhteisen huollon purkaminen itse asiassa tehty huomattavan vaikeaksi.[313]

> Uuden 1671 §:n kolmannen momentin mukaan tuomioistuimen tulee hylätä hakemus, jos lapsen huollosta on määrättävä toisin jonkin muun lainkohdan perusteella. *Schwab*in mukaan kyseeseen tulee tällöin käy-

---

[308] Pykälän sanamuoto lakiehdotuksen mukaan, KindRG-E (180/96) s. 20.

[309] Erillään asumista arvioidaan samoin kuin avioeron edellytyksissä (BGB 1567 §). Riittää siis, että vanhemmilla ei ole keskinäistä yhteiselämää. Molemmat voivat sen sijaan asua edelleen samassa asunnossa. Ks. *Schwab* (FamRZ 1998) s. 461, erillään asumisesta *Schwab* (1995) s. 150–152.

[310] Lähemmin *Schwab* (FamRZ 1998) s. 461.

[311] *Schwab* (FamRZ 1998) s. 461–465.

[312] »Wenn die Eltern sich bei Fortbestehen der gemeinsamen Sorge über die das Kind betreffenden Angelegeheiten fortwährend streiten, kann dies zu Belastungen führen, die dem Kindeswohl zum Nachteil gereichen. In diesen Fällen ist der Alleinsorge eines Elternteils der Vorzug zu geben.» KindRG-E (180/96) s. 73, ks. myös muilta osin s. 71–74 sekä yksityiskohtaisten perustelujen osalta s. 109.

[313] *Schwab* (FamRZ 1998) s. 462, 463.

tännössä lapsen edun vaarantamista koskeva 1666 § uudessa muodossaan. Sen mukaan *Familiengericht*-perhetuomioistuimen on ryhdyttävä asian vaatimiin toimenpiteisiin, jos lapsen hyvinvointi on vaarantunut huoltajien tehtävien laiminlyömisen tai muiden huoltajista riippuvien syiden vuoksi. Kyseessä on lähinnä lastensuojelullisiin toimenpiteisiin rinnastuva lainkohta, jonka soveltamiskynnys on yleensä korkealla.[314]

Lakiin on otettu erillinen määräys lapsen kanssa elävän vanhemman oikeudesta päättää yksin jokapäiväisiin asioihin liittyvistä kysymyksistä. Yhteishuollon lähtökohdaksi on siis valittu malli, jossa lapsi asuu vakituisesti toisen vanhemman luona. Asiasta tehdyissä selvityksissä tämä malli on osoittautunut kaikkein suosituimmaksi tavaksi toteuttaa yhteishuoltoa.[315] Laki sisältää myös määräyksen, jonka perusteella lapsen kanssa vakituisesti asuva huoltaja on oikeutettu vaatimaan lapsen puolesta toiselta elatusta.[316] Laki ei sitä vastoin sisällä nimenomaista kohtaa, jonka perusteella tuomioistuin voisi määrätä, kumman vanhemman luona lapsen tulee asua. Lapsen asuinpaikka on luettu periaatteessa niihin seikkoihin, joista vanhempien tulisi päättää yhdessä huollon ollessa yhteinen.[317] Sen sijaan tuomioistuimella olisi lain perusteella mahdollisuus rajoittaa sekä vanhempien yhteistä että lapsesta pääasiallisesti huolehtivan vanhemman päätösvaltaa lapsen edun niin vaatiessa. Tällä perusteella tuomioistuin voisi ilmeisesti uskoa oikeuden määrätä lapsen asuinpaikasta yksin toiselle huoltajista.[318]

9.4. Lapsen etu

Edellä kuvatun yhteishuollon purkamista koskevan pykälän (1671 §) lisäksi lapsen etu on mainittu erillisessä yleislausekkeessa. Se mukaan tuomioistui-

---

[314] Ks. lähemmin KindRG-E 180/96 s. 19, 107, *Schwab* (FamRZ 1998) s. 465–467.

[315] KindRG-E 1687 § 180/96) s. 21, *Oelkers – Kasten – Oelkers* (FamRZ 1994) s. 1082.

[316] 1687 §, elatuksen osalta 1629 § Abs.(2), KindRG-E s. 19, 21 ja 68. Elatuksen osalta ehdotus vastaa oikeuskäytännössä omaksuttua linjaa, ks. OLG Düsseldorf 6.9.1993 (FamRZ 1994) s. 767. Ks. lapsen kanssa asuvan ja häntä tapaavan huoltajan välisestä kompetenssijaosta lähemmin *Schwab* (FamRZ 1998) s. 468–470.

[317] KindRG-E (180/96) s. 68. Samoin *Oelkers* vallitsevan oikeuskäytännön nojalla (FamRZ 1995) s. 1102.

[318] KindRG-E § 1687 (180/96) s. 21. Samoin *Schwab*, joka pitää em. mahdollisuutta tärkeänä yhteishuollon toteuttamisen kannalta, (FamRZ 1998) s. 459–460, 467–468 (*Aufenthaltbestimmungsrecht an einen Elternteil allein*).

men on, ellei muuta ole erikseen määrätty, tehtävä jokaisessa lapsen huoltoa koskevassa asiassa päätös, joka parhaiten vastaa lapsen etua (1697a §).

> Soweit nicht anderes bestimmt ist, trifft das Gericht in Verfahren über in diesem Titel geregelten Angelegenheiten diejenige Entscheidung, die unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

Lisäksi luvun alkuun on lisätty tapaamisoikeutta koskeva periaatteellinen määräys, joka liittyy myös lapsen etuun (§ 1626 Abs. 3).

> Zum Wohl des Kindes gehört in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen. Gleiches gilt für den Umgang mit anderen Personen, zu denen das Kind Bindungen besitzt, wenn ihre Aufrechterhaltung für seine Entwicklung förderlich ist.

Näiden lainkohtien ja muun edellä selostetun perusteella voidaan tehdä joitakin päätelmiä lapsen edun tulkinnasta uuden lainsäädännön perusteella.

Ensinnäkin lienee selvää, että yhteishuoltoa pidetään nyt periaatteessa lapsen edun mukaisena. Yhteishuollon katsotaan edistävän vanhempien yhteistoimintaa lapsen hyväksi.[319] Lapsen edun mukaista on myös läheisten suhteiden ylläpito kummankin vanhemman kanssa. Tämä käy suoraan ilmi yllä olevasta lainkohdasta (§ 1626 Abs.3). Se merkitsee samalla, että tunnesideteoria sellaisena kuin se hyväksyttiin vuoden 1979 lainsäädännön lähtökohdaksi, on menettänyt asemansa.[320] Lapsen kannalta suhteita kumpaankin vanhempaan pidetään nyt periaatteessa yhtä tärkeinä. Molemmat ovat myös lähtökohtaisesti omalla tavallaan korvaamattomia. Tunnesiteet onkin jätetty uuden huollon määräämistä koskevan lainkohdan ulkopuolelle. Niihin viitataan kuitenkin tapaamisoikeutta koskevassa lainkohdassa (§ 1626 Abs. 3), mutta selvästi toisessa merkityksessä kuin aikaisemmassa laissa.[321] Myös lain perusteluissa ja muissa kirjoituksissa viitataan edelleenkin lapsen tunnesiteisiin, huoltosuhteiden ja olosuhteiden jatkuvuuteen sekä vanhemman kykyyn edis-

---

[319] Esim. KindRG-E 180/96 s. 73.

[320] Ks. edellä kohdat 6.2. (Tunnesideteoria – Bindungstheorie) ja 6.3. (Tunnesiteet ja vuoden 1979 lainsäädäntö).

[321] *Schwab*in mukaan tunnesiteistä on tullut kiistanalainen kriteeri, ja se on siksi poistettu huollon määräytymistä koskevasta lainkohdasta. Hän viittaa ilmeisesti nk. tunnesidekiistaan (*Bindungsstreit*) siitä, onko huoltoa koskevassa ratkaisussa otettava huomioon lapsen tunneside yhteen vai kumpaankin vanhempaan. Ks. edellä alaviite kohdassa 7.1. (Yhteishuoltoa koskevan ratkaisun psykologinen perustelu – Fthenakis). *Schwab* (FamRZ 1998) s. 464.

tää myönteistä lapsen kehitystä (*Förderungsprinzip*). Uutta ei myöskään sinänsä ole lapsen mielipiteen huomioon ottaminen, jota korostetaan edelleen.[322]

Lapsen edun tulkintaan vaikuttavat uuden lainkohdan mukaan myös asiaan osallisten oikeutetut intressit (*die berechtigten Interessen der Beteiligten*, 1697a §). Myös tämä näkökohta perustuu aiempaan doktriiniin ja oikeuskäytäntöön. *Coester* on katsonut, että vanhempien intressit vaikuttavat oikeutetusti lapsen edun tulkintaan silloin, kun ne eivät ole lapsen edun kanssa ristiriidassa.[323]

> Uudet määräykset antavat aiheen kysyä, voidaanko huoltoa koskevaa määräystä muuttaa, jos huoltaja ei suhtaudu myönteisesti lapsen ja toisen vanhemman välisiin tapaamisiin (nk. »*Umgangsvereitelung*»).[324] Perusteluissa on kysymykseen otettu varovainen, mutta periaatteellisesti myönteinen kanta. Huollon siirtäminen toiselle vanhemmalle merkitsee samalla lapsen muuttamista toiseen ympäristöön, minkä vuoksi mahdollisuutta tulisi ehdotuksen mukaan käyttää vain äärimmäisissä tilanteissa (»*nur in ganz aussergewöhnlichen Fällen*»). Huollon siirto näyttäisi toisaalta ehdotuksen valossa suotavammalta keinolta vaikuttaa asiaan kuin uhkasakot tai lapsen noutaminen.[325]

Uudella lainsäädännöllä on sovittelumahdollisuuksien hyväksikäyttöä pyritty lisäämään kaikissa lapsen henkilöön liittyvissä oikeudenkäynneissä. Eri-

---

[322] *Schwab* (FamRZ 1998) s. 464–465, samansuuntaisesti KindRG-E 180/96 s. 109, samoin *Oelkers* (FamRZ 1995) s. 1100–1101 oikeuskäytännöstä aikaisemman lainsäädännön perusteella.

[323] *Coester* (1983) s. 214–219. Kirjoittaja viittaa myös BGH -ratkaisuun s. 217:»..dass die Interessen der Eltern da zurücktreten müssen, wo sie mit den Interessen des Kindes in Widerspruch treten.»

[324] Lapsen ja vanhemman välinen yhteydenpitohan on uuden lain mukaan paitsi lapsen edun mukaista myös vanhemmalle kuuluva oikeus. Ks. myös *Klenner*: Rituale der Umgangsvereitelung bei getrenntlebenden oder geschiedenen Eltern – Eine psychologische Studie zur elterlichen Verantwortung. (FamRZ 1995) s. 1529 alk. sekä *Oelkers*: Rechtsprechung zum Umgangsrecht – eine Übersicht über die letzten fünf Jahre. (FamRZ 1995) s. 1385 alk. Artikkelit ilmentävät osaltaan tapaamisoikeusproblematiikan ajankohtaisuutta Saksassa.

[325] »Führt die Umgangsvereitelung zu einer so schweren Kindeswohlgefährdung, dass die Zwangschaft auch unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes gerechtigt wäre, so wird einer anderweitigen Regelung der Sorge der Vorzug zu geben sein.» KindRG-E (180/96) s. 57. *Schwab* ei ole ottanut kantaa asiaan. *Oelkers* on todennut, että myönteinen suhtautuminen toiseen vanhempaan ja muihin lapselle läheisiin henkilöihin on oikeuskäytännössä otettu huomioon yhtenä asiaan vaikuttavana näkökohtana huollon määräämisessä. Tapaamisoikeuden salliminen on ollut *Oelkers*in mukaan kuitenkin vain osa suuremmasta asiakokonaisuudesta huoltajan henkilökohtaisia ominaisuuksia arvioitaessa. *Oelkers* (FamRZ 1995) s. 1100.

tyinen tuomioistuimen johdolla tapahtuva sovittelu (*Mediation, Vermittlungsverfahren*) on luotu asioihin, joissa käsitellään tapaamisoikeutta koskevan päätöksen muuttamista tai täytäntöönpanoa. Muissa tapauksissa sovittelun on määrä tapahtua pääasiassa *Jugendamt*-sosiaaliviranomaisten johdolla tai vapaaehtoisten järjestöjen tai vastaavien myötävaikutuksella.[326] Sovittelua voidaan pitää ilmauksena sovinnollisuudesta ja yhteistyön arvostamisesta. Nämä ovat samoja arvoja lapsen edun tulkinnassa, joita vanhempien yhteinen huolto ilmentää.

9.5. Lapsen oikeudet

Lapsioikeusuudistuksen ylimpänä tavoitteena lakiesityksen kansilehden mukaan on lapsen oikeuksien parantaminen ja lapsen edun edistäminen parhaalla mahdollisella tavalla.

> »Die Rechte der Kinder sollen verbessert und das Kindeswohl soll auf bestmögliche Art und Weise gefördert werden.»[327]

Lasten oikeuksien uudistuminen ei kuitenkaan juurikaan näy lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevissa normiehdotuksissa. Eräänä syynä voi olla se, että lapsi sai jo vuoden 1979 uudistuksen yhteydessä prosessissa verrattain vahvan aseman, johon tässä yhteydessä ei esitetä olennaisia muutoksia. Asia oli kuitenkin valmisteluvaiheessa esillä. Oikeusministeriö teetti lapsen asianajajasta laajahkon vertailevan selvityksen lakiuudistusta silmälläpitäen.[328] Tältä pohjalta laadittiin ehdotus erityiseksi lapsen omaksi edustajaksi (*Verfahrenspfleger*).[329]

Lapselle voidaan uuden lain mukaan määrätä oma edustaja holhousoikeudellista tai hakemuslainkäytön alaan kuuluvaan perheoikeudellista asiaa

---

[326] BGB 1684 §, FGG 52, 52a § (erityinen tapaamisoikeusasioita koskeva sovittelumenettely). Mahdollisuudesta panna tapaamisoikeutta koskeva päätös pakkotoimin täytäntöön ei ole kuitenkaan luovuttu. Ehdotuksessa katsotaan, että pelkkä mahdollisuus täytäntöönpanoon voi vaikuttaa edullisesti tapaamisoikeuden toteutumiseen, KindRG-E (180/96) s. 30–31, 78–79, 85–86, 143–145. Ks. myös *Büttner* (FamRZ 1998) s. 589–590. Ks. *Jugendamt* -viranomaisten sovittelutyöstä *KJHG* -lain perusteella edellä kohta 7.5. (Sosiaaliviranomaisten neuvonta ja sovittelu uudeksi interventiomalliksi).

[327] KindRG-E (180/96) s. 1.

[328] *Salgo*: Der Anwalt des Kindes (1993). KindRG-E (180/96) s. 61.

[329] KindRG-E (180/96) s. 86. Nimitys viittaa erityiseen menettelyä varten asetettuun uskottuun mieheen.

varten.[330] Edustajan käyttöala on kuitenkin tarkoitettu melko rajatuksi. Se on yleensä asetettava erikseen mainituissa tapauksissa, kuten tilanteissa, joissa lapsi tultaisiin ratkaisun perusteella erottamaan perheestään.

Periaatteessa edustaja on mahdollista määrätä muissakin tilanteissa, kuten lapsen huoltoa tai tapaamisoikeutta koskevan asian käsittelyä varten, kun se arvioidaan tarpeelliseksi.[331] Ei ole kuitenkaan odotettavissa, että lapselle määrättäisiin itsenäinen edustaja näitä tilanteita varten muuten kuin poikkeuksellisesti.[332] Lapsen oikeuksien tinkimätöntä tulkintaa tärkeämpää on lakiehdotuksen valossa se, että vanhemmat pyrkivät sovinnolliseen ratkaisuun.[333]

9.6. Uusia teemoja perustuslainmukaisuutta koskevaan keskusteluun?

Lähes 16 vuotta perustuslakituomioistuimen yhteishuollon sallimista koskevan päätöksen jälkeen Saksassa tuli vihdoin voimaan yhteishuoltoa koskeva

---

[330] Tässä yhteydessä voidaan huomauttaa, että uudistushankkeeseen sisältyy *Familiengericht*-tuomioistuimen toimivallan huomattava lisäys. Avioerolasten huoltoa koskevien asioiden lisäksi myös kaikki au-lasten huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevat asiat käsitellään *Vormundschaftsgericht*-holhoustuomioistuimen sijasta *Familiengericht*-tuomioistuimessa. Holhoustuomioistuimen toimivaltaan kuuluvat uudistuksen jälkeen edelleenkin esim. huoltoa koskevien oikeuksien poistamista koskeva asiat (BGB 1666 §). Mainittakoon vielä, että kaikki huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevat asiat kuuluvat hakemuslainkäytön piiriin (*FGG*), Ks. KindRG-E (180/96) s. 81–82, lähemmin *Büttner* (FamRZ 1998) s. 585 alk.

[331] Lakiehdotuksen mukaan näin olisi etenkin silloin, kun asiaa käsiteltäessä näyttäisi todennäköiseltä, että lapsen etu on ristiriidassa molempien vanhempien edustaman intressin kanssa tai vain toisen vanhemman intressin kanssa, silloin kun on epäselvää, kumpi vanhempi edustaa ristiriitaista intressiä. KindRG-E (180/96) s. 140–141.

[332] *Büttner* (FamRZ 1998) s. 590–591. Lapsen oman edustajan laajamittainen käyttö voitaisiin ilmeisesti tulkita valtiovallan perusteettomaksi puuttumiseksi perheen asioihin. Intervention vähentäminen on kuitenkin eräs ehdotuksen päätavoitteista, ja se ilmenee esimerkiksi hakemusmallin omaksumisessa. KindRG-E (180/96) s. 1. Ehdotuksessa argumentoidaan samoin myös, kun perustellaan, miksi tapaamisoikeutta ei määritellä lapsen oikeudeksi. Tämä näet edellyttäisi ulkopuolisen edustajan käyttämistä tapaamisoikeutta koskevassa menettelyssä, mikä kuitenkin yleensä olisi tarpeetonta puuttumista perheenjäsenten välisiin asioihin, s. 78.

[333] Sovinnollisuuden katsottiin taas edellä liittyvän uuden lain mukaiseen tulkintaan lapsen edusta. Uusi laki ei siis näyttäisi tuoneen muutosta lapsen oikeuksien ja lapsen edun väliseen tärkeysjärjestykseen. Ks. edellä kohta 6.4. (Lapsen tunneside ja lapsen mielipide).

lainsäädäntö. Tällä välin suhtautuminen eronneiden ja naimattomien vanhempien yhteiseen huoltoon oli kuitenkin muuttunut olennaisesti. Yhteisen huollon sallimista ei pidetä enää riittävänä, vaan erityisesti isät ovat toivoneet, että yhteinen huolto olisi lähes automaattinen, isyyteen kuuluva oikeus. Feministit ovat puolestaan vastustaneet tämäntyyppistä vaatimusta. Uudella lainsäädännöllä on ilmeisesti pyritty tyydyttämään molempia osapuolia, mutta samalla kiistan aiheita on jäänyt kytemään. Siitä, millaisia tuulia lapsen edusta Saksassa tulee puhaltamaan, riippuu todennäköisesti, leimahtavatko kytevät erimielisyydet uusiksi taisteluiksi. Niitä käytäisiin mitä todennäköisimmin taas perusoikeuksien tulkinnoista, jolloin ratkaisijaksi vaadittaisiin ehkä jälleen kerran perustuslakituomioistuinta.

Aviottomien lasten yhteistä huoltoa koskeva lainsäädäntö myötäilee enemmän feministisiä vaatimuksia, sillä äiti tulee lain nojalla aina yksin huoltajaksi ja säilyttää vahvan asemansa myöhemminkin. Yhteisen huollon perustaminenhan edellyttää aina äidin suostumusta. Isät lienevät tyytymättömiä tähän ratkaisuun, jota on jo kritikoitukin oikeustieteellisessä kirjoituksessa isän perustuslailliseen vanhemmanoikeuteen vedoten.[334] Ei liene mahdotonta ajatella, että isät vetoaisivat myös sukupuolten tasa-arvon perustuslain mukaiseen suojaan aviottoman lapsen huollossa.

Aviolasten huoltoa koskeva säätely on puolestaan todennäköisesti enemmän isien mieleen. Avioliiton perusteella syntynyttä yhteishuoltoa ei uuden lainsäädännön perusteella ole helppo purkaa, elleivät vanhemmat ole jommankumman yksinhuollosta yhtä mieltä. Itse asiassa lainkohdan soveltaminen voi johtaa tilanteeseen, jossa kumpikaan vanhemmista ei toivo yhteisen huollon jatkuvan, mutta sitä ei onnistuta purkamaankaan, koska on epäselvyyttä siitä, kummalle lapsen huolto tulisi uskoa. Tätä on puolestaan pidetty lapsen kannalta arveluttavana tilanteena ja uudistusta tältä osin sen vuoksi epäonnistuneena.[335] Feministit epäilemättä yhtyvät tähän kritiikkiin.

Ei ole mahdotonta ajatella, että myös aviolasten huollon säätelyä koskeva kritiikki voitaisiin muotoilla perustuslain suojaa koskevaksi vaatimukseksi. Voidaan esimerkiksi ajatella, että yhteistyön pakottaminen tilanteessa, jossa toinen tai molemmat vanhemmat vastustavat sitä, olisi perusteetonta puuttumista perheen autonomiaan. Peruste puuttuu sen vuoksi, että tulosta ei voida pitää lapsen edun mukaisena. Tätä tulkintaa tukevia tutkimustuloksia olisi tarvittaessa mahdollista esittää.[336]

---

[334] *Lipp* (FamRZ 1998) s. 70, 76.

[335] *Schwab* (FamRZ 1998) s. 462, 472.

[336] Ks. edellä Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 7.2. (Voiko yhteishuollosta olla haittaa?).

Mielenkiintoinen piirre tämänhetkisessä saksalaisessa keskustelussa on se, että lapsen edun yhteydessä vanhempien oikeudet ja intressit tuodaan avoimesti esille. Kun esimerkiksi Kaliforniassa ja Englannissa muualla asuvan vanhemman huoltoon osallistumisen perusteena on lapsen edun edistäminen vanhemmuuden tukemisen kautta, tuodaan Saksassa avoimesti esille vanhemman lapseensa liittyvät oikeudet ja oikeutetut intressit, sikäli kuin ne eivät ole ristiriidassa lapsen edun kanssa. Saksalaisten vanhempien intressit on ikään kuin artikuloitu juridisemmin verrattuna muiden vertailumaiden vanhempien intresseihin.[337] Niitä korostaa vanhemmanoikeuksien perustuslain suoja. Vanhemman oikeudet muotoillaan siis itse asiassa eräänlaisiksi vanhempien ihmisoikeuksiksi. Juuri tätä kautta keskustelu voi saada maantieteellisesti laajempiakin ulottuvuuksia. Voisiko oikeus yhteiseen huoltoon olla tulevaisuudessa vanhemman ihmisoikeus?

[337] Ehkä samaan tapaan ajatteli myös prof. *Schwab*, kun hän päätti artikkelinsa mm. moittien reformilakia siitä, että siinä edetään hiuksiahalkovan juristitaidon avulla itsepäisesti tavoitteeseen, jossa koko (yksityis)elämä on oikeudellistettu: »Das KindRG ist wiederum eine typisch deutsche Reform geworden, einerseits geleitet von hoch in den Wolken eingesiedelten Ideen und damit verknüpften Glücksverheissungen, anderseits verwirklicht mit Hilfe eines haarspalterischen Juristenwerks, das beharrlich mit dem Ziel voranschreitet, unser gesamtes Leben zu jurifizieren.»

D Ruotsi

1. Ruotsia koskevan jakson aineistosta

Ruotsalaisista oikeustieteilijöistä lapsen huollon kannalta ovat tärkeimpiä *Anders Agell*, *Åke Saldeen*, *Gösta Walin* sekä myös *Johanna Schiratzki*, jonka lapsen huoltoa koskeva väitöskirja ilmestyi 1997. Muuta kuin oikeustieteellistä aineistoa hallitsevat ruotsalaiset avioerotutkijat *Bente* ja *Gunnar Öberg*. Käsillä oleva jakso vahvistaa kuitenkin osaltaan sen kokemuksen, jonka mukaan tärkein oikeustieteellinen keskustelu Ruotsissa käydään lain valmisteluvaiheessa. Oikeustieteellisessä kirjallisuudessa tyydytään usein vain kertaamaan valmisteluvaiheessa jo esitetyt näkökohdat. Varsinainen keskustelu aaltoilee usein komiteoiden ja hallitusten esitysten välillä. Tässä keskustelussa näyttävät muotoutuvan myös lapsen etua koskevat tulkinnat.

2. Lapsen huolto ja vuoden 1915 avioerolainsäädäntö

2.1. Uusi liberaali avioerolainsäädäntö

Lapsen etu tuli Ruotsissa huoltoa koskevan ratkaisun kriteeriksi vuoden 1915 avioliiton solmimista ja purkamista koskevan lain yhteydessä (*Lag om äktenskaps ingående och upplösning*). Vuosi 1915 muodostaa sen vuoksi lähtökohdan Ruotsin tämän alan oikeudellista kehitystä koskevalle tarkastelulle. Huomiota herättävintä vuoden 1915 laissa oli siihen sisältynyt avioeroperusteita koskeva uudistus. Uusien syyllisyysperusteiden lisäksi uuteen lakiin otettiin nimittäin myös asumuseroa koskeva säätely. Avioero vuoden kestäneen asumuseron perusteella merkitsi välirikkoperusteen omaksumista lainsäädän-

töön, mikä oli vuosisadan alussa varsin radikaalia.[1] Aivan erityisesti tämä vapaamielisyys ilmeni siinä, että kun asumuseron perusteena oli puolisoiden yhteinen hakemus, välirikosta ei vaadittu muuta näyttöä. Yksimielisyys välirikosta tuotti näin asumuseron kautta oikeuden avioeroon.[2]

> Makarna, som finna sig på grund av djup och varaktig söndring ej kunna fortsätta sammanlevanden, äge, när de äro ense därom, vinna rättens dom å sammanlevandes hävande (*hemskillnad*) (6 Kap.1 §).

Ennen lain voimaantuloa oli avioeron saamiseksi käytännössä ollut kaksi tapaa, »pitkä ja lyhyt tie» (*»den långa» och »den korta vägen»*).[3] »Lyhyt tie» oli tarkoittanut avioeron hakemista tuomioistuimelta vuoden 1734 lain naimiskaaren 13 luvun mukaisen omavaltaisen hylkäämisen perusteella *»förlöpande av ondska och motvilja»*.[4] »Pitkä tie» viittasi erivapauden pyytämiseen Hänen Kuninkaalliselta Majesteetiltaan. Se oli kuitenkin mahdollista vasta sen jälkeen, kun tuomioistuin oli tuominnut puolisot – erilaisten kirkollisten varoitusten jälkeen – vuodeksi vuode- ja pesäeroon (*skillnaden till säng och säte*).[5] Tämä kirkollisen vallan, tuomioistuinvallan ja hallintoval-

---

[1] Tämäntyyppisistä avioerolaeista on käytetty nimitystä kaksoisjärjestelmä *»Dual system»*. Ks. edellä Englantia koskeva jakso, kohta 4. (Vuoden 1969 avioerouudistus).

[2] *Schmidt* (1970) s. 24, *Agell* (1995) s. 37, *NJA II 1916* s. 193–194, missä puhutaan yleisesti erosta sopimuksen perusteella (på grund av makarnas överenskommelse). *Mahkonen* käyttää tästä avioerosta nimitystä sopimusperusteinen avioero *Mahkonen* (1980) s. 186–188. Itse pidän välirikkoa tässä yhteydessä oikeampana terminä, sillä olennaista ei niinkään ollut puolisoiden sopimus avioerosta, vaan heidän yksimielisyytensä vakavan ja syvän välirikon olemassaolosta. Ruotsin lain edistyksellisyys ilmeni juuri siinä, että se – toisin kuin esim. Englannin vuoden 1969 avioerouudistus, jossa siirryttiin syyllisyydestä välirikkoperusteeseen – hyväksyi puolisoiden subjektiivisen näkemyksen eron perustaksi eikä edellyttänyt objektiivisten todisteiden esittämistä välirikosta tuomioistuimelle. Samoin *Stjernstedt* (1916):» den principiella grunden till skilsmässan i detta fall är alltså 'djup och varaktig söndring' mellan makarna, men då dessa ej behöva annat än påstå, att sådan söndring råder, ...» s. 92.

[3] Ks. 1900-luvun alun mielipideilmastosta, mm. sosialistisista vaikutteista, *de facto* -avioliitoista ja 1915-luvun avioliittolaista vastauksena ajan haasteille *Sundberg* (1969) s. 63 alk.

[4] Avioeroperusteita oli tällä välin tosin tarkistettu vuoden 1810 asetuksella *Schmidt* (1970) s. 18. Useat kirjoittajat ovat tässä yhteydessä viitanneet ns. Kööpenhaminan matkaan tapana saada avioero, ks. esim. *Stjernstedt* (1916) s. 77–79, *Schmidt* (1970) s. 19. Kööpenhaminan matka, joka oli vuode- ja pesäeroa vaivattomampi ja »intiimimpi» tapa saada avioero, oli erityisesti yläluokkien käytössä, kun taas alemmat sosiaaliluokat joutuivat tyytymään epämukaviin varoituksiin ja noin vuoden odotukseen. Ks avioerotapojen jakautumisesta väestöryhmittäin *NJA II 1916* s. 190, *Stjernstedt* (1916) s. 79.

[5] *Stjernstedt* (1916) s. 81–82.

lan erikoislaatuinen yhdistelmä perustui vuonna 1810 säädettyyn naimiskaaren 15 lukuun.[6]

Uuden lain perusteella avioeron saattoi myöntää ainoastaan tuomioistuin. Samalla avioeroperusteet määriteltiin entistä täsmällisemmin. Kuninkaan erivapauskäytäntö oli periaatteessa perustunut majesteetin vapaaseen harkintaan, vaikkakin tosiasiallisesti tämä harkinta oli käytännössä ohjautunut selkeisiin uomiinsa.[7]

Ruotsin vuoden 1915 avioerouudistukseen johtaneiden syiden osalta voidaan tässä yhteydessä viitata *Max Rheinstein*in teokseen *Marriage Stability, Divorce and the Law. Rheinstein* esittää siinä uudistuksen taustalla olleen sellaisia harvaanasutussa maatalousvaltaisessa yhteiskunnassa tapahtuneita kehityspiirteitä kuin teollistuminen, kaupungistuminen sekä niiden mukana järjestäytynyt työväenliike ja myös naisasialiike. Avioliiton osalta uusia asenteita ilmensivät ja ehkä osaltaan monipuolistivat myös *Henrik Ibsen*in ja *August Strindberg*in näytelmät, joihin *Rheinstein* myös viittaa.[8]

1900-luvun alkuvuosina oli Pohjoismaissa käynnissä yhteinen avioerolainsäädäntöä koskeva uudistushanke. Hanke jakaantui kahteen osaan, ensiksi avioliiton solmimiseen ja purkamiseen sekä toiseksi avioliiton varallisuusoikeudellisiin oikeusvaikutuksiin.[9] Yhteispohjoismainen valmistelu johti Ruotsissa naimakaaren uudistamiseen (*Giftermålsbalken*, GB). Uusi GB tuli voimaan 1920.[10] Avio- ja asumuseron osalta se noudatteli vuoden 1915 lakia.[11] Samana vuonna 1920 säädettiin Ruotsissa myös laki aviollisesta syn-

---

[6] *Winroth* (1911) s. 161–163. Vuoden 1915 lain jälkeen ei Ruotsissa ollut enää mahdollisuutta saada avioeroa erivapausteitse. Tanskassa ja Norjassa hallinnollinen erivapaustie sen sijaan säilyi pitempään. *Mahkonen* (1980) s. 187. Erivapauskäytännöstä lähemmin *Mahkonen* (1980) s. 105 alk.

[7] *Stjernstedt* on todennut, että kuningas myönsi aina avioeron, kun puolisot sitä vuoden kestäneen vuode- ja pesäeron jälkeen yhdessä anoivat, *Stjernstedt* (1916) s. 80. Ilmeisesti juuri erivapauskäytäntö muodostikin eräänlaisen perustan uuden lain vapaamieliselle avioerosäännöstölle, sillä liberaali suhtautuminen avioeroon oli ilmeisesti kehittynyt juuri sen piirissä. *Schmidt* (1970) s. 23.

[8] *Rheinstein* (1972) s. 134–136, ks. myös s. 136–144.

[9] *Schmidt* (1970) s. 21, *Mahkonen* (1980)s. 184–185.

[10] Tanskassa ja Norjassa toteutettiin lainsäädäntö kahtena erillisenä lakina, jotka säädettiin Norjassa vuosina 1918 ja 1927 sekä Tanskassa vuosina 1922 ja 1925. *Schmidt* (1970) s. 21. Suomi oli mukana yhteispohjoismaisessa valmistelussa, mutta lainsäädäntötyö viivästyi Suomen osalta vuoteen 1929. Suomen osalta erityisesti *Mahkonen* (1980) s. 184 alk. Ks. myös Suomea koskeva jakso, kohta 2.1.3.2. (Avioerouudistus ja lapsen huoltoon liittyvä interventio).

[11] Norjassa oli säädetty avioliiton solmimista ja purkamista koskeva laki jo vuonna 1909. *Schmidt* (1970) s. 21,23.

typerästä (*Lag om barn i äktenskap*, LBiÄ), johon siirrettiin puolestaan vuoden 1915 avioliittolain lapsen huollon määräämistä koskevat säännökset, nekin suurin piirtein samanlaisina.[12] Seuraava esitys noudattelee alkuperäistä vuoden 1915 lakia, joka siis historiallisesti muodostui käänteentekeväksi.

2.2. Lasten huollon määrääminen ennen vuotta 1915

Erivapausmenettelyn (»pitkä tie») kohteena oli ollut ainoastaan kysymys avioliiton purkamisesta. Kaikki avioeron liitännäiskysymykset olivat joko jääneet puolisoiden sopimusten varaan tai niistä oli pitänyt käydä erikseen oikeutta. Ilmeisesti oli myös tavallista, että omavaltaisen hylkäämisen (»lyhyt tie») perusteella käydyssä avioero-oikeudenkäynnissä tuomioistuimelta vaadittiin ratkaisua ainoastaan avioliiton purkamiskysymyksestä ja liitännäiskysymykset jäivät tällöinkin puolisoiden sopimuksen varaan.[13] Tämän vuoksi tervehdittiinkin erityisen tyytyväisinä sitä, että liitännäiskysymykset ja erityisesti lapsen huolto piti uuden lain mukaan aina käsitellä asumus- ja avioerokysymyksen yhteydessä.[14]

> Vuode- ja pesäeroa varten oli tosin ollut määrättävä lasten huollosta, mutta tämä määräys oli periaatteessa määräaikainen kuten vuode- ja pesäerokin, ja se ilmeisesti myös menetti ainakin teoriassa merkityksensä kuninkaan myöntäessä puolisoille avioeron.[15]

Lasten huollon määräämistä oli aikaisemmin säännellyt kaksi eri lainkohtaa, joista toinen koski vuode- ja pesäeroa ja toinen avioeroa. Lasten holhous kuului kuitenkin aina isälle, ellei lapselle ollut poikkeuksellisesti määrätty omaa holhoojaa tai tällaista määrätty avioeron seurauksena.[16] *Winroth*

---

[12] Näin voidaan päätellä vertailemalla keskenään lakitekstejä toisaalta *Stjernstedt*in ja toisaalta *Walin*in kommentaarien perusteella. *Walin* on nimittäin ilmoittanut vuoden 1953 FB:n kommentaarissaan, mitä aikaisempaa LBiÄ -lainmääräystä ao. säännös on vastannut. Esim. tapaamisoikeutta koskeva em. ÄL 23 § 2 mom. oli otettu sellaisenaan lain 12 §:ksi, kun taas varsinaisen huollon määrääminen muodosti LBiÄ -lain 9 §. Huoltoa koskeva määräys saatettiin LBiÄ 9 §:n mukaan antaa silloinkin, kun puolisot välien rikkoutumisen vuoksi asuivat erillään ilman asumuserotuomiota. Lakiin oli myös lisätty määräyksiä, jotka mahdollistivat huollon siirtämisen kolmannelle henkilölle tai yksin toiselle vanhemmalle huollon karkean laiminlyönnin tai huoltoa koskevien oikeuksien karkean väärinkäytön vuoksi (LBiÄ 8 §). *Walin* (1952) s. 103, 105, 109.

[13] *Stjernstedt* (1916) s. 80, samoin *Winroth* (1911) s. 199.

[14] *NJA II 1916* s. 198.

[15] *Stjernstedt* (1916) s. 117.

[16] *Winroth* (1911) s. 161–162.

katsookin, että jos muuta ei puolisoiden kesken ollut sovittu eikä asiaa tuotu riitaisena tuomioistuimen ratkaistavaksi, lasten huolto jäi isälle holhouksen mukana.[17]

Vuode- ja asumuseroa koskevassa oikeudenkäynnissä syyllisyys oli puolisoiden sopimuksen ohella tärkein huollon määräämistä koskeva kriteeri. Sopivuus huoltajaksi tuli arvioitavaksi vain, jos molemmat puolisot olivat syyllisiä eroon. Tällöin oli lasten huolto määrättävä sille, joka oli sopivampi lasten huoltajaksi (»*mest ägnad därtill*»).[18] Syyttömän puolison sopivuutta ei sen sijaan arvioitu, vaan esimerkiksi syyttömälle äidille tuli määrätä uskottu mies, jos hän oli muuten kykenemätön huoltajaksi.[19]

Jos lasten huollosta vaadittiin »lyhyen tien» mukaisessa avioero-oikeudenkäynnissä ratkaisua, sen tuli perustua naimiskaaren 13 luvun 3 §:ään, jonka suomenkielinen käännös on seuraava:

> Jos avioliitosta erotetut eivät keskenänsä sovi, kumpiko lapset luoksensa ottaa, niin olkoon syytön siihen lähinnä. Jos hän ei ole sovelias lapsia holhoomaan, tutkikoon tuomari, josko syynalainen tahi joku muu ne luoksensa ottanee.[20]

Lapset voitiin tämän mukaan määrätä syyttömälle puolisolle vain, jos hän oli sopiva – tai kuten *Winroth* sanoo »täysin sopiva» huoltaja lapsille. Jos näin ei ollut, voitiin lapset jakaa puolisoiden välillä tai määrätä kaikki syyllisen puolison tai jonkun muun huoltoon. Tässä yhteydessä ratkaisevaa oli *Winroth*in mukaan lasten etu.[21]

Lapsen huollon määräämistä koskevaa säännöstöä oli ennen vuotta 1915 luonnehtinut epäjohdonmukaisuus, sillä, kuten edellä olevasta ilmeni, tulos riippui avioeroon sovellettavasta säännöstöstä tavalla, joka ei ollut missään

---

[17] *Winroth* (1911) s. 199.

[18] *Winroth* (1911) s. 162.

[19] Holhoojaa hänelle ei voitu määrätä, koska holhous oli yksin isällä. Uskottu mies oli *Winroth*in mukaan määrättävä tuomioistuimen omasta aloitteesta, jos siihen oli tarvetta. Sen sijaan isän taitamattomuus korjaantui vain holhoojan asettamisella, mikä taas oli erillinen oikeusasia. *Winroth* (1911) s. 162.

[20] Suomenkielisessä käännöksessä puhutaan lasten holhoomisesta. Ruotsalaiset kirjoittajat käyttävät tässä yhteydessä kuitenkin yhdenmukaisesti vårdnad -termiä, jolla tarkoitetaan juuri lapsen henkilön huoltoa. Förmynderskap -termi taas on tässä yhteydessä käännetty holhoukseksi. Ks. *Winroth* (1911), *Stjernstedt* (1916), *NJA II 1916*.

[21] »Att part ej varit vållande till skilsmässan eller dock allenast i mindre mått varit det, är det väl skäl att tillerkänna honom vårdnaden, men endast om han är därtill fullt lämplig. I främsta rummet har nämligen domstolen att se till *barnets bästa*, hvarför den ock kan dela barnen mellan föräldrarne eller anförtro några af dem eller alla åt andra personer.» *Winroth* (1911) s. 199, (kurs. K.K-S.).

suhteessa avioeron perusteeseen. Siten lienee ollut tavallista, että lasten huollosta päätettiin osapuolten välisissä sopimuksissa tai jätettiin sopimatta, jolloin vanhempien väliset oikeudelliset suhteet lasten huoltamisessa jäivät ilmeisen epätyydyttäviksi naisten kannalta, mutta todennäköisesti myös enemmän tai vähemmän epäselviksi.

2.3. »Ty med hänsyn till barnens bästa finnes skäligt»

Vuoden 1915 laissa lasten huollon määräämisestä säädettiin seuraavasti:

> När hemskillnad eller äktenskapsskillnad meddelas, förordne rätten tillika vilken av makarna skall hava vårdnaden om barnen eller, om ej alla barnen bör stå under ena makens vårdnad, huru de skola fördelas mellan makarna. Äro makarna ense, give rätten sitt beslut i överensstämmelse med vad de önska, så framt det ej är uppenbart stridande mot barnens bästa; osämjas de ej, bestämme rätten ty med hänsyn till barnens bästa finnes skäligt. Bär ena maken huvudsakligen skulden till skillnaden, och äro de lika skickade att hava vårdnaden av barnen, vare den andre närmast därtill.
>
> Innan förordnande, som nu är sagt, meddelas, varde, när anledning därtill förekommer, yttrande inhämtat från barnavårdsnämnden.
>
> Make, som ej har vårdnaden om barnen, må ej betagas tillfälle till umgänge med dem, med mindre särskilda omständigheter därtill föranleda. Nöjes han ej åt vad andra maken härutinnan bestämmer, skilje rätten dem emellan (23 §).

Yllämainittua lainkohtaa sovellettiin niin asumus- kuin avioerotuomioidenkin yhteydessä, mikä merkitsi sitä, että säädöspohja oli sovellettavien tilanteiden kannalta nyt yhtenäinen. Lasten huolto otettiin lain mukaan tuomioistuimen käsiteltäväksi aina viran puolesta, millä varmistettiin se, että tärkeä kysymys tuli ratkaistuksi parhaalla mahdollisella tavalla.[22] Viran puolesta tapahtuva kontrolli ulotettiin myös vanhempien keskinäiseen sopimukseen. Vanhempien yksimielisyyttä tuli kuitenkin kunnioittaa silloinkin, kun sopimus ei tuomioistuimen näkökulmasta vaikuttanut parhaalta mahdolliselta ratkaisulta. Oikeus puuttua sopimukseen oli vain sikäli, kuin se oli ilmeisesti lasten edun vastainen (*så framt det ej är uppenbart stridande mot bar-*

[22] Se, että lasten huoltoa koskevaa asiaa pidettiin tuollon tärkeänä, ilmenee lain perusteluista, joissa todetaan muun muassa, että lasten huolto lienee vaikein kaikista eron yhteydessä ratkaistavissa olevista kysymyksistä. *NJA II 1916* s. 244. Laissa voidaan siis nähdä jo eräänlainen enne modernille perhelainsäädännölle tyypillisestä painopisteen siirtymästä avioeron säätelystä liitännäiskysymysten säätelyyn.

nens bästa).[23] Lapsen etua koskevan harkinnan tueksi saattoi tuomioistuin hankkia lausunnon lastensuojelulautakunnalta.[24]

Lapsen huollon määräämisen aineellisoikeudellisen säätelyn lähtökohtana oli siis ensi kerran sananmukaisesti lapsen etu (*barnets bästa*).[25] Lain perusteluissa oli nimenomaisesti argumentoitu sellaisen avoimen sääntelyn puolesta, jossa ei lyödä lukkoon jäykkiä normeja, kuten syyllisyys tai lasten sukupuoli, vaan jätetään tilaa tapauskohtaiselle harkinnalle.[26] Lapsen etu ei tullut kuitenkaan yksinomaiseksi ratkaisunormiksi, vaan myös vanhempien intresseille jätettiin tilaa. On ilmeistä, että juuri tässä tarkoituksessa myös pääasiallinen syyllisyys voitiin ottaa huomioon, jos molemmat vanhemmat olivat yhtä sopivia.[27] Lain perusteluissa tarkasteltiin syyllisyyden huomioon ottamista huollon määräämisessä eräänlaisella itsestäänselvyydellä: syyttömän puolison oikeudenmukainen kohtelu edellytti, että hän ei menettäisi lapsiaan(kin). Syyttömän puolison etu saattoi kuitenkin toteutua vain, jos hän oli sopiva lasten huoltajaksi. Tämän arveltiin tosin usein seuraavan »asian luonnosta». Esimerkiksi toisen puolison vapausrangaistuksen vuoksi avioeroon tuomituista vain »syytön» saattoi ottaa lapset huoltoonsa.

> Hans (den oskyldiga maken) intressen få i regeln fälla utslaget endast om lämpligheten å ömse sidor kan anses lika. Ej sällan ligger det i sakens egen natur, vilkendera maken vårdnadsrätten skall tillerkännas, såsom då skillnad äger rum på grund av bortvaro som i 6 § avses, långvarig frihetsstraff eller sinnesjukdom.[28]

Näin syyllisyys avioeroon saattoi tehdä puolison myös sopimattomaksi lasten huoltoon, vaikka periaatteessa kumpaakin tuli arvioida erikseen.

---

[23] *NJA II 1916* s. 245, *Stjernstedt* (1916) s. 116.

[24] *NJA II 1916* s. 245–246, *Stjernstedt* (1916) s. 117–118. Ruotsissa oli vuonna 1902 annettu lastensuojelua koskeva laki (*Lag angående uppfostran åt vanartade och i sedligt afseende försummade barn*, 13.6.1902), *Mahkonen* (1974) s. 103. Norjan lastensuojelulaki oli annettu jo vuonna 1896. Ks. lastensuojelun historiasta etenkin norjalaisesta näkökulmasta *Stang Dahl* (1985).

[25] Kuten muissakaan vertailevissa jaksoissa sanaparia »barnets bästa» ei ole käännetty sananmukaisesti »lapsen paras», vaan suomennoksena on käytetty Suomessa vakiintunutta ilmausta »lapsen etu».

[26] »Endast genom att sätta sin lit till domstolarnas omdöme och takt kan lagstiftaren nå tillfredställande resultat.» *NJA II 1916* s. 244.

[27] Vuoden 1915 avioliittolailla oli laajennettu myös syyllisyysperusteisen avioeron soveltamisalaa säätämällä ensi kerran muistakin perusteista kuin omavaltaisesta hylkäämisestä ja haureudesta. Nämä perusteet olivat lähes yhteneväiset Suomen vuoden 1929 avioliittolain kanssa. Ks. tästä tarkemmin *Mahkonen* (1980) s. 191 alk.

[28] *NJA II 1916* s. 245.

> Vanhemman etuun voitiin joissakin tilanteissa kiinnittää huomiota muutoinkin kuin syyllisyyskysymyksen pohjalta. *Stjernstedt* katsoo, että merkitystä voitiin antaa myös sille, miten suurena menetyksenä puoliso kokee eron lapsesta.[29] Samantapainen tausta näyttäisi olevan myös sisarusten jakamista koskevalla lauseella. Lasten jakaminen puolisoiden kesken nähtiin lähinnä heidän etujensa mukaisena ratkaisuna, ilmeisesti sen vuoksi, että kumpikaan ei silloin menettänyt lapsia kokonaan. Sisarusparven jakaminen – tässä tapauksessa siis vanhempien edun huomioon ottaminen – haluttiin tehdä periaatteessa mahdolliseksi, ellei se ollut lasten edun vastaista. Perusteluissa huomautettiin kuitenkin, että usein sisarusparven säilyttämistä yhtenäisenä voitiin pitää erityisen toivottavana.[30]

Lasten huoltoa koskevan 1915-vuoden avioliittolain 23 §:n viimeisessä momentissa säädettiin ensi kerran myös tapaamisoikeudesta. Huollosta erotetulta vanhemmalta voitiin sen perusteella kieltää lasten tapaaminen, jos siihen oli erityisiä syitä. Jos huollosta erotettu vanhempi ei tyytynyt huoltajan päätökseen, oli asia ratkaistava oikeudessa. Negatiivisluonteisesta säätelystä huolimatta lasten ja vanhempien tapaaminen eron jälkeen lienee kuitenkin ollut suhteellisen yleistä. *Stjernstedt* neuvoi, että vanhempien olisi hyvä sopia tapaamisoikeudesta melko tarkkaan, esimerkiksi kesälomia ja joulua ajatellen.

> Det är f.ö. i allmänhet tillrådligt, att rätten till umgänge med barnen tämligen noga fixeras i avtalet, så att det exempelvis bestämmes, varest och hur ofta sammanträffanden mellan maken och barnen må ske, ävensom huruvida maken må äga rätt till någon tids samvaro med barnen under sommarferierna eller vid julen o.s.v.[31]

2.4. Parannettiinko naisten asemaa?

Folke Schmidt katsoo Ruotsin avioliitto-oikeutta koskevassa teoksessaan, että vuosisadan vaihteen uudistuspolitiikka keskittyi avioliitto-oikeuden alalla kahteen pääasiaan: avioliiton vapauttamiseen kirkon vaikutuspiiristä ja nai-

---

[29] *Stjernstedt* (1916) s. 117.

[30] *NJA II 1916* s. 245.

[31] *Stjernstedt* (1916) s. 97. Ks. myös *Walin* (1952) s. 109–110, missä on myös viitattu useisiin oikeustapauksiin 1920-luvulta. Näissä on mm. täsmennetty tapaamisten ehtoja. Vuonna 1923 annetussa tuomiossa oli huolto uskottu isälle, mutta velvoitettu hänet samalla luovuttamaan lapsi äidille tietyksi ajaksi vuosittain uhkasakon uhalla (H 1926 s. 523).

sen oikeudellisen aseman vahvistamiseen.[32] Avioeromonopolin antaminen maalliselle tuomioistuimelle oli merkinnyt kirkon vallan vähenemistä avioliiton säätelyssä.[33] Naisten aseman paranemista edisti ainakin se, että laissa säädettiin ensi kerran puolisolle tulevasta elatusavusta.[34]

Voidaan myös kysyä, parannettiinko naisten asemaa lapsia koskevan säätelyn kautta. Tähän kysymykseen ei avioliittolainsäädännön esitöissä otettu suoraan kantaa. Ei kuitenkaan liene mahdotonta, että etenkin lapsen holhousta koskevalla uudistuksella olisi ollut myös tämänsuuntaisia tavoitteita. Lapsen holhous ei uuden lain mukaan enää ilman muuta jäänyt isälle, vaan holhous ja huolto kulkivat yhdessä. Jos huolto määrättiin äidille, hänestä tuli samalla myös lapsen holhooja.[35] Jos äitiä taas ei pidetty sopivana holhoojana, oli lapselle määrättävä erillinen holhooja.[36] Koska äidit useammin kuin isät myös tosiasiassa jäivät avioeroissa lasten huoltajiksi, oli uudistuksen seurauksena naisten aseman paraneminen ainakin tältä osin. Äitien etusijaan lasten huollon määräytymisessä palataan lähemmin myöhemmin.

---

[32] *Schmidt* (1970) s. 20, 22. Ks. myös edellä kohta 2.1. (Uusi liberaali avioerolainsäädäntö), missä todettiin naisten tasa-arvoon liittyvät vaatimukset eräiksi niistä kehityspiirteistä, joiden on katsottu olleen liberaalin avioerouudistuksen taustalla.

[33] Esimerkiksi siviilivihkiminen oli tullut kirkollisen vihkimisen rinnalle Ruotsissa vuoden 1908 lailla avioliiton solmimisesta. *Schmidt* (1970) s. 22. Kirkon ja tuomioistuimien suhteen kannalta mielenkiintoinen on vuoden 1915 avioliittolakiin omaksuttu pakollinen sovittelujärjestelmä, joka liittyi asumuseron myöntämiseen. Sovittelijana piti perusteluiden mukaan olla jokin luotettava ulkopuolinen taho. Tällaisena pidettiin laissa ensisijaisesti ruotsalaisen seurakunnan pappia tai jos puolisot tai toinen heistä kuului johonkin muuhun uskontokuntaan, tällaisen seurakunnan pappia. Tosiasiallisesti vuode- ja pesäeroon verrattuna kirkon toimittama sovittelu tulikin ikään kuin aikaisemman varoitusmenettelyn tilalle, vaikka esimerkiksi *Stjernstedt* torjuu sovittelun vertaamisen varoitusmenettelyyn. *Stjernstedt* (1916) s. 101–103. Ks. sovittelusta vielä *Inger* (1983) s. 202.

[34] *Stjernstedt* (1916) s. 123–125, ks. myös *Rheinstein* (1972) s. 136–137.

[35] *Stjernstedt* katsoi, että muunkaanlainen lapsen huoltoa tai holhousta koskeva tehtävien jakaminen, esimerkiksi siten, että toisella vanhemmalla on yksinomainen määräysvalta koulutusta koskevissa asioissa, ei ollut lain mukaan mahdollista. *Stjernstedt* (1916) s. 96.

[36] Isällä ei kuitenkaan ollut etuoikeutta holhoukseen tällaisissa tilanteissa. Sama koski sitä tilannetta, että äiti uudelleen avioituessaan menetti oikeudellisen kykynsä toimia lapsen holhoojana, koska hän tuli nyt uuden aviomiehensä edusmiehisyyden alaiseksi. *Stjernstedt* (1916) s. 115–116. Naisen oikeudellisen aseman parantumisesta *Schmidt* mainitsee esimerkkinä mm. naisen mahdollisuuden hallita omalla työllään ansaitsemaansa omaisuutta (Ruotsissa 1874, Tanskassa 1880, Norjassa 1888 ja Suomessa 1889) *Schmidt* (1970) s. 19–21.

3. »Med hänsyn främst till barnens bästa»

> Föräldrabalk given den 10 juni 1949
> Vi Gustaf etc., göra veterligt: att Vi, med riksdagen, funnit gott förordna, att i Sveriges rikes lag skall, efter giftermålsbalken och före ärvdabalken, införas en ny balk, benämnd föräldrabalk, av följande lydelse...[37]

Vanhempainkaaren (*Föräldrabalk*, lyh. FB) säätämisellä muotoiltiin Ruotsin lapsioikeudelle ensimmäiset omat kehykset. Sisältönsä puolesta vanhempainkaari oli tosiasiassa kokoelma aiemmin säädettyjä lakeja, joihin kokoamisvaiheessa tehtiin vain pieniä korjauksia.[38]

Huollon määräämistä koskevaksi lainkohdaksi tuli FB 6:7, joka oli nyt seuraavassa muodossa:

> Leva föräldrarna på grund av söndring åtskilda, har rätten på ansökan av endera att förordna, vilken av dem skall hava vårdnaden av barnen eller, om ej alla barnen böra stå under den enes vårdnad, huru de skola fördelas mellan föräldrarna. Äro föräldrarna ense, give rätten sitt beslut i överensstämmelse med vad de önska, såframt det ej är uppenbart stridande mot barnens bästa, åsämjas de ej, bestämme rätten efter vad med hänsyn främst till barnens bästa finnes skäligt. Bär endera maken huvudsakligen skulden till sammanlevnadens hävande, och äro de lika skickade att hava vårdnaden om barnen, vare den andre närmas därtill. Finnes med hänsyn till barnens bästa uppenbart, att ingendera av föräldrarna bör utöva vårdnaden, skall denna anförtros åt skärskilt förordand förmyndare.
>
> Dömes till återgång av föräldrarnas äktenskap eller till hemskillnad eller äktenskapsskillnad mellan dem, meddele rätten tillika förordnande angående vårdnaden om barnen; och skall därvid vad i första stycket är stadgat äga motsvarade tillämpning.

Lasten huollon määräytyminen vanhempien eron tapahtuessa noudatteli edelleen samoja periaatteita, joihin se oli ankkuroitu vuonna 1915. Näitä olivat vanhempien yksimielisyys, lapsen etu ja toisen vanhemman syyllisyys.

> Syyllisyysperusteen tarpeellisuus tosin oli vanhempainkaaren säätämisvaiheessa keskustelun alaisena. »Asian luonnosta» johtui kuitenkin, että

---

[37] Lainaus *Walin* (1952) s. 1.

[38] *Walin* (1952) s. 1, missä mainitaan myös tärkeimmät lait, joista FB koostui. Näitä olivat em. LBiÄ, aviollista syntyperää koskeva laki (L om äktenskapslig börd), adoptiota koskeva laki (L om Adoption), au-lapsia koskeva laki (L om barn utom äktenskap) sekä holhouslaki (L om Förmynderskap), jotka kaikki oli säädetty vuosina 1917–1933. *NJA II 1950* s. 2 alk.

puolisot vain harvoin olisivat tasavertaisia huollon määräämistilanteessa ja että syyllisyyteen ei sen vuoksi yleensä tarvitsisi nojautua. (»Då det i enlighet med sakens natur jämförelsevis sällan torde inträffa, att båda makarna äro fullt lika skickade som vårdnadshavare».) Osapuolten arveltiin kuitenkin katsovan, että syyllisyyteen vaikuttavilla tekijöillä olisi merkitystä myös lasten huoltoa koskevassa asiassa, minkä vuoksi syyllisyyttä koskevaan näyttöön viitattaisiin todennäköisesti joka tapauksessa, oli määräys laissa tai ei. Muutosta ei näin ollen pidetty tarpeellisena.[39]

Huollon määrääminen oli aikaisemmin tehty mahdolliseksi asumus- ja avioerotilanteiden lisäksi myös silloin, kun vanhemmat ilman varsinaista tuomiota asuivat erillään välien rikkoutumisen vuoksi. Vanhempainkaaren säätämisen yhteydessä lisättiin määräys, joka mahdollisti huollon siirtämisen myös kolmannelle. Tällaista muutosta oli tuomioistuimien taholta nimenomaisesti toivottu.[40]

Varsin selvä uudistus tuli kuitenkin voimaan vanhempainkaaren yhteydessä tosin välittömästi lasten huoltoa koskevien määräysten ulkopuolella. Lasten holhous tuli nimittäin avioliiton aikana molempien puolisoiden yhteiseksi, kun se siihen asti oli yleensä ollut pelkästään isällä.[41] Uudistus oli sikäli kiinnostava, että asiantuntijoiden ehdotuksessa vanhempainkaareksi vuodelta 1946 oli holhous vielä esitetty jätettäväksi isälle yksin. Tätä esittä-

---

[39] *NJA II 1950* s. 73. Myöhemmin osoittautuikin, että tuomioistuimet todella välttivät huoltoa koskevan asian ratkaisemista syyllisyyskysymyksen perusteella. *Beckman – Höglund* (1977) s. 143–144 / (1993) B IV:8, missä viitataan useisiin oikeustapauksiin vuodesta 1951 alkaen.

[40] FB 7 § (huollon määrääminen) ja 12 § (tapamisoikeus). *NJA II 1950* s. 72, *Walin* (1953) s. 103–108, vrt. *Stjernstedt* (1916), joka oli kiinnittänyt huomiota siihen, että vuoden 1915 avioliittolakiin ei sisältynyt erityistä valtuutusta siirtää asumus- tai avioeron yhteydessä lasten huoltoa kolmannelle henkilölle, kuten vuode- ja pesäeroa koskevassa lainsäädännössä (samoin kuin vuoden 1734 naimakaaressakin) oli ollut. Hän arveli kuitenkin, että huollon uskominen kolmannelle olisi mahdollista ilman lain nimenomaista määräystäkin, s. 117. Lain perusteluista ilmenee, että jotkut tuomioistuimet olivatkin em. tulkinnan mukaisesti siirtäneet lapsen huollon joskus kolmannelle, mutta toiset olivat puolestaan katsoneet lain sanamuodon sitovan heitä, *NJA II 1950* s. 72. Mahdollisuus pyytää lausuntoa lastensuojelulautakunnalta oli tässä vaiheessa myös jostain syystä jäänyt pois. Asiasta ei löydy mainintoja esitöissä tai kommentaarissa.

[41] Vuoden 1920 laissa aviolapsista (*Lagen om barn i äktenskap*, LbiÄ) oli äideille annettu oikeus osallistua lapsen huoltoa koskevaan päätöksentekoon (»mödrar tillerkändes del i vårdnaden om sina barn i äktenskap»). Isälle oli kuitenkin jäänyt lopullinen ratkaisuvalta (»den yttersta bestämmanderätten»), *Schiratzki* (1997) s. 87. Hän toteaa kuitenkin, että isä oli FB:n voimaantuloon asti (1950) yksin aviolasten holhooja, mts. 57. Vrt. Saksaa koskeva jakso, kohta 4.2. (Naisista tasa-arvoisia huoltajia).

neet asiantuntijat katsoivat, että vanhempien väliset erimielisyydet saattaisivat vaarantaa lapsen omaisuuden hoidon.[42] Lain säätämisvaiheessa puolisoiden tasa-arvoa pidettiin kuitenkin painavampana perusteena kuin mahdollisten vaikeuksien välttämistä.[43]

Pieniä uudistuksia lukuunottamatta vanhempainkaaren säätäminen siis vain jatkoi itse asiassa jo vuoden 1915 lain uudistuksen yhteydessä alkanutta vaihetta huollon määräämisen osalta. Vanhempien sopimukseen, lapsen etuun ja vanhemman syyllisyyteen perustuva oikeustila jatkui varsin vakaana aina 1970-luvulle asti. Oikeuskäytännössä tätä jaksoa luonnehti äitien selvähkö etusija huollon määräytymisessä. Äitien paremmuudella ratkaisuja on perusteltu 1920-luvulta alkaen.[44] Erityisen selvästi asia on ilmaistu oikeustapauskokoelmissa.

> Något legalt företräde har i Sverige icke tillerkänts modern, men hennes naturliga företräde särskilt i fråga om späda barn är almänt erkänt i praxis.[45]

4. Tasa-arvoisen vanhemmuuden tavoite

4.1. 1970-luvun perhepolitiikka ja perheen tehtävät

1970-luvulla Ruotsin perheoikeuden lähtökohdat arvioitiin uudelleen perusteellisuudella, jota voidaan verrata vuoden 1915 avioliittolain säätämiseen. Muutoksen tarve oli tullut ilmeiseksi jo 1960-luvun lopulla, mistä oli osoituksena asiantuntijaryhmän (*familjelagssakkunniga*) asettaminen vuonna 1969 pohtimaan perheoikeuden ja etenkin avioliittolainsäädännön tulevaisuutta. Jo työryhmän toimeksiannossa oli työlle asetettu uudet lähtökohdat: puolisoi-

[42] SOU 1946:49 s. 102–104.

[43] *NJA II 1950* s. 98–113.

[44] *Schiratzki* (1997) s. 58. Ks. myös SOU 1972:41 s. 57, 58, jossa todetaan, että vuosisadan alun perheoikeus on perustunut oletukseen puolisoiden välisestä selvästä työnjaosta. Lasten hoito on sen mukaan kuulunut äidille. Norjassa äideille oli annettu etusija pienten lasten huoltoon jo vuoden 1909 avioerolainsäädännössä. Kyse oli lakiin sisältyvästä tulkinnasta, jonka mukaan äidin paremmuutta etenkin pienten lasten huollossa pidettiin luonnollisena. *Smith* (1980) s. 51.

[45] *Beckman – Höglund* (1977) s. 142. Kirjoittajat nimeävät parikymmentä oikeustapausta vuosilta 1950–1971. Samoin Ruotsin korkeimman oikeuden (*Högsta Domstol*, lyh. *HD*) käytännöstä *Agell – Saldeen* (1991) s. 69.

den välinen tasa-arvo, avioliiton vapaaehtoisuus ja yhteiskunnan neutraali suhtautuminen yhteiselämän eri muotoihin.[46] Vuonna 1972 ilmestyneessä mietinnössä (*Familj och äktenskap*, SOU 1972:41) arvioitiin perusteellisesti perheen ja avioliiton tehtäviä ja merkitystä muuttuneessa yhteiskunnassa annettujen periaatteiden pohjalta.

Uudelleenarvioimisen tarpeeseen oli osaltaan vaikuttanut avoliittojen yleistyminen. Vuonna 1969 arvioitiin avoliittojen osuuden olevan 6,5 % kaikista yhteiselämän muodoista ja ne olivat edelleen yleistymässä. Tätä määrää pidettiin merkittävänä. Muita jo tavallisia perhe-elämän muotoja edustivat yksinhuoltajien ja lasten muodostamat vajaaperheet.[47] Avioliittolainsäädännön edustama perinteisenä pidetty perhekäsitys oli näin ollen menettänyt merkityksensä huomattavassa osassa yhteiskunnan tosiasiallisesta perhe-elämästä. Lainsäädäntö ja avioliittoinstituutio tulikin sopeuttaa ajanmukaisiin käsityksiin perheestä ja parisuhteesta.[48]

Asiantuntijatyöryhmä otti perhettä koskevan säätelyn lähtökohdaksi perhesosiologian tavan määritellä perhettä sen tehtävien avulla (perheen funktiot).[49] Perheellä on tiettyjä tehtäviä perheenjäsenten näkökulmasta katsottuna ja vastaavasti yhteiskunnan tehtävien kannalta. Perhettä koskevaan muutosprosessiin oli osaltaan vaikuttanut esimerkiksi se, että yhteiskunta oli eri tahoilla ottanut hoitaakseen aikaisemmin yksinomaan perheelle kuuluneita tehtäviä. Perheen tehtävät arvioitiin mietinnössä seuraavasti:

1. Suvunjatkamistehtävä (reproduktiivinen funktio)
2. Seksuaalinen tehtävä, jolla tarkoitettiin erityisesti naisen ja miehen seksuaalisten tarpeiden tyydyttämistä.
3. Kasvatustehtävä, jolla tarkoitettiin lähinnä yhteiskunnan vaatimien sosiaalisten valmiuksien antamista lapsille.
4. Taloudellinen tehtävä, jolla viitattiin perheeseen yhtenä yhtenäisenä kulutusyksikkönä ja toisaalta päivittäisten ravinto-, puhtaus- yms. hyödykkeiden tuottajana.

---

[46] SOU 1972:41 s. 57–60. Ks. neutraliteettiperiaatteesta ruotsalaisessa perhe- ja sosiaalioikeudellisessa lainsäädännössä *Agell* (JFT 1978) s. 1–27.

[47] SOU 1972:41 s. 45. Ks. lähemmin saman mietinnön liitteenä oleva tutkimus, Bilaga 4: Sammanboende gifta och sammanboende ogifta (*Näsholm*) s. 355–371.

[48] SOU 1972:41 s. 57–61.

[49] Perheen tehtävien määrittelyä ja sen taustalla olevaa perhesosiologista suuntausta tarkastellaan lähemmin Suomea koskevan jakson yhteydessä kohdassa 3.2.1. (Naisasialiike ja valtion perheoikeudellinen tasa-arvopolitiikka). Eri pohjoismaissa (Islantia lukuunottamatta) oli samaan aikaan käynnissä perheoikeuden uudistamiseen tähtäävää komiteatyöskentelyä. Ks. eri komiteoiden yhteyksistä SOU 1972:41 s. 45, 60–61.

5. Turvatehtävän osalta perheen tehtäväksi katsottiin jääneen lasten erityisen turvan tarpeen tyydyttäminen yhteiskunnan korvattua perheen suojan niin fyysisen koskemattomuuden kuin sosiaalisen turvattomuudenkin osalta.
6. Vapaa-ajan tehtävän katsottiin olevaan kiinteässä yhteydessä perheen tunnetehtävään, perheeseen primääriryhmänä.[50]
7. Uskonnollisella tehtävällä tarkoitettiin perheen suomaa mahdollisuutta uskonnollisten tapojen harjoittamiseen yhdessä toisten perheenjäsenten kanssa. Uskonnon harjoittamisella nähtiin olevan yhteys patriarkaaliseen perherakenteeseen, ja siirtyminen demokraattisempaan perhemalliin oli näin ollen merkinnyt myös uskonnollisen tehtävän merkityksen vähenemistä.
8. Tunnetehtävällä tarkoitettiin perhettä primääriryhmänä, johon yksilö samaistuu ja jossa hän kokee tulevansa hyväksytyksi. Tätä pidettiin perheen ajankohtaisista tehtävistä tärkeimpänä.[51]

Koska yhteiskunta oli monella sektorilla ottanut kokonaan tai osittain kannettavakseen perheen tehtävien hoitamiseen, perheelle oli jäänyt lähinnä suvunjatkamiseen, lasten kasvattamiseen, puolisoiden seksuaalisuuden toteutumiseen liittyviä tehtäviä ja aivan erityisesti toimiminen primääriryhmänä yksilön tunne-elämän kannalta. Tunnetehtävän merkitystä oli omiaan korostamaan se seikka, että muut perheen tärkeimmistä tehtävistä – kuten suvunjatkamis- tai seksuaalitehtävä – eivät yhteiskunnallisen kehityksen myötä enää kuuluneet yksinomaan perheelle.[52]

4.2. Yksilön vapaus parisuhteessa yhteiskunnan turvin

Koska tunnesiteen katsottiin olevan parisuhteen edellytys, parisuhteen ja myös avioliiton oli perustuttava puolisoiden täydelliseen vapaaehtoisuuteen.[53] Ongelmaksi vapaaehtoisuuden kannalta muodostui erityisesti naisten taloudel-

[50] Tältä osin viitattiin mm. selvitykseen, jonka mukaan 13 % kaupunkilaisväestöstä piti omistautumista perhe-elämälle, lepoa, koti- ja taloustöitä pääasiallisena tapana viettää vapaa-aikaansa. SOU 1972:41 s. 73.

[51] SOU 1972:41 s. 63–64. Ks. perheen tehtävistä lähemmin mts. 63–75.

[52] SOU 1972:41 s. 74–75. Naisten ei ehkäisyn yleistyttyä enää tarvinnut omistautua pelkästään lasten synnyttämiselle ja hoitamiselle, seksuaalisuus oli vapautumisen myötä tullut entistä hyväksytymmäksi myös avioliiton ulkopuolella ja lasten kasvatuksesta yhteiskunta vastasi koulutuksen ja päivähoidon kautta yhä enenevässä määrin, vaikka ei pystynytkään täydellisesti korvaamaan perheen osuutta. Tällä tarkoitettiin erityisesti lapsen tunne-elämän kypsymistä ja yhteiskuntaan sopeutumista. SOU 1972:41 s. 64–69.

[53] SOU 1972:41 s. 75.

linen riippuvuus miehistä. Sen syynä oli yleensä lasten kasvattaminen ja hoito.[54]

> (F)örekomsten av vårdnadskrävande barn i familjen är en omständighet som utomordentligt starkt påverkar familjens ekonomiska funktion.[55]
>
> Saknas eller är det brist på samhälleliga anordningar för att avlasta föräldrarna uppgiften att ge minderåriga barn vård och tillsyn blir det familjens sak att helt svara för dessa uppgifter, och en upplösning av familjen blir rent faktiskt svår att genomföra. I samma mån som samhället utanför familjen tar på sig eller kan ta på sig uppgifterna ökar möjligheterna att upplösa familjen.[56]
>
> För de vuxna familjemedlemmarna innebär de samhälleliga åtgärderna en ökad frihet att inrätta sitt liv efter egna önskemål.[57]

Kaiken kaikkiaan mietinnön taustalla oli siis varsin liberalistinen näkemys parisuhteesta. Ylimpänä arvona on tasa-arvoisen yksilön vapaus ja riippumattomuus: vapaus kaikissa olosuhteissa irrottautua taakaksi käyneestä kumppanista, minkä juuri taloudellinen riippumattomuus tekee mahdolliseksi.

> I vår kulturkrets är det i dag en självklarhet att man och kvinna som bildar familj skall göra detta fullt frivilligt.[58]
>
> Det är en normal företeelse i förhållandet mellan man och kvinna att känslorna förändras eller varierar i djup utan att man kan visa någon yttre orsak därtill.[59]

Riippumattomuuden takaa mietinnön mukaan yksilön ansiotyö, jota täydentää yhteiskunnan antama taloudellinen turva. Näiden nähtiin suurelta osin jo toteutuneen hyvinvointiyhteiskunnan syntymisen myötä. Lasten hoidon järjestäminen siten, että vanhempien riippumattomuus ja tasa-arvo voidaan toteuttaa, nähtiin käytännön tason ongelmana, joka tulisi poistaa lähinnä yhteiskunnan toimenpitein.[60]

Tämän perhekäsityksen vastakohtana esitettiin jäykän roolisidonnainen näkemys perheestä. Erityisesti vaimo ja lapset ovat siinä riippuvaisia mie-

---

[54] Mietinnön liitteenä olevien selvitysten mukaan 1960- ja 70- lukujen vaihteessa vain neljännes Ruotsin työikäisistä naisista oli taloudellisesti itsenäisiä. Puolet naisista työskenteli vain puolipäiväisesti kodin ulkopuolella. SOU 1972:41 s. 111–112.

[55] SOU 1972:41 s. 79.

[56] SOU 1972:41 s. 77.

[57] SOU 1972:41 s. 78.

[58] SOU 1972:41 s. 75.

[59] SOU 1972:41 s. 76.

[60] SOU 1972:41 s. 81–82. Jossain määrin muutos edellyttää myös asenteiden muuttumista, etenkin kun on kyse sukupuoliroolien mukaisen tehtävänjaon purkamisesta per-

hen palkkatyöstä. Perheenjäsenten riippuvuus edellyttää puolestaan yhteiskunnalta avioerojen kontrolloimista heikompien perheenjäsenten hyvinvoinnin turvaamiseksi.[61] Vaikka mietinnössä todettiinkin, ettei yhteiskunta ollut kyennyt poistamaan kaikkia niitä vaikeuksia, jotka eri yksilöillä liittyvät avioeroon, oli tilanne kuitenkin kokonaisuutena muuttunut niin huomattavasti, että avioeroon liittyvä kontrolli ei enää ollut perusteltua.[62] Tunnetehtävän vapaata toteutumista parisuhteissa edellä sanotulla tavalla pidettiin realistisena ja toivottavana tavoitteena, jota kohti kehitys myös selvästi oli kulkemassa.

4.3. Yksilön vapaus ja avioeron säätely

Perheoikeuden asiantuntijat lähtivät siis siitä, että puolisolla tuli olla oikeus saada halutessaan avioero. Konkreettisesti he ehdottivat, että puolisoilla, jotka olivat yksimielisiä erosta ja joilla ei ollut huollossaan alle 16-vuotiaita lapsia, tulisi olla oikeus saada avioero välittömästi. Silloin kun puolisot eivät olleet yksimielisiä tai silloin kun heidän huollossaan oli alle 16-vuotiaita lapsia, oli hätiköityjä avioeroratkaisuja kuitenkin syytä pyrkiä hillitsemään. Tämä tapahtui asettamalla avioeron edellytykseksi kuuden kuukauden harkinta-aika. Aika oli lyhyempi kuin aikaisempi asumusero eikä edellyttänyt pakollista sovittelua tai puolisoiden asumista erillään, mutta ei myöskään mitään perusteita. Harkinta-ajan jälkeen molemmilla puolisoilla tuli olla oikeus saada hakemuksesta avioero.[63]

Sovittelua (*medling*) siinä merkityksessä, kuin siitä oli säädetty asumuserotilannetta silmälläpitäen alun perin jo vuoden 1915 laissa, ei pidetty menestyksellisenä, mutta sovittelua monessa suhteessa vastaavalle perheneuvonnalle annettiin mietinnössä huomattava merkitys. Kaikille perhetyypeille avoimen ja henkilökunnan koulutuksen suhteen erikoistuneemman perheneuvonnan (*familjerådgivning*) tehtäväksi ehdotettiin vaikeuksissa olevien parien

heissä. Mietinnössä ehdotetaan esimerkiksi molempien vanhempien osa-aikatyötä, kun lapset ovat pieniä, tai vaihtoehtoisesti vanhempien vuorottelemista kokopäiväisen ansiotyön ja kotityön välillä, jolloin lasten hoidon tuottama rasitus työuran etenemiselle voitaisiin jakaa tasan sukupuolten kesken, s. 79.

[61] SOU 1972:41 esim. s. 87, 106.

[62] SOU 1972:41 s. 106.

[63] SOU 1972:41 s. 188–189. Edellä selostetun pääsäännön lisäksi avioeroperusteita täydensivät mahdollisuus saada välitön avioero kolmen erillään asutun vuoden jälkeen sekä avioliiton peruuntumisinstituution kumoamisesta seuranneet poikkeukselliset eroperusteet ks. mts. 189–190.

avustaminen aiempaa laajemmin ja avioerojen torjuminen tällä tavoin. Perheneuvonnan tulisi kuitenkin myös vastaisuudessa perustua osapuolten vapaaehtoisuuteen, ja sen tavoitteet tuli edelleen asettaa neutraalisti varsinaisen avioeron suhteen, kun vastaavasti sovittelun tehtävänä oli nimenomaisesti ollut saada puolisot sopimaan ja siis jatkamaan avioliittoa. Perheneuvonta sopi näin ollen sovittelua paremmin uuteen neutraliteettiperiaatteeseen.[64]

Asiantuntijoiden edellä mainitut konkreettiset ehdotukset saavuttivat laajan hyväksymisen ja tulivat uuden avioeroperusteita koskevan lainsäädännön perustaksi. Uusi avioeroa koskeva lainsäädäntö tuli voimaan vuoden 1974 alusta. Perheneuvontatoimistojen toiminnan laajentaminen törmäsi kuitenkin erilaisiin resurssiongelmiin. Sen sijaan säädettiin uusi laki kunnallisesta parisuhdesovittelusta (*Lag om medling mellan samlevande*), jonka tehtäväksi tuli perheneuvontaa koskeneiden suunnitelmien toteutus, vaikkakin vaatimattomammin voimavaroin.[65]

> Lopullisessa muodossaan tarkennettiin myös esimerkiksi perheen lapsia koskevaa määrittelyä niin, että alle 16-vuotiaan lapsen tuli olla jommankumman puolison huollettavana. Tosiasiallinen erillään asuminen oikeutti lopullisessa versiossa avioeroon kahden vuoden jälkeen.[66]

4.4. Perheoikeuden uudet tavoitteet ja lapsen huolto

Sukupuolten välinen tasa-arvo oli se yhteiskuntapoliittinen tavoite, johon pyrittiin nimenomaisesti perheoikeudellisilla uudistuksilla. Tasa-arvo ymmärrettiin puolestaan lähinnä puolisoiden väliseksi taloudelliseksi riippumattomuudeksi.

> ... (D)et finns ingen anledning att avstå från att använda lagstiftningen om äktenskapet och familjen som ett av flera instrument i reformsträvandena mot ett samhälle där varje vuxen individ kan ta ansvar för sig själv utan att vara ekonomiskt beroende av anhöriga och där jämlikhet mellan män och kvinnor är en realitet.[67]

---

[64] Ks. lähemmin sovittelusta ja perheneuvonnansta SOU 1972:41 s. 170–178.

[65] *Agell* (1995) s. 44. Perheneuvontatoimistoja haluttiin kuitenkin edelleen kehittää. Vuonna 1994 annettiin kunnille velvoite tarjota perheneuvontaa sitä haluaville lisäämällä sosiaalipalvelulakiin tätä koskeva määräys (12a §). Laki tuli voimaan vuoden 1995 alusta.

[66] NJA II 1973 s. 140–153, *Agell* (1995) s. 40–45. Vuonna 1974 tuomittiin Ruotsissa ilmeisesti näihin asti ennätyksellinen määrä avioeroja. Ks. avioerotilastoista lähemmin *Agell* (1995) s. 24.

[67] SOU 1972:41 s. 58, ks. myös esim. s. 47, 48, 89.

Oli näin ollen johdonmukaista, että kun asiantuntijat ehdottivat muutoksia lapsen huoltoa koskevaan lainsäädäntöön, se tapahtui nimenomaisesti sukupuolten välisen tasa-arvon saavuttamiseksi.

> Koska varsinaiset avioeroperusteet ehdotettiin poistettaviksi, ei syyllisyydelle huollon määräämistä koskevana kriteerinä enää luonnollisestikaan ollut tilaa. Syyllisyys tuli jättää pois senkin vuoksi, että sitä ei juurikaan ollut sovellettu. Tältä osin kysymys oli siis enää muodollisesta korjauksesta.[68]

Vanhempien välisen tasa-arvon pahimpana esteenä pidettiin avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen isän asemaa. Lapsen syntyessä äiti tuli huoltajaksi suoraan lain nojalla. Huollon siirtäminen isälle oli kuitenkin mahdollista vain, jos tuomioistuin katsoi isän olevan sopiva lapsen huoltajaksi ja vanhemmat olivat tästä yksimielisiä, tai siinä tapauksessa, että äiti todettiin sopimattomaksi huoltamaan lasta, taikka äidin kuoltua. *Walin* korostaa, ettei isällä tässäkään tapauksessa ollut mitään etuoikeutta huoltoon, vaan oikeus saattoi uskoa lapsen esimerkiksi äidin vanhemmille, jos heidän katsottiin olevan sopivampia.[69] Puheena oleva lainkohta merkitsi avopuolisoiden erotilanteessa, että isä saattoi tulla huoltajaksi vain, mikäli äiti todettiin huoltoon sopimattomaksi, elleivät vanhemmat olleet yksimielisiä lapsen huollon uskomisesta isälle.

Asiantuntijat katsoivat, että lainkohta vaikeutti lapsen edun huomioon ottamista huollon määräämisessä avopuolisoiden erotilanteessa. He ehdottivatkin, että lapsen huolto voitaisiin myös au-lasten osalta uskoa isälle aina, kun se olisi lapsen edun mukaista. Tämänsisältöinen normi asettaisi avio- ja avoparit yhdenvertaiseen asemaan lapsen huollon määräytymisessä yhteiselämän purkautuessa. Tosin avioerotapauksessa tuomioistuin tutkisi lapsen huoltoa koskevan asia viran puolesta, kun taas avoparin erotessa huoltoasian käsittely jäisi lähinnä isän aktiivisuuden varaan.[70]

Ehdotus ulotettiin tarkoituksellisesti koskemaan myös niitä au-lasten isiä, jotka eivät varsinaisesti asuneet lastensa kanssa. Tosin uskottiin olevan harvinaista, että huollon siirtäminen vanhemmalle, joka ei ole asunut lapsensa kanssa, vastaisi lapsen etua.[71] Sen sijaan pidettiin hyvin todennäköisenä, että

---

[68] SOU 1972:41 s. 209, samoin *Beckman – Höglund* (1993) 1 B IV:8. *Walin* korostaa vuonna 1971 ilmestyneessä vanhempainkaaren kommentaarissaan lapsen intressin merkitystä. Vanhemman syyllisyys voidaan ottaa huomioon ainoastaan, jos molemmat vanhemmat ovat huoltajiksi yhtä sopivia. *Walin* (1971) s. 124.

[69] *Walin* (1971) s. 129, SOU 1972:41 s. 205.

[70] SOU 1972:41 s. 207.

[71] SOU 1972:41 s. 207, NJA II 1973 s. 190.

ne isät, jotka olivat asuneet lastensa kanssa, olisivat kiinnostuneita hoitamaan lapsiaan ja myös kykenisivät siihen.[72]

Uudistus, jossa aviottoman lapsen huollon siirron ainoaksi kriteeriksi tuli lapsen etu, toteutettiin avioeroa koskevan uudistuksen yhteydessä vuonna 1973.[73] Aviottoman lapsen huoltoa koskeva asia, esimerkiksi huollon siirto äidiltä isälle, voitiin sen jälkeen ratkaista samoilla edellytyksillä kuin eronneiden vanhempien lasten huoltoa koskeva asia. Sen sijaan asiantuntijoiden ehdotus avopuolisoiden yhteisestä huollosta ei saanut kannatusta.

Mietinnössä oli pidetty epäkohtana sitä, että yhdessä asuvat naimattomat vanhemmat eivät voineet olla yhdessä lapsensa huoltajia kuten avioliitossa olevat vanhemmat. Tilanne oli paitsi vanhempien välisen tasa-arvon, myös eri perhemuotojen neutraalia kohtelua koskevan periaatteen vastainen.[74] Asiantuntijat ehdottivatkin, että avoparit (samoin kuin ne eronneet parit, jotka asuvat yhdessä) voisivat tulla yhdessä lapsensa huoltajiksi rekisteröimällä yhteisen huollon asianomaisen viranomaisen luona. Asiantuntijat pitivät yhdessä asumista kuitenkin rekisteröinnin edellytyksenä. Jos avopuolisot muuttaisivat erilleen, ei huoltokysymys tulisi viran puolesta käsiteltäväksi tuomioistuimessa. Enemmistö arveli kuitenkin, että osapuolten olisi käytännön syistä välttämätöntä hakea huollon uskomista jommallekummalle.[75]

> Vähemmistöön jääneet työryhmän jäsenet *Gustafsson*, *Hellner* ja *Sundberg* vastustivat avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten yhteishuoltoa. Heidän tärkein argumenttinsa oli se, että lapsen huolto ei tulisi automaattisesti ratkaistuksi vanhempien muuttaessa erilleen. Avopuolisoiden erot olivat selvitysten mukaan vieläkin tavallisempia kuin avioerot. Yhteishuolto voisi jäädä voimaan erillään asumisesta huolimatta, ja toisilleen vihamieliset vanhemmat voisivat siten käyttää sen tuomia mahdollisuuksia lasta vahingoittaen.[76] Eri mieltä olevat jäsenet korostivat myös sitä, että niin kauan kuin vanhemmat eläisivät sovussa keskenään, ei lapsen huolto todennäköisesti tuottaisi ongelmia.[77]

---

[72] SOU 1972:41 s. 206–208, NJA II 1973 s. 187–190.

[73] FB 6:7 ja FB 6:12, NJA II 1973 s. 186–188.

[74] Toinen ilmaus neutraliteettiperiaatteesta oli samaan aikaan säädetty laki »naimattomien yhdessä asuvien yhteisestä asunnosta» (*Lag om ogifta samboendes gemensam bostad*) NJA II 1973 s. 197 alk.

[75] SOU 1972:41 s. 209.

[76] SOU 1972:41 s. 271–274. »Uppmärksammar den part, som inte utöver den faktiska vården, att han eller hon har del i vårdnaden, är det inte osannolikt att han eller hon tar sin formella rätt till intäkt för inblandning i allehanda vårdnadsangelägenheter och därmed vidmakthåller eller fördjupar motsättningarna mellan föräldrar till skada för barnet.» SOU 1972:41 s. 273.

[77] SOU 1972:41 s. 273.

Avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten yhteishuolto ei siis saanut kannatusta lainvalmistelun myöhemmissä vaiheissa, mutta kysymys tuli verrattain nopeasti uudelleen ajankohtaiseksi.[78]

5. Yhteishuollosta mahdollinen vaihtoehto

5.1. Yhteishuollon salliva laki

Kysymys naimattomien ja eronneiden vanhempien mahdollisuudesta olla yhdessä lapsensa huoltajia otettiin seuraavien vuosien aikana esille useaan otteeseen Ruotsin valtiopäivillä. Yksittäiset lakialoitteet kuitenkin kaatuivat äänestyksessä. Vuonna 1974 ja 1975 ehdotettiin yhteishuollon avaamista avopuolisoille. Vuonna 1975 tehtiin kuitenkin myös toinen aloite, jossa vaadittiin yhteishuollon mahdollistamista eronneiden vanhempien kesken.[79] Aloitteessa todettiin avioerojen yhteydessä ilmenevän usein riitoja, jotka johtuvat siitä, että lasten huolto oli mahdollista uskoa toiselle vanhemmista yksin. Näiden riitojen välikappaleiksi joutuivat myös lapset, jotka kuitenkin tarvitsivat ja luonnollisesti toivoivat hyviä suhteita molempiin vanhempiin, mutta joutuivat muun vaihtoehdon puuttuessa valitsemaan toisen vanhemman.[80] Tässä vaiheessa yhteishuoltoa koskevaa asiaa oli jo ryhdytty valmistelemaan oikeusministeriössä. Edellä mainitut nimenomaiset aloitteet jäivät siksi käsittelemättä erikseen.[81]

Vuoden 1976 marraskuussa hallitus antoi sitten lakialoitteen, joka koski muun ohessa yhteishuollon mahdollistamista eronneiden ja naimattomien vanhempien kesken. Sen mukaan lapsen huolto voitiin avioeron yhteydessä jättää yhteiseksi, ellei se ollut ilmeisesti lapsen edun vastaista. Avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten vanhemmat – asuivat he sitten yhdessä tai eivät – saattoivat hakea tuomioistuimelta lastensa määräämistä yhteiseen huol-

[78] NJA II 1973 s. 188. Lakivaliokunnan (*lagutskottet*) enemmistö katsoi, että ehdotuksen haitat olivat suurempia kuin sillä saavutettavat edut. Kysymykseen voitaisiin kuitenkin palata, jos käytännön yhteishuollolle ilmenisi tarvetta käytännössä. Valtiopäivät äänesti kysymyksestä valiokunnan enemmistön kannan voittaessa äänin 199–102. Prop. 1975/76:170 s. 84.

[79] Lakialoite 1975:1130, Ks. Prop. 1975/76:170 s. 84–86.

[80] Prop. 1975/76: 170 s. 86.

[81] Prop. 1975/76: 170 s. 86.

toon. Tuomioistuimen oli annettava yhteishuoltoa koskeva määräys, ellei se ollut ilmeisessä ristiriidassa lapsen edun kanssa. Yhteistä huoltoa koskevan määräyksen edellytyksenä oli, että vanhemmat olivat siitä yksimielisiä.

Huollon määräämistä koskeneet vanhempainkaaren kohdat (FB 6:7 ja 6:8) tulivat lain hyväksymisen jälkeen seuraavaan muotoon:

> (FB 6:7)
> Stå barn under vårdnad av bägge föräldrarna och vilja föräldrarna eller en av dem att vårdnaden icke längre skall tillkomma dem gemensamt, har rätten på ansökan av endera att förordna vem av dem skall ha vårdnaden om barnen eller, om ej alla barnen böra stå under den enes vårdnad, hur de skola fördelas mellan föräldrarna. Äro föräldrarna ense, skall rätten besluta i överenstämmelse vad de önska, om det ej är uppenbart stridande mot barnets bästa. I annat fall beslutar rätten efter det vad som finnes skäligt med hänsyn till barnens bästa. Finnes med hänsyn till barnens bästa uppenbart att ingendera av föräldrarna bör utöva vårdnaden, skall den anförtros åt särskilt förordnad förmyndare.
>
> Dömes till äktenskapsskillnad mellan föräldrarna, skall rätten tillika förordna angående vårdnaden om barnen. Härvid äger första stycket motsvarande tillämpning. Äro föräldrarna ense om att vårdnaden skall tillkomma dem gemensamt, skall dock rätten besluta i överensstämmelse därmed, om det ej är uppenbart stridande mot barnens bästa.
>
> (FB 6:8)
> Står barn under vårdnad av endast den ene av föräldrarna, skall rätten på ansökan av den andre överföra vårdnaden till honom, om det finnes skäligt med hänsyn till barnets bästa. Äro föräldrarna ense att vårdnaden skall överföras till den andre eller att vårdnaden skall tillkomma dem gemensamt, skall rätten på ansökan besluta i överensstämmelse därmed, om det ej är uppenbart stridande mot barnets bästa.

Teknisesti uudistus toteutettiin siten, että aviolasten huollon määräämistä vanhempien erillääsumis- ja avioerotilanteissa koskenut FB 6:7 muutettiin siten, että sitä voidaan soveltaa avioerotilanteiden lisäksi muissakin yhteishuollon purkamistilanteissa.[82] Jälkimmäinen (FB 6:8) kirjoitettiin taas täysin uudelleen koskemaan huollon muuttamistilanteita.

[82] Ks. FB 6:7 aikaisemmasta sanamuodosta edellä kohta 3.(»Med hänsyn främst till barnens bästa»).

5.2. Miksi yhteishuolto?

Euroopassa oli ennen Ruotsia tiettävästi vain Puolassa eronneiden vanhempien yhteishuoltoa koskeva laki.[83] Norjassa oli tosin vuodesta 1973 alkaen ollut mahdollista tehdä sopimus yhteishuollosta, mutta ilman viranomaisen myötävaikutusta. Tuomioistuinpäätöksin määrättävää yhteishuoltoa koskevat säännökset omaksuttiin Norjassa vuoden 1981 lapsilakiin (*Barneloven*).[84] Sen vuoksi on aiheellista kysyä, mitkä syyt Ruotsissa johtivat yhteishuoltoa koskevaan lainsäädäntöön.

Uudistuksen taustalta voidaan osoittaa kaksi tekijää, nimittäin avoliittojen yleistyminen ja uusi avioerolainsäädäntö. Molempiin liittyy myös ruotsalaiseen perheoikeuspolitiikkaan omaksuttu neutraliteettiperiaate.

Vuoden 1972 asiantuntijamietinnön perusteella näyttäisi siltä, että avoliitossa elävien vanhempien huonoksi koettu oikeudellinen asema oli syynä siihen, että yhteishuoltoa koskeva lainsäädäntö tuli ajankohtaiseksi. Asiantuntijathan katsoivat, että eri perheiden yhdenvertainen, neutraali kohtelu edellyttäisi, että vanhemmat voisivat valita vapaasti lapsen huoltoa koskevan järjestelyn riippumatta heidän keskinäisen yhteiselämänsä muodosta.[85] Ruotsalainen perhesosiologi *Jan Trost* on myös katsonut, että yhteishuolto tuli Ruotsiin juuri avoliittojen vaikutuksesta.[86]

Yhdessä asuvien vanhempien yhteishuoltoon suhtauduttiin myönteisesti jo vuoden 1973 lakiuudistuksen yhteydessä, mutta ongelmaksi muodostuivat silloin epäilyt siitä, miten yhteishuolto toimisi pariskunnan mahdollisesti muuttaessa erilleen. Kun vanhemmat eivät ole virallisesti naimisissa keskenään, ulkopuolisen tahon on mahdotonta valvoa heidän suhteensa mahdollista purkautumista. Jos siis hyväksyttäisiin avoliitossa asuvien vanhempien

---

[83] *Kindschaftsrecht im Wandel* (MPI 1994) s. 588–591. Puolan yhteishuoltolaki oli peräisin vuodelta 1964. Ks. Yhdysvaltojen osalta Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 5.1. (Yhteishuollon yleistyminen).

[84] Tätä ennen vanhempien oikeus vapaasti sopia lapsen huollosta perustui aviolapsia koskevan lain (*lov om barn i ekteskap av 21. desember 1956*) 8 §:ään. *Smith* (1980) s. 77. Vuonna 1973 todettiin oikeusministeriön kiertokirjeessä, että vanhemmat voivat sopia keskenään myös yhteishuollosta. Vuonna 1978 laskettiinkin kiertokirjeen seurauksena esimerkiksi Oslon seudulla 22 %:n sopimuksista koskevan yhteishuoltoa. *Smith* (1980) s. 268 alk. *Kindschaftsrecht im Wandel* (MPI 1994) s. 76, 589.

[85] Ks. edellä kohta 4.4. (Perheoikeuden uudet tavoitteet ja lapsen huolto).

[86] Näin *Trost Luthinin* siteeraamana vuonna 1981. *Luthin* (1987) s. 11–12. Avoliitot olivat yleistyneet nopeasti. Kun vuonna 1966 kaikista lapsista vajaat 15 % syntyi avioliiton ulkopuolella, oli au-lasten osuus vuonna 1972 jo 25 % ja vuonna 1974 yli 30 % *Agell* (1995) s. 24.

yhteishuolto, olisi samalla hyväksyttävä se, että yhteishuolto voisi jäädä voimaan, vaikka vanhemmat muuttaisivatkin erilleen. Samalla olisi neutraalin kohtelun periaatteen vuoksi sallittava vanhempien yhteinen huolto myös silloin, kun vanhempien välinen avioliitto olisi purettu. Tätä ei kuitenkaan pidetty mahdollisena, kuten edellä on käynyt ilmi.[87]

Vuoden 1976 yhteishuoltouudistusta koskevassa hallituksen esityksessä lähtökohtana on kuitenkin avioerotilanne. Eronneiden vanhempien yhteishuolto nähdään siinä myönteisenä mahdollisuutena. Uusi avioerolainsäädäntö oli näet vähentänyt avioerojen dramaattisuutta ja siten helpottanut puolisoiden yhteistoimintaa avioeron jälkeen.[88] Katsottiin myös useimmissa tapauksissa olevan lasten edun mukaista, että he voisivat säilyttää hyvät ja läheiset suhteet molempiin vanhempiin eron jälkeen. Koska yhteishuollon arvioitiin edistävän näitä tavoitteita, sen kokeileminen oli perusteltua.[89]

> (Ä)ndrade uppfattning om äktenskap och skilsmässa som har utvecklats ... och kommit till uttryck i 1973 års äktenskapsreform torde ha gett många frånskilda makar bättre förutsättningar att på ett mindre känsloladdat och prestigebetonat sätt se på sina relationer efter skilsmässan inbördes och i förhållande till barnen. Därigenom har föräldrarna också fått ökade möjligheter att ta ett gemensamt rättsligt ansvar för barnen efter äktenskapets upplösning och efter det att de har flyttat isär. Visserligen kan det i undantagsfall vara bättre... I de allra flesta situationer måste det emellertid vara till fördel för barnen om de efter skilsmässan kan bevara nära och goda relationer till båda föräldrarna. Om en ordning med gemensam rättslig vårdnad kan främja sådana goda förhållanden finns det uppenbarligen skäl att allvarligt pröva införandet av en sådan möjlighet.[90]

Myönteinen suhtautuminen eronneiden vanhempien yhteishuoltoon ratkaisi myös avopareja koskeneen ongelman. Koska erilleen muuttamista ei enää voitu pitää ylipääsemättömänä riskinä lapsen kannalta, voitiin yhteishuollon mahdollisuus ulottaa koskemaan naimattomattomiakin vanhempia.[91]

> Mot en ordning med gemensam vårdnad för ogifta föräldrar har tidigare framför allt anförts att det uppstår problem för den händelse föräldrarna skulle separera. Enligt promemorian kommer emellertid denna fråga i ett nytt läge, om man inför en möjlighet för frånskilda att

---

[87] Ks. edellä kohta 4.4. (Perheoikeuden uudet tavoitteet ja lapsen huolto).

[88] LU 1975/76:33 s. 80, ks. myös edellinen kohta 5.1. (Yhteishuollon salliva laki).

[89] Prop. 1975/76:170 s. 91–92, 142–144, ks. myös *Agell* (1976) s. 27.

[90] Prop. 1975/76:170 s. 142.

[91] Prop. 1975/76:170 s. 144.

> behålla den gemensamma vårdnaden om sina barn. Det är ju i sådant fall fråga om föräldrar som normalt inte bor tillsammans. På motsvarande sätt skulle man kunna låta ogifta föräldrar få gemensamt utöva vårdnaden, även om de inte delar bostad.[92]

Hallituksen esityksen valossa näyttäisi siis siltä, että ratkaisevia yhteishuoltoa koskevan uudistuksen kannalta olisivat olleet juuri eronneiden vanhempien yhteishuoltoon liittyneet uudet mahdollisuudet. Näin tuskin tosiasiassa oli asian laita. Edellä esitetyn valossakin on selvää, että eri perhemuotojen neutraalia kohtelua tarkoittavan periaatteen vuoksi eri ryhmien merkitystä ei voida erottaa toisistaan. Yhteishuoltoa koskenutta uudistusta ei olisi voitu toteuttaa vain yksin toisen ryhmän, eronneiden tai avoliitossakaan asuneiden, kohdalla. Sen vuoksi ratkaisevaksi muodostuikin todennäköisesti se, että tässä vaiheessa tuli mahdolliseksi toteuttaa vanhempien yhteinen huolto sekä eronneiden että avoliitossa asuvien vanhempien osalta.

5.3. Yhteishuollon käsite vuoden 1976 uudistuksessa

Yhteishuoltoa koskevassa uudistuksessa käytettiin termiä oikeudellinen yhteishuolto (*gemensam rättslig vårdnad*). Huollon oikeudellinen määräytyminen haluttiin pitää erillää lasten tosiasiallisesta hoidosta (*faktisk vård*).[93] Erikseen todettiin, ettei yhteinen oikeudellinen huolto edellytä lapsen hoidon tosiasiallista jakamista tasan vanhempien välillä. Kuitenkin katsottiin, että yhteisen oikeudellisen huollon määräämisen edellytyksenä tulisi olla, että molemmat vanhemmat myös tosiasiassa hoitavat lasta ainakin jossakin määrin.[94]

> Termillä oikeudellinen yhteishuolto, *gemensam rättslig vårdnad*, on siis Ruotsissa toinen merkitys kuin Kaliforniassa. *Joint legal custody* -termillähän tarkoitetaan yleensä sitä, että tosiasiallinen hoito (*physical custody*) ei ole yhteinen, ellei näin ole erikseen sanottu (*joint legal and physical custody*). Ruotsissa taas haluttiin ikään kuin rajata lapsen tosiasiallisesta hoidosta päättäminen oikeudellisen päätöksenteon ulkopuolelle, jolloin siitä, että huolto oli oikeudellisesti yhteinen, ei vielä ole voitu tehdä muita johtopäätöksiä lapsen tosiasiallisesta hoitamisesta kuin se, että vanhemmilla oli ollut vähintään tarkoitus jakaa lapsen hoitoon liittyviä tehtäviä keskenään ainakin jossakin määrin.[95]

---

[92] Prop. 1975/76:170 s. 144–145.

[93] Prop. 1975/76:170 s. 71, samoin terminologian osalta *Walin* (1971) s. 112.

[94] Prop. 1975/76:170 s. 142.

[95] Ks. edellä Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 5.2. (Yhteishuollon käsite).

Vaikka oikeudellisen ja tosiasiallisen huollon välistä eroa korostettiinkin, voidaan monesta yhteydestä päätellä, että yhteisen huollon toteuttamisen esikuvana oli tilanne, jossa huoltajat myös tosiasiallisesti hoitivat lasta yhdessä. Pidettiin esimerkiksi selvänä, että lapsen elatusapua koskeva päätös menetti vaikutuksensa yhteishuollon johdosta. Samalla elatustukea (*bidragsförskått*) saanut vanhempi menetti tämän edun.[96]

Jo vuoden 1976 lakia koskevassa esityksessä tehtiin kuitenkin periaatteellinen avaus yhteishuollon käsitteen kehittämiseksi. Edellytettiin nimittäin, että oikeusministeriössä asetettaisiin erityinen työryhmä pohtimaan yhteiskunnan eri tukien jakamista niitä tilanteita ajatellen, joissa vanhemmat asuvat erikseen, mutta ovat yhdessä lastensa huoltajina.[97] Vuonna 1978 muutettiinkin lapsen elatusta koskevaa lainsäädäntöä niin, että elatusavun määrääminen tuli mahdolliseksi lapselle, jonka vanhemmat asuivat erillään, mutta olivat yhdessä huoltajia. Uudistus antoi yhteishuoltajille mahdollisuuden hakea elatustukea *bidragsförskott*-elatustukea, mikä olikin sen tärkein tavoite.[98]

6. Bente ja Gunnar Öberg: Tuomioistuimesta terapiaan

1970-luvun lopulta alkaen avioeroa ja lapsen huoltoa koskevaan keskusteluun vaikuttivat huomattavasti aviopari *Bente* ja *Gunnar Öberg*in tutkimukset ja puheenvuorot, joissa avioero ja lapsen huoltoa koskeva riita esitettiin vanhempien psyykkisenä kriisinä. Kirjoittajat esittivät ratkaisuvaihtoehtoja lapsen huoltoa koskeviin riitoihin tästä näkökulmasta.

Vaikutuksiltaan merkittävin heidän yhteisistä hankkeistaan lienee ollut se, jonka tuloksena *Öberg*it julkaisivat yhteisen väitöskirjansa *Skilsmässa*,

---

[96] Prop. 1975/76:170 s. 84, 146–148. Hallituksen esityksessä tuotiin esiin myös, että yhteishuolto vaikuttaisi todennäköisesti eräisiin muihinkin sosiaaliavustuksiin kuten opintotukeen tai asumistukeen. Lopullisten ratkaisujen tekeminen ehdotetiin jätettäväksi tilannekohtaisen arvion varaan. Prop. 1975/76:170 s. 93–94, 151–152. On ilmeistä, että 1970-luvun lopulla yhteishuolto erillään asuvien vanhempien kesken myös miellettiin nykyistä useammin hyvin konkreettiseksi lapsen hoidon jakamiseksi. Tähän palataan myöhemmin kohdassa 9.2. (Lasten vuoroittaista hoitoa ja pioneerihenkeä).

[97] Prop. 1975/76:170 s. 148.

[98] Ks. lähemmin *Agell* (1979) s. 9–10, 16–17, elatustuesta lähemmin s. 35 alk.

sorg och förluster - Kristerapi som alternativ till vårdnadsutredningen vuonna 1979. Tutkimuksen osaraportti julkaistiin jo vuonna 1977.[99] Yleistajuinen kirja »Nu går jag» seurasi pian tämän jälkeen vuonna 1978.[100]

Väitöskirjatutkimuksen perusteena oli 15 riitaista lapsen huoltoa koskevaa tapausta, joita käsiteltiin tuomioistuimen sijaan terapiassa. Sellaisille lähinnä satunnaisesti valituille perheille, joiden huoltoa koskeva riita oli vireillä tuomioistuimessa, tarjottiin sosiaalilautakunnan selvityksen (*vårdnadsutredning*) asemesta mahdollisuutta kriisiterapiaan.

> Selvityksen hankkiminen oli yleinen käytäntö etenkin, jos asia on oli riitainen. Se perustui tuomioistuimen selonottovelvollisuuteen, sillä suoraa säännöstä asiasta ei ollut.[101] Sosiaaliviranomaisten omat tiedostot muodostivat pohjan selvitykselle. Niitä täydensivät keskustelut, joita erityinen selvittäjä (*utredare*) kävi molempien vanhempien kanssa erikseen. Tietojen ja muiden näkökohtien lisäksi vanhemmilla oli mahdollisuus antaa ulkopuolisten henkilöiden nimiä selvittäjän yhteydenottoa varten. Selvittäjän kokoama aineisto ja ehdotus, jonka hän aineiston perusteella teki, annettiin tiedoksi osapuolille ja käsiteltiin sen jälkeen sosiaalilautakunnan kokouksessa, jossa vanhemmilla oli mahdollisuus olla paikalla ja lausua käsityksensä selvityksestä. Sosiaalilautakunnan lausunto syntyi kokouksessa tehdyllä päätöksellä ja se lähetettiin tuomioistuimelle.[102]

Kriisiterapian tavoitteena oli saada vanhemmat yhdessä käymään läpi keskinäisiä ristiriitojaan asiantuntijan avulla ja siten saavuttamaan yksimielisyys lasten tulevaisuudesta.[103] Projektin järjestämään terapiaan osallistui 15 perheettä, joista 11:n onnistui päästä sopimukseen lasten huollosta. Selvityksen tekeminen voitiin tällöin peruuttaa, sillä tuomioistuin saattoi perustaa päätöksensä vanhempien yksimielisyyteen.

---

[99] Skilsmässa, sorg och förluster. Kristerapi som alternativ till vårdnadsutredning. Delraport I. Pedagogiska institutionen, Stockholms universitet (BIG-rapport nr 31).

[100] Teos on suomennettu nimellä »Elämä jatkuu eron jälkeen». Se on ilmestynyt Otavan kustantamana vuonna 1979.

[101] *Walin*in mukaan oikeusasiamies (*Justitieombudsman JO*) oli suositellut, että tuomioistuimet antaisivat muutkin kuin varsinaisesti riitaiset tapaukset tiedoksi lastensuojelulautakunnille, (myöhemmin sosiaalilautakunnille), jolloin sosiaaliviranomaiset voisivat esittää niiden tiedossa olevia selvityksen tekemisen tarpeeseen vaikuttavia syitä. *Walin* (1971) s. 124, samoin *Agell – Saldeen* (1985) s. 41, joiden mukaan osa tuomioistuimista oli noudattanut JO:n suositusta osan tyytyessä vahvistamaan vanhempien sopimukseen perustuvat vaatimukset.

[102] *Ewerlöf – Röst Andréasson – Sverne* (1982) s. 53–54, 58–59.

[103] *Öberg – Öberg* (1979) s. 230–231.

> Terapia näyttää näiden tulosten valossa onnistuneen erinomaisesti vanhempien välisten riitojen ratkaisemisessa. On kuitenkin huomautettava, että niiden neljän perheen lisäksi, jotka eivät terapiasta huolimatta pystyneet sopimaan lapsen huollosta, kaikkiaan 17 perhettä jäi pois tutkimusryhmästä. Yhdeksän perhettä torjui itse terapiaa koskevan tarjouksen eri syistä (yksi perhe tosin halusi terapiaan myöhemmin tutkimusryhmän ulkopuolella), seitsemän perheen osalta sosiaalitoimisto arvioi jo etukäteen, että terapia ei soveltuisi perheen riidan selvittelyyn ja yhtä perhettä terapeutit pitivät itselleen liian läheisenä, jotta terapia voisi onnistua.[104]

*Öberg*it katsoivat, että lapsen huoltoa koskeva riita on puolisoiden psyykkinen kriisi, joka liittyy avioerokriisiin.

> Vi ser tvisten som ett uttryck för kraftiga relationsstöringar mellan föräldrarna. De kan inte längre sammanarbeta. De bekämpar varandra och konkurrerar om barnen. Vi tror också att konflikten runt barnens vårdnad kan vara ett tecken på att de har gjort ett dåligt separationsarbete med varandra.[105]
>
> Vi menar att vårdnadskonflikten är i första hand ett mentalhygieniskt problem, därför att det i allra högsta grad är tal om mänskliga relationer och konflikter. Föräldrarna som har kommit på kollisionskurs med varandra behöver sakkunnig hjälp att kunna sammanarbeta.[106]
>
> Föräldrarna behöver hjälp att komma ur sina fastlåsa positioner och själva kunna bestämma hur de ska göra med vårdnaden av sina barn.[107]

Koska huoltoriita ymmärrettiin kriisinä, jonka luonne on lähinnä mielenterveydellinen eikä juridinen ja jonka ratkaiseminen edellyttää vanhemmille suunnattua apua, olikin luonnollista, että oikeudelliseen ratkaisuprosessiin kohdistettiin kritiikkiä. Oikeusprosessi ei *Öberg*ien mukaan antanut vanhemmille sitä apua, jota he tarvitsisivat. Prosessi oli päinvastoin omiaan kärjistämään riitoja.[108] Kritiikin kohteeksi joutuivat ennen muuta sosiaalilautakuntien selvitykset ilmeisesti sen vuoksi, että kirjoittajat näkivät juuri selvitysprosessissa periaatteessa mahdollisuuden lähestyä riitaa heidän kuvaamallaan rakentavalla tavalla.[109] Heidän mukaansa vanhemmat joutuivat kuitenkin pu-

---

[104] *Öberg – Öberg* (1979) s. 162–165.

[105] *Öberg – Öberg* (1979) s. 68.

[106] Jaksossa, joka on otsikoitu » *Konflikten är i högre grad ett mentalhygieniskt problem än ett juridiskt*». *Öberg – Öberg* (1979) s. 71.

[107] Kappaleen otsikkona on: »*Vårdnadskonflikten är ett kristillstånd*». *Öberg – Öberg* (1979) s. 72.

[108] *Öberg – Öberg* (1979) s. 24 alk. *Öberg – Öberg* (1987) s. 164–165. »... anser vi att skilsmässor och barns vårdnad hör inte hemma vid våra domstolar».

[109] *Öberg – Öberg* (1979) s. 68 alk.

humaan sosiaalityöntekijöille – eivät keskenään (»*tala om varandra – inte med varandra*»).[110]

Yhtenä tärkeänä puutteena tuomioistuinratkaisun kannalta *Öbergit* pitivät sitä, että se edellytti valintaa kahden sinänsä sopivan vanhemman välillä, koska lapselle voitiin määrätä vain yksi huoltaja.[111] Se ei kirjoittajien mukaan voinut olla lapsen edun mukaista.

> (B)arnet är bäst betjänt av att i framtiden få ha kontakt och samvaro med två föräldrar som kan samarbeta och gemensamt ta ansvar för sitt barn.

Kirjoittajat eivät siis asettuneet suoraan kannattamaan yhteishuoltoa, vaan sopimusratkaisua, mutta korostavat sen merkitsevän molempien vanhempien omakohtaista vastuuta ratkaisun toteuttamisesta.[112]

7. »Om föräldraansvar m.m.»

7.1. Komitea ja lapsen oikeudet sekä tarpeet

Vuonna 1976 lainsäädäntöuudistuksen käsittelyn aikana tehtiin valtiopäivillä aloite komitean asettamisesta lapsen oikeudellisen aseman kartoittamiseksi. Lakivaliokunta yhtyi tähän aloitteeseen ja tuki laajapohjaisen työryhmän asettamista arvioimaan lapsen oikeudellista asemaa lapsen edun näkökulmasta ja samalla tekemään tarvittavat parannusehdotukset.[113] Komitea, jonka tavoitteena oli lapsen oikeudellisen aseman parantaminen (*Barnets rätt*), asetettiin 24.2.1977 tehdyllä päätöksellä.[114]

---

[110] *Öberg – Öberg* (1979) s. 74–76, em. lainaus s. 76. Lausahdusta on sittemmin siteerattu useasti. Ks. esim. SOU 1979:63 s. 96, tai *Ewerlöf – Röst Andréasson – Sverne* (1982) s. 54.

[111] Yhteishuoltoa ei voitu määrätä vastoin toisen vanhemman tahtoa. Jos vanhemmat eivät kyenneet sopimaan lapsen huollosta, oli yksinhuolto ainoa vaihtoehto.

[112] *Öberg – Öberg* (1979) s. 71. Myöhemmin *Öbergit* ovat tutkineet erityisesti yhteishuoltoperheitä, joiden lapset asuvat vuoroittain vanhempien luona. *Öberg – Öberg: Den delade familjen*, 2. painos 1985. Yleistajuisessa kirjassaan *Skiljas men inte från barnen* (1987) *Öbergit* korostivat niin ikään vaihtoehtojen tärkeyttä, mutta argumenttien tasolla hyvät puolet löytyivät jaetusta (ts. yhteis-)huollosta ja huonot puolet yksinhuollosta. esim. s. 106–107, 122, 131–135, 167–168. Tutkimuksesta lähemmin jäljempänä kohdassa 9.2. (Lasten vuoroittaista hoitoa ja pioneerihenkeä).

[113] LU 1975/76: 33 s. 118.

[114] SOU 1979:63 s. 3, 41.

Komitea antoi kaikkiaan kolme osamietintöä, *Barnets rätt 1*, *2* ja *3*. Näistä toinen osamietintö *Barnets rätt 2. Om föräldraansvar m.m.* (SOU 1979:63) koski lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta sekä näiden lisäksi eräitä prosessuaalisia uudistuksia kuten sosiaalilautakunnan selvitystä. Komitea teki myös ehdotuksia lapsen huoltoa koskevan päätöksen täytäntöönpanosta sekä lapsen asiamiehestä. Näihin palataan jäljempänä, mutta jo tässä yhteydessä voidaan todeta, että ehdotukset palautettiin suurelta osin jatkovalmisteluun, minkä vuoksi samoja asioita tuli uudelleen esille komitean kolmannessa mietinnössä.[115] Mietinnön nimi *Om föräldraansvar m.m.* pohjautui komitean ehdotukseen uudeksi lapsen huollon terminologiaksi. Komitea piti perinteistä käsitettä »*vårdnad*» hankalana ja sekaannuksia aiheuttavana. Sen sijaan ehdotettiin vanhemman vastuuta paremmin korostavaa *föräldraansvar* -termiä.[116] Ehdotus ei kuitenkaan koskaan edennyt tämän pitemmälle ja *föräldraansvar* jäi lähinnä muistoksi uudistusmielisestä komiteasta.

Föräldraansvar -mietinnön alkupuolella todettiin, miten lapsen asema yhteiskunnassa oli muuttunut ja lapsia koskeva tietämys lisääntynyt. Lapsia pidettiin nyt itsenäisinä yksilöinä, joilla oli omia tarpeita. Ikään kuin ehdotustensa taustaksi komitea esitti näkemyksensä lapsen joistakin perustarpeista, (»*Några grundläggande behov*»). Ohessa nämä perustarpeet on lueteltu lyhyesti.[117]

---

[115] Ensimmäinen *Barnets rätt 1. Om förbud mot aga* (SOU 1978:10), koski lapsen ruumiillisen kurituksen kieltoa, mikä toteutui lainsäädännössä vuonna 1979. Komitean kolmanteen mietintöön *Barnets rätt 3. Om barn i vårdnadstvister – talerätt för barn m.m.* SOU 1987:7 palataan myöhemmin kohdassa 10.1. (Uudistuksen lähtökohta: lapsen oikeus vai lapsen etu?).

[116] Sekaannuksia katsottiin erityisesti aiheutuvan tosiasiallista huoltoa tarkoittavan *faktisk vård* ja oikeudellista huoltoa tarkoittavan *rättslig vårdnad* -käsitteiden välillä. SOU 1979:63 s. 61–62. Tässä yhteydessä on ehkä syytä huomauttaa, että sanatarkasta käännöksestä huolimatta ruotsalainen *föräldraansvar* ja englantilainen *parental responsibility* -käsitteet eivät ole merkitykseltään yhteneväisiä. Vrt. Englantia koskeva jakso, kohdasta 8.1. (Uuden lapsilainsäädännön taustaa) alk., etenkin kohta 8.2.3. (Vanhemman vastuu, kun vanhemmat ovat eronneet tai asuvat erillään).

[117] Komitea toteaa, että lapsen perustarpeita käsitellessään se tarkoittaa vanhemmalla yhtä hyvin biologisia vanhempia, ottovanhempia tai kasvatusvanhempia kuin niitä muita aikuisia, jotka pysyvästi hoitavat lapsia. SOU 1979:63 s. 55. Komitea käytti siis tosiasiassa *psykologisen vanhemmuuden* käsitettä. Tässä yhteydessä on mielenkiintoista todeta, että *Goldstein*in *Freud*in ja *Solnit*in teos *Beyond the Best Interest of the Child* vuodelta 1973 oli ilmestynyt Ruotsissa vuonna 1978 nimellä »*Barnets rätt – eller rätten till barnet*». Teokseen on viitattu mietinnössä nimenomaisesti esim. s. 106, 110. Ks. psykologisen vanhemmuuden käsitteestä ja em. teoksesta lähemmin Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 3.1.4. (Goldstein – Freud – Solnit: Beyond the Best Interest of the Child).

Barn behöver omvårdnad och skydd.
Barn behöver människor som de kan ta emot kärlek och ge kärlek till.
Barn behöver ett stabilt och varaktigt förhållande till föräldrar.
Barn behöver utvecklas i en miljö som tillgodoser dess behov av stimulans.
Barn behöver föräldrarnas hjälp med att sätta gränser för sitt handlande.
Barn måste få känna att de behövs och att de får ta ansvar.
Barn behöver få påverka sin situation.
Barn behöver efter hand frigöra sig från sitt beroende av föräldrarna.
Barn har behov av samhörighet med båda föräldrarna även om dessa är i konflikt med varandra.[118]

7.2. Yhteishuolto ja kriisiterapia ihanteena

Edellä lueteltuihin perustarpeisiin kuuluivat siis myös lapsen pysyvä ja kestävä suhde vanhempiinsa sekä tarve tuntea yhteenkuuluvuutta molempien vanhempiensa kanssa, vaikka vanhempien keskinäinen suhde olisikin riitainen. Johdonmukainen seuraus olikin, että mietinnössä ehdotettiin yhteishuoltoa pääsäännöksi ratkaistaessa lapsen huoltoa. Yhteishuolto oli pysynyt suhteellisen harvinaisena vuonna 1977 voimaan tulleen uudistuksen jälkeen.[119] Komitean tavoitteena oli siis vaikuttaa yhteishuollon yleistymiseen. Keinona esitettiin kolmea uudistusta:

(1) Vanhempien yhteishuolto voitaisiin vahvistaa yksinkertaisella rekisteröinnillä lähinnä kirkkoherranvirastossa tuomioistuinprosessin sijasta.[120]
(2) Yhteishuolto jatkuisi automaattisesti avioerosta huolimatta, ellei jompikumpi puolisoista tekisi erityistä hakemusta huollon määräämiseksi yksin hakijalle.[121]

---

[118] SOU 1979:63 s. 56.

[119] SOU 1979:63 s. 73. Yhteishuoltoa koskevia määräyksiä oli vuonna 1977 annettu vain noin 5 %:ssa kaikista huoltajan määräämistä koskevista tapauksista. Lähemmin jäljempänä kohdassa 9.1. (Yhteishuollon yleistyminen tilastojen valossa).

[120] SOU 1979:63 s. 14, 164 (10 §), 168 (24 §). Tämä ehdotus toteutettiin vuoden 1983 uudistuksessa. Ks. jäljempänä.

[121] Tuomioistuin ei siis omasta aloitteestaan voisi ottaa huoltoa käsiteltäväkseen eikä siis myöskään arvioida, olisiko se »ilmeisesti lapsen edun mukainen», kuten 1979 voimassaolevan lain mukaan tapahtui. Tämän arveltiin asettavan yhteishuollon liian negatiiviseen valoon. SOU 1979:63 s. 74.

(3) Jos vanhemmat tai toinen heistä haluaisi purkaa yhteishuollon, sovellettaisiin erityistä kuuden kuukauden harkinta-aikaa avioeroprosessin tapaan.[122]

Edellä esitettyihin näkökohtiin liittyi läheisesti ehdotus, jonka mukaan tuomioistuin voisi antaa väliaikaisen määräyksen vain lapsen asumisesta eikä lainkaan varsinaisesta huollosta. Näin voitaisiin välttää esimerkiksi ne ongelmat, jotka liittyivät *status quo* -periaatteen noudattamiseen väliaikaisen päätöksen antamisen jälkeen tehtävässä varsinaisessa ratkaisussa.[123]

Yhteishuollon suosion lisäämiseksi tehtiin muitakin ehdotuksia, joiden kannattajat jäivät kuitenkin komiteassa vähemmistöön. Vaihtoehtoisessa ehdotuksessa haluttiin mahdollistaa yhteishuolto, vaikka toinen vanhemmista vastustaisi sitä. Enemmistön ehdotuksen mukaisesti yhteishuolto oli aina purettava, kun toinen vanhemmista niin halusi.[124] Vähemmistö esitti myös, että lapsen asumisesta voitaisiin päättää tuomioistuimessa väliaikaisen päätöksen lisäksi silloinkin, kun vanhemmat eivät pääse asumisesta sopimukseen. Riita lapsen asuinpaikasta ei siis sellaisenaan muodostaisi estettä yhteishuollolle.[125] Enemmistö katsoi kuitenkin, ettei lapsen asuinpaikasta tulisi voida päättää tuomioistuimessa. Vanhempien kyvyttömyys ratkaista lapsen asuinpaikkaa koskeva asia muodostaisi näin esteen yhteishuollolle.[126]

Koska Ruotsin vanhempainkaareen ei aiemmin ollut sisältynyt määräyksiä siitä, milloin tuomioistuimen tuli pyytää sosiaalilautakunnalta lausunto, komitea omisti asialle runsaasti huomiota.[127] Erityisen tärkeänä pidettiin sitä, että huollosta riiteleville vanhemmille tarjottaisiin mahdollisuus työstää näitä keskinäisiä riitojaan ja näin päästä sovinnolliseen ratkaisuun. Kunnille olisi

---

[122] SOU 1979:63 s. 113. Ruotsissahan avioeron harkinta-aika ei koske niitä lapsettomia pariskuntia, jotka hakevat avioeroa yhdessä. Pariskuntia, joilla on lapsia, koskee kuitenkin poikkeuksetta harkinta-aika avioeron yhteydessä. Eri harkinta-aikojen yhteensovittamisesta ks. SOU 1979:63 s. 170–171. Yhteishuollon purkamiseen liittynyt harkinta-aika kuului niihin mietinnön ehdotuksiin, jotka eivät toteutuneet.

[123] SOU 1979:63 s. 106–108. Ks. *status quo* -periaatteesta lähemmin Englantia koskeva jakso kohta 6.3. (Status quo -periaate). Po. mietinnössä ei eritelty *status quo* -periaatteen vaikutuksia ympäristön tai läheisten henkilöiden suhteen. Vakituisten olosuhteiden katsottiin olevan joka suhteessa lapsen edun mukaisia. Näkemyksen tueksi viitattiin jälleen *Goldstein*in *Freud*in ja *Solnit*in asiantuntemukseen. Ks. lähemmin alav. edellisen kohdan 7.1. (Komitea ja lapsen oikeudet sekä tarpeet) lopulla.

[124] SOU 1979:63 s. 76.

[125] SOU 1979:63 s. 108.

[126] SOU 1979:63 s. 75.

[127] SOU 1979:63 s. 87.

ehdotuksen mukaan tullut velvollisuus järjestää vanhemmille mahdollisuus *samarbetssamtal* -sovitteluun.[128] Ehdotettu sovitteluneuvottelu (*samarbetssamtal*) oli itse asiassa niin tavoitteiltaan kuin ratkaisuiltaankin sellainen, johon *Öberg*it väitöskirjassaan tähtäsivät. Sen malli olikin ilmeisesti peräisin *Öberg*ien johtamalta tutkimusprojektilta.[129] Nähtävästi mallin mukana omaksuttiin *Öberg*ien edellä esitetyt käsitykset avioeron ja huoltoriidan luonteesta sekä niiden parhaasta ratkaisutavasta.[130]

Kuten edellä todettiin, *Öberg*it eivät (vielä) olleet julkaisuissaan kiinnittäneet erityistä huomiota yhteishuoltoon, vaan lähinnä huoltoriidan analysointiin ja sitä koskeviin vanhempien yhteisymmärrystä lisääviin toimenpiteisiin. Yhteishuolto sopi kuitenkin tähän ajattelutapaan erittäin hyvin. Yhteishuollon ja vanhempien terapialuonteisten sovitteluneuvotteluiden yhdistäminen tukivat toisiaan erinomaisella tavalla.

Huollosta riiteleville vanhemmille tarkoitettu *samarbetssamtal* -sovittelu on myöhemmin – tosin hitaasti – tullut kaikkien kuntien velvollisuudeksi, vaikka se 1980-luvun alussa toteutui vain kunnille vapaaehtoisena mahdollisuutena. Asiaan palataan lähemmin tuonnempana.[131]

7.3. Lapsen tapaamisoikeus sekä määräämisoikeus

Lapsen perustarpeiden tyydyttäminen oli komitean ehdotuksessa vanhemmanvastuun haltijoiden tehtävänä. Tämän vuoksi lakiin ehdotettiin otettavaksi nimenomainen määräys siitä, että vanhemmilla oli myös oikeus ja velvollisuus päättää lapsen henkilöä koskevista asioista. Toisaalta vanhemman tuli antaa lapselle mahdollisuus vaikuttaa lasta itseään koskeviin ratkaisuihin ja oppia päättämään omista asioistaan ja kantamaan näin päätöksistään myös vastuu-

[128] Mietinnössä todetaan, että useissa kunnissa (esim. Tukholma ja Malmö) olikin jo järjestetty tämäntyyppisiä kokeiluja, ks. SOU 1979:63 s. 95, missä po. 10 kuntaa on myös lueteltu. Ks. kokeiluista lähemmin *Ewerlöf – Röst Andréasson – Sverne* (1982) s. 55–58.

[129] Mietinnössä viitataan sekä em. väitöskirjatutkimuksen vuonna 1977 ilmestyneeseen osaraporttiin, vuonna 1978 ilmestyneeseen yleisteokseen sekä *Ethel Svenssonin* ja *Eva Vadenmarkin* tutkimuksiin, jotka itse asiassa ovat *Öberg*ien johtaman tutkimusprojektin osatutkimuksia. Ks. SOU 1979:63 s. 95, *Öberg – Öberg* (1979) s. 5, 24 alk.

[130] *Öberg*ien ja heidän tutkijakollegoidensa ohella mietinnössä viitattiin esim. erääseen *Judith Wallersteinin* julkaisuun vuodelta 1978. SOU 1979:63 s. 94–95.

[131] Ks. kohta 10.4. (Vuoden 1990 menettelyllisiä uudistuksia).

ta.[132] Mietintöön sisältyivät siis ehdotukset lapsen myötä- ja itsemääräämisoikeutta koskevien periaatteiden omaksumisesta vanhempainkaareen.[133]

Lapsen myötämääräämis- ja itsemääräämisoikeutta koskevien periaatteiden käsittely heijasti mietinnössä yleisemminkin omaksuttua linjaa, jossa korostettiin lapsen oikeuksia. Yhdenmukaisesti sen kanssa ehdotettiin, että myös tapaamisoikeus tulisi määritellä lapsen oikeudeksi. Lapsi tarvitsi tasapainoista kehitystään varten läheisiä ja hyviä suhteita molempiin vanhempiinsa. Tämä lapsen perustarve haluttiin ilmaista siten, että tapaamisoikeus olisi lapsen oikeus, jonka toteutumisen ei tulisi olla riippuvainen vanhempien keskinäisen suhteen laadusta.

> Barnet bör sålunda ha en princip ovillkorlig rätt till umgänge men däremot inte som f.n. en motsvarande skyldighet att umgås med förälder som det normalt inte vistas hos.[134]

Vanhemman tapaamisoikeutta koskeva määräys oli säilynyt peruspiirteiltään samanlaisena vuodesta 1915. Ainoastaan kieliasua oli uudistettu.[135] Sen mukaan tapaamisoikeus oli siis määritelty vanhemman oikeudeksi, jonka käyttö oli riippuvainen tapaavasta vanhemmasta. Tapaamiset voitiin evätä, jos ne olivat vahingollisia lapselle. *Walin* on tässä yhteydessä viitannut vanhemman huonoon vaikutukseen lapseen.[136] Jos siis vanhemman moitittavaa käytöstä ei voitu osoittaa, hänellä oli aikaisemman oikeuden nojalla oikeus tavata lastaan ja lapsella voitiin katsoa olevan velvollisuus vanhemman tapaamiseen, mihin edellä olevassa sitaatissa ilmeisesti viitattiin.

> Periaatteellinen muutos ei vaikuttanut kovin merkittävästi mietinnössä esitettyihin käytännön tason johtopäätöksiin. Koska lähtökohtana oli, että yhteydenpito vanhempaan oli lapsen edun mukaista, tapaamisten epääminen liittyisi mietinnön valossa yleensä juuri vanhemman moitittavaan käyttäytymiseen. Esimerkkinä viitattiin huumaavien aineiden väärinkäyttöön. Kun katsottiin, että lapsen tahdonilmaukselle tulisi antaa merkitystä, todettiin samalla, että huoltajan tulisi rohkaista lasta tapaamisiin eikä muutenkaan toimillaan vaikeuttaa tapaamisten onnistumi-

---

[132] SOU 1979:63 s. 14, säännösehdotukset s. 29 ja lähemmin s. 65 alk.

[133] Ks. lapsen myötä- ja itsemääräämisoikeuden käsitteistä, *Helin* (EIF III 1996) p. 278–280 tai *Helin* (Mattila 1984) s. 103–106.

[134] SOU 1979:63 s. 81–82. Vaihtoehtoisesti esitettiin, että lapsilla ja vanhemmilla olisi molemminpuolinen oikeus tapaamiseen (ömsesidig rätt till umgänge med varandra). s. 85.

[135] Ks. (FB 6:10) *Walin* (1952) s. 111, *Walin* (1971) s. 127, SOU 1979:63, *Bilaga 1* (voimassaollut lakiteksti) FB 6:11 s. 191, ks. myös *Agell* (1976) s. 30.

[136] *Walin* (1971) s. 127.

sia.[137] Argumentit kohdistuivat näin ollen edelleenkin lähinnä vanhempien käyttäytymiseen.

Erillään asuvien vanhempien yhteishuollon käsitettä ei tässä yhteydessä ehdotettu muutettavaksi. Tästä seurasi, että tapaamisoikeudesta olisi ehdotuksen mukaan ollut mahdollista päättää tuomioistuimessa vain silloin, kun toinen vanhemmista olisi erotettu huollosta. Yhteishuoltajien edellytettiin pääsevän keskenään sopimukseen siitä, miten lasten ja vanhempien yhteydenpito käytännössä järjestetään.[138]

Lapsen tapaamisoikeutta esitettiin samalla laajennettavaksi niin, että se voitaisiin vahvistaa myös muihin kuin biologisiin vanhempiin nähden. Esimerkkeinä mainittiin kuolleen vanhemman sukulaiset tai tämän puoliso, joihin huoltaja ei haluaisi oma-aloitteisesti pitää yhteyttä, mutta jotka ovat olleet tärkeitä henkilöitä lapsen elämässä. Tuomioistuimen tehtäväksi jäi mietinnön mukaan sen arvioiminen, onko lapsen ja kyseessä olevan aikuisen henkilön suhde niin läheinen ja tilanne muutoin sen laatuinen, että tuomioistuimessa vahvistettu tapaamisoikeus olisi perusteltu.[139]

7.4. Lapsen puhevalta, asiamies ja kontaktihenkilö

Komitea jatkoi johdonmukaisesti linjaustaan lapsen oikeuksien toteuttamiseksi myös prosessuaalisella tasolla. Mietintö sisälsikin ehdotukset lapsen asianosaisasemaa (*talerätt*) koskeviksi säännöksiksi. Ehdotuksen mukaan lapselle olisi tullut antaa vireillepanovalta, puhevalta sekä oikeus hakea muutosta lapsen huollon (mietinnön mukaan siis vanhemmanvastuun) määräämistä, tapaamisoikeutta sekä huollon täytäntöönpanoa koskevissa asioissa. Poikkeuksen tekivät kuitenkin yhteishuollon purkaminen ja uudelleen määrääminen. Komitea katsoi, että aloitteen tämänlaatuisiin muutoksiin pitäisi tulla vanhempien taholta. Lapsen olisi komitean mielestä kuitenkin tullut voida käyttää puhevaltaa vanhempien aloitteesta vireillepannussa prosessissa ja vaikuttaa näin siihen, kummalle hänen huoltonsa uskotaan.[140]

Lapsen kanneoikeutta ja puhevaltaa käyttämään olisi mietinnön mukaan tullut erityinen lapsen asiamies (*barnombud*). Koska vanhemmanvastuuta koskevissa asioissa lapsen ja toisen vanhemman intressit voivat kilpailla kes-

[137] SOU 1979:63 s. 82–83.
[138] SOU 1979:63 s. 82.
[139] SOU 1979:63 s. 83.
[140] SOU 1979:63 s. 137–138.

kenään, vanhemmat eivät olisi intressiristiriidan vuoksi voineet toimia lapsen lakimääräisenä edustajana. Poikkeuksen olisivat kuitenkin muodostaneet ne tilanteet, joissa vanhemmat olisivat olleet yksimielisiä. Hakemuksen asiamiehen määräämiseksi olisivat mietinnön mukaan voineet tehdä lapsi, hänen vanhempansa, huoltaja (ts. vanhemmanvastuun haltija), sosiaaliviranomaiset sekä tuomioistuin oma-aloitteisesti. Tuomioistuin ei kuitenkaan olisi voinut määrätä lapselle asiamiestä vastoin 15 vuotta täyttäneen lapsen tahtoa.[141]

> Lapsen asiamiestä koskevaa keskustelua oli Ruotsissa käyty jo ennen komitean asettamista. Oikeuskirjallisuudesta voidaan mainita *Ulla Jacobsson*in vuonna 1978 julkaisema teos *Ett barns rättigheter*, jossa kirjoittaja puolusti lapsen yksilöllisiä oikeuksia ja esimerkiksi puhevaltaa itsenäisen edustajan välityksellä.[142] Lapsen omaa asiamiestä olivat julkisuudessa ehdottaneet myös *BRIS* (Barnets rätt i samhället) -yhdistys sekä Ruotsin Pelastakaa Lapset -yhdistys.[143]
>
> Lapsen asiamiestä koskevat säännökset ehdotettiin sisällytettäväksi yleistä oikeusapua koskevaan lakiin. Lapsen asiamiehen olisi ehdotuksen mukaan pitänyt olla juridisen koulutuksen saanut, mutta sen lisäksi hänellä olisi tullut olla tietoa ja kokemusta lasten tarpeista ja kehitysvaiheista.[144]

Vuoden 1979 komiteanmietinnössä ehdotus lapsen asiamiehestä on sikäli kiinnostava, että se ei itse asiassa sovi lainkaan yhteen yhteistyöneuvottelujen yhteydessä omaksutun perheen autonomiaa korostavan perhekäsityksen kanssa. Ajatus ulkoapäin tulevasta lapsen omasta asiamiehestähän on ristiriidassa sen näkemyksen kanssa, että perheen omaa itsenäistä päätöksentekoprosessia tulisi edistää terapiankin avulla. Muun muassa *Öberg*it vastustivatkin nimenomaisesti lapsen asiamiestä koskevaa ehdotusta.[145]

Lapsen asiamiestä koskevaa ehdotusta ei otettu asiasta myöhemmin tehtyyn lakiehdotukseen, vaan se osoitettiin komitean jatkovalmisteluun. Myönteisemmin suhtauduttiin sitä vastoin kontaktihenkilön määräämiseen lapselle. Kontaktihenkilö (*kontaktperson*) oli tuolloin ajankohtaiseen sosiaalipalvelulakia koskevaan ehdotukseen sisältynyt sosiaalipalvelun muoto, joka oli kehittynyt vanhasta lastenvalvojainstituutiosta.[146] Komitea ehdotti, että kon-

---

[141] SOU 1979:63 s. 140–142.

[142] *Jacobsson* (1978) ks. s. 28, 78, 83 ja 151 alk.

[143] Näin *Öberg – Öberg* (1979) s. 574.

[144] SOU 1979:63 s. 142–143.

[145] *Öberg – Öberg* (1979) s. 574.

[146] Kun lastenvalvojan tehtävät vuonna 1973 oli siirretty lastensuojelulautakunnalle, lastenvalvojan nimike jäi lautakunnan alaiselle virkamiehelle, jonka tehtävänä oli tukea

taktihenkilö voitaisiin määrätä myös lapsen tueksi, kun vanhemmat olisivat erimielisiä huoltajaa koskevasta kysymyksestä tai kun erimielisyyksiä ilmaantuisi tapaamisoikeuden toteuttamisessa tai huollon täytäntöönpanossa. Komitea ehdotti erityisesti, että kontaktihenkilö voitaisiin määrätä näissä tilanteissa myös ilman vanhempien suostumusta.[147]

Kontaktihenkilöä koskeva ehdotus sisältyi myös hallituksen esitykseen. Siinä ehdotettiin mahdollisuutta määrätä 15 vuotta täyttäneelle lapselle kontaktihenkilö myös vastoin huoltajien tahtoa.[148] Lain käsittelyn aikana nousi kuitenkin esiin kysymys siitä, olisiko kyseinen määräys sopusoinnussa sen säännösehdotuksen kanssa, jonka mukaan huoltajalla olisi oikeus ja velvollisuus päättää lapsen henkilökohtaisista asioista. Lainkohta jätettiin pois lakivaliokuntavaiheessa.[149]

Edellä olevat ehdotukset lapsen puhevallasta ja kontaktihenkilön määräämisestä lapselle tulivat myöhemmin uudelleen esille ja niihin palataan jäljempänä.[150]

8. Vuoden 1983 lapsen huoltoa koskevan lainsäädännön kokonaisuudistus

8.1. Yleistä

»*Om föräldraansvar m.m.*» -mietinnön pohjalta valmisteltiin lapsen huoltoa ja huollon täytäntöönpanoa koskeva laaja uudistus, joka käytännössä merkitsi muun ohessa lapsen huoltoa koskevan vanhempainkaaren 6 luvun kir-

---

huoltajaa lapsen huoltoon liittyvissä asioissa. Lastenvalvojan toimiala oli aiemmin laajennettu koskemaan myös eronneita vanhempia. Uuden ehdotuksen mukaan erityinen kontaktihenkilö tai -perhe oli mahdollista määrätä toimimaan yksityisen henkilön tukena hänen henkilökohtaisissa asioissaan tai hänen läheisensä asioissa. SOU 1979:63 s. 145–147.

[147] SOU 1979:63 s. 147–148.

[148] Prop. 1981/82:168 s. 44–46.

[149] *Justitiedepartementet* Ds. 1989:52 s. 79–81.

[150] Ks. jäljempänä kohdat 10.1. (Uudistuksen lähtökohta: Lapsen oikeus vai lapsen etu?) ja 10.4. (Vuoden 1990 menettelyllisiä uudistuksia). Tämän esityksen ulkopuolelle jäävät mm. vuoden 1979 komiteanmietinnössä olleet ehdotukset lapsen huollon täytäntöönpanosta. Myös nämä ehdotukset palautettiin valmisteltaviksi, jotta niiden yhteydessä voitaisiin ottaa huomioon uudet kansainväliset sopimukset lapsen palauttamisesta ja lapsen huollon täytäntöönpanosta (nk. Haagin ja Euroopan neuvoston sopimukset vuodelta 1980). ks. SOU 1979:63 s. 117 alk., Prop. 1981/82:168 s. 20.

joittamista kokonaan uudestaan. Hallituksen esitys poikkesi kuitenkin huomattavasti komitean ehdotuksista. Eräs esimerkki tästä oli *föräldraansvar* – termi. Komitean omaksuma uusi ja rohkea lähtökohta korvattiin hallituksen esityksessä vanhalla tutulla, vaikka ehkä hieman kuluneellakin *vårdnad*-termillä. Edellistä pidettiin ongelmallisena etenkin niissä tilanteissa, joissa vanhempi syystä tai toisesta menettäisi »vanhemmanvastuunsa». Hänellä ei komitean terminologian mukaan enää olisi vanhemman vastuuta, mutta kuitenkin elatusvastuu.[151] Monille muillekin komitean uudistusehdotuksille kävi samoin.

8.2. »Gemensam vårdnad» pääsäännöksi

Yhteishuoltoa edistävistä radikaaleimmista ehdotuksista jätettiin pois yhteishuollon purkamisen edellytyksenä ollut harkinta-aika. Tuomioistuimilla säilytettiin myös mahdollisuus tehdä viran puolesta muutoksia lapsen huoltoon vanhempien avioeron yhteydessä. Näistä muutoksista huolimatta yksi ehdotuksen päätavoitteista toteutui. Vuoden 1983 uudistuksella yhteishuollosta tuli huollon ihanteellinen muoto kaikissa tilanteissa. Tämä ilmeni uusissa säännöksissä siten, että pääsääntö – yhteishuollon jatkuminen avioerosta huolimatta – todettiin suoraan (FB 6:3, 2 mom.). Tuomioistuimella säilyi kuitenkin mahdollisuus puuttua viran puolesta vanhempien yhteishuoltoon avioeron yhteydessä (FB 6:5). Samalla säädettiin myös mahdollisuudesta rekisteröidä aviottoman lapsen vanhempien yhteishuolto (FB 6:4, 2 mom.).

> (FB 6:3)
> Barnet står från födelsen under vårdnad av båda föräldrarna, om dessa är gifta med varandra, och i annat fall av modern ensam. Ingår föräldrarna senare i äktenskap med varandra, står barnet från den tidpunkten under vårdnad av dem båda, om inte rätten dessförinnan har anförtrott vårdnaden åt en eller två särskilt förordnade förmyndare.
>
> Om det döms till äktenskapsskillnad mellan föräldrarna står barnet även därefter under båda föräldrarnas vårdnad, om inte den gemen-

[151] Prop. 1981/82:168 s. 20–21. Tässä yhteydessä viittaus Englannin vuoden 1989 *Children Act* -lakiin ja sen vanhemman vastuu (*parental responsibility*) -käsitteeseen lienee jälleen paikallaan. Englantilaisen vanhemman vastuun lähtökohtanahan on juuri pysyvyys. Tämä on ollut mahdollista siten, että vanhemman vastuu koostuu »vähimmilläänkin» sellaisista biologisen vanhemman oikeuksista, kuten oikeus vastustaa adoptiota, jotka ovat ikään kuin luovuttamattomia. Ks. edellä Englannin oikeutta koskeva jakso, kohta 8.2.3. (Vanhemman vastuu, kun vanhemmat ovat eronneet tai asuvat erillään).

samma vårdnaden upplöses enligt 5, 7 eller 8 §. Skall barnet även efter domen på äktenskapsskillnad stå under båda föräldrarnas vårdnad, skall rätten i domen erinra om att vårdnaden alltjämt är gemensam. (FB 6:4)

Står barnet under vårdnad av endast en av föräldrarna och vill föräldrarna gemensamt utöva vårdnaden, skall rätten på talan av dem båda förordna i enlighet med deras begäran, om inte gemensam vårdnad är uppenbart oförenligt med barnets bästa.

Har förordnande om vårdnaden inte meddelats tidigare, kan föräldrarna, i stället för att göra ansökan till rätten, efter anmälan av dem båda till pastorämbetet få gemensam vårdnad genom registrering, under förutsättning att föräldrarna och barnet är svenska medborgare. (FB 6:5)

Står barnet under vårdnad av båda föräldrarna och vill någon av dem att vårdnaden inte längre skall vara gemensam, skall rätten på talan av en av dem eller båda anförtro vårdnaden om barnet åt en av föräldrarna efter vad som är bäst för barnet. Rätten kan också i mål om äktenskapsskilnad utan yrkande förordna om vårdnaden enligt vad som nu har sagts, om gemensam vårdnad är uppenbart oförenligt med barnets bästa.

Kuudennen luvun uudessa 3 §:ssä todettiin aluksi lapsen huoltajat syntymän perusteella. Tässä suhteessa uusi lainsäädäntö ei tuonut muutosta.[152] Pykälän toisen momentin sisältämä oikeusohje oli sen sijaan uusi. Se ilmaisi pääsäännön, jonka mukaa yhteishuolto jatkui avioeron jälkeen. Tuomioistuimella säilyi kuitenkin mahdollisuus purkaa yhteishuolto omasta aloitteestaan, jos se katsoi, että yhteinen huolto oli ilmeisesti vastoin lapsen etua (FB 6:5). Tuomioistuimen velvollisuus muistuttaa vanhempia avioeron yhteydessä, kun lapsen huolto jää edelleen yhteiseksi, otettiin luvun 3 §:n yhteyteen vasta valtiopäiväkäsittelyn aikana lakivaliokunnan aloitteesta.[153]

Luvun 4 § oli myös periaatteessa uusi. Tosin sen ensimmäinen momentti vastasi sisällöltään vuonna 1977 voimaan tullutta yhteishuollon määräämis-

---

[152] Prop 1981/82:168 s. 62. Vastaavat määräykset olivat aikaisemmin sisältyneet FB 6:1 ja 6:6 kohtiin.

[153] (LU 1982/83:17) *Agell – Saldeen* (1985) s. 35, sosiaalilautakunnan virellepanooikeudesta yhteishuollon purkamiseksi sekä tuomioistuimen mahdollisuudesta pyytää sosiaaliviranomaisilta tietoja yhteisen huollon arvioimista varten avioeron yhteydessä, ks. *Walin* (1986) s. 161–162. Toisessa momentissa esiintyvistä lainkohdista ensimmäistä (FB 6:5) käsitellään tuonnempana. Toinen, FB 6:7, määrää lapsen huollon siirrosta siinä tapauksessa, että huoltaja tai toinen heistä syyllistyy huollon laiminlyöntiin tai huoltoa koskevien oikeuksien väärinkäytöksiin. FB 6:8 taas koskee tilannetta, jossa lasta on pysyvästi hoitanut muu kuin oma vanhempi ja huoltosuhteiden muuttamista todellisia hoitosuhteita vastaaviksi pidetään lapsen edun mukaisena. Ks. lähemmin *Walin* (1986) s. 167–171.

tä koskevaa uudistusta. Sen soveltamisala muuttui kuitenkin olennaisesti toisessa momentissa säädetyn rekisteröintimahdollisuuden myötä. Muiden kuin keskenään naimisissa olevien vanhempien yhteishuollon määräämisen pääasialliseksi vahvistamistavaksi tuli sen perusteella yksinkertainen yhteisen huollon rekisteröinti kirkkoherranvirastossa. Yhteishuollon vahvistaminen tuomioistuimessa muuttui näin ollen poikkeukselliseksi menettelyksi, joka tuli kysymykseen esimerkiksi, jos toinen tai molemmat vanhemmista eivät olleet Ruotsin kansalaisia.[154]

> Hallituksen esityksessä edellytettiin vastoin komiteamietinnön enemmistön kantaa, että rekisteröinti olisi mahdollista vain, jos lapsi ja vanhemmat olisivat kirjoilla samassa kiinteistössä.[155] Tämä edellytys jäi kuitenkin pois valtiopäiväkäsittelyn aikana.[156] Edellytyksenä rekisteröinnille oli kuitenkin, että sekä vanhemmat että lapsi olisivat Ruotsin kansalaisia ja että lapsi oli kirjoilla Ruotsissa. Muiden maiden kansalaiset ja muualla kirjoilla olevat saattoivat tulla yhdessä huoltajiksi ainoastaan tuomioistuimen päätöksellä. Yhteishuollon rekisteröinti tai määrääminen tuomioistuimessa edellytti luonnollisesti myös isyyden vahvistamista.[157]

Viimeinen ylläolevista lainkohdista koskee yhteishuollon purkamista (FB 6:5). Yhteishuolto oli purettava aina, kun molemmat tai toinen vanhemmista sitä vaati, ja lapsen huolto tuli uskoa sille vanhemmalle, jonka antama hoito vastasi paremmin hänen etuaan.[158]

Vaikka yhteishuollosta tulikin ensisijainen vaihtoehto, se ymmärrettiin edelleenkin siten vanhempien väliseksi asiaksi, että yhteishuoltoa ei voitu lainuudistuksen jälkeenkään määrätä vastoin toisen vanhemman tahtoa.[159]

---

[154] Prop. 1981/82:168 s. 31–32, 63.

[155] Prop. 1981/82:168 s. 63, SOU 1979:63 s. 164.

[156] Pykälän lopullisesta muodosta ks. *Walin* (1986) s. 162–163.

[157] *Walin* (1986) s. 162–163. *Agell – Saldeen* (1985) s. 40–42.

[158] Tässä yhteydessä lapsen etu tuli lähemmin arvioitavaksi. Tähän palataan lähemmin jäljempänä. Ks. kohta 8.3. (Lapsen edun arvioiminen yksinhuollon määräämisessä). Yhteishuollon purkamiseen suunniteltu harkinta-aika jäi pois, kuten todettiin. Sosiaalilautakunnassa huoltoa koskevan selvityksen tekemiseen käytetyn ajan katsottiin riittävän vanhempien harkintaan. Huoltoa koskevaa päätöstä ei ollut syytä pitkittää sen enempää. Prop. 1981/82: 168 s. 32–33, 20–21.

[159] Vähemmistön ehdotus yhteishuollosta toisen vanhemman vastustuksesta huolimatta ei myöskään johtanut jatkotoimiin, sillä yhteishuollon katsottiin edellyttävän kykyä läheiseen yhteyteen ja yhteistyöhön toisen vanhemman kanssa. Prop. 1981/82:168 s. 28–29. Hallituksen esitykseen ei otettu myöskään ehdotusta väliaikaisen päätöksen tekemisestä pelkästään lapsen asumisesta. Katsottiin, että vanhemmilla ei ole edellytyksiä lap-

Lainsäädännön keinot yhteishuollon edistämiseksi rajoittuivat menettelyä koskeviin muutoksiin, joita olivat edellä mainitut yhteishuollon vahvistamisen helpottaminen (rekisteröinti) sekä yhteishuollon jatkuminen avioerosta huolimatta. Tästä lähestymistavasta seurasi myös, että tuomioistuin ei arvioinut yhteishuollon lapsen edun mukaisuutta. Yhteishuolto katsottiin periaatteessa lapsen edun mukaiseksi, jos vanhemmat olivat siitä yksimielisiä. Ainoan poikkeuksen muodosti tuomioistuimen mahdollisuus oma-aloitteisesti purkaa yhteishuolto avioeron yhteydessä, jos se arvioi yhteishuollon olevan ilmeisesti lapsen edun vastainen (FB 6:5).

> Mahdollisuus purkaa yhteishuolto viran puolesta lisättiin hallituksen esitykseen. Monet komiteanmietinnön perusteella lausunnon antaneista olivat esittäneet, että yhteishuolto voisi olla seurausta ajattelemattomuudesta, riidan välttämisestä tai ylipäänsä haluttomuudesta käsitellä vaikeaa asiaa. Mikäli vanhemmat eivät kykenisi yhteistyöhön keskinäisten ristiriitojensa vuoksi, voisi lapsi joutua elämään turvattomassa ja muutenkin vahingollisessa ympäristössä. Hallituksen esityksessä tällaisen tilanteen syntymistä ei pidetty kovin todennäköisenä, mutta periaatteellinen mahdollisuus yhteishuollon purkamiseen tuomioistuimen omasta aloitteesta haluttiin silti tarjota.[160]

Komiteamietinnössä ehdotettu *samarbetssamtal* -sovittelu toteutui siis periaatteessa kuntien vapaaehtoisuuden pohjalta.[161] Lakiin lisättiinkin määräys, jonka perusteella tuomioistuin voi lykätä huoltoa koskevan asian käsittelyä, jos yhteisymmärrykseen tähtäävät neuvottelut on aloitettu esimerkiksi sosiaalilautakunnan toimesta.[162]

Lakiin lisättiin samalla ohjeet sosiaalilautakunnan kuulemisesta huoltoa koskevan asian käsittelyn yhteydessä (FB 6:18). Niiden mukaan tuomioistuimen oli kuultava lapsen huoltoa tai tapaamisoikeutta koskevissa asioissa sosiaalilautakuntaa tai annettava lautakunnalle mahdollisuus ilmaista näkemyksensä. Samassa yhteydessä säädettiin myös lapsen kuulemisesta. Lapsen kuuleminen oikeudessa oli sen mukaan mahdollista vain erityisistä syistä ja sikäli kuin oli ilmeistä, että kuulemisesta ei ollut lapselle haittaa. Vuoden 1979 komiteanmietinnön lapsen puhevaltaa ja edustamista koskevat eh-

---

sen yhteishuoltoon, jos he eivät pysty yhdessä päättämään edes lapsen asuinpaikasta. Prop. 1981/82:168 s. 33.

[160] Prop. 1981/82:168 s. 29–30. Vrt. edellä Saksaa koskeva jakso, kohta 6.6. (Miksi yhteishuolto torjuttiin vuoden 1979 uudistuksessa?).

[161] Prop. 1981/82:168 s. 46–50 (erit. s. 48). Ks. edellä kohta 7.2. (Yhteishuolto ja kriisiterapia ihanteena).

[162] Ks. *Walin* (1986) s. 187–188.

dotukset tuottivat siis tässä vaiheessa vain lapsen kuulemista koskeva säännöksen.[163]

> FB 6:18
> Rätten skall se till att frågor om vårdnad och umgänge blir tillbörligt utredda.
> Innan rätten avgör ett mål eller ärende om vårdnad eller umgänge skall socialnämnden höras eller, om det är tillräckligt, beredas tillfälle att yttra sig.
> Barnet får höras inför rätten, om särskilda skäl talar för det och det är uppenbart att barnet inte kan ta skada av att höras.[164]

8.3. Lapsen edun arvioiminen yksinhuollon määräämisessä

Koska tuomioistuin ei enää arvioinut yhteishuollon lapsen edun mukaisuutta muuten kuin poikkeuksellisissa tilanteissa, lapsen edun tärkein soveltamistilanne jäi käytännössä yksinhuollon määräämistä koskeviin tapauksiin.

> Lapsen etu ei esiintynyt lakiehdotuksessa edes yksinhuollon määräämistä koskevissa pykäläteksteissä. Yksinhuoltoa koskevan päätöksen kohdalla oli käytetty ilmaisua, joka merkitsi lapselle soveliaimman huoltajan valitsemista. (»...(S)kall rätten på talan av en av dem eller båda anförtro vårdnaden om barnet åt den av föräldrarna som är lämpligast som vårdnadshavare.») Vastaavalla tavalla oli myös muotoiltu yksinhuollon siirtämistä koskeva määräys FB 6:6. Käsittelyn aikana lapsen etu kuitenkin palautettiin lakitekstiin vanhalle paikalleen.[165]

Yksinhuollon määräämistä koski edelläolevan yhteishuollon purkamista koskevan lainkohdan (FB 6:5) lisäksi lainkohta, joka koski (yksin)huollon siirtämistä vanhemmalta toiselle (FB 6:6). .

> FB 6:6
> Står barnet under vårdnad av endast en av föräldrarna och vill den andre att vårdnaden flyttas över till honom eller henne, skall rätten på talan av denne eller båda föräldrarna anförtro vårdnaden åt den andre föräldern, om detta är bäst för barnet.

---

[163] Ehdotusten myöhemmistä vaiheista siis vielä jäljempänä kohdassa 10.1. (Uudistuksen lähtökohta: Lapsen oikeus vai lapsen etu?) sekä kohta 11. (Lapsen kuuleminen – lapsen oikeudesta lapsen etu?).

[164] Ks. lähemmin *Walin* (1986) s. 184–187.

[165] Prop.1981/82:168 s. 64–66, vrt. SOU 1979:63 mietinnön ehdotus lakiteksteiksi s. 31 (§ 18).

Hallituksen esityksessä sekä kirjallisuudessa on näiden tilanteiden arvioimisessa kiinnitetty huomiota vanhempien yksimielisyyteen ja lapsen tarpeisiin, mutta myös huoltajan kykyyn edistää lapsen ja toisen vanhemman läheistä ja myönteistä suhdetta. Lakitekstistä oli tästä yhteydestä jätetty pois viittaus vanhempien yksimielisyyteen huoltoa koskevan määräyksen kriteerinä. Vanhempien yksimielisyys huollon järjestämisestä ei siis enää vähentänyt tuomioistuimen muodollista tutkimisvelvollisuutta.[166] Käytännössä vanhempien yksimielisyydellä katsottiin kuitenkin olevan luonnollinen merkitys: yksimielistä ehdotusta voitiin yleensä pitää lapsen edun mukaisena.

> Det ligger i sakens natur, att om föräldrarna är överens om vem av dem som skall ha vårdnaden om barnet, den lösning som de har valt i allmänhet också kan antas vara bäst för barnet. Någon ingående utredning av vårdnadsfrågan behövs därför sellan i dessa fall.[167]

Kun vanhempien vaatimukset poikkesivat toisistaan, tuli huomiota kiinnittää ennen muuta lapsen hoivan ja turvallisuuden sekä kasvatuksen tarpeeseen ja molempien vanhempien kykyyn tyydyttää näitä tarpeita. Merkitystä oli myös lapsen yksilöllisillä erityistarpeilla ja vanhempien erilaisilla kyvyillä vastata näihin vaatimuksiin.[168] Aivan erityistä painoa pantiin lapsen tunteiden ymmärtämiselle, mutta toisaalta myös kyvylle asettaa rajoja lapsen käyttäytymiselle ja kasvattaa lasta itsenäiseen vastuuntuntoon. Näiden näkökohtien lisäksi esitöissä kiinnitetään huomiota lapsen jatkuvuuden tarpeeseen niin henkilösuhteissa kuin ympäristönkin suhteen eli niin sanottuihin *status quo* -näkökohtiin.[169]

Näiden lähinnä vanhemman psykologisten ominaisuuksien lisäksi kiinnitettiin huomiota lapsen ja molempien vanhempien välisten yhteyksien säilymiseen.

> En annan faktor som i allmänhet är viktig att barnet skall få en trygg uppväxt och en god utveckling är att barnet har nära och goda relationer till båda sina föräldrar, även om föräldrarna bor isär. Om inte an-

---

[166] Aikaisempi lakiteksti on esitetty edellä kohdassa 5.1. (Yhteishuollon salliva laki). Tässä yhteydessä on huomautettava, että vanhempien yksimielisyys ei esiintynyt myöskään tuomioistuimen tutkimisvelvollisuutta ja sosiaalilautakunnan kuulemista koskevassa FB 6:18 pykälässä, jota on tarkasteltu edellä. Vanhempien yksimielisyys ei siis näissäkään yhteyksissä vaikuttanut millään tavalla tutkimisvelvollisuuteen. Lähemmin edellä kohdan 8.2. (»Gemensam vårdand» pääsäännöksi) lopussa.

[167] Prop. 1981/82:168 s. 65, samoin *Walin* (1986) s. 164–165.

[168] Prop. 1981/82:168 s. 65. Nämä näkökohdat sisältyvät huollon tavoitteita säätelevään FB 6:1 pykälään.

[169] Prop. 1981/82:168 s. 65–66, *Walin* (1986) s. 165.

> dra omständigheter talar för en annan lösning bör domstolen till vårdnadshavare förordna den av föräldrarna som kan antas bäst främja ett nära och gott umgänge mellan barnet och den andra föräldern.[170]

Hallituksen esityksessä katsottiin siis, että jos muita ratkaisevia näkökohtia ei ole, tuomioistuimen tulisi määrätä huoltajaksi se vanhemmista, joka edistää lapsen ja toisen vanhemman välistä yhteydenpitoa. Samalla siis kun yhteishuolto tuli ihanteelliseksi lapsen huoltoa koskevaksi ratkaisuksi, alettiin myös yksinhuollon määräämisessä kiinnittää huomiota samantapaisiin näkökohtiin, jotka liittyivät yhteishuollon paremmuuteen.[171]

8.4. Lapsen tarve pitää yhteyttä läheisiinsä

Vuoden 1979 mietinnössä oli ehdotettu tapaamisoikeuden sääntelyä siten, että se määriteltäisiin lapsen oikeudeksi.[172] Hallituksen esityksen yhteydessä todettiin, että ehdotusta oli kyllä kannatettu, joskin eniten kannatusta oli saanut vaihtoehto, jonka mukaan tapaaminen olisi määritelty sekä lapsen että vanhemman oikeudeksi.[173] Ehdotuksessa ei otettu suoraan kantaa siihen, kenen tai keiden oikeudeksi tapaaminen määriteltäisiin. Varsinainen pykälä kirjoitettiin kuitenkin hieman toisesta näkökulmasta. Lapsella on sen mukaan tarve pitää yhteyttä läheisiinsä ja erityisesti omiin vanhempiinsa. Lähtökohdaksi muodostui siis lapsi – samoin kuin mietinnössä – eikä vanhempi, kuten tapaamisoikeutta koskevassa aikaisemmassa lainkohdassa. Mutta kun säädöstekstin lähtökohdaksi otettiin lapsen tarve, voitiin tapaamisoikeus periaatteessa määritellä yhtä hyvin lapsen, vanhemman kuin muunkin aikuisen oikeudeksi.[174]

---

[170] Prop. 1981/82:168 s. 66.

[171] Vrt. Kaliforniaa koskeva jakso, kohdat 5.4. (Kalifornian yhteishuoltolainsäädäntö ja isien oikeudet) sekä 5.5. (Feministinen kritiikki ja vuoden 1988 lainmuutos). Tästä aiheesta vielä jäljempänä kohdassa 10.3. (Yksinhuolto ja tapaamisoikeuden merkitys).

[172] »Barnet har rätt till umgänge med bägge föräldrarna. ...» SOU 1979:63 s. 31.

[173] Prop. 1981/82:168 s. 41–42.

[174] Esimerkiksi lapsen ja vanhemman yhteydenpitoa koskevissa oikeustapauksissa on vahvistettua tapaamisoikeutta nimitetty vanhemman tapaamisoikeudeksi. Ks. esim. NJA 1992 s. 666 (Fråga om vårdnad om barn vilken betydelse som skall tillmätas det förhållandet att modern hindrat fadern från att utöva honom av domstol medgiven umgängesrätt, 6 kap. 6 a § FB.) *Rother-Schirren – Schüldt* (1995) s. 173. Toisaalta *Saldeen* katsoo, että tapaamisoikeus on nykyisin lapsen oikeus. »Utredningen om barnets rätt ansåg... och på dess förslag har därför i den nya lagstiftningen reglerna om umgängesrätt ändrats

Tapaamisiin valittu näkökulma noudatteli itse asiassa varsin hyvin vuoden 1979 komiteanmietintöä. Siinäkin lapsen tarpeet oli otettu lähtökohdaksi. Niistä yhtenä pidettiin juuri kestävää ja vakiintunutta suhdetta kumpaankin vanhempaan.[175] Lapsen tarpeista huolehtiminen oli puolestaan lain mukaan muissakin tilanteissa erityisesti huoltajan tehtävänä (FB 6:2).[176] Lopullisessa muodossaan tapaamista koskevassa lainkohdassa todetaankin huoltajan vastaavan siitä, että lapsen tarve pitää yhteyttä toiseen vanhempaan tai muuhun lapselle läheiseen henkilöön otetaan riittävällä tavalla huomioon.[177]

(FB 6:15)
Barnets vårdnadshavare har ett ansvar för att barnets behov av umgänge med en förälder som inte är vårdnadshavare eller med någon annan som står barnet särskilt nära så långt som möjligt tillgodoses.

Motsätter sig barnets vårdnadshavare det umgänge som begärs av en förälder som inte är vårdnadshavare, beslutar rätten på talan av denna förälder i frågan om umgänge efter vad som är bäst för barnet.

Motsätter sig barnets vårdnadshavare det umgänge som begärs av någon annan än en förälder, beslutar rätten på talan av socialnämnden i frågan om umgänge efter vad som är bäst för barnet.

9. Yhteishuolto käytännössä

9.1. Yhteishuollon yleistyminen tilastojen valossa

Vuoden 1979 komiteanmietinnössä todettiin, että yhteishuolto ei siihen mennessä ollut saanut vielä laajaa kannatusta. Vuonna 1977 – ensimmäisenä vuonna, kun yhteishuolto oli mahdollinen – oli tuomioistuimissa annettu yhteensä vain 145 tätä koskevaa määräystä. Kaikkiaan avioerojen yhteydessä an-

---

så, att det framgår att det i stället är *barnet* som har rätt till umgänge med sina föräldrar, se 6 kap. 15 §. *Saldeen* (1995) s. 76.

[175] Ks. edellä kohta 7.1. (Komitea ja lapsen oikeudet sekä tarpeet).

[176] Ks. *Walin* (1986) s. 155–160.

[177] Oikeustapauksen KKO 1991:36 kommentissaan *Eva Gottberg* on todennut, että Suomen oikeudessa lapsen tapaamisoikeutta ei vastaa tapaavan vanhemman velvollisuus tavata lasta. Ao. tapauksessa todettiin, että vanhemmalle ei voida asettaa uhkasakkoa tapaamisen toteuttamiseksi. Lapsen – tai yhtä hyvin tapaavan vanhemman – oikeutta voidaan siis ajatella vastaavan huoltajan velvollisuuden huolehtia oikeuden toteutumisesta lapsen edun mukaisesti, kuten ruotsalaisessa lainsäädännössä on tehty. Ks. *Gottberg* (Lm 1991) s. 1297–1303.

nettiin yhteensä yli 2 700 vanhempien yksimielisyyteen perustuvaa lapsen huoltoa koskevaa määräystä. Yhteishuoltojen osuus näistä ylitti niukasti 5 %. Eri tuomioistuimissa yhteishuoltojen osuus kuitenkin vaihteli ja oli korkeimmillan 12,5 %.[178]

Heti seuraavina vuosina oli jo havaittavissa yhteishuollon selvää yleistymistä. Vuonna 1979 annettiin esimerkiksi Tukholman käräjäoikeudessa 256 yhteishuoltoratkaisua avioerojen yhteydessä, kun vastaava luku vuonna 1977 oli ollut vain 89.[179]

> Samaan aikaan avioerojen määrä kehittyi varsin hitaasti. Vuosi 1974 edustaa edelleen Ruotsin avioerotilastojen huippua. Silloin avioeroja tilastoitiin yhteensä noin 27 200. Vielä vuonna 1975 määrä oli lähes 25 500. Vuonna 1977 avioeroja oli vain noin 20 400. Määrä on pysytellyt suurin piirtein 20 000 avioeron tuntumassa pienin vaihteluin. Vuodesta 1983 avioerojen määrä laski hieman siten, että vähimmillään määrä oli vuonna 1987 noin 18 400. Seuraavana vuonna luvut kääntyivät taas nousuun. Vuonna 1988 tilastoitiin noin 18 800 eroa, 1989 18 900 jne. Vuonna 1992 avioerojen määrä on ollut noin 22 500.[180]

Yhteishuoltoa koskevat ratkaisut avioerojen yhteydessä yleistyivät huomattavasti koko 1980-luvun ajan. Voimakkainta kasvu on ollut vuoden 1983 lain voimaantulon jälkeen, vaikka voimaantulo (1.7.1983) ei sinänsä näykään tilastoissa mitenkään jyrkkänä nousuna. Yhteishuoltoa koskevien päätösten osuus vuoden 1983 jälkimmäisellä puoliskolla oli 44 %, mutta sen voidaan arvioida olleen lähes 40 % jo vuoden alkupuoliskolla, ennen kuin laki tuli voimaan.[181] Vuonna 1989 yhteishuoltoa koskevat ratkaisut muodostivat jo 76 % avioeron yhteydessä annetuista lasten huoltoa koskevista päätöksistä.[182] Vuonna 1992 yhteishuollon valitsi 82 % eronneista vanhemmista.[183]

---

[178] SOU 1979:63 s. 73.

[179] *Öberg – Öberg* (1979) s. 18. Vuonna 1985 ilmestyneestä *Öberg*ien teoksesta ilmenee, että vuonna 1978 yhteishuollon osuus avioeron yhteydessä annetuista huoltopäätöksistä oli Tukholman seudulla vuonna 13 % ja vuonna 1982 jo 35 % *Öberg – Öberg* (1985) s. 17.

[180] *Öberg – Öberg* (1979) s. 18, *Statistiska centralbyrån* (1991) s. 9. *Agell* (1995) s. 24, jonka mukaan vuonna 1993 määrä olisi ollut taas hieman vähäisempi, 21 700.

[181] *Statistiska centralbyrån* (1991) s. 6.

[182] *Statistiska centralbyrån* (1991) s. 6.

[183] *Statistiska centralbyrån* (1993) s. 6. Tätä ennen oli lakia kuitenkin uudistettu. Siitä enemmän kohdassa 10.2. (Yhteishuollon edistäminen).

9.2. Lasten vuoroittaista hoitoa ja pioneerihenkeä

Koska yhteishuoltoa koskevan ratkaisun on pitänyt Ruotsissa perustua vanhempien yhteisymmärrykseen, yhteishuolto ei esiinny esimerkiksi Ruotsin korkeimman oikeuden ratkaisuissa. Yhteishuollon käytännöstä on kuitenkin olemassa ainakin yksi haastattelututkimus. Se on edellä mainitun *Öberg*in avioparin laatima ja peräisin 1980-luvun alkupuolelta (*Den delade familjen*).[184]

Tutkimus perustui sekä asiakirja- että kyselyaineistoon. Jälkimmäiseen kuului yhteensä 60 perhettä, joissa lapset olivat yhteishuollossa. Perheet oli jaettu kahteen yhtä suureen ryhmään sen mukaan, oliko avioero tapahtunut vuonna 1978 vai 1982. Lisäksi perheet oli jaettu kahteen yhtä suureen ryhmään sen mukaan, vuorottelivatko vanhemmat lasten hoidossa (*delad vård*), vai olivatko lapset pääasiassa toisen vanhemman, yleensä äidin, hoidossa.[185]

Tutkimuksessa päähuomio kiinnitettiin sellaisiin yhteishuoltoperheisiin, joissa vanhemmat tosiasiallisesti hoitivat lapsia vuoroitellen. Tällaiset perheet olivat 1970-luvun lopulla verrattain tavallisia. Niitä oli noin kolmannes kaikista yhteishuollon valinneista vanhemmista. Kaikkiaan yhteishuoltoon päätyi kuitenkin vain runsas kymmenesosa eronneista vanhemmista.[186]

Vuodesta 1978 vuoteen 1982 lasten hoidossa vuoroittelevien vanhempien osuus laski 36 %:sta 11 %:iin kaikista yhteishuollon avioeron jälkeen valinneista vanhemmista.[187] Samaan aikaan yhteishuolto kuitenkin kaiken kaikkiaan yleistyi. Tukholman seudulla yhteishuoltoa koskevien päätösten osuus vuonna 1978 oli 13 % ja vuonna 1982 jo 35 % kaikista lapsen huoltoa kos-

---

[184] *Öberg – Öberg* (1985), tästäkin tutkimuksesta on olemassa yleistajuinen suppeampi versio nimellä »Skiljas – men inte från barnen» *Öberg – Öberg* (1987). Ks. kirjoittajista lähemmin edellä kohta 6. (Bente ja Gunnar Öberg: Tuomioistuimesta terapiaan).

[185] *Öberg – Öberg* (1985) s. 9. *Öberg*ien tutkimusraportista ei ilmene, minä ajankohtana itse tutkimus on suoritettu. Koska vuoden 1985 julkaisu on jo toinen painos ja koska jälkimmäisen ryhmän avioero oli tapahtunut vuonna 1982, täytyy tutkimusajankohdan osua vuosiin 1983–1984. Eri huoltomuotojen vertailua vaikeuttaa tutkimuksessa sattunut kömmähdys. Raportissa väitetään, että yhteishuolto on tullut vuodesta 1983 alkaen pakolliseksi (*obligatorisk*) huoltomuodoksi eronneille vanhemmille ja on nimeltään »*gemensamt föräldraansvar*», s. 4. Virheellinen tieto perustuu todennäköisesti vuoden 1979 mietintöön, jonka sisältöä ja vaiheita on käsitelty laajasti edellä. Virhe ei vaikuta kuitenkaan yhteishuoltoryhmän sisällä tehtyihin vertailuihin eikä varsinkaan lasten vuorottelevaa hoitoa koskeviin päätelmiin.

[186] *Öberg – Öberg* (1985) s. 17.

[187] *Öberg – Öberg* (1985) s. 165, *Öberg – Öberg* (1987) s. 155.

kevista päätöksistä.[188] Yhteishuollon alkuaikoina lasten vuoroittainen hoitaminen kuului yhteishuoltoon siis suhteellisesti selvästi yleisemmin kuin myöhemmin.[189]

> Ilmeisesti yhteishuolto alkuvuosina usein myös ymmärrettiin hyvin konkreettisesti. Yhteishuollon valinneet vanhemmat ovat ehkä itsekin ajatelleet, että yhteishuolto ainakin aidoimmillaan ja parhaimmillaan edellyttää molemmilta vanhemmilta lasten konkreettista hoitamista. Vuoden 1979 mietinnössä tuotiin esiin se, että yhteishuollon toteuttamisessa on ehkä vallinnut väärinkäsityksiä ja että yhteishuollon ei aina tarvitse merkitä vuoroittaista hoitamista ja lapsen asumista vuoroittain kummankin vanhemman luona, vaikka tällainen ratkaisu voikin tietyissä tilanteissa olla onnistunut.[190]

*Öberg*it päätyivät tässä tutkimuksessaan hyvin samantapaisiin johtopäätöksiin kuin aiemmin selostetussa väitöskirjatutkimuksessaan.[191] Keskeistä niissä oli perheen muotoutuminen uudelleen avioeron jälkeen. Koska perheenjäsenten väliset suhteet olivat perheen ihmissuhdeverkoston välityksellä riippuvaisia toisistaan, edellytti hyvin toimiva lasten huolto uudelleen organisoituneen perheen jäseniltä hyvin toimivia keskinäisiä ihmissuhteita. Huonot ihmissuhteet oli mahdollista korjata vain parantamalla ihmissuhteiden edellytyksiä terapeutin tai muun asiantuntijan avulla.[192] Lapsen huollon juridinen muoto ei tästä näkökulmasta katsoen ole keskeinen, mutta hyvin toimiva yhteishuolto, jossa lapsia hoidetaan vuorotellen, esitettiin tutkimuksessa silti jonkinlaisena ihanteena.[193]

> *Öberg*it suhtautuivat omien sanojensa mukaan varauksellisesti vuoroittaiseen hoitoon ennen tutkimustaan, mutta muuttivat käsityksensä tutkimustyön kuluessa. He raportoivat tavanneensa monia tasapainoisia ja tyytyväisiä lapsia, jotka kertoivat, miten tärkeää on säilyttää arki-

---

[188] *Öberg – Öberg* (1985) s. 17.

[189] Vanhempien vuorottelu lasten hoidossa tai, kuten Suomessa asia usein ilmaistaan, lasten vuoroittainen asuminen, on ilmeisesti tämän jälkeen tullut entistäkin harvinaisemmaksi. *Carl Göran Svedin* viittaa asiantuntijamuistiossaan vuodelta 1988 peräisin olevaan selvitykseen, jonka mukaan lapset asuivat vuoroittain molempien vanhempien luona noin 8 %:ssa kaikista yhteishuoltotapauksista. Ko. tutkimuksen mukaan yli 80 % kaikista huoltoratkaisuista koski vanhempien yhteistä huoltoa. Tutkimus oli tehty Lindköpingissä. *Justitiedepartementet* Ds 1989:52, Bilaga s. 10.

[190] SOU 1979:63 s. 74–75.

[191] Ks. edellä kohta 6. (Bente ja Gunnar Öberg: Tuomioistuimesta terapiaan).

[192] Vrt. edellä Saksaa koskeva jakso, kohta 7.4. (Nachscheidungs-Familie – avioeroperheen käsite).

[193] *Öberg – Öberg* (1985) s. 159–160.

päiväinen yhteys molempiin vanhempiin. Tutkijat kritikoivatkin voimakkaasti sitä, että asianajajat, sosiaalityöntekijät, psykologit ja vielä yleinen mielipidekin olivat hoidon jakamista vastaan. Vanhempia yritettiin heidän mukaansa suostutella valitsemaan sellainen yhteisen huollon toteuttamistapa, jossa lapsella olisi vakituinen asuinpaikka.[194]

*Öberg*ien raportista ilmeni kuitenkin myös kriittisiä näkökulmia lasten vuoroittaiseen hoitoon. Esimerkiksi lasten omat mielipiteet tukivat vain osittain tutkijoiden omia johtopäätöksiä. Vähän yli puolet lapsista (lukumääräisesti 21/39) oli sitä mieltä, että vanhempien vuoroittainen hoito oli heidän kohdallaan onnistunut hyvin. Noin neljäsosa lapsista (10/39) asui kuitenkin haastatteluhetkellä tosiasiassa vakituisesti toisen vanhemman luona. Kuusi lasta oli sitä mieltä, että vuoroittainen hoito toimi huonosti tai oli työläs ja kaksi lasta piti sitä sekä hyvin että huonosti toimivana.[195]

Kirjoittajat myönsivät, että vanhempien vuoroittaisen hoidon onnistuminen edellytti, että vanhemmat olivat hyvin motivoituneita ja että heidän keskinäinen suhteensa toimi ongelmitta. Tärkeitä tekijöitä onnistumisen kannalta olivat myös monet käytännölliset näkökohdat kuten asuntojen läheinen sijainti.[196] Riskialttiiksi osoittautuivat erityisesti sellaiset sopimukset vuoroittaisesta hoidosta, jotka olivat syntyneet eräänlaisen kompromissin tuloksena, kun lasten hoito oli jaettu puolet ja puolet -periaatteella. Kompromissin taustalla saattoi olla myös halu välttää huoltoa koskeva riita tuomioistuimessa.[197]

Minkälaatuinen huoltosuhde tahansa, yksin- tai yhteishuolto, toimi hyvin, kun vanhempien välisessä suhteessa ei esiintynyt ongelmia.[198] Vanhempien riidat olivat taas riski lasten terveydelle. *Öberg*it arvioivat, että yhteensä 12 avioeroperheessä, eli kaikkiaan noin viidenneksessä tapauksista, vanhempien välinen huono suhde oli niin vaikea, että se muodosti riskin lasten psyykkiselle terveydelle. Näistä kahdeksassa tapauksessa lapset olivat pysyvästi toisen vanhemman hoidossa, mutta kolmessa tapauksessa vanhemmat hoitivat lapsia myös tosiasiallisesti vuorotellen.[199] *Öberg*it katsoivat näiden perheiden tarvitsevan terapiaa ja muuta asiantuntija-apua.[200]

---

[194] *Öberg – Öberg* (1985) s. 137, 165.

[195] *Öberg – Öberg* (1985) s. 139.

[196] *Öberg – Öberg* (1985) s. 138, 163–164.

[197] *Öberg – Öberg* (1985) s. 164, toisaalla tutkimusraportissa kävi ilmi, että noin 20 % jaettua hoitoa koskevista ratkaisuista oli syntynyt kompromissin tuloksena, s. 33, samoin s. 93.

[198] *Öberg – Öberg* (1985) s. 163, 39–40, 94.

[199] *Öberg – Öberg* (1985) s. 80.

[200] Samantapaisiin johtopäätöksiin päätyi esim. *Maccoby*n ja *Mnookin*in tutkimusryhmä, jonka tuloksia on selostettu Kaliforniaa koskevassa jaksossa kohdassa 8. (Kali-

Tutkimustulokset viittasivat siihen, että tosiasiallisen yhteishuollon vuonna 1978 valinneet erosivat ryhmänä niistä, jotka valitsivat tosiasiallisen yhteishuollon vasta 1982. Ero ei näyttänyt selittyvän pelkästään suuremmasta etäisyydestä itse avioeroon tai kuluneen ajan tuomasta kokemuksesta. Vuonna 1978 eronneet olivat tehneet valintansa tietoisempina ja vakuuttuneempina sen paremmuudesta.[201] Vuonna 1982 eronneet muistuttivat taas ryhmänä enemmän tavallisia eroavia perheitä.[202] Myöhemmin kehitys näyttäisi ainakin tilastojen valossa jatkuneen tähän suuntaan. Mitä tavallisemmaksi yhteishuolto on tullut, sitä perinteisemmältä sen toteutus vaikuttaa.

> Yhteishuolto on yleistynyt seuraavasti. Vuonna 1983 huoltoratkaisuista 44 % koski yhteishuoltoa, vuonna 1989 niiden osuus oli 76 % ja vuonna 1992 82 %. Huollon määrääminen yksin isälle väheni samaan aikaan siten, että vuonna 1983 isä määrättiin huoltajaksi noin 8 %:ssa tapauksista, vuonna 1989 isä tuli yksin huoltajaksi 2 %:ssa ja vuonna 1992 1 %:ssa tapauksia. Samaan aikaan isien osuus väheni myös yhdessä huoltavien vanhempien tosiasiallisten hoitajien joukossa. Vuonna 1983 15 % yhteishuollossa olevista lapsista oli pääasiallisesti isänsä hoidossa, vuonna 1989 vastaava luku oli 10 % ja vuonna 1992 enää 9 %. Yhteinen huollon toteutus on tullut yleistymisen myötä yhä perinteisemmäksi myös sukupuoliroolien osalta.[203]

Näyttääkin siltä, että 1970-luvun lopulla yhteishuoltoa teki Ruotsissa tunnetuksi melko pieni, mutta sitäkin idealistisempi joukko vanhempia, joka halusi muuttaa vallinneita näkemyksiä avioerosta ja lasten kasvatuksesta. Näiden pioneerien jälkeen yhteishuollosta on tullut yleisempi, toteutukseltaan perinteisempi ja samalla myös ikään kuin arkipäiväisempi vaihtoehto, jolla ei ole ideologisia ulottuvuuksia.

> Hyvän kuvan yhteishuollon pioneereista antaa *Tobias Berggren*in ja *Ulla Wikander*in yhteinen kertomus omista kokemuksistaan: *Gemensam vårdnad – att skiljas som vänner*. Kirjoittajien kokemukset ovat osittain ajalta ennen ensimmäisen yhteishuoltolain voimaantuloa 1977. Lapsen huolto määrätäänkin kirjassa muodollisesti isälle, mutta yhteisen sopimuksen perusteella vanhemmat hoitavat lasta vuorotellen. Teos huokuu protestia porvarillista perhe-elämää ja miesten perhe-elämässä heikoksi koettua asemaa vastaan sekä ennen avioeroa että sen jäl-

---

fornian avioerolapset 1990-luvulla). Muita uudempia amerikkalaisia avioerolapsitutkimuksia on yhteishuollon näkökulmasta selostettu saman jakson kohdassa 7.2. (Voiko yhteishuollosta olla haittaa?).

[201] *Öberg – Öberg* (1985) s. 93, 137 erit. 161.

[202] *Öberg – Öberg* (1985) s. 161.

[203] *Statistiska centralbyrån* (1991) s. 6 ja *Statistiska centralbyrån* (1993) s. 6.

keen. Siitä heijastuu myös pelko siitä, että oma lapsi kokisi avioerolapselle tutkimusten valossa väistämättömältä näyttävän sosiaalisen syrjäytymisen. Aivan erityisesti kirja kertoo vanhempien halusta tehdä *toisin* niin perhe-elämässä, lasten hoidossa kuin avioerossakin.[204]

10. Vuoden 1990 osittaisuudistus – yhteisen huollon suosion vahvistaminen

10.1. Uudistuksen lähtökohta: lapsen oikeus vai lapsen etu?

Barnets rätt -komitean kolmas osamietintö julkistettiin vuonna 1987 (*Om barn i vårdnadstvister – talerätt för barn m.m.*). Komitea työsti uudelleen pääpiirteissään edellä aikaisemmin esitellyn ehdotuksensa lapsen puhevallasta. Uusi versio lähti edellisen tapaan siitä, että lapsi tuli saattaa näkyväksi omaa huoltoaan koskevassa riidassa tekemällä lapsesta asiaan osallinen. Yli 12-vuotiaalle lapselle ehdotettiin sen vuoksi oikeutta käyttää itsenäisesti puhevaltaa huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevassa asiassa.

> Lapsen puhevalta olisi oikeuttanut lapsen osallistumaan prosessiin ja valittamaan päätöksestä, mutta ei sen sijaan panemaan vireille huoltoa tai tapaamisoikeutta koskevaa riitaa. Vireillepano jäi vanhempien asiaksi, minkä lisäksi vireillepano-oikeutta ehdotettiin sosiaalilautakunnalle. Prosessia varten alle 12-vuotiaalle lapselle oli ehdotuksen mukaan määrättävä itsenäinen edustaja, jos vanhemmat olivat erimielisiä. Yli 12-vuotias oli oikeutettu saamaan avustajan oikeudenkäytiä varten, jos hänen tärkeät intressinsä olisivat olleet kyseessä (»*vitala intressen står på spel för barnet*»). Niin avustajana kuin edustajanakin olisi ehdotuksen mukaan toiminut kunnallinen oikeusavustaja (*offentlig biträde*).[205]

Lapsen puhevallan lisäksi mietintö sisälsi ehdotuksia, jotka merkitsivät esimerkiksi *samarbetssamtal*-sovittelun käyttöalan laajentamista, sosiaalilautakunnan selvitystyöhön tehtäviä muutoksia ja lapsipsykologisten asiantuntijajäsenten ottamista tuomioistuimiin.[206] Kaiken kaikkiaan mietintö oli siis hyvin laaja-alainen ja monissa yksityiskohdissaan myös erimielinen.[207]

---

[204] *Berggren – Wikander* (1977).

[205] SOU 1987:7 s. 83–97.

[206] Ks. SOU 1987:7 s. 155 alk., 167 alk. ja 179 alk.

[207] Ks. eriävistä mielipiteistä SOU 1987:7 s. 239 alk.

Oikeusministeriössä ehdotusta ei lapsen puhevaltaa koskevilta osiltaan hyväksytty nytkään jatkovalmistelun kohteeksi. Perusteluna todettiin ensinnäkin, että monet lausunnonantajista olivat vastustaneet puhevallan antamista jo 12-vuotiaalle. Puhevallan merkitys jäisi kuitenkin huomattavan pieneksi, jos se myönnettäisiin vain yli 15-vuotiaille, sillä yli 15-vuotiaiden huollosta vanhemmat riitelevät käytännössä hyvin harvoin. Toisaalta todettiin, että kun haluttiin lisätä riitojen ratkaisua vanhempien sovintoon tähtäävien neuvottelujen avulla, väheni lapsen huoltoa koskevan oikeusprosessin merkitys sen vuoksi entisestään.

> Utredningen om barnens rätt har ägnat frågan om talerätt för barn stort utrymme. En hel del remissinstanser har ställt sig positiva till förslaget. De flesta har dock menat att det inte är lämpligt att barn under 15 år ges talerätt. Med en sådan gräns blir emellertid betydelsen av en talerättsregel mycket begränsad. Vårdnads- och umgängestvister beträffande barn som har fyllt 15 år förekomer nämligen, såsom bl.a. Sveriges advokatsamfund har framhållit i sitt remissvar, inte annat än i sällsynta fall.
>
> Med den inriktning på samförståndslösningar framför tvistelösningar som den föreliggande promemorian har får frågan om talerätt för barn över huvud taget mindre aktualitet.[208]

Jo edellä vuoden 1979 komiteanmietintöä arvioitaessa katsottiin, että lapsen itsenäisen oikeudellisen aseman korostaminen ja vanhempien yhteistyöhön tähtäävä sovittelumenettely voidaan nähdä eräänlaisina vastakohtina. Lapsen itsenäinen prosessuaalinen asema perustuu tällöin näkemykseen, jonka mukaan jokainen perheenjäsen on itsenäinen yksilö itsenäisin intressein. Jotta lapsen itsenäiset intressit saisivat niille kuuluvan painoarvon, lapselle tulee määrätä oma edustaja. Sovittelumenettelyn lähtökohtaoletuksena taas on perheenjäsenten keskinäinen riippuvuus: perhe ymmärretään sen jäsenten välisenä hienovaraisena riippuvuussuhteiden järjestelmänä, systeeminä. Tämäntapainen näkemys perheestähän on peräisin käyttäytymistieteilijöiltä, joiden vaikutus sovittelumenettelyn kehittymiseen ja sen oikeuttamiseen onkin ollut ratkaiseva.[209] Lapsen intressissä on tämän ajattelutavan mukaan perhesysteemin saattaminen jälleen tasapainoon, jos tasapaino on järkkynyt vanhempien ristiriitojen vuoksi. Lapsen hyviä suhteita molempiin vanhempiin samoin kuin vanhempien keskinäisiä sovinnollisia suhteita voidaan pitää tasapainon ilmenemismuotoina.

---

[208] *Justitiedepartementet* Ds 1989:52 s. 38.

[209] Ks. edellä kohta 6. (Bente ja Gunnar Öberg: Tuomioistuimesta terapiaan).

Yksinkertaistaen voidaan siis *lapsen oikeuksien* korostamisesta johtaa lapsen oikeudellisen toimintakelpoisuuden tukeminen, jolloin puolestaan *lapsen edun* korostaminen liittyy muiden tieteenalojen tulosten soveltamiseen.[210]

Vaikka mitään tähän viittaavaa keskustelua ei eri mietinnöissä käytykään, tämäntyyppisen tulkinnan ainekset ovat niissä ikään kuin tarjottimella. Tässä mielessä on mahdollista sanoa, että Ruotsin lainvalmistelussa tehtiin 1980-luvun lopulla eräänlainen valinta lapsen oikeuden ja lapsen edun välillä. Valinta osui lapsen etuun.

Oikeusministeriön ehdotuksen lähtökohta olikin toinen kuin komitean. Kun komitean tarkastelun kohteena oli erityisesti huoltoa ja tapaamisoikeutta koskeva oikeudenkäynti ja muut menettelylliset kysymykset, painottui ministeriön ehdotus enemmän aineelliseen oikeuteen. Kun komitea esimerkiksi ehdotti lasten psykologian asiantuntijajäsenten nimeämistä alioikeuksiin, oli ministeriön ehdotuksen liitteenä asiantuntijan esitys avioerolapsia koskevista tutkimuksista, niiden tuloksista sekä lapsen tarpeista näiden tulosten valossa.[211] Asiantuntemuksella perusteltiin siis koko lakiehdotusta koskevia ratkaisuja eikä vain yksittäisiä tapauksia koskevia päätöksiä tai niiden oikeuttamista. Lakiehdotus esitettiin näin johdonmukaisesti asiantuntijoiden osoittamien tutkimustulosten pohjalta ja niihin perustuvana. Ehdotuksen yleisperustelut alkoivat seuraavilla sanoilla:

> Det råder i dag en stor enighet inom beteendevetenskapen om att det för barnets utveckling är viktigt att barnet har goda relationer till båda föräldrarna även om föräldrarna är i konflikt med varandra.[212]

Komitean lähtökohtaa kuvaa puolestaan ehkä parhaiten lainaus, jossa lasten ja vanhempien tasavertainen asema prosessissa johdettiin kaikkien tasavertaisista intresseistä.

---

[210] Tämä vastakkainasettelu on toki rajusti yksinkertaistettu. Edellä Englantia koskevan jakson yhteydessä selostettiin siellä käytyä keskustelua lapsen oikeuksista. Tässä keskustelussa lapsen oikeudet ymmärrettiin huomattavasti syvällisemmin ja erilaisten elementtien yhdistäminen oli silloin mahdollista. Ks. lähemmin Englantia koskeva jakso, kohta 7.2. (Lapsen oikeuksia koskeva keskustelu).

[211] *Justitiedepartementet* Ds 1989:52, Bilaga (ehdotuksen lopussa), *Svedin*: Barn – skilsmässa, vårdnad och umgänge, (s. 1–24).

[212] *Justitiedepartementet* Ds 1989:52 s. 36. Seuraava kappale alkaa sanoilla » Det kan gälla barnets inre utveckling. *Undersökningar* som har gjorts beträffande barn som har ingen eller ringa kontakt...» S. 37 jälleen sanoilla »*Undersökningar* av skolpojkar med sociala problem...». (Kurs. K.K-S.)

> Det är svårt att principiellt motivera att barnet inte skulle ha talerätt i processer som rör såväl barnets som föräldrarnas intressen, när föräldrarna enligt nuvarande system har talerätt. Vidare får man genom att ge barnet talerätt en bättre garanti för att det får komma till tals i processen och framföra sina synpunkter när det så önskar. Härigenom får barnet en mer central ställning i processen än det har i dag.[213]

Sekä komitean että oikeusministeriön ehdotuksessa korostettiin lapsen hyvien suhteiden merkitystä molempiin vanhempiin ja asetettiin ainakin jossakin tilanteessa yhteishuoltoa koskeva ratkaisu yksinhuollon edelle.[214] Jyrkästä näkemyserosta näiden eri ehdotusten välillä ei siis ollut kysymys. Peruslähtökohdissa ollut ero johti kuitenkin siihen, että oikeusministeriön ehdotuksessa yhteishuolto sai korostetumman merkityksen. Yhteishuolto esitettiin johtopäätöksenä edellä siteeratusta käyttäytymistieteiden taholta esitetystä johtopäätöksestä, jonka mukaan hyvät suhteet molempiin vanhempiin ovat lapsen edun mukaisia.

> Ett viktigt inslag i den utvecklingen som har skett mot en betoning av barnets intresse har varit institutet gemensam vårdnad. Syftet med reglerna om gemensam vårdnad är framför allt att främja goda förhållanden mellan barnet och båda föräldrarna. Ett gemensamt rättsligt ansvar kan bidra till detta.[215] ...
>
> Gemensamt för de flesta särboende föräldrar som har valt gemensam vårdnad är intresset och ambitionen att upprätthålla en nära och god kontakt med barnet trots särboendet.[216] ... (Yhteishuollon arviointia eri näkökannoilta) ...
>
> På det hela taget torde det dock råda en betydande enighet om att gemensam vårdnad i det helt övervägande antalet fall är att föredra framför ensam vårdnad. Det finns därför anledning att undersöka om det går att öka möjligheterna att få till stånd gemensam vårdnad.[217]

Ministeriön laatiman toteutuneen lakiehdotuksen konkreettiset uudistukset kohdistuivat yhteishuollon edistämisen lisäksi siis *samarbetssamtal*-sovitteluun ja sosiaalilautakunnan selvitystä koskevan menettelyyn, niin sanotun tapaamissabotaasin vaikutukseen yksinhuollon määräämisessä sekä eräisiin

---

[213] SOU 1987:7 s. 85.

[214] SOU 1987:7 s. 86. Yhteishuollon varovainen ensisijaisuus tulee komitean ehdotuksessa näkyviin väliaikaista päätöstä koskevassa ehdotuksessa. Komitea ehdotti, että yhteishuollon purkamista koskevassa oikeudenkäynnissä ei annettaisi väliaikaista päätöstä muusta kuin lapsen asumisesta. Yhteishuolto säilyisi lopulliseen ratkaisuun asti, s. 166.

[215] *Justitiedepartementet* Ds 1989:52 s. 47.

[216] *Justitiedepartementet* Ds 1989:52 s. 48.

[217] *Justitiedepartementet* Ds 1989:52 s. 49.

muihin menettelyllisiin uudistuksiin, jotka koskivat lähinnä täytäntöönpanoa ja väliaikaisia päätöksiä. Näitä tarkastellaan seuraavassa lähemmin. Uudistus säädettiin vuonna 1990 ja se tuli voimaan 1.3.1991.[218]

10.2. Yhteishuollon edistäminen

Koska yhteishuollon oli todettu olevan tavoitteiltaan ja toteutuksiltaankin erinomainen niin lasten kuin vanhempienkin näkökulmasta, oikeusministeriön mietinnössä pohdittiin myös, pitäisikö yhteishuolto määrätä suorastaan pakolliseksi.[219] Ajatus torjuttiin kuitenkin varsin yksiselitteisesti. Ehdotuksessa todettiin, että yhteishuolto ei kaikissa tapauksissa olisi lapsen edun mukainen. Näin olisi, jos esimerkiksi vanhempien väliset ristiriidat olisivat niin suuria, että välttämätön yhteistyö tulisi mahdottomaksi.[220]

Ehdotuksessa todettiin edelleen, että yhteishuollon määrääminen vastoin vanhempien tahtoa merkitsisi myös, että yhteishuollon käsitettä pitäisi samalla muuttaa. Jos vanhemmat eivät pystyisi yhteistyöhön, olisi tuomioistuimen tarpeen tullen voitava määrätä sellaisista kysymyksistä kuin lapsen asumispaikka, tapaamisoikeus ja niin edelleen.[221] Koska ehdotuksessa kaiken kaikkiaan kuitenkin painotettiin vanhempien yhteisymmärryksen merkitystä, ei yhteishuollon käsitettäkään haluttu muuttaa tähän suuntaan.[222]

Se uudistus, jolla yhteishuollon valitsemista pyrittiin helpottamaan, koski mahdollisuutta suostua yhteishuoltoon vielä prosessin kuluessa. Tätä ennen hakemus yhteishuollon purkamiseksi oli jo sinänsä ollut tuomioistuinta sitova. Yhteishuoltoa ei voitu sen jälkeen seuraavassa prosessissa enää mää-

---

[218] Ruotsin säädöskokoelman laki 1990:1526.

[219] Tässä yhteydessä todettiin, että kysymys oli ollut aiemmin esillä, jolloin todennäköisesti viitattiin vuoden 1979 mietintöön ja siinä esitettyyn ehdotukseen, jonka mukaan yhteishuolto voitaisiin purkaa vasta harkinta-ajan jälkeen. Ks. edellä kohta 7.2. (Yhteishuolto ja kriisiterapia ihanteena).

[220] *Justitiedepartementet* Ds 1989:52 s. 49.

[221] Ehdotuksessa todettiin, että tämänsuuntaisesti yhteishuolto ymmärrettiin esimerkiksi Suomessa, vaikka yhteishuollon määrääminen siellä vastoin toisen vanhemman tahtoa ilmeisesti olisi käytännössä harvinaista. *Justitiedepartementet* Ds 1989:52 s. 49. Ks. käsitteestä lähemmin Suomea koskeva jakso, esim kohta 4.3.2.3. (Yhteishuollon luonne vuoden 1981 ehdotuksessa) sekä kohta 4.4. (Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta) alakohtineen sekä yhteishuollon määräämisestä käytännössä kohta 4.6. (Yhteishuollon ihanne hovioikeusaineiston valossa) alakohtineen.

[222] *Justitiedepartementet* Ds 1989:52 s. 50.

rätä. Vuoden 1990 uudistuksen jälkeen tuli kuitenkin mahdolliseksi määrätä yhteishuolto, vaikka yhteisymmärrykseen päästäisiin vasta prosessin aikana.

> Tällöin pidettiin silmällä erityisesti tilannetta, jossa toinen vanhemmista hakee yhteishuollon purkua ja lapsen määräämistä yksin hänen huoltoonsa. Oikeus voi kuitenkin tulla tulokseen, jonka mukaan huolto on määrättävä yksin toiselle vanhemmalle – ei siis sille joka esiintyi asiassa hakijana. Tällöin hakijavanhempi menettää lapsen huollon kokonaan, kun hänen tavoitteensa oli ollut päinvastainen. Yksinhuoltoa koskeva vaatimus sitoo oikeutta siitä huolimatta, että toinen vanhemmista ei vastusta yhteishuoltoa. Ehdotuksessa katsottiin, että hakijavanhempi saattaisi tässä tilanteessa mieluummin jatkaa yhteishuoltoa kuin jäädä kokonaan huoltoa koskevien oikeuksien ulkopuolelle. Yhteishuollon jatkaminen vastaisi todennäköisesti paremmin myös lapsen etua.

Huollon määräämistä koskevat lainkohdat muotoiltiin niin, että yhteishuolto tuli mahdolliseksi, jos kumpikaan vanhemmista ei sitä täysin vastustanut. Tällöin tuomioistuin voi määrätä lapsen huollon vapaasti pelkästään lapsen edun perusteella. Tuomioistuimen on siis näissä tilanteissa kuitenkin periaatteessa varmistuttava siitä, että yhteishuolto on lapsen edun kannalta paras vaihtoehto.[223]

> (FB 6:5[224])
> Står barnet under vårdnad av båda föräldrarna och vill någon av dem att vårdnaden inte längre skall vara gemensam, skall rätten efter vad som är bäst för barnet anförtro vårdnaden åt en av föräldrarna *eller, om den förälder som har begärt upplösning av den gemensamma vårdnaden inte motsätter sig fortsatt gemensam vårdnad, låta den gemensamma vårdnaden bestå.*
>
> *Frågor om ändring i vårdnaden efter första stycket prövas på talan av en av föräldrarna eller båda.* I mål om äktenskapsskillnad får rätten utan yrkande anförtro vårdnaden åt en av föräldrarna, om gemensam vårdnad är uppenbart oförenligt med barnets bästa.
>
> (FB 6:6)
> Står barnet under vårdnad av endast en av föräldrarna och vill någon av dem få ändring i vårdnaden, skall rätten efter vad som är bäst för barnet anförtro vårdnaden åt den andra föräldern, *om denne vill att vårdnaden skall flyttas över till honom eller henne, eller, om en av föräldrarna begär gemensam vårdnad och den andra inte motsätter sig det, förordna att föräldrarna i fortsättningen skall utöva vårdnaden gemensamt.*

---

[223] *Justitiedepartementet* Ds 1989:52 s. 50–52, NJA II 1990 s. 689–693, *Walin* (1996) s. 188–190, 192–194.

[224] Vuonna 1991 voimaan tulleet uudet lainkohdat on tässä ja seuraavassa pykälässä selvyyden vuoksi kursivoitu.

Frågor om ändring i vårdnaden enligt första stycket prövas på talan av en av föräldrarna eller båda.

Myös yhteishuollon rekisteröintiä helpotettiin. Rekisteröinti oli mahdollista tehdä lainuudistuksen jälkeen siten, että yhteishuoltoa koskeva ilmoitus annetaan sosiaalilautakunnalle isyyden selvittämisen yhteydessä. Sosiaalilautakunnan tehtävänä oli uudistuksen jälkeen toimittaa yhteishuoltoa koskeva ilmoitus isyyden vahvistamisasiakirjojen jälkeen väestörekisteriin.

> Isyyden tunnustaminen on Ruotsissa pääpiirteissään samanlainen kuin Suomessakin, joskin eroavaisuuksiakin on. Ruotsissa isyyden tunnustamisasiakirjan allekirjoittaa isyytensä tunnustava mies ja sen hyväksyvät sosiaalilautakunta ja lapsen äiti. Sosiaalilautakunnan vahvistamisen jälkeen asiakirjat toimitetaan väestörekisteriin.[225]

Yhteishuollon rekisteröintiä koskevan pykälän (FB 6:4) toinen momentti muutettiin uudistuksen perusteella seuraavaan asuun:

> Föräldrarna kan få gemensam vårdnad också genom registrering hos pastorsämbetet efter anmälan av dem båda
> 1. till socialnämnden i samband med att nämnden skall godkänna en faderskapsbekräftelse, eller
> 2. till pastorsämbetet under förutsättning att förordnande om vårdnaden inte har meddelats tidigare och att föräldrarna och barnet är svenska medborgare.[226]

10.3. Yksinhuolto ja tapaamisoikeuden merkitys

Edellä todettiin, että yhteishuollon tullessa ensisijaiseksi huollon muodoksi vuoden 1983 uudistuksen yhteydessä, lapsen ja molempien vanhempien välisten suhteiden merkitystä korostettiin myös yksinhuollon määräytymistä

---

[225] *Justitiedepartementet* Ds 1989:52 s. 54. Isyyden tunnustamista koskeva termi (*faderskapserkännande*) muutettiin samassa yhteydessä isyyden vahvistamista tarkoittavaksi termiksi (*faderskapsbekräftelse*) ks. perusteluista lähemmin mts. 82–83. Isyyden vahvistamisen yhteydessä tehtävä yhteishuollon rekisteröinti-ilmoitus tuli mahdolliseksi myös muille kuin Ruotsin kansalaisille, mts. 87, NJA II 1990 s. 689. Väestörekisteriviranomainen muuttui kirkkoherranvirastosta (*pastorsämbete*) veroviranomaiseksi (*skattemyndighet*) lailla 1991:487.

[226] Pykälän ensimmäinen momentti säilyi muuttumattomana. Lainkohta on alkuperäisessä asussaan edellä kohdassa 8.2. (»Gemensam vårdnad» pääsäännöksi). Ks. myös NJA II 1990 s. 689.

koskevan oikeusohjeen perusteluissa (FB 6:6).[227] Ruotsin korkein oikeus (HD) oli sittemmin joutunut ottamaan kantaa näiden perustelujen merkitykseen eräissä ratkaisuissa, jotka koskivat niin sanottua tapaamisoikeussabotaasia (*umgängessabotage*).

> Ensimmäinen tapaus oli vuodelta 1986.[228] Ruotsalainen isä ja äiti, jolla oli Unkarin kansalaisuus, tuomittiin avioeroon vuonna 1982. Samalla tuli päätettäväksi noin 4-vuotiaan tyttären huolto. Molemmat vanhemmat todettiin sopiviksi, eikä heidän välillään ilmennyt muutenkaan suuria eroja huoltajuutta ajatellen. Väliaikaisella päätöksellä lapsi määrättiin isän huoltoon. Lopullisessa päätöksessä alioikeus uskoi huollon kuitenkin äidille. Isä vei asian hovioikeuteen, joka antoi taas väliaikaisen määräyksen isän yksinhuollosta. Tässä vaiheessa äiti otti lapsen mukaansa Unkariin ja asettui sinne äidinisän luokse. Äiti ja tytär eivät tämän jälkeen enää palanneet Ruotsiin koko prosessin aikana. Hovioikeus ei kuitenkaan lopullista päätöstä tehdessään muuttanut alioikeuden päätöstä ja uskoi näin lapsen äidin huoltoon. Isä valitti päätöksestä Ruotsin korkeimpaan oikeuteen (HD). Isä esitti, että äiti oli osoittautunut sopimattomaksi huoltajaksi estämällä häntä pitämästä normaalisti yhteyttä lapseensa. Paitsi viemällä lapsen Unkariin äiti oli pyrkinyt estämään tapaamisia myös Unkarissa. Isän ja tyttären välillä oli ollut vain joitain hyvin lyhyitä tapaamisia kolmansien henkilöiden läsnäollessa.[229] HD piti esitettyjä näkökohtia sinänsä merkittävinä. Suurin paino ratkaisussa tuli kuitenkin sille näkökohdalle, että osapuolten tytär oli tässä vaiheessa jo 8-vuotias koululainen, jonka olosuhteet Unkarissa olivat kaikin puolin järjestyksessä. Palaaminen isän luokse Ruotsiin olisi todennäköisesti aiheuttanut hänelle suuria sopeutumisvaikeuksia. Tytär uskottiin HD:n päätöksellä äitinsä huoltoon.[230]

---

[227] Ks. edellä kohta 8.3. (Lapsen edun arvioiminen yksinhuollon määräämisessä).

[228] HD 1986:54, NJA 1986 s. 338.

[229] Äidin taholta esitettiin puolestaan mm., että isä ei ollut sopiva huoltaja, koska hänellä oli tapana käyttää ruumiillista kuritusta ja että isää ja lasta ei voitu jättää tapaamisten aikana kahden kesken, sillä isä ei suostunut luovuttamaan lapsen ruotsalaista passia ja näin oli olemassa vaara, että hän veisi lapsen takaisin Ruotsiin. NJA 1986 s. 342–343.

[230] Tapauksessa ei lainkaan arvioida sitä, mikä merkitys ruotsalaisella päätöksellä mahdollisesti olisi Unkarissa. Siinä ei myöskään arvioida lapsen viemistä luvattomasti toiseen maahan muuten kuin tapaamisoikeuden toteutumisen näkökulmasta. Toisin nk. *Tarek* -tapauksessa NJA 1992 s. 93. Isä vei siinä oikeudettomasti 3-vuotiaan lapsen isovanhempien kasvatettavaksi Tunisiaan vanhempien avioeroriidan yhteydessä, minkä johdosta mm. isä sai Ruotsissa vankeustuomion. Kaikki asianhaarat huoltoa koskevassa riidassa puhuivat äidin puolesta. Kuitenkin kun asiaa käsiteltiin HD:ssa, poika oli jo 13-vuotias ja halusi itse jäädä Tunisiaan. Pojan olosuhteiden oli sinänsä todettu olevan kunnossa. HD määräsi pojan huollon isälle. Ratkaisu oli sopusoinnussa tunisialaisen ratkaisun kanssa ja mahdollisti tapaamisoikeuden oikeudellisen sääntelyn ja näin ollen äidin

> HD tuli kuitenkin toisenlaiseen tulokseen myöhemmässä tapauksessa vuodelta 1989.[231] Tässä 10-vuotias tyttö oli koko eri oikeusasteissa tapahtuneen oikeudenkäynnin ajan äidin tosiasiallisessa hoidossa. Tänä aikana äiti esti useaan otteeseen isän ja lapsen tapaamiset. HD totesi, että tapaamiset olivat juuri ennen HD:n ratkaisua toimineet jonkin aikaa moitteettomasti, mutta että äidin menettely osoitti kuitenkin, että hän oli taipuvainen estämään lapsen ja isän yhteydenpitoa vanhempien välisten ristiriitojen vuoksi ja että hän näin osoitti asettavansa omat tarpeensa lapsen tarpeen edelle. HD:n päätöksessä todettiin erityisesti, että molemmat vanhemmat olivat yhtä sopivia lapsen huoltajiksi ja että lapsen voitiin katsoa tarvitsevan yhteydenpitoa yhtä paljon molempien vanhempiensa kanssa. Lapsi määrättiin isän huoltoon.[232]

Ratkaisujen perusteella tulkintalinja oli vakiintunut siten, että tapaamisten estämisellä oli merkitystä yksinhuollon määräämisen kriteerinä. Tästä huolimatta tapaamisten estäminen oli käytännössä todellinen ongelma.[233] Huollon määräämistä koskevaa tulkintaohjetta haluttiin uudistuksen yhteydessä vahvistaa ottamalla tapaamisten estämisen vaikutusta koskeva määräys varsinaiseen lakitekstiin.[234] Tämänsuuntainen tarkennus oli myös sopusoinnussa yhteishuollon suosimisen kanssa. Tapaamisten merkityksen korostaminenhan perustuu ajatukseen, jonka mukaan lapsen tasapainoisen kehityksen kannalta on tärkeätä, että lapsella on hyvät suhteet molempiin vanhempiin.

Uusi määräys sijoitettiin yksinhuollon muuttamista koskevan pykälän (FB 6:6) alle.[235]

---

ja pojan yhteydenpidon luotettavammin kuin tosiasioiden kanssa ristiriitainen huoltoa koskeva tuomio, jota ei kuitenkaan olisi voitu panna täytäntöön.

[231] HD 1989:57, NJA 1989 s. 335 alk.

[232] NJA 1989 s. 340–341. Tapaamisoikeudelle annettua merkitystä korostaa se, että sille pantiin enemmän painoa kuin lapsen vakiintuneille olosuhteille äitinsä ja sisarpuolensa kanssa.

[233] *Justitiedepartementet* Ds 1989:52 s. 59.

[234] Oikeusministeriön ehdotuksessa todettiin, että eri tahoilla oli esitetty jopa lapsen huollon automaattista siirtoa toiselle vanhemmalle, jos huoltaja sabotoisi tapaamisia. Näin suoraviivaista sääntelyä ei kuitenkaan esitetty. Lopputulos haluttiin siis viime kädessä jättää riippumaan tapauksen yksityiskohdista. *Justitiedepartementet* Ds 1989:52 s. 58–60, NJA II 1990 s. 695.

[235] Ks. FB 6:6 -säännöksestä edellinen kohta 10.2. (Yhteishuollon edistäminen). Koska tapaamisoikeutta ei siis voitu vahvistaa, jos lapsi oli vanhempien yhteishuollossa, ei tapaamisoikeuden estämistä koskevalle tulkintasäännölle ollut käyttöä muuten kuin yksinhuollon määräämisessä. Ks. määräyksen tulkinnasta myös *Justitiedepartementet* Ds 1989:52 s.90–92 ja NJA II 1990 s. 693–696.

(FB 6:6a)
Vid bedömningen av vad som är bäst för barnet skall rätten fästa avseende särskilt vid barnets behov av nära och god kontakt med båda föräldrarna.

Samalla huoltajalle säädettiin velvollisuus antaa toiselle vanhemmalle sellaisia tietoja, jotka edistävät tapaamisia (FB 6:15). Velvollisuuden laiminlyömiselle ei määrätty mitään varsinaista sanktiota. Jos huoltaja eri tavoin vaikeuttaa yhteydenpitoa, voi kokonaisuus yhdessä kuitenkin muodostua ratkaisevaksi perusteeksi huollon siirtämiselle.[236]

10.4. Vuoden 1990 menettelyllisiä uudistuksia

Vuoden 1990 uudistuksen yhteydessä tehtiin myös useita pienehköjä menettelyllisiä uudistuksia, kuten *samarbetssamtal*-sovittelun laajentaminen ja väliaikaisen päätöksen rajoittaminen koskemaan pelkästään lapsen asumista yhteishuollon purkamista koskevan oikeudenkäynnin yhteydessä. Myös sosiaalilautakunnan selvitysmenettelyä yksinkertaistettiin. Kaikkia näitä uudistuksia oli ehdotettu jo vuoden 1987 komiteamietinnössä.[237]

Sovittelun korostaminen sopi erittäin hyvin vuoden 1990 lainuudistuksen lähtökohtiin, sillä niissähän painottui lapsen edun psykologinen tulkinta perheenjäsenten välisten suhteiden näkökulmasta.[238] Vuoden 1987 komiteanmietinnössä esitetyt uudistusehdotukset sovittelun kehittämisestä toteutettiinkin suurin piirtein komitean laatimien suuntaviivojen mukaan.[239] *Samarbetssamtal*-sovittelun tarjoaminen tuli uudistuksella kuntien velvollisuudeksi.

> Sovittelusta oli saatu hyviä kokemuksia, joiden valossa *samarbetssamtal*-sovittelumenettelyä voitiin pitää jopa puhtaasti taloudellisesti kannattavana sen vuoksi, että se vähensi muita lapsen huoltoa koskevasta riidasta välittömästi ja välillisesti aiheutuvia kustannuksia. Noin 80 %:ssa Ruotsin kunnista oli sen lisäksi jo olemassa *samarbetssamtal*-sovittelutoimintaa. Kuntien taloudellisen rasitteen ei näin ollen enää voitu katsoa lisääntyvän kohtuuttomasti uudistuksen vuoksi. 1980-lu-

[236] *Justitiedepartementet* Ds 1989:52 s. 61–64, 93–96, NJA II 1990 s. 697–699.

[237] SOU 1987:7. Väliaikaisen päätöksen rajoittamista koskemaan pelkästään lapsen asumista oli itse asiassa ehdotettu jo vuoden 1979 komiteanmietinnössä. Ks. edellä kohta 7.2. (Yhteishuolto ja kriisiterapia ihanteena).

[238] Ks. edellä kohta 10.1. (Uudistuksen lähtökohta: lapsen oikeus vai lapsen etu?).

[239] Ks. SOU 1987:7 s. 155–166, 219–220.

vun alussa *samarbetssamtal*-sovittelu oli toteutettu kuntien vapaaehtoisuuden pohjalta juuri kustannussyistä.[240]

Sovittelu vietiin oikeusministeriön ehdotuksessa jopa pitemmälle kuin komitea alun perin esitti. Ministeriön ehdotuksesta tuomioistuin voi uudistuksen jälkeen määrätä sosiaalilautakunnan tai vastaavan kunnan elimen järjestämään sovittelua vireillä olevassa lapsen huoltoa koskevassa tapauksessa osapuolten mahdollisista kannanotoista riippumatta. Varsinaisia sanktioita ei ole kuitenkaan määrätty siltä varalta, että vanhemmat tai toinen heistä ei ottaisi osaa sovitteluun. On tosin katsottu, että vanhemman haluttomuus sovitteluun olisi mahdollista tulkita omien etujen asettamiseksi lapsen edun edelle ja se voitaisiin näin ollen ottaa huomioon huoltajaa koskevan ratkaisun yhteydessä.[241]

Vuoden 1987 komiteanmietinnössä oli otettu uudelleen esille kysymys väliaikaisten päätösten luonteesta. Komitea oli esittänyt, että yhteishuollon purkamista koskevassa oikeudenkäynnissä voitaisiin antaa väliaikainen päätös vain lapsen asumisesta. Lopullisen ratkaisun siirtämisellä haluttiin antaa mahdollisuus sovittelulle vielä riidan kuluessa.[242] Hallituksen esityksessä viitattiin myös mahdollisuuteen suostua yhteishuoltoon vielä prosessin kuluessa.[243]

Sosiaalilautakuntien selvitysmenettelyn yksinkertaistaminen merkitsi lähinnä sitä, että lautakunnissa ei uudistuksen jälkeen enää annettu suosituksia huollosta tehtäväksi ratkaisuksi. Samalla selvitysmenettely liitettiin tiiviimmin tuomioistuinmenettelyyn. Näin korostettiin tuomioistuimen asemaa päätöksenteossa ja vähennettiin sosiaalilautakuntien vaikutusvaltaa.[244]

---

[240] *Justitiedepartementet* Ds 1989:52 s. 42–44. Lisäksi voitiin todeta, että selvitysmenettelyn yksinkertaistaminen merkitsisi osaltaan kustannussäästöjä kuntien taloudessa. SOU 1987:7 s. 205. Ks. 1980-luvun alun suunnitelmista edellä kohdassa 7.2. (Yhteishuolto ja kriisiterapia ihanteena).

[241] FB 6:18, ks lähemmin NJA II 1990 s. 700–701, *Justitiedepartementet* Ds 1989:52 s. 38–47, 96–97. Kuntien velvollisuutta säätelee myös Socialtjänstelagen 12 §, 12a §, ks. lähemmin NJA II 1990 s. 710–711, *Justitiedepartementet* Ds 1989:52 s. 77–79, 104–105.

[242] SOU 1987:7 s. 162–164.

[243] NJA II 1990 s. 705–708, *Justitiedepartementet* Ds 1989:52 s. 69–72, missä viitataan myös Suomessa saatuihin myönteisiin kokemuksiin siitä, että väliaikainen päätös yleensä koskee pelkästään lapsen asumista. Tällä on perustelujen mukaan ollut vanhemmille suuri psykologinen merkitys. Ehdotuksessa toisaalla viitataan siihen, että ministeriön puolesta oli oltu yhteydessä muiden pohjoismaiden oikeusministeriöiden edustajiin, mts. 33.

[244] FB 6:19, *Justitiedepartementet* Ds 1989:52 s. 64–69, 97–100, NJA II 1990 s. 702–705, SOU 1987:7 s. 167–178. Aiempaa selvitysmenettelyä on selostettu edellä kohdassa 6. (Bente ja Gunnar Öberg: Tuomioistuimesta terapiaan).

Uudistuksen yhteydessä toteutettiin lisäksi ehdotus erityisen kontaktihenkilön (*kontaktperson*) määräämisestä lapselle.[245] Katsottiin, että näkemykset lapsen huoltajan määräämisoikeudesta olivat muuttuneet siten, ettei sille, että 15-vuotiaalle lapselle määrättäisiin kontaktihenkilö huoltajan kannasta riippumatta, olisi enää estettä. Aloite määräykselle tulisi tällöin sosiaaliviranomaisilta tai lapselta itseltään. 15 vuotta täyttäneen lapsen huoltajasta riippumatonta asemaa pidettiin nyt selvästi tärkeämpänä kuin huoltajan oikeutta määrätä lapsen henkilökohtaisista asioista. Tämä johti muutokseen sosiaalipalvelulaissa.[246]

> Sosiaalipalvelulain mukaista kontaktihenkilöä koskeva lainsäädäntö on hyvin väljä. Kontaktihenkilö voi olla lapselle henkilökohtaisena tukena ja apuna vanhempien ristiriitatilanteessa. Esimerkiksi ratkaisusta NJA 1992 s. 666 ilmenee, että kontaktihenkilöitä on käytetty myös todistajina. Tapauksessa isä vaati lapsen huollon siirtoa itselleen, koska äiti pyrki estämään isän ja lapsen välistä yhteydenpitoa (FB 6:6a). Kontaktihenkilö oli tapauksessa määrätty olemaan läsnä noudettaessa lasta tapaamisiin ja vastaavasti tuotaessa häntä takaisin kotiin. Kontaktihenkilön tehtävänä oli lievittää jännittynyttä tilannetta vanhempien välillä ja auttaa tapaamisten toteutumisessa. Suotuisassa tapauksessa tähän riittikin jo pelkkä kontaktihenkilön läsnäolo.[247]

11. Lapsen kuuleminen – lapsen oikeudesta lapsen etu?

Kysymys lapsen oikeudesta käyttää puhevaltaa huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevissa oikeusprosesseissa otettiin oikeusministeriössä vielä kerran esille 1990-luvun alkupuolella. Aiheesta valmistui mietintö »*Barns rätt att komma till tals*».[248] Edellä luonnehdittiin vuonna 1990 toteutetun uudistuksen valmistelua siten, että lapsen prosessuaaliset oikeudet ja lapsen etu asetettiin toistensa vastakohdiksi.[249] Tärkeämpänä pidettiin silloin lapsen etua. Vuon-

---

[245] Ks. edellä kohta 7.4. (Lapsen puhevalta, asiamies ja kontaktihenkilö).

[246] Socialtjänstelagen (1980:620) 12 §, *Justitiedepartementet* Ds 1989:52 s. 79–82.

[247] Tehtävän onnistumisessa kontaktihenkilön henkilökohtaisilla ominaisuuksilla on luonnollisesti suuri merkitys. Po. tapauksessa henkilöä oli jouduttu vaihtamaan, kun luottamuksellinen suhde toiseen vanhempaan oli kärsinyt. Ks. NJA 1992 s. 666, *Rother-Schirren – Schüldt* (1995) s. 173 alk. etenkin s. 178.

[248] *Justitiedepartementet* Ds 1994:85. Ehdotus johti lakiesitykseen, prop. 1994/95:224 ja myöhemmin uudelleen prop. 1997/98:7. Uudistus tuli voimaan 1.10.1998, mistä lähemmin tuonnempana. Ks. *Sjösten* (1998) s. 43–44, *Schiratzki* (JT 1997–98) s. 1101.

[249] Ks. edellä kohta 10.1. (Uudistuksen lähtökohta: lapsen oikeus vai lapsen etu?).

na 1994 annettu oikeusministeriön ehdotus on tässä mielessä eräänlainen varovainen lähestyminen jälleen lapsen oikeuksien suuntaan. Vaikka siinä torjuttiinkin lapsen puhevalta siviilioikeudellisissa prosesseissa, ehdotettiin vanhempainkaaren huollon määräämistä koskeviin sääntöihin kuitenkin liitettäväksi määräys, jonka mukaan tuomioistuimen on kiinnitettävä lapsen etua arvioidessaan huomiota myös lapsen omiin tahdonilmaisuihin.[250]

Lapsen oikeudellahan tarkoitettiin edellä lapsen aseman tekemistä näkyväksi oikeudellisessa prosessissa siten, että lapselle annettiin itsenäinen puhevalta, mikä näkyi tavallaan jo lapsen puhevaltaa valmistelleen komitean nimestäkin (*Barnets rätt*). Lapsen etu puolestaan liitettiin lapsen edun arvioimiseen lähinnä käyttäytymistieteiden tuloksia hyväksikäyttäen. Uudessa ehdotuksessa lapsen edun arvioimiseen haluttiin liittää myös lapsen oikeus tulla kuulluksi. Taustalla oli paitsi lapsen puhevaltaa koskenut aikaisempi keskustelu myös YK:n lapsen oikeuksien yleissopimus, jonka 12 artiklan mukaan lapsella on oikeus tulla kuulluksi henkilöään koskevissa asioissa.[251]

Hallituksen esityksessä vuoden 1983 kokonaisuudistusta varten oli tosin nimenomaisesti todettu, että tuomioistuimen tulisi ottaa huomioon lapsen mielipide ja, mikäli lapsi on riittävän kypsä, pyrkiä päätöksenteossa myös noudattamaan sitä.[252] Ruotsin korkein oikeus oli myös eräässä ratkaisussaan nimenomaisesti arvioinut lapsen mielipiteen merkitystä mainitun ohjeen perusteella.[253] Nyt katsottiin kuitenkin, että tätä velvollisuutta tulisi entisestään korostaa ja se olisi kirjattava myös lakiin. Näin osoitettaisiin se, että lapsen mielipiteellä olisi entistä enemmän painoa.

> Den grundläggande principen om barns rätt att komma till tals i frågor som rör deras person bör emellertid framgå direkt av lagen. Det bör därvid sägas uttryckligen att hänsyn skall tas till barnets ålder och mognad. Domstolen bör sålunda åläggas en skyldighet i mål och ärenden om vårdnad och umgänge att vid bedömningen av vad som är bäst för barnet fästa särskilt avseende vid barnets vilja med hänsyn tagen till den ålder och mognad barnet nått.[254]

Vanhempainkaareen oli vuonna 1982 lisätty lapsen kuulemista tuomioistuimessa koskeva määräys (FB 6:19). Määräys oli kuitenkin kirjoitettu ikään kuin negatiivisesta lähtökohdasta: lapsen kuuleminen tuomioistuimessa oli poikkeuksellista ja tuli kysymykseen vain, jos siitä ei olisi lapselle haittaa.

---

[250] *Justitiedepartementet* Ds 1994:85 s. 40.

[251] *Justitiedepartementet* Ds 1994:85 s. 13–16.

[252] *Justitiedepartementet* Ds 1994:85 s. 18–20.

[253] NJA 1988 s. 448, *Justitiedepartementet* Ds 1994:85 s. 18.

[254] *Justitiedepartementet* Ds 1994:85 s. 40.

Tämän lisäksi oli olemassa määräys huoltajan velvollisuudesta ottaa lapsen mielipiteet huomioon lapsen ikäkauden ja kypsyyden mukaisesti, silloin kun huoltaja päättää lapsen henkilökohtaisista asioista (FB 6:11).[255] Normaalia tuomioistuinmenettelyä ajatellen ei ollut kuitenkaan olemassa selkeitä oikeusohjeita siitä, miten lapsen mielipide tulisi ottaa huomioon, eikä myöskään siitä, miten se normaalitapauksessa tulisi selvittää. Lasten mielipiteiden huomioon ottaminen olikin käytännössä riippunut lähinnä selvityksen laatijoista. Ainakin joissakin kunnissa käytännön katsottiin jättäneen toivomisen varaa.[256]

Uudistus toteutettiin vuonna 1998 voimaan tulleen lakiuudistuksen yhteydessä. Myöhemmässä valmisteluvaiheessa lapsen mielipiteelle haluttiin antaa laissa itsenäinen asema, jolloin sille voitaisiin antaa merkitystä lapsen etua koskevasta arvioista riippumatta. *Sjöstenin* mukaan tämä voisi tarkoittaa sitä, että lapsen mielipide voisi tulla ratkaisevaksi tuomioistuimen ratkaisussa, jos lapsen edun selvittäminen olisi poikkeuksellisen vaikeaa.[257] Lapsen mielipiteen huomioon ottamista koskeva uusi lainkohda kuuluu seuraavasti:

> Vid avgörande enligt detta kapitel av frågor som rör vårdnad, boende och umgänge skall hänsyn tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad. (FB 6:2b)[258]

Samalla vanhempainkaareen lisättiin määräys, jonka mukaan lapsen mielipiteen selvittäminen olisi ensisijaisesti huoltoa tai tapaamisoikeutta koskevan selvityksen tekijän velvollisuutena.

> FB 6:19 (3 mom.)
> Den som verkställer utredningen skall, om det inte är olämpligt, söka klarlägga barnets inställning och redovisa den för rätten.[259]

12. Yhteishuollon oikeudellistuminen ja Suomen malli

Tuorein lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskeva mietintö *Vårdnad, boende och umgänge* luovutettiin oikeusministeri *Laila Freivaldsille* elokuussa 1995.

---

[255] *Justitiedepartementet* Ds 1994:85 s. 20. Ks. lapsen huoltajan velvollisuudesta ottaa huomioon lapsen mielipide esim. *Saldeen* (1995) s. 57.

[256] *Justitiedepartementet* Ds 1994:85 s. 39.

[257] *Sjösten* (1998) s. 44.

[258] Laki 1998:319.

[259] *Justitiedepartementet* Ds 1994:85 s. 57–58, laki 1998:319.

Mietinnössä huoltoa koskevaa menettelyä ehdotettiin kehitettäväksi siten, että vanhempien yksimielisyyttä painotettaisiin entistä enemmän. Konkreettisesti tämä merkitsisi Suomessa käytössä olevan sopimusmallin (*den finländska modellen*) omaksumista. Sosiaaliviranomaiset voisivat vahvistaa vanhempien tekemän sopimuksen lapsen huollosta, eikä asiaa tarvitsisi näin viedä lainkaan tuomioistuimeen. Toisaalta Suomen esimerkkiä haluttiin noudattaa myös yhteishuollon käsitteen kehittämisessä. Vanhempien yhteisestä huollosta huolimatta oikeudellisen päätöksenteon kohteeksi voitaisiin ottaa myös kysymys lapsen asumisesta tai tapaamisoikeudesta. Samalla kun yhteishuollon käsite muuttuisi entistä selkeämmin niin sanotuksi oikeudelliseksi yhteishuolloksi, avattaisiin tuomioistuimille mahdollisuus määrätä yhteishuolto myös vanhemman vastustuksesta huolimatta. Tässä suhteessa vanhempien yksimielisyyden vaatimuksesta haluttiin siis päinvastoin etääntyä.

Sosiaaliviranomaisten vahvistettavaksi tulevat sopimukset lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta täydentäisivät mietinnön mukaan hyvin *samarbetssamtal*-sovittelua. Sovittelusta oli Ruotsin sosiaalihallituksen toimesta laadittu selvitys, jonka kohteena olivat vuonna 1993 toimitetut sovittelut.[260]

> Sovittelun voitiin todeta olleen erityisen hedelmällistä, kun siihen ryhdyttiin ennen varsinaista oikeudenkäyntiä. Tämä oli myös tavallisin tapa käyttää sovittelua. Noin 80 % kaikista tapauksista oli sellaisia, joissa vanhemmat tulivat sovitteluun ennen oikeusprosessia. Näistä tapauksista taas 80 % päätyi vanhempien sovintoon. Sen sijaan sovittelu, johon ryhdyttiin tuomioistuinprosessin ollessa jo vireillä, johti huomattavasti harvemmin myönteiseen tulokseen. Kuitenkin noin puolessa näistäkin tapauksista päästiin sovintoon. Sovitteluun ryhdyttiin kuitenkin vain noin 15 %:ssa kaikista vireillä olevista tapauksista.[261]

Samarbetssamtal-sovittelun käyttöala oli siis selvityksen mukaan tosiasiassa jo painottunut siihen vaiheeseen, jolloin huoltoa koskeva erimielisyys ei (vielä) ole edennyt varsinaiseen oikeudenkäyntiin. Koska tällöin toimitettu sovittelu myös useimmiten johti myönteiseen tulokseen, olisi kaikkien osapuolten kannalta yksinkertaisinta, jos sovittelun tuloksena syntynyt sopimus voitaisiin kirjata viranomaisten myötävaikutuksella. Sopimus vahvistettaisiin näin Suomessa käytössä olevan mallin mukaan, jolloin vahvistetulla sopimuksella olisi sama merkitys kuin varsinaisella oikeuden päätöksellä.[262]

---

[260] Selvitys on mietinnön liitteenä, minkä lisäksi sen tuloksia on referoitu itse tekstissä. Ks. SOU 1995:79 s. 57 alk. sekä *Bilaga* 13 s. 255 alk.

[261] SOU 1995:79 s. 59–60, lähemmin s. 271 alk.

[262] SOU 1995:79 s. 10–11, 105 alk. Ks. Suomea koskeva jakso, kohta 4.4.3.2. (Huoltoa ja tapaamisoikeutta koskeva sopimus).

Sovittelu ja erillinen sopimus lapsen huollosta, asumisesta ja tapaamisoikeudesta ilmentävät osaltaan sitä, että vanhempien yksimielisyyttä pidetään edelleen tärkeänä lapsen edun kannalta.[263] Toinen tärkeä näkökohta lapsen edun tulkinnassa on yhä vanhempien yhteinen huolto. Mietinnössä korostetaan yhteishuollon merkitystä ja halutaan entisestään edistää siihen päätymistä.

> Gemensam vårdnad utgör en viktigt inslag i den utveckling som har skett mot en starkare betoning av barnets intresse. Syftet med reglerna om gemensam vårdnad är – vilken ofta betonas – framför allt att främja goda förhållanden mellan barnet och båda föräldrarna. För barnet är det tryggt att ha en nära och frekvent kontakt med båda sina föräldrar och att inte behöva uppleva den ena föräldern som en mer eller mindre utomstående person. De föräldrar som inte bor tillsammans men som har gemensam vårdnad om barnet är i allmänhet intresserade av att ha en nära och god kontakt med barnet och att ta ansvar för det. Dessutom är kontakterna mellan barn och föräldrar som inte sammanbor tätare när föräldrarna har gemensam vårdnad än när de inte har det.[264]
>
> Med hänsyn till att den gemensamma vårdnaden bör betonas ytterligare och till att det enskilda barnets bästa som skall tillgodoses när föräldrarna tvistar om vårdnaden bör bestämmelsen utformas så att den anger att det är domstolen som beslutar om vårdnaden. Härigenom kan domstolen i varje enskilt fall beakta samtliga de förhållanden som påverkar vad som är bäst för barnet.[265]

Ensi kerran Ruotsissa on uudessa mietinnössä tuotu esiin vaihtoehto, jonka mukaan yhteishuolto voitaisiin määrätä vastoin toisen vanhemman tahtoa. Esimerkkinä tilanteesta, jossa näin voitaisiin menetellä, on erityisesti mainittu yhteishuollon purku: yhteishuoltoa ei voitaisi ehdotuksen mukaan enää purkaa vain sen vuoksi, että toinen vanhemmista vaatii sitä, vaan ainoastaan sillä perusteella, että yhteishuollon purkaminen olisi lapsen edun mukaista.[266] Edellä olevan kanssa johdonmukaista olisi se, että yhteishuolto voitaisiin määrätä myös, vaikka toinen vanhemmista vastustaisi sitä. Ehdotuksen mukaan näin olisi erityisesti, kun kyseessä olisi naimattomien vanhempien vastasyntyneen lapsen huolto. Lapsen isällä olisi ehdotuksen mukaan tulevaisuudessa mahdollisuus vaatia yhteisen huollon määräämistä tuomioistuimessa äidin vastustuksesta huolimatta.[267]

---

[263] SOU 1995:79 s. 74.
[264] SOU 1995:79 s. 80.
[265] SOU 1995:79 s. 81–82.
[266] SOU 1995:79 s. 81.
[267] SOU 1995:79 s. 84.

Jos yhteishuolto olisi mahdollista määrätä vastoin toisen vanhemman tahtoa, tulisi samalla välttämättömäksi se, että lapsen huoltoa koskevissa tärkeissä asioissa vanhempien välinen riita voitaisiin ratkaista tuomioistuimessa.[268] Tällaisia tärkeitä asioita olisivat mietinnön mukaan erityisesti lapsen asuminen sekä yhteydenpito toiseen vanhempaan.[269] Myös lapsen oleskelu ulkomailla pitempään kuin 30 päivän ajan, olisi seikka, josta tuomioistuin voisi päättää, jos vanhemmat eivät pääsisi siitä yksimielisyyteen.[270]

Yhteistä huoltoa perustellaan edelleen lapsen tarpeella pitää yhteyttä kumpaankin vanhempaansa.[271] Tätä näkökohtaa korostetaan myös uudessa lainkohdassa, joka koskee lapsen etua huoltoa, asumista ja tapaamisoikeutta koskevien kysymysten tärkeimpänä ratkaisukriteerinä:

> (FB 6:2a, lag 1998:319)
> Barnets bästa skall komma i främsta rummet vid avgörande enligt detta kapitel av alla frågor som rör vårdnad, boende och umgänge.
>
> Vid bedömnignen av vad som är bäst för barnet skall det fästas avseende särskilt vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Risken för att barnet utsätts för övergrepp, olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa skall beaktas.[272]

Edellä kuvattu ehdotus johti siis lakiehdotukseen ja uuteen lainsäädäntöön, joka tuli voimaan 1.10.1998. Lailla voimaan saatetut uudistukset noudattelevat suurin piirtein puheena olleen mietinnön sisältämää ehdotusta.[273] Lakiuudistus merkitsisi siten eräänlaista päätepistettä sille ruotsalaiselle idea-

---

[268] Ks. edellä kohta 10.2. (Yhteishuollon edistäminen).

[269] SOU 1995:79 s. 88–97. Mietinnössä ehdotetaan myös lakitekstiä muutettavaksi niin, että siitä ilmenisi selvästi, että yhteydenpito on myös lapsesta erillään asuvalle vanhemmalle kuuluva velvollisuus, vaikka tätä velvollisuutta ei olekaan sanktioitu.

[270] SOU 1995:79 s. 101–104. Mietinnössä ehdotetaan myös, että toisen vanhemman lupa pidempään ulkomailla oleskeluun tarvittaisiin myös silloin, kun lapsi on yksin toisen vanhemman huollossa. Tuomioistuin voisi ratkaista asian kuitenkin vain, jos tapaamisoikeus olisi vahvistettu tuomioistuimessa tai sopimuksella.

[271] Ks. edellä oleva lainaus, SOU 1995:79 s. 81–82.

[272] Vuonna 1993 oli tapaamisoikeuden vahvistamista koskevaan pykälään otettu lisäys mm. lapsikaappauksen riskin huomioon ottamista tapaamisten määrittelyssä. »Rätten skall även beakta risken för att barnet i samband med utövande av umgänge utsätts för övergrepp, olovligen bortförs eller kvarhålls eller annars far illa.» Ks. tästä *Saldeen* (1995) s. 54, 77. Vuoden 1998 uudistuksen yhteydessä ao. kohta poistettiin tapaamisoikeutta koskevista määräyksistä (FB 6:15–15b), joiden yhteydessä nyt vain viitataan lapsen etuun.

[273] Laki 1998:319, ks. lähemmin *Sjösten* (1998) ja *Schiratzki* (JT 1997–98) s. 1101–1118.

listiselle pioneeriajattelulle, jossa tärkeää oli esimerkiksi lapsen konkreettinen hoito vuoroittain ja yhteishuollon näkeminen symbolina uudenlaisille perhe-elämän arvoille.[274] Uuden ehdotuksen mukaan yhteishuollon on tarkoitus olla pääsääntö, josta poikkeaminen näyttäisi edellyttävän erityisiä perusteita. Koska näin on, on yhteishuollon myös sovittava kaikille tai ainakin lähes kaikille erillään asuville vanhemmille. Vanhempien väliset erimielisyydet eivät silloin enää välttämättä ole esteenä yhteiselle huollolle, sillä vanhempien yhteisen päätöksenteon korvaa tarvittaessa tuomioistuimen antama päätös.

Uuden lainsäädännön myötä tuomioistuimen asema lapsen edun määrittelemisessä on korostunut. Tuomioistuin tietää periaatteessa nyt paremmin kuin yksittäinen vanhempi, onko yhteinen huolto hänen lapsensa tapauksessa parempi kuin yksinhuolto. Ehdotusta kritikoitiinkin ruotsalaisissa päivälehdissä.[275] Toisaalta yhteinen huolto voi käytännössä muistuttaa nyt läheisesti yksinhuoltoa.

Idealistinen yhteishuoltoajattelu sai alkunsa 1970-luvulla. Sen vuosikymmenen perhepolitiikka näyttäisi jääneen taakse myös toisessa suhteessa. Edellä selostettua mietintöä koskevassa tehtävänannossa oli edellytetty, että lapsen huoltoon liittyviä kysymyksiä tarkasteltaisiin myös tasa-arvonäkökulmasta.[276] Tästä kysymyksestä todettiin mietinnön johdannossa kuitenkin hyvin lyhyesti, että lapsen etu ei voi olla sukupuolten tasa-arvoon liittyvä kysymys.

> Med anledning av vad som sägs i direktiven om analys ur ett jämställdhetsperspektiv vill utredningen redan nu framhålla att frågor om barn och vad som är ett barns bästa i tvister om vårdnad, boende eller umgänge inte är en fråga om jämställdhet mellan föräldrarna, dvs. mellan könen. Vad som är bäst för barnet skall och måste vara avgörande, oavsett vilken förälder som »vinner» eller »förlorar».[277]

Periaatteessa kannanotto ei poikkea 1970-luvun kannanotoista. Silloinhan tärkeintä oli poistaa esteet sukupuolten tasaveroiselta kohtelulta lainsäädännössä ja käytännön perhe-elämässä. Tärkeää oli myös, että lapsen etua

---

[274] Ks. edellä kohta 9.2. (Lasten vuoroittaista hoitoa ja pioneerihenkeä).

[275] Svenska Dagbladet 14.8.1997 »Det är *mitt* barn!»; Dagens Nyheter, DN Debatt 11.11.1997 *Annika Rejmer – Johanna Schiratzki*: »Barn offer för ny lag» – Framtvingad gemensam vårdnad gör barnen otrygga, skriver jurister; Dagens Nyheter Kolumn 25.3.1998 */Anna Christensen*: »Barnens rätt eller föräldrarnas».

[276] SOU 1995:79 s. 164, vrt. edellä kohta 4. (Tasa-arvoisen vanhemmuuden tavoite) alakohtineen.

[277] SOU 1995:79 s. 43.

voitiin tulkita mahdollisimman irrallaan vanhoista sukupuolirooleista.[278] Tässä mielessä näkemys lapsen edun ja sukupuolten tasa-arvon suhteesta on pysynyt ennallaan. Hieman yllättävää on kuitenkin se, että sukupuolten tasa-arvoa koskeva keskustelu torjuttiin kokonaan asiaan kuulumattomana. Komiteassa ei ikään kuin haluttu olla avoimia tämäntyyppisille näkökohdille.[279] Tässä suhteessa asennoituminen oli siis selvästi toisenlaista kuin 1970-luvulla, jolloin sukupuoliroolien vaikutusten arviointi oli keskeinen osa perheoikeuspolitiikkaa.

[278] Ks. edellä kohta 4.4. (Perheoikeuden uudet tavoitteet ja lapsen huolto).

[279] Vrt. *Kurki-Suonio* (red. Nordborg 1995) s. 169–195 sekä *Nordborg* (Socionomen 1996) s. 60–62, Ks. myös *Pappagruppens slutrapport* Ds 1995:2 s. 12, 101–108.

III VERTAILUN TULOKSET

1. Vertailulle asetetut tavoitteet

Vertailun avulla oli tarkoitus analysoida lapsen etua koskevaa oikeuskäsitettä kiinnittämällä huomiota lapsen huoltoa koskeviin ihanteellisiksi katsottuihin ratkaisuvaihtoehtoihin sekä tekijöihin, joilla voitiin arvioida olevan yhteys muutoksiin.[1] Se, mitä pidettiin lapsen edun mukaisena ihanteellisena ratkaisuvaihtoehtona, muuttui eri aikoina ja eri maissa. Vertailun perusteella voitiin kuitenkin havaita, että kaikissa vertailumaissa tapahtui lapsen edun tulkinnassa samansuuntaisia muutoksia vertailujakson aikana. Vuosisadan alussa äidin hoivan katsottiin parhaiten turvaavan lapsen edun. 1960-luvun lopulta lähtien alettiin puolestaan korostaa psykologisen vanhemmuuden tärkeyttä lapsen kannalta. Kriteeriksi tuli huollon uskominen sille vanhemmalle, joka kykenee paremmin vastaamaan lapsen psyykkisiin tarpeisiin. Vanhemman sukupuolelle ei annettu samaa merkitystä kuin vuosisadan alussa. Isäkin saattoi olla psykologinen vanhempi ja isän huoltajuus siten ihanteellinen ratkaisu. Myöhemmin ruvettiin kiinnittämään huomiota lapsen kummankin vanhemman psykologiseen merkitykseen. Joissakin maissa yhteishuollosta tuli tämän vuoksi ihanteellinen huoltoratkaisu jo 1980-luvun alussa, mutta vertailujakson lopussa kummankin vanhemman huoltajuuden jatkumista vanhempien erosta huolimatta pidettiin parhaana vaihtoehtona kaikissa vertailumaissa. Näitä ratkaisuvaihtoehtoja on jäljempänä voitu nimittää myös lapsen etua koskeviksi ihannetulkinnoiksi. Toisistaan erottuvat siten äidin hoivaa, psykologista vanhemmuutta ja yhteishuoltoa koskevat lapsen edun ihannetulkinnat tai lyhyesti ihanteet.

---

[1] Ks. tutkimuksen lähtökohtia koskeva jakso, kohdat 1. (Tutkimuksen lähtökohta – lapsen etu kulttuurisena käsitteenä), 3. (Tutkimuskohteen rajaus – lapsen etu lapsen huoltoa koskevan ratkaisun kriteerinä) ja 4. (Tutkimusaiheen täsmentäminen ja -kysymyksenasettelu).

Vertailun perusteella voidaan edelleen osoittaa kolme tekijää, jotka ovat muuttuneet samanaikaisesti ihanteellisten ratkaisuvaihtoehtojen kanssa ja joiden voidaan siten olettaa selittävän ihannetulkintojen muuttumista. Tällainen on ensinnäkin käyttäytymistieteellinen tutkimustieto. Psykologisten ja psykiatristen tutkimustulosten soveltaminen on selvästi vaikuttanut ihanteiden vaihtumiseen. Toinen ihanteisiin vaikuttava tekijä koskee sukupuolten asemaa ja tehtävänjakoa lasten kasvatuksessa. Avioeroa tai avopuolisoiden eroa koskevat käsitykset selittävät myös lapsen etua koskevien ihannetulkintojen muuttumista. Näitä tekijöitä koskevissa käsityksissä on siis tapahtunut muutoksia samoihin aikoihin kuin lapsen huollon ihanteelliset ratkaisutavat ovat muuttuneet.

Seuraavassa ihannetulkintoja ja niitä selittäviä tekijöitä tarkastellaan yksityiskohtaisemmin. Sitä vastoin lapsen kuulemisella ei ole voitu havaita olevan samankaltaista vaikutusta lapsen etua koskevan ihannetulkinnan muutoksiin, vaikka siihen liittyvää keskustelua onkin esiintynyt kaikissa vertailumaissa. Lapsen kuulemisen ja lapsen edun välistä suhdetta pohditaankin vielä jakson lopuksi.

2. Ihanteet

2.1. Tilanne ennen lapsen etua – isän oikeudet

Kaikissa vertailumaissa isän oikeudet ovat olleet hallitsevassa asemassa ennen lapsen etuun tähtäävien oikeudellisten tavoitteiden esiintuloa. Englannissa ja Yhdysvalloissa isän oikeudet vaikuttivat määräävästi lapsen huoltoa koskevien tapausten ratkaisemiseen, kun taas Saksassa ja Ruotsissa isän valta-asema ilmeni lähinnä holhoukseen liittyvinä isän oikeuksina.[2] Esimerkiksi Englannissa isän oikeuksia on pidetty myös lapsen edun mukaisina.[3]

[2] Ks. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 2.1. (Lapsen etu poikkeuksena isän oikeuksille), Englantia koskeva jakso, kohta 2.1. (Oikeudellisen kehityksen lähtökohta – isän valta perheessä), Saksaa koskeva jakso, kohdat 2. (Isän valta »väterliche Gewalt») sekä 4.2. (Naisista tasa-arvoisia huoltajia) ja Ruotsia koskeva jakso, kohdat 2.4. (Parannettiinko naisten asemaa?) sekä 3. (»Med hänsyn främst till barnens bästa»).

[3] Jäljempänä viitataan pelkästään maan nimellä tätä koskevaan vertailevaan jaksoon ja ao. kohtaan. Ks. Englanti, 2.1. (Oikeudellisen kehityksen lähtökohta: isän valta perheessä) 3.1. (Syytön äiti) ja 3.2. (Syyllinen äiti – »split order») .

Voidaan myös ajatella, että vanhempien lasten ja poikien määrääminen isälle avioeron yhteydessä etenkin ammattiin valmentamista ajatellen olisi ollut eräänlainen tulkinta lapselle parhaasta vaihtoehdosta.[4] Erityisesti Yhdysvalloissa ja Englannissa, joissa murrosvaiheeseen on kirjallisuudessa kiinnitetty erityistä huomiota, isän etusijan murtumisen on kuitenkin katsottu tapahtuneen lasten suojelemiseksi, lasten edun vuoksi.[5] Isän oikeudet näyttäisivät siis perustuvan isän oikeudelliseen valta-asemaan perheessä, vaikka myöhemmin, kun lapsen tarpeisiin on alettu kiinnittää enemmän huomiota, isän oikeudet on ilmeisesti perusteltu lapsen etua koskevilla näkökohdilla.

> Englannissa, missä isän oikeuksia on selvimmin puolusteltu lapsen edun mukaisuudella, isän oikeudet vaikuttivat pisimpään vanhempien oikeusasemaan. Näkyvimmin isän asema ilmeni siinä, että isä oli yksin lasten huoltaja puolisoiden avioliiton aikana vuoteen 1973 asti.[6]

Koska isän oikeuksia ei ole kokonaisarvioissa mahdollista pitää lapsen edun tulkintana, on selvintä rajata tämä vaihe kokonaan lapsen edun tulkintoja koskevan analyysin ulkopuolelle.

2.2. Äidin hoiva

Äidin hoiva on ensimmäinen selvä tulkinta lapsen edun mukaisesta huoltoa koskevasta ratkaisusta kaikissa vertailumaissa.[7] Äidin etusija koski Saksassa ja Kaliforniassa nimenomaisesti pieniä lapsia ja tyttöjä, vaikka käytännössä sen merkitys oli laajempi.[8] Kaliforniassa äidin etusija säilyi lainsää-

---

[4] Tätä koskeva nimenomainen lainkohta on ollut voimassa ainakin Kaliforniassa. Saksan BGB:n alkuperäisessä lainkohdassa on ollut samantyyppinen määräys, joskin ilman viittauksia koulutukseen tai ammattiin valmistamiseen. Ks. viim. ed. alav. esitetyt kohdat.

[5] Ks. »*judicial patriarchy*» -teoria Yhdysvalloissa sekä *equity* -oikeus Englannissa niihin aikoihin, kun isän oikeuksia on tulkittu kaikkein jyrkimmin. Ks. Kalifornia, 2.1. (Lapsen etu poikkeuksena isän oikeuksille) ja Englanti, 2.1. (Oikeudellisen kehityksen lähtökohta: isän valta perheessä).

[6] Englanti, 4. (Vuoden 1969 avioerouudistus).

[7] Kalifornia, 2.3. (Äidin etusijaa koskeva »tender years» -oppi); Englanti, 3. (Äidin hoiva lapsen etuna) alakohtineen sekä 6.2. (Lapsen etu – äidin hoiva); Saksa, 5.2. (Lapsen etu, syyllisyys ja äidin hoiva) alakohtineen sekä Ruotsi, 3. (»Med hänsyn främst till barnens bästa»).

[8] Ks. Kalifornian siviililakikirjan huollon määräämistä koskevaa oikeusohjetta Kalifornia, 2.4. (»Tender years» -oppi Kaliforniassa) ja Saksan alkuperäinen BGB:n 1635 §: Saksa, 2. (Isän valta »väterliche Gewalt»).

dännössä 1970-luvulle asti, kun taas Saksan lakipykälistä se jäi pois jo 1930-luvulla.[9] Saksassakin äidin merkitystä lapsen hyvinvoinnille korostettiin kuitenkin oppikirjoissa vielä 1980-luvun vaihteessa.[10] Englannissa ja Ruotsissa äidin etusijaa ei missään vaiheessa kirjattu lakiin, vaan se perustui oikeuskäytäntöön. Näistä Englannissa äidin etusija vaikutti huomattavasti pitempään ja selvästi vakiintuneempana doktriinina kuin Ruotsissa.[11]

Lapsen etu merkitsi tässä vaiheessa sitä, että lapsen hoivan ja huolenpidon tarpeeseen alettiin kiinnittää huomiota ja näiden tarpeiden katsottiin edellyttävän toisenlaista ratkaisua kuin se, mihin isän oikeudet olisivat antaneet aihetta. Lapsen etua koskeva ihannetulkinta merkitsi siten äidin tarjoamaa hellää hoivaa. Lapsen tarpeet ja lapseen liittyvät oikeudet johtivat näin eräänlaiseen vastakkainasetelmaan, joka ilmeni myös siten, että tulkinnan varhaisvaiheessa isille jäi tärkeitä huoltoon liittyviä oikeuksia ja äidit saivat pelkästään oikeuden hoitaa lapsia. Myöhemmin äitien asema huoltajina vahvistui.[12]

Äidin hoivaa painottava tulkinta lapsen edusta kilpaili varsinkin alkuvaiheessa toisen tärkeän kriteerin, syyllisyyden kanssa. Syyllisyyden tärkeä asema huollon määräämisessä oli yhteydessä avioeroa koskevaan oikeudenmukaisuuskäsitykseen. Syyttömän puolison hyvittäminen oli sen mukaan oikein, ja lasten uskominen syyttömälle osapuolelle oli sopusoinnussa tämän käsityksen kanssa.[13] Myöhemmin syyllisyys menetti oikeudenmukaisuuteen

---

[9] Kalifornia, 2.5. (Kalifornian avioerouudistus ja äidin etusija) ja Saksa, 3.2. (Avioero ja lapsen etu vuoden 1938 lain mukaan).

[10] Saksa, 5.2. (Lapsen etu, syyllisyys ja äidin hoiva) alakohtineen sekä 6.3. (Tunnesiteet ja vuoden 1979 lainsäädäntö).

[11] Englanti, 3. (Äidin hoiva lapsen etuna) alakohtineen sekä 6.2. (Lapsen etu – äidin hoiva), sekä Ruotsi, 3. (»Med hänsyn främst till barnens bästa»).

[12] Englanti, 2.2. (Ensimmäiset äitien aseman parantamiseksi säädetyt lait) ks. myös 3.2. Syyllinen äiti – »split order» sekä 4. (Vuoden 1969 avioerouudistus) lopussa; Saksa, 2. (Isän valta »väterliche Gewalt») ja 4.2. (Naisista tasa-arvoisia huoltajia); Ruotsi muodostaa eräänlaisen poikkeuksen sanotusta. Kaikki huoltoon liittyvät oikeudet siirtyivät avioeron yhteydessä myös äidille vuoden 1915 avioliittolain mukaan. Tätä ennen tilanne oli ollut toinen, ks. 2.4. (Parannettiinko naisten asemaa?), ks. kuit. holhouksesta avioliiton aikana 3. (»Med hänsyn främst till barnens bästa»).; Kalifornian osalta kysymys, missä laajuudessa huoltoon liittyvät oikeudet siirtyivät äidille avioeron yhteydessä äidin etusijaa painottavassa vaiheessa, jää avoimeksi.

[13] Ks. Kalifornia, 2.2. (Äidin etusijan taustaa), 2.3. (Äidin etusijaa koskeva »tender years» -oppi) ja 2.4. (»Tender years» -oppi Kaliforniassa); Englanti, 2.2. (Ensimmäiset äitien aseman parantamiseksi säädetyt lait) ja 3.2. (Syyllinen äiti – »split order»); Saksa, 5.2. (Lapsen etu, syyllisyys ja äidin hoiva), etenkin alakohdat 5.2.1. (Yleistä) ja 5.2.6. (Yhteenveto); Ruotsi, 2.3. (»Ty med hänsyn till barnens bästa finnes skäligt»).

liittyvää merkitystään. Englannissa ja Saksassa esitettiin tässä vaiheessa näkemyksiä, joiden mukaan syyllisyys avioeroon osoitti sopimattomuutta huoltajaksi.[14] Syyllisyyden merkityksen väheneminen näissä maissa vahvisti yleensä vastaavasti äidin etusijaa.[15] Äidin hoivaa tähdentävän ihanteen eräänlainen kulta-aika osui siten suunnilleen 1960-luvulle Kaliforniassa, Saksassa ja Ruotsissa. Englannissa äidin etusija oli sitä vastoin vahvimmillaan vasta, kun syyllisyys jäi vaille merkitystä vuoden 1969 avioerouudistuksen jälkeen.[16]

2.3. Psykologisen vanhemman yksinhuolto

1970-luvun kehitykseen lapsen edun tulkinnoissa vaikuttivat kaksi tekijää osittain toisistaan riippumatta, mutta osittain myös toisiaan täydentäen, nimittäin sukupuolten tasa-arvoon liittyvä yhteiskunnallinen ja oikeuspoliittinen keskustelu sekä ilmiö, jota olen kutsunut lapsen edun psykologisoitumiseksi. Nämä tekijät saattoivat vaikuttaa ihanteen syntyyn yhtaikaisesti, kuten Kaliforniassa, tai toinen tekijöistä saattoi olla hallitseva, kuten Saksassa (käyttäytymistiede) ja Ruotsissa (sukupuolten tasa-arvopolitiikka).[17] Yhteistä näille kaikille maille oli kuitenkin se, että äidin etusijaan perustuvasta tulkintaihanteesta luovuttiin. Sitä vastoin Englannissa psykologisen vanhemman yksinhuoltoa korostava ihanne esiintyi samaan aikaan äidin etusijan kanssa.[18]

Sukupuolten tasa-arvo merkitsi 1970-luvun keskusteluissa ennen muuta naisten oikeutta palkkatyöhön ja sitä kautta taloudelliseen riippumattomuuteen. Naisasialiikkeiden pääasiallinen huomio kiinnittyi tässä vaiheessa per-

---

[14] Englanti, 3.2. (Syyllinen äiti – »split order»); Saksa, 5.2. (Lapsen etu, syyllisyys ja äidin hoiva) alakohtineen.

[15] Saksan ja Englannin osalta viittaukset kuten edellä. Ruotsissakaan syyllisyyteen ei enää äidin etusijan loppuvaiheessa ollut vedottu, jolloin äidin asema on todennäköisesti vahvistunut huollon määräämisessä. Ks. 3. (»Med hänsyn främst till barnens bästa») sekä tiheällä painettu kappale kohdassa 4.4. (Perheoikeuden uudet tavoitteet ja lapsen huolto). Kalifornian osalta syyllisyys poistui vuonna 1970 avioeroperusteista, siihen voitiin periaatteessa vielä vedota tämänkin jälkeenkin lapsen huoltoa koskevassa asiassa, 2.5. (Kalifornian avioerouudistus ja äidin etusija). Käytännössä eri kirjoittajat viittaavat syyllisyyden vaikutukseen kuitenkin lähinnä vuosisatojen vaihteessa ja mahdollisesti 1900-luvun alkupuolella Kalifornia, 2.2. (Äidin etusijan taustaa).

[16] Englanti, 6.2. (Lapsen etu – äidin hoiva).

[17] Kalifornia, 3.4. (Psykologisen vanhemman yksinhuolto – yhteenveto), Saksa, 6.3. (Tunnesiteet ja vuoden 1979 lainsäädäntö) ja Ruotsi 4.4. (Perheoikeuden uudet tavoitteet ja lapsen huolto).

[18] Englanti, 6.3. (Status quo -periaate).

heen ja kodin ulkopuolella oleviin asioihin, kun etenkin vuosisadan alun naisliike oli vaatinut pääasiassa perheenäidin rooliin liittyviä oikeuksia.[19] Palkkatyöuraa vaativille naisille sukupuolirooliin kytkeytyvät lasten hoidon velvollisuudet muodostuivat taakaksi.[20] Samaan aikaan etenkin Yhdysvalloissa ja Englannissa miesten liikkeet alkoivat vaatia lapsiin liittyviä oikeuksia.[21] Ruotsissa tasa-arvotavoitteet tulivat osaksi julkista perhepolitiikkaa.[22] Tässä tilanteessa oli luonnollista, että lapsen huoltajan valinnassa ei voitu enää avoimesti suosia toista sukupuolta. Lapsen edun katsottiin ennemminkin vaativan, että huoltaja voidaan valita vapaasti ilman vanhemman sukupuoleen liittyviä sidonnaisuuksia. Tämä kehitys ilmeni selvimmin Kaliforniassa ja Ruotsissa.[23]

> Saksassa sukupuolten tasa-arvoa koskeva keskustelu keskittyi 1950-luvulla sukupuolten tasa-arvoa koskevan perustuslain artiklan voimaantulon vaikutusten yhteyteen. 1970-luvulla tämäntyyppistä keskustelua ei juuri esiintynyt huolimatta siitä, että tasa-arvoa koskevat käsitykset olivat selvästi muuttuneet ainakin kansainvälisellä tasolla.[24]

Psykologisoitumiskehityksellä olen tarkoittanut sitä, että lapsen edun tulkinnassa alettiin entistä voimakkaammin nojautua käyttäytymistieteelliseen asiantuntemukseen. Tämä kehitys liittyy erityisesti yhden teoksen, nimittäin *Goldstein*in, *Freud*in ja *Solnit*in vuonna 1973 julkaiseman *Beyond the Best Interest of the Child* -kirjan saamaan huomioon.[25] Kysymys oli ilmeisesti

---

[19] Saksassa tämäntyyppisiä tavoitteita voitiin tunnistaa myöhemminkin ks. 5.2.6. (Yhteenveto).

[20] Kalifornia, 3.2. (Sukupuolten tasa-arvo ja Kalifornian vuoden 1972 uudistus); Englanti, 6.3. (Status quo -periaate); Ruotsi, 4.2. (Yksilön vapaus parisuhteessa yhteiskunnan turvin); Saksan osalta sukupuolten tasa-arvopyrkimysten mahdollinen heijastuminen vuoden 1979 lakiin jää avoimeksi, ks. kuitenkin 6.3. (Tunnesiteet ja vuoden 1979 lainsäädäntö) loppu.

[21] Kalifornia, etenkin 3.2. (Sukupuolten tasa-arvo ja Kalifornian vuoden 1972 uudistus) ja 5.4. (Kalifornian yhteishuoltolainsäädäntö ja isien oikeudet); Englanti, 6.4. (Yhteishuolto).

[22] Ruotsi, 4.1. (1970-luvun perhepolitiikka ja perheen tehtävät) sekä em. 4.2. (Yksilön vapaus parisuhteessa yhteiskunnan turvin).

[23] Kalifornia, 3.2. (Sukupuolten tasa-arvo ja Kalifornian vuoden 1972 uudistus)., Ruotsi, 4.4. (Perheoikeuden uudet tavoitteet ja lapsen huolto); Englannissa sukupuolineutraali lapsen etu ilmeni lähinnä *status quo* -oppina, ks. Englanti, 6.3. (Status quo -periaate).

[24] Saksa, 4.2. (Naisista tasa-arvoisia huoltajia) sekä 5.2.6. (Yhteenveto). Saksan 1970-luvun keskustelun päähuomio oli lapsen edun psykologisissa tulkinnoissa.

[25] Ks. Kalifornia, 3.1.4. (Goldstein – Freud – Solnit: Beyond the Best Interest of the Child); Englanti, 6.2. (Lapsen etu – äidin hoiva) sekä 6.3. (Status quo -periaate); Saksa,

kuitenkin tätä laajemmasta ilmiöstä. Pidän todennäköisenä, että psykologiselle tulkinnalle lapsen edusta oli hyvinvoinnin 1960-luvulla sosiaalinen tilaus. Sitä tuki se, että sukupuolten tasa-arvovaatimusten vuoksi äidin hoiva ei ollut enää sellaisenaan lapsen edun uskottava tulkinta. Avioerojen yleistyessä psykotieteiden edustajat tarttuivat ajankohtaiseen haasteeseen ja loivat näin edellytykset tieteidenväliselle keskustelulle, johon oikeustieteilijät osallistuivat.

Ehkä selvin osoitus psykologisoitumisen vaikutuksesta lainsäädäntöön on Saksan vuoden 1979 laki. Siinä määrättiin ottamaan huomioon lapsen tunnesiteet lapsen edun tulkinnassa.[26] Vilkkainta eri tieteenalojen välinen vuorovaikutus on kuitenkin ollut Yhdysvalloissa, missä on myös tehty eniten avioerolapsia koskevia tutkimuksia. Psykologisia sovelluksia koskeva keskustelu on ollut vireää 1960-luvulta lähtien, ja sillä on kaikesta päättäen ollut huomattava vaikutus myös oikeuskäytäntöön.[27] Kielteisimmin käyttäytymistieteelliseen asiantuntemukseen on taas suhtauduttu Englannissa, missä on painotettu esimerkiksi sitä, että tuomarin aseman tulee olla eri asiantuntijoista riippumaton.[28]

Psykologisoituminen on muodostunut toistaiseksi pysyväksi ilmiöksi, jonka vaikutukset näkyvät seuraavankin lapsen etua koskevan ihanteen, yhteishuollon, vakiintumisessa. Yksinhuollosta lähtevä lapsen edun tulkinta alkoi vähitellen väistyä kummankin vanhemman huoltajuutta arvostavan tulkinnan tieltä 1980-luvulta alkaen. Yhden huoltajan määräytymisessä on kuitenkin voitu samanaikaisesti soveltaa psykologisia kriteerejä yhteishuollon ihanteellisuudesta huolimatta. Näin on ollut Ruotsissa, missä psykologiset näköhdat alkoivat vaikuttaa lapsen edun arvioimiseen vuoden 1979 komiteanmietinnöstä alkaen. Tällöin Ruotsissa tähdättiin kuitenkin jo yhteishuollon suosimiseen.[29] Ruotsin oikeusjärjestys on silti näihin asti edellyttänyt molempien vanhempien suostumusta yhteiseen huoltoon. Jos sellainen on puuttunut, yk-

---

6.1. (Psykologisoitumisen taustaa) sekä 6.2. (Tunnesideteoria – Bindungstheorie); Ruotsi, ks. alaviitteet kohdissa 7.1. (Komitea ja lapsen oikeudet sekä tarpeet) ja 7.2. (Yhteishuolto ja kriisiterapia ihanteena).

[26] Saksa, 6.3. (Tunnesiteet ja vuoden 1979 lainsäädäntö).

[27] Kalifornia, 3.1. (Psykotieteiden murtautuminen – psykologinen vanhemmuus) alakohtineen sekä 3.3. (Mnookinin lapsen etu -kritiikki) ja 3.4. (Psykologisen vanhemman yksinhuolto – yhteenveto).

[28] Englanti, 6.2. (Lapsen etu – äidin hoiva).

[29] Ruotsi, 7. (»Om föräldraansvar m.m.») etenkin alakohdat 7.1. (Komitea ja lapsen oikeudet sekä tarpeet) ja 7.2. (Yhteishuolto ja kriisiterapia ihanteena), ao. mietinnössä esitettyjen näkemysten toteutumisesta kohdan 8.(Vuoden 1983 lapsen huoltoa koskevan lainsäädännön kokonaisuudistus) alakohdissa.

sinhuolto on ollut ainoa mahdollinen. Psykologisesti määrittyvä yksinhuolto on näin ollut ihanteellinen ratkaisu, jos vanhemmat eivät ole sopineet yhteishuollosta.[30]

2.4. Yhteishuolto

Yhteishuoltoa koskeva oikeudellinen kehitys voidaan jakaa kahteen kauteen, yhteishuollon sallivaan ja yhteishuoltoa suosivaan. Erityisen selvästi nämä kaksi vaihetta erottuvat Ruotsin kehityksessä. Vuoden 1976 lainsäädännöllä siellä luotiin mahdollisuus yhteiseen huoltoon silloin, kun sitä tapauksen olosuhteet huomioon ottaen voitiin pitää lapsen edun mukaisena ratkaisuna. Vuonna 1983 säädetyllä lainmuutoksella yhteishuollosta tuli suositeltava ratkaisu, johon päätymistä oikeusjärjestys kannusti avoimesti.[31] Yhteishuoltoa suosiva oli myös Kalifornian kuuluisa vuoden 1979 lainsäädäntö, jota on pidetty ensimmäisenä varsinaisena yhteishuoltolakina.[32]

> Ero yhteishuollon eri vaiheiden välillä ei ole kuitenkaan aivan niin jyrkkä kuin termit »sallittu» ja »suosittu» ehkä antavat ymmärtää. Yhteistä huoltoa koskevan ratkaisumallin läpimurto näyttää tapahtuneen siten, että tuomioistuimet tai lainsäätäjä ikään kuin suostuivat asianosaisten taholta tulleeseen pyyntöön. Sallittukin yhteishuolto voi kuitenkin saada eräänlaisen erityisaseman. Näin kävi Saksassa 1980-luvulla. Vaikka yhteishuolto sallittiin vain harvoille vanhemmille, näitä harvoja pidettiin muita vanhempia kykenevämpinä. Yhteishuolto voi siis sallitussa muodossaankin ilmentää ihanteellista ratkaisua lapsen huollosta.[33]

Pidän yhteishuoltoa varsinaisesti ihanneratkaisuna silloin, kun yhteishuollosta tulee oikeudellista säätelyä selkeästi ohjaava ratkaisumalli. Tätä ilmentää erityisesti oikeudellisen intervention jääminen pois avioerovaiheesta. Koska

---

[30] Yhteishuollon ihanne on kuitenkin osaltaan vaikuttanut yksinhuollon määräytymiskriteereihin, ks. Ruotsi, 8.3. (Lapsen edun arvioiminen yksinhuollon määräämisessä) ja 10.3. (Yksinhuolto ja tapaamisoikeuden merkitys). Ks. myös 12. (Yhteishuollon oikeudellistuminen ja Suomen malli).

[31] Ruotsi, 5.1. (Yhteishuollon salliva laki), 8.2. (»Gemensam vårdnad» pääsäännöksi). Yhteishuollon suosiota pyrittiin kasvattamaan myös vuoden 1990 uudistuksen avulla, ks. 10.2. (Yhteishuollon edistäminen).

[32] Kalifornia, 5.4. (Kalifornian yhteishuoltolainsäädäntö ja isien oikeudet), ks. sallitun yhteishuollon vaiheesta Yhdysvalloissa yleensä, 5.1. (Yhteishuollon yleistyminen).

[33] Saksa, 7.3. (Yhteishuolto Saksan oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa). Ks. Englannin sallitun yhteishuollon vaiheesta, 6.4. (Yhteishuolto).

erillään asuvien vanhempien yhteinen huolto ymmärretään lapsen kannalta parhaaksi vaihtoehdoksi, ei julkisella vallalla ole mitään aihetta puuttua vanhempien avioliiton perusteella syntyneeseen yhteishuoltoon vain sen vuoksi, että vanhemmat tuomitaan avioeroon. Lapsen huoltoa koskevaa päätöstä muutetaan suositun yhteishuollon vaiheessa yleensä vain, jos vanhemmat tai toinen heistä sitä erikseen vaativat.[34]

Sekä sallitun että suositun yhteishuollon merkittävimmäksi perusteluksi esitettiin yleensä avioerolapsia koskevat tutkimustiedot, joiden mukaan lapset tarvitsevat vanhempien eron jälkeen jatkuvaa ja myönteistä suhdetta molempiin vanhempiinsa. Huoltajan oikeuksien katsottiin tukevan lapsesta erillään asuvan vanhemman ja lapsen välistä yhteydenpitoa. Näin yhteishuolto välillisesti edistäisi lapsen ja vanhemman välisen suhteen jatkumista myönteisellä tavalla. Tähän tavoitteeseen liittyi myös tapaamisoikeuden merkityksen korostaminen, joka on kuulunutkin tyypillisenä piirteenä yhteishuoltoa arvostavaan ratkaisuihanteeseen.[35]

Yhteishuollon suosion kannalta ratkaiseviksi muodostuivat kalifornialaisten *Wallersteinin* ja *Kellyn* tutkimukset, jotka julkaistiin vuonna 1980.[36]

> Jokaisessa vertailumaassa on esiintynyt oma kansallinen asiantuntijansa, joka on erityisesti puolustanut yhteishuoltoa. Kaliforniassa näitä on ollut useita, tunnetuimpana juuri mainitut *Wallerstein* ja *Kelly*. Englannissa yhteishuollon puolesta on puhunut erityisesti psykologi *Martin P. Richards*.[37] Saksan yhteishuoltopsykologina on toiminut ennen muuta *Wassilios Fthenakis* ja Ruotsissa vastaavasti aviopari *Bente* ja *Gunnar Öberg*.[38] Kaikki edellä mainitut kansalliset edustajat ovat tahollaan viitanneet mm. juuri *Wallersteinin* ja *Kellyn* tutkimuksiin.

---

[34] Ks. Englanti, 8.2.2. (Viipymättömyys, puuttumattomuus ja vanhemman vastuu), ks. myös 9.3. (Erityisesti lasten asemaan liittyvistä järjestelyistä avioeroprosessin yhteydessä); Saksa, 7.6. (Hakemusmalli de lege ferenda -lähtökohdaksi) sekä erit. 9.3. (Yhteishuollon säilyttäminen tai purkaminen, kun vanhemmat asuvat erillään); Ruotsi, 8.2. (»Gemensam vårdnad» pääsäännöksi). Vastaavaa lainkohtaa ei ole voitu osoittaa Kalifornian lainsäädännöstä. Yhteishuollon suosituimmuusasema ilmenee kuitenkin kohdasta 5.4. (Kalifornian yhteishuoltolainsäädäntö ja isien oikeudet).

[35] Näin on etenkin Kaliforniassa ja Ruotsissa. Kalifornia, 5.4. (Kalifornian yhteishuoltolainsäädäntö ja isien oikeudet) ja 5.5. (Feministinen kritiikki ja vuoden 1988 lainmuutos); Ruotsi, 8.3. (Lapsen edun arvioiminen yksinhuollon määräämisessä) ja 10.3. (Yksinhuolto ja tapaamisoikeuden merkitys). Ks. myös Saksa, 9.4. (Lapsen etu), vrt. myös Englanti, 8.2.3. (Vanhemman vastuu, kun vanhemmat ovat eronneet tai asuvat erillään).

[36] Kalifornia, 5.3.2. (Wallerstein – Kelly: Surviving the Breakup) alakohtineen.

[37] Englanti, 6.4. (Yhteishuolto).

[38] Saksa, 7.1. (Yhteishuoltoa koskevan ratkaisun psykologinen perustelu – Fthenakis) ja Ruotsi, 6. (Bente ja Gunnar Öberg: Tuomioistuimesta terapiaan) ja 9.2. (Lasten vuoroittaista hoitoa ja pioneerihenkeä).

Wallerstein ja *Kelly* pitivät avioeroa monien muiden tutkijoiden tavoin puolisoiden psyykkisenä prosessina, jonka onnistunut läpikäyminen edellytti parisuhteen ja vanhemmuuden erottamista toisistaan, edellisen lopettamista ja jälkimmäisen osalta myönteisen yhteistyön jatkumista. Yhteishuollon ihannevaiheessa onkin psyykkistä prosessia tukemaan luotu ei-oikeudellisia sovittelumenettelyjä oikeudellisen avioeroprosessin rinnalle auttamaan puolisoita eroamaan ilman dramaattisia riitoja, jotka voisivat vaikeuttaa lasten hyväksi tapahtuvaa yhteistyötä eron jälkeen. Yleistäen voidaan todeta, että kun edellisen vaiheen aikana psykologisoitui huoltajan valinta, yhteishuollon vaiheessa psykologisoitui koko avioeroprosessi.

> Kaliforniassa lapsen huoltoa koskevan riidan osapuolet on vuodesta 1981 alkaen voitu määrätä sovitteluun.[39] Englannissa etenkin 1970-luvulla yleistynyt vapaaehtoinen sovittelutyö liitettiin kiinteästi oikeusprosessiin vuoden 1996 avioeroa koskevan uudistuksen yhteydessä.[40] Saksassa sovittelutoiminta määrättiin vuoden 1991 lastensuojelulainsäädännöllä sosiaaliviranomaisten velvollisuudeksi.[41] Ruotsissa *samarbetssamtal*-sovittelumenettely tuli vapaaehtoiseksi kuntien toiminnaksi vuonna 1983 ja muuttui kuntien osalta pakolliseksi vuoden 1990 uudistuksen yhteydessä.[42]

Yhteishuoltoa koskeva ihanne lapsen edun tulkinnasta erottuu selvimmin omaksi vaiheekseen, kun tarkastellaan yhteishuoltoa suosivaa oikeuskehityksen vaihetta. Sallittu yhteishuolto näyttäisikin tätä taustaa vasten liittyvän läheisemmin psykologisen vanhemman yksinhuoltoa koskevan ihanneratkaisun vaiheeseen. Sallittu yhteishuolto oli siten eräänlainen poikkeuksellinen erityisratkaisu, josta kehittyi myöhemmin uusi lapsen edun tulkintaihanne.

Kehitys yhteishuollon yleistymisen suuntaan on eri maissa tapahtunut hyvin eriaikaisesti. Tätä kirjoitettaessa – siis noin 18 vuotta Kalifornian ja noin 15 vuotta Ruotsin yhteishuoltouudistuksen jälkeen – Saksan yhteishuoltoa suosiva lainsäädäntö on juuri tullut voimaan. Englannin yhteishuoltoa vastaava käsite *parental responsibility* omaksuttiin vuonna 1989 säädettyyn lakiin, joka tuli voimaan seitsemän vuotta sitten, vuonna 1991.[43]

---

[39] Kalifornia, 4.1. (Yleistä).

[40] Englanti, 5.1. (Sovittelu) sekä 9.2. (Avioeroprosessin kulku) ja 9.3. (Erityisesti lasten asemaan liittyvistä järjestelyistä avioeroprosessin yhteydessä).

[41] Saksa, 7.5. (Sosiaaliviranomaisten neuvonta ja sovittelu uudeksi interventiomalliksi), ks. myös 9.4. (Lapsen etu).

[42] Ruotsi, 8.2. (»Gemensam vårdnad» pääsäännöksi) ja 10.4. (Vuoden 1990 menettelyllisiä uudistuksia).

[43] Viitteet kuten edellä.

3. Tulkinnan muutoksia selittäviä syitä

3.1. Avioerolapsia koskeva käyttäytymistieteellinen asiantuntemus

Ensimmäinen huomiota herättävä asia, joka on muuttunut samanaikaisesti lapsen etua koskevien tulkintojen kanssa, ja jonka voidaan olettaa olevan syynä muutoksiin, on käyttäytymistieteellinen tutkimustieto avioerolapsista. Nykyisin lapsen etua koskevia ratkaisusuosituksiahan perustellaan mieluusti juuri käyttäytymistieteellisellä tutkimustiedolla. Erityisesti yhteishuolto näyttääkin liittyvän varsin selvästi avioerolapsia koskevan käyttäytymistieteellisen tutkimustiedon muuttumiseen.

Lapsen ja vanhemman suhdetta koskevaa psykologista asiantuntemusta oli kuitenkin olemassa jo paljon ennen kuin yhteishuollosta tuli suosittu. Psykologisen vanhemman yksinhuoltoa koskeva ihannetulkintahan liittyi myös suoraan psykologisen asiantuntemuksen hyväksikäyttöön, lapsen edun psykologisoitumiseen. Tällä on edellä tarkoitettu psykologisen asiantuntemuksen yleistymistä lapsen edun tulkinnassa suunnilleen 1970-luvulla.[44] Mutta jo tätä aiemminkin oli keskusteluissa viitattu äidin hoivan psykologiseen merkitykseen lapsen kannalta.[45]

Asiantuntijoiden näkemysten muuttumisella voidaan siis selittää lapsen etua koskevien tulkintojen muuttumista. Avioerolapsia koskevat tutkimukset ja muu käyttäytymistieteellinen asiantuntijakeskustelu ei mielestäni kuitenkaan voi olla ainoa selittävä tekijä. Tämä näkyy erityisen hyvin siinä vaiheessa, kun äidin hoivaa koskeva ihanne oli vaihtumassa sukupuolineutraaliin lapsen etuun. Saksan kehitys on tästä hyvä esimerkki.

Saksassa voitiin havaita jo 1960-luvulla, että äidin hoivan merkitystä tuettiin psykologisin asiantuntija-argumentein.[46] *Reinhart Lempp*, Saksan kehityksen psykologisoitumisen keskeinen asiantuntija-auktoriteetti, puolusti itsekin varsin avoimesti äitejä pitäessään äitiä yleensä lapselle läheisimpänä aikuisena.[47] Sen jälkeen kun lähinnä *Lempp*in henkilöön liitetty tunneside-

[44] Ks. tästä edellä kohdassa 2.3. (Psykologisen vanhemman yksinhuolto).

[45] Englanti, 6.2. (Lapsen etu – äidin hoiva); Saksa 5.2.5. Schwoerer: (Äitiys voi oikeuttaa syyllisyyden sivuuttamiseen) Ks. psykologisoitumiskehityksestä ennen 1970-lukua Kalifornia, 3.1.1. (Tieteestä ja avioerolapsista yleensä) ja 3.1.2. (1963 Yale Note – psykologinen lapsen etu).

[46] Ks. viite edellä.

[47] Saksa, 6.2. (Tunnesideteoria – Bindungstheorie).

teoria (*Bindungstheorie*) oli omaksuttu lainsäädännön perustaksi, kirjallisuudessa ei sanottavasti enää viitattu äitien paremmuuteen.[48] Huoltajaksi tuli vuoden 1979 lain perusteella määrätä henkilö, johon lapsella on läheisin tunneside. Psykologisesti määräytynyt huoltaja oli siis tässä vaiheessa irtautunut aikaisemmasta selvästä liittymästä sukupuoleen. Kysymys ei siis ollut siitä, että esimerkiksi *Lempp* olisi saanut saksalaiset ajattelemaan isänkin voivan olla lapselle läheisin vanhempi. Yleinen ajattelutapa vain muuttui 1960-luvulta 1980-luvulle niin, että *Lempp*in 1960-luvulla avoimesti sukupuoleen sidotut johtopäätökset vaihtuivat myöhemmin neutraalimmiksi.

Käyttäytymistieteellinen asiantuntijatieto näyttäisi siis lähinnä vahvistavan voimassaolevaa ihannemallia tarjoamalla sille tieteellisen oikeuttamisperusteen. Tätä käsitystä tukee myös se seikka, että Englannissa äidin etusijan tueksi saatettiin vielä 1980-luvulla viitata muun ohessa *Goldstein*in, *Freud*in ja *Solnit*in teokseen, samalla kun isän huoltajuutta voitiin perustella samoilla asiantuntijoilla, koska heidän näkemyksensä tukivat myös sukupuolineutraalia *status quo* -olettamaa.[49] Ensimmäiset yhteishuollon sallimista koskevat avaukset, kuten *Jussa v Jussa* -ratkaisu Englannissa vuonna 1972 tai Ruotsin vuoden 1976 lainsäädäntö, eivät tarvinneet tuekseen käyttäytymistieteellisiä tutkimuksia.[50]

Tutkimustieto sen sijaan edisti suoraan uuden lähestymistavan omaksumista yhteishuoltoa koskevan ihanteen vakiintuessa. Kun yhteishuoltoa alettiin suosia, kuten Ruotsissa vuonna 1983 ja Kaliforniassa jo 1980, tuotiin lainsäädännöllisiä tavoitteita tukemaan myös käyttäytymistieteellisiä tutkimustuloksia. Tutkimustieto vaikutti näin erityisesti sallitun yhteishuollon vaihtumiseen suosituksi tulkintaihanteeksi lapsen edusta.[51]

Kokonaisuutena avioerolapsia koskevan tutkimustiedon voidaan todeta olleen merkittävä tekijä jo aiempien tulkintaihanteiden yhteydessä. Myöhem-

---

[48] Saksa, 6.3. (Tunnesiteet ja vuoden 1979 lainsäädäntö).

[49] Englanti, 6.2. (Lapsen etu – äidin hoiva) ja 6.3. (Status quo -periaate).

[50] Englanti, 6.4. (Yhteishuolto); Ruotsi, 5.1. (Yhteishuollon salliva laki). Poikkeuksen tässä suhteessa muodosti Saksan yhteishuollon salliva perustuslakituomioistuimen ratkaisu. Ks. Saksa, 7.1. (Yhteishuoltoa koskevan ratkaisun psykologinen perustelu – Fthenakis).

[51] Ruotsin vuoden 1983 uudistuksen tausta-ajatuksista etenkin vuoden 1979 mietintö, ks. 7.2. (Yhteishuolto ja kriisiterapia ihanteena) ks. uudistuksen toteutumisesta 8.1. (Yleistä) ja 8.2. (»Gemensam vårdnad» pääsäännöksi) sekä vielä vuoden 1990 uudistuksesta 10.1. (Uudistuksen lähtökohta: Lapsen oikeus vai lapsen etu?); Kalifornia, 5.3. (Yhteishuollon käyttäytymistieteellinen perustelu) alakohtineen; Ks. myös Englanti, 8.2.1. (Lapsen etu ja »statutory checklist»).

min sen merkitys on entisestäänkin kasvanut ja se on vaikuttanut ratkaisevasti nykyisen yhteistä huoltoa koskevan tulkintaihanteen vakiintumiseen. Tutkimustieto ei kuitenkaan yksin selitä edes yhteisen huollon suosiota. Muiden syiden on täytynyt vaikuttaa esimerkiksi siihen, että yhteisen huollon suosio on vakiintunut niin eri aikaan eri maissa. Kaikissa maissa on kuitenkin vedottu suurin piirtein samojen asiantuntijoiden samoihin tuloksiin yhteishuollon tueksi.

3.2. Sukupuoliroolien muuttuminen

Naisasialiikkeen vaikutus lapsen huoltoa koskeviin reformeihin oli silmiinpistävä piirre Englannissa etenkin vuosisadan alussa.[52] Vastaavaa esiintyi myös Kaliforniassa.[53] Molemmissa maissa havaittiin myös naisoikeudellista kritiikkiä, jota oli ilmeisesti pyritty ottamaan huomioon uusimpia lakeja laadittaessa. Myös Saksan uusimmassa lapsioikeusreformissa voitiin tunnistaa feinististen oikeustieteilijöiden vaikutusta.[54]

1950-luvulla Saksassa naisten ja miesten välinen tasa-arvotavoite oli vaikuttanut määräävällä tavalla perheoikeusuudistukseen ja sitä seuranneeseen lain perustuslainmukaisuutta koskeneeseen ratkaisuun.[55] Naisliike ei tuolloin esiintynyt välittömänä taustavaikuttajana, vaan tasa-arvo oli osa julkista valtiollista oikeuspolitiikkaa.[56] Sukupuolten välinen tasa-arvovaatimus esiintyi osana julkista perheoikeuspolitiikkaa myös Ruotsissa 1970-luvulla.[57]

Kaikissa maissa naisten aseman muuttamista koskevat vaatimukset liittyivät vertailun perusteella sellaisiin murrosvaiheisiin, jolloin käsitykset lapsen parhaasta olivat muuttumassa.

---

[52] Englanti, 2. (Isän valta, naisasia ja lapsen etu) alakohtineen, 6.4. (Yhteishuolto) ja 8.4. (Vanhemman vastuun arviointia).

[53] Kalifornia, 2.2. (Äidin etusijan taustaa), 3.2. (Sukupuolten tasa-arvo ja Kalifornian vuoden 1972 uudistus), 5.5. (Feministinen kritiikki ja vuoden 1988 lainmuutos), ks. myös 6.3. (Feministinen kritiikki erityisesti psykotieteellistä vallankäyttöä kohtaan).

[54] Saksa, 9.6. (Uusia teemoja perustuslainmukaisuutta koskevaan keskusteluun?), ks. myös 8.2. (Yhteishuolto ja feministinen oikeustiede) ja 8.1. (Tasa-arvonäkökohdista ennen yhteishuoltoa).

[55] Saksa, 4.2. (Naisista tasa-arvoisia huoltajia).

[56] Taustalla oli luonnollisesti toisen maailmansodan voittajavaltioiden sanelema uusi oikeuspolitiikka, joka oli kirjattu perustuslakiin. Saksalaiset toteuttivat sitä kuitenkin itsenäisesti ja muista riippumatta.

[57] Ruotsi, 4. (Tasa-arvoisen vanhemmuuden tavoite) alakohtineen.

> Samaan tulokseen on tullut myös *Mary Ann Mason* tutkimuksessaan Yhdysvaltojen lapsen huoltoa koskevan oikeuden kehityksestä. Hän on pitänyt naisen muuttuvaa roolia tärkeimpänä niistä tekijöistä, jotka ovat vaikuttaneet lapsen huoltoa koskevan oikeuden muuttumiseen. Pääpaino hänen analyysissään on juuri naisasialiikkeen liikehdinnällä ja sen vaikutuksilla:
> »Among the many factors that affect a society's view of children, the changing status of their mothers is perhaps the most important. Both the organized movement for women's rights and the changing role of women in the economy have affected the way society views children and thus have critically impacted child custody law.»[58]

Analyysi on kuitenkin mielestäni vaillinainen, jos mukaan ei oteta myöskin isien liikehdintää. Se on keskittynyt lähinnä yhteishuoltoa koskevan ihannetulkinnan syntymisvaiheeseen, kun taas naisasialiikkeen vaikutus oli voimakkaampaa äidin hoivaa ja psykologisen vanhemman yksinhuoltoa koskevien tulkintaihanteen syntyvaiheessa.[59]

> Kuten edellä todettiin, naisnäkökulmakin on ilmeisesti vaikuttanut uusimpiin Kalifornian, Englannin ja Saksan lakeihin ja vastaavasti isien liike jo 1970-luvun uudistuksiin esimerkiksi Kaliforniassa.[60]

Edellä olevien vertailevien jaksojen perusteella sukupuoliroolien ja lapsen edun välinen yhteys hahmottuu seuraavaksi. Äidin hoivan tärkeyttä korostanut tulkinta oli yhteydessä sukupuoliroolien eriytymiseen ja ydinperheideologian syntymiseen. Lasten kasvatus ja hoito jäi naisten tehtäväksi. Tässä vaiheessa naisille annettiin myös itsenäisiä perheenäidin asemaan liittyviä oikeuksia. Äidin roolin vastapainoksi muodostui miehelle samaan aikaan kodin ulkopuolella työskentelevän perheen elättäjän rooli.[61]

---

[58] *Mason* (1994) s. xiv–xv. Ks. myös Kalifornia 2.2. (Äidin etusijan taustaa).

[59] Isien liikehdinnästä ks. Kalifornia, 3.2. (Sukupuolten tasa-arvo ja Kalifornian vuoden 1972 uudistus) ja etenkin 5.4. (Kalifornian yhteishuoltolainsäädäntö ja isien oikeudet); Englanti, 6.4. (Yhteishuolto), 8.4. (Vanhemman vastuun arviointia); Saksa 9.3. (Yhteishuollon säilyttäminen tai purkaminen, kun vanhemmat asuvat erillään). Ruotsissa isyyden merkitystä on pohdittu ministeriön työryhmässä *Pappagruppens slutrapport* Ds. 1995:2 s. 101–108 (»En modern mansrörelse växer fram»), ks. myös Ruotsi, 12. (Yhteishuollon oikeudellistuminen ja Suomen malli).

[60] Kalifornia, 3.2. (Sukupuolten tasa-arvo ja Kalifornian vuoden 1972 uudistus).

[61] Kalifornia, 2.1. (Lapsen etu poikkeuksena isän oikeuksille), 2.2. (Äidin etusijan taustaa); Englanti, 2. (Isän valta, naisasia ja lapsen etu); Ruotsi, 2.4. (Parannettiinko naisten asemaa?) ja 3. (»Med hänsyn främst till barnens bästa»). Saksassa kansallissosialismi siirsi äitien oikeuksien toteutumista 1950-luvulle, 4.2. (Naisista tasa-arvoisia huoltajia), ks. sukupuolten tehtäväjaosta jo kansallissosialistien aikana 3.1. (Yleistä).

Sukupuoliroolit järkkyivät seuraavan kerran 1960-luvun lopussa ja 1970-luvulla, jolloin taustalla oli etenkin naisten tasa-arvoliikehdintää. Naiset vaativat niin kotona kuin kodin ulkopuolellakin tehtävien jakoa yhtäläisesti miesten ja naisten kesken. Syntyi myös isien liikkeitä, jotka vaativat omasta puolestaan yhtäläistä oikeutta lasten huoltoon kuin äidit.[62] Tämän vaikutuksesta syntyi ihanne, jonka mukaan toisen vanhemman paremmuus ei voi perustua pelkästään tämän sukupuoleen. Ratkaisevaksi kriteeriksi tulikin lapsen psykologinen hyvinvointi.[63]

> Saksassa käydystä keskustelusta 1970-luvulla ei voitu osoittaa sukupuoliroolien arvosteluun viittaavia piirteitä. Saksa näyttäisi tässä mielessä muodostavan poikkeuksen. Samalla voitiin kuitenkin todeta psykologisen vanhemmuuden merkityksen muuttuneen ikään kuin kaikessa hiljaisuudessa. Varsin avoimesti äitiä suosivasta tulkinnasta tuli myöhemmin sukupuolten suhteen neutraalia.[64]

Yhteishuollon osalta on todettava, että sukupuoliroolien muuttokset eivät vaikuttaneet sitä koskevan ihannetulkinnan kehitykseen yhtä suoraviivaisesti kuin ne vaikuttivan äidin hoivaa tai psykologisen vanhemman yksinhuoltoa koskevien ihannetulkintojen syntyyn. Tämänkin ihannetulkinnan synnyssä on kuitenkin mahdollista tunnistaa muutos vanhemmuudesta käytävissä roolikeskusteluissa. Tällöin on huomio kiinnitettävä erityisesti erillään asuvan vanhemman rooliin ja tapaamisoikeuteen.

Tapaamisoikeus näyttää muodostuneen huollon tasavertaiseksi vastapariksi vasta varsin myöhään, itse asiassa vasta yhteishuollon yhteydessä. Aikaisemmin avioero on ilmeisesti useimmiten merkinnyt paitsi puolisoiden eroa myös lapsen eroa toisesta vanhemmasta ja vastaavasti ainoan huoltajan tosiasiallista yksin huoltamista. Silloin kun tapaamisoikeus on ollut keskustelun kohteena, se on ymmärretty vanhemman oikeudeksi, jonka lapsen edun mukaisuutta on voitu myös epäillä.[65] 1970-luvulta alkaen kuitenkin isyys ja isän erityinen rooli kasvattajana ovat saaneet osakseen huomiota varmasti osittain isien oikeuksia ajavan liikkeen toiminnan seurauksena.[66]

---

[62] Kalifornia, 3.2. (Sukupuolten tasa-arvo ja Kalifornian vuoden 1972 uudistus).

[63] Kalifornia, 3.2. (Sukupuolten tasa-arvo ja Kalifornian vuoden 1972 uudistus); Englanti, 6.3. (Status quo -periaate); Ruotsi, 4.1. (1970-luvun perhepolitiikka ja perheen tehtävät), 4.2. (Yksilön vapaus parisuhteessa yhteiskunnan turvin) ja 4.4. (Perheoikeuden uudet tavoitteet ja lapsen huolto).

[64] Saksa, 6.3. (Tunnesiteet ja vuoden 1979 lainsäädäntö).

[65] Etenkin Saksassa, 6.5. (Tapaamisoikeus – alkuperäisen tunnesideteorian torjuminen).

[66] Isien liikkeistä ks. Kalifornia 3.2. (Sukupuolten tasa-arvo ja Kalifornian vuoden

Yhteishuollon ihanteessa vanhemmilla nähdään olevan tasavertaiseksi luonnehdittava toisiaan täydentävä rooli. Äidin hoivan ihannetta koskeneessa vaiheessa eronneen äidin oikeudellinen yksinhuolto oli naisten tavoite ja sittemmin myös saavutus. Kun sukupuolten tasa-arvo merkitsi käytännössä sitä, että myös isällä tuli olla mahdollisuus ryhtyä äidin kaltaiseksi täydelliseksi yksinhuoltajaksi, merkitsi yhteishuollon ihanne tämäntyyppisen ajattelun vastakohtaa. Vanhemmat eivät tämän näkemyksen mukaan enää ole täydellisesti vaihdettavia tai toisiaan korvaavia vaan parhaimmillaan juuri toisiaan täydentäviä. Tätä ilmentää osaltaan myös tapaamisoikeuden lisääntynyt korostus. Lasten huollon yhteisyys eron jälkeen merkitsee myös vanhempien entistä suurempaa keskinäistä tasa-vertaisuutta, mikä on todennäköisesti edistänyt yhteishuoltoa koskevien lakien yleistymistä. Vanhempien tasavertaisuuskysymykseen liittyvät myös mies- ja naisliikkeiden yhteishuoltoa koskevat tavoitteet.

Yhteishuoltoa ovat ajaneet erityisesti isien oikeuksia edistämään pyrkivät ryhmät.[67] Koska isät ovat käytännössä muodostaneet kaikkialla yksinhuoltajien pienen vähemmistön, on yhteishuolto merkinnyt juuri isien huoltajan statuksen säilymistä erosta huolimatta ja samalla isyyden suurempaa arvostusta. Yhteishuolto on sen vuoksi ollut isien kannalta tasa-arvoista vanhemmuutta koskeva saavutus. Juuri tähän tasavertaisen vanhemmuuden oletukseen on myös kohdistunut naisoikeustieteilijöiden yhteishuoltoa vastaan esittämä kritiikki. Sen mukaanhan huoltoon liittyvien oikeuksien yhteisyys ei ole oikeutettua tilanteessa, jossa huoltoon liittyvät velvollisuudetkaan eivät jakaannu tasan. Yhtäläiset oikeudet lapsen huollossa olisivat kriitikin mukaan perusteltuja vasta sitten, kun lasten hoito jakaantuisi tasan molempien sukupuolten kesken. Näin ei kuitenkaan käytännössä naisten mukaan vielä ole. Muutoksen olisi heidän mukaansa kuitenkin lähdettävä käytännön vastuun eikä oikeuksien jakamisesta.[68]

1972 uudistus) ja Englanti 6.4. (Yhteishuolto). Saksassa isien liike on ilmeisesti aktivoitunut vasta viime vuosikymmenellä. Isien merkitykseen kiinnitettiin kuitenkin huomiota käyttäytymistieteilijöiden taholta ennen ensimmäistä yhteishuoltoa koskevaa ratkaisua, ks. 7.1. (Yhteishuoltoa koskevan ratkaisun psykologinen perustelu – Fthenakis), 9.3. (Yhteishuollon säilyttäminen tai purkaminen, kun vanhemmat asuvat erillään).

[67] Kalifornia, 5.4. (Kalifornian yhteishuoltolainsäädäntö ja isien oikeudet); Englanti, 6.4. (Yhteishuolto); Saksa, 9.3. (Yhteishuollon säilyttäminen tai purkaminen, kun vanhemmat asuvat erillään) sekä 9.6. (Uusia teemoja perustuslainmukaisuutta koskevaan keskusteluun?).

[68] Kalifornia, 5.5. (Feministinen kritiikki ja vuoden 1988 lainmuutos) ja 6.3. (Feministinen kritiikki erityisesti psykotieteellistä vallankäyttöä kohtaan); Englanti, 6.4. (Yhteishuolto), ja Saksa, 8.2. (Yhteishuolto ja feministinen oikeustiede).

Sekä miesten yhteishuoltoa koskevissa tavoitteissa että naisten samaan asiaan liittyvässä vastustuksessa on siis nähtävissä selvä sukupuolten tasa-arvoon suuntautunut tavoite, joka liittyy juuri isien oikeudellisen emansipoitumisen erilaiseen arvottamiseen.

3.3. Avioero- ja parisuhdekäsitysten muuttuminen

Avioero on alun perin ollut pääasiallinen syy siihen, että lapsen huollosta määrääminen on tullut ajankohtaiseksi. Esimerkiksi Ruotsin vuoden 1915 avioliittolaissa sekä Saksan vuoden 1938 ja vuoden 1946 avioliittolaissa lapsen huollon määräämisestä ja avioeron perusteista oli säädetty samassa laissa. Mutta ilman välitöntä lainsäädäntöteknistä yhteyttäkin lapsen huoltoa koskevan lainsäädännön muuttumisella on usein selvä ajallinen yhteys avioeroperusteiden muuttumiseen.[69]

> Kalifornian vuoden 1969 avioerouudistuksen yhteydessä lapsen huoltoa koskevaa säätelyä ei juuri muutettu, mutta jo vuonna 1972 toteutettiin periaatteellisempi huoltoa koskeva uudistus.[70]
>
> Englannissa toteutettiin avioerouudistus vuonna 1923 huoltoa koskevan uudistuksen seuratessa vuonna 1925. Vuoden 1969 avioerouudistuksen yhteydessä ei muutettu lapsen huoltoa koskevaa lainsäädäntöä, mutta syyllisyysperusteen jäämisellä pois oli vaikutuksensa myös huollon määräytymiseen. Lisäksi 1970-luvun alussa annettiin useita tärkeitä ennakkoratkaisuja huollon määräytymisestä. Vuonna 1991 voimaan tullutta Children Act 1989 -lakia on seurannut avioeroa koskeva Family Law Act 1996.[71]
>
> Saksassa BGB:n voimaantulon jälkeen avioeroperusteita ja lapsen huollon määräytymistä muutettiin siis vuoden 1938 ja vuoden 1946 avioliittolaeissa. Seuraava avioeroa koskeva uudistus toteutui vuonna 1977. Lapsen huoltoa koskeva kokonaisuudistus oli alun perin tarkoitus säätää samassa yhteydessä, mutta uuden lain säätäminen viivästyi vuoteen 1979.[72]

---

[69] Ks. Ruotsi, 2.1. (Uusi liberaali avioerolainsäädäntö); Saksa, 3.2. (Avioero ja lapsen etu vuoden 1938 lain mukaan) ja 5.2.1. (Yleistä).

[70] Kalifornia, 2.5. (Kalifornian avioerouudistus ja äidin etusija) ja 3.2. (Sukupuolten tasa-arvo ja Kalifornian vuoden 1972 uudistus).

[71] Englanti, 2.3. (Äänioikeus, avioero, lasten huolto – »What Will the Women Want Next?»), 2.4. (Vuoden 1925 kompromissi, lapsen etu), 6.1. (Leading case: lapsen etu ratkaisun ainoaksi perusteeksi) ja 9.1. (Yleiset periaatteet).

[72] Saksa, 5.2.1. (Yleistä), 6.1. (Psykologisoitumisen taustaa).

Ruotsissa vuoden 1915 avioliittolain jälkeinen avioerouudistus tapahtui vasta vuonna 1973. Samassa yhteydessä uudistettiin vain au-lapsen huollon määräytymistä. Myöhemmin lapsen huollon määräytymistä on muutettu ilman yhteyttä avioeroon.[73]

Näkyvin avioeron yhteys huollon määräytymiseen liittyi syyllisyysperusteiden soveltamiseen. Syyllisyyden vaikutuksen lapsen huollon määräytymiseen todettiin jo edellä olleen yhteydessä avioerokäsityksiin, joiden mukaan lasten määrääminen syylliselle puolisolle ei ollut oikeudenmukaista syytöntä kohtaan.[74] Tätä kestävämpi vaikutus avioerokäsityksillä oli kuitenkin vanhempien avioerosta aiheutuvaan julkisen vallan puuttumiseen, interventioon, lasten suojelemiseksi avioeron yhteydessä. Koko lapsen etua koskevan kehityksen ajanhan avioerot ovat paitsi yleistyneet, myös tulleet arkipäiväisemmiksi ja vähemmän dramaattisiksi. Samalla julkisen vallankin oikeudellinen puuttuminen tilanteeseen lasten suojelemiseksi on aste asteelta lieventynyt. Näin yhteishuollosta on tullut kehityksen päätepiste myös siinä mielessä, että vanhempien yhteisen huollon jatkuminen avioeron jälkeen ei edellytä minkäänlaista oikeudellista puuttumista, vaan ihanteeksi tuleekin juuri puuttumattomuus.[75]

Poikkeukseton interventio lapsen huoltoon avioero-oikeudenkäynnin yhteydessä oli ilmeisesti osoitus julkisen lastensuojelun yleistymiseen liittyvästä ajattelusta. Lastensuojelu oli alkanut filantrooppisena liikkeenä 1800-luvulla Euroopassa ja Pohjois-Amerikassa ja muodostunut sittemmin valtion tehtäväksi Norjassa säädetyn ensimmäisen lastensuojelulain mukaisesti.[76]

---

[73] Ruotsi, 4.3. (Yksilön vapaus ja avioeron säätely) ja 4.4. (Perheoikeuden uudet tavoitteet ja lapsen huolto). Myöhemmistä uudistuksista 5.1. (Yhteishuollon salliva laki), 8. (Vuoden 1983 lapsen huoltoa koskevan lainsäädännön kokonaisuudistus) sekä 10. (Vuoden 1990 osittaisuudistus – yhteisen huollon suosion vahvistaminen).

[74] Ks. edellä 2.2. (Äidin hoiva).

[75] Edellä (kohta 2.4. Yhteishuolto) puuttumattomuutta pidettiin tunnusomaisena juuri yhteishuollon ihannetta ajatellen. Em. kohdat olivat: Englanti, 8.2.2. (Viipymättömyys, puuttumattomuus ja vanhemman vastuu), ks. myös 9.3. (Erityisesti lasten asemaan liittyvistä järjestelyistä avioeroprosessin yhteydessä); Saksa, 7.6. (Hakemusmalli de lege ferenda -lähtökohdaksi) sekä erit. 9.3. (Yhteishuollon säilyttäminen tai purkaminen, kun vanhemmat asuvat erillään); Ruotsi, 8.2. (»Gemensam vårdnad» pääsäännöksi). Vastaavaa lainkohtaa ei ole voitu osoittaa Kalifornian lainsäädännöstä. Yhteishuollon suosituimmuusasema ilmenee kuitenkin kohdasta 5.4. (Kalifornian yhteishuoltolainsäädäntö ja isien oikeudet).

[76] *Stang Dahl* (1985) s. 23 alk., 87–93.

Hyvä esimerkki lastensuojelun yhteydestä lapsen huoltoon on Ruotsi. Ruotsissa lapsen huollosta määräämisestä tuli automaattinen osa avioeroprosessia vuoden 1915 avioliittolain yhteydessä, ja samalla lapsen edusta tuli lapsen huollon määräämistä hallitseva kriteeri, tosin aluksi syyllisyyden ohella. Ensimmäinen lastensuojelulaki oli annettu Ruotsissa vuonna 1902, ja lastensuojelulautakuntiin viitattiin myös avioliittolaissa lausunnonantajina lapsen etua koskevissa kysymyksissä.[77] Samantapainen oikeudellinen tilanne on ollut myös Saksassa, missä puuttuminen lapsen huoltoon tapahtui jo alkuperäisen BGB:n lainkohdan perusteella yleensä suoraan lain nojalla. Vuodesta 1938 alkaen puuttuminen edellytti aina tuomioistuimen harkintaa.[78] Englannissa automaattinen yhteys avioeron ja lasten huollon määräämisen välille säädettiin vasta 1950-luvulla. Tällöin olivat muun ohessa ensimmäiset avioerolapsia koskevat tutkimukset tulleet julkisuuteen, minkä on katsottu vaikuttaneen automaattisen puuttumisen säätämiseen. Puuttumisen syynä oli siis tällöinkin lasten suojeleminen.[79]

Isä oli poikkeuksettoman intervention omaksumisen aikaan yksin lasten huoltaja avioliiton aikana. Lapset eivät siis olisi jääneet ilman huoltajaa, vaikka huoltajasta ei avioero-oikeudenkäynnissä olisi päätettykään. Puuttumisen tarkoituksena olikin ilmeisesti äidin hoivan turvaaminen sitä tarvitseville lapsille. Sama tarkoitusperä on voinut toimia myös syyllisyysperiaatteen automaattista soveltamista vastaan.[80] Suojelun tarve saattoi olla myös yhteydessä käsitykseen avioerosta turvallisen perheyksikön tuhoavana tapahtumana. Lapsen huoltoa koskeva ratkaisu osoitettiin tuolloin tuomioistuimen harkittavaksi silloinkin, kun vanhempien yksimielisyydelle annettiin laissa merkitystä.[81]

Syyllisyysperusteisiin liittyvä käsitys avioerosta tuhoisana tapahtumana heijastui ehkä selvimmin antagonistista avioeroprosessia ja sitä seuranneita

[77] Ruotsi, 2.3. (»Ty med hänsyn till barnens bästa finnes skäligt»); Samantyyppistä ajattelua ilmennee myös Yhdysvaltojen *judicial patriarchy* -käytännön taustalla, ks. Kalifornia, 2.1. (Lapsen etu poikkeuksena isän oikeuksille); Vrt. Englannin *equity* -oikeudenkäyttö, ks. Englanti 2.1. (Oikeudellisen kehityksen lähtökohta – isän valta perheessä), Englannin lastensuojelun historiasta *Stang Dahl* (1985) s. 25 alk. ks. Englanti, 2.4. (Vuoden 1925 kompromissi: lapsen etu).

[78] Saksa, 2. (Isän valta »väterliche Gewalt») 5.2.1. (Yleistä), 6.1. (Psykologisoitumisen taustaa), Saksan lastensuojelun kehityksestä *Ramm* (1990) s. 58 alk.

[79] Englanti, 5.3. (Lapsen huoltoa koskeva ratkaisu avioeromenettelyssä), ks. *Maidment* (ed. Freeman 1984) s. 159 alk.

[80] Ks. Englanti, 3.2. (Syyllinen äiti – »split order»); Saksa, 2. (Isän valta »väterliche Gewalt»); Ruotsi, 2.2. (Lasten huollon määrääminen ennen vuotta 1915).

[81] Ruotsi, 2.1. (Uusi liberaali avioerolainsäädäntö). Saksa, 3.2. (Avioero ja lapsen etu vuoden 1938 lain mukaan) ja 5.2.1. (Yleistä), ks. myös 4.3. (Yksinhuolto, yhteishuolto ja perheen autonomian suoja).

uudistuksia analysoivasta keskustelusta, jossa »uusi» ja »vanha» prosessi asetettiin vastakkain. Avioeroprosessi nimittäin muuttui ainakin jollain tavoin yksinkertaisemmaksi kaikissa vertailumaissa 1970-luvun avioerouudistusten jälkeen, kun syyllisyysperusteista siirryttiin välirikkoperusteisiin. Muodostui sovinnollisen avioeron ihanne, johon vähitellen liittyi myös sovittelu, aluksi yleensä pelkästään vapaaehtoistoiminnan pohjalta.[82]

> Välirikkoperusteiden luokittelussa tunnetaan oikeusvertailussa erilaisia muunnelmia. Esimerkiksi *Neuhaus* erottaa toisistaan käsitteet »*Zerrüttung* der Ehe» ja »*Scheitern* der Ehe». Edellisiin hän lukee Saksan ja Sveitsin siviililakeihin kuuluneet välirikkoperusteet, jotka edellyttivät toisen puolison syyllisyyttä avioliiton rikkoutumiseen ja myönsivät kanneoikeuden vain syyttömälle puolisolle.[83] Tähän samaan ryhmään hän lukee myös Saksan vuoden 1938 avioliittolain ja nk. *Kontrollrat*-avioliittolain vuodelta 1946. Näissä oli tosin luovuttu syyllisyysperiaatteesta, mutta välirikosta edellytettiin objektiivista näyttöä.[84] *Scheitern* tai *breakdown* -avioeroperusteisiin *Neuhaus* lukee ensinnäkin skandinaaviset asumuseroperusteet vuosilta 1915–1922 sekä myöhemmin niin sanottuun *no-fault* -aaltoon luetut avioerouudistukset Englannissa ja Kaliforniassa vuonna 1969 sekä Länsi-Saksassa vuonna 1976.[85]

---

[82] Kalifornia, 4. (Sovinnollisen avioeron ihanteen vaikutus menettelytapoihin) alakohtineen vars. 4.4. (Yhteenveto uusista menettelytavoista); Englanti, 5. (Sovittelu, yksinkertaistettu menettely ja lapsen huolto) alakohtineen; Saksa (Familiengericht, Verfahrensverbund), 6.1. (Psykologisoitumisen taustaa); Ruotsi, 4.3. (Yksilön vapaus ja avioeron säätely). Ruotsissa avioeroprosessin yksinkertaistuminen tapahtui vuoden 1973 uudistuksen yhteydessä pelkästään avioeroperusteiden muuttamisella. Kun ainoaksi perusteeksi tuli harkinta-ajan kuluminen, oli muutos luonnollisesti varsin huomattava jo silläkin perusteella.

[83] Sveitsin vuoden 1907 ZGB:n 14 art. oli sanamuodoltaan jonkin verran epäselvä, mutta käytännössä tuomioistuimet edellyttivät toisen puolison syyllisyyttä. *Neuhaus* (1979) s. 171–173, samoin *Kellerhals – Perrin – Voneche* (ed. Chester 1977) s. 196. Sveitsin siviililain 144 ja 146 art:n mukaan tuomari saattoi tuomita puolisot avioeron sijasta asumuseroon (*Trennung*) vuodeksi tai sitä pitemmäksi määrätyksi ajaksi. Siis myös asumusero edellytti toisen puolison syyllisyyttä. Määräajan jälkeen tosin molemmat puolisot saattoivat hakea avioeroa. Ks. *Neuhaus* (1979) s. 172–173, josta käy myös ilmi, että Sveitsissä oli eräänlainen »puhdas välirikkoperuste» voimassa vuosien 1874 ja 1907 välisenä aikana. Toisin *Mahkonen* (1980) s. 189–190.

[84] *Neuhaus* (1979) s. 173, Saksaa koskeva jakso, kohdat 3.2. (Avioero ja lapsen etu vuoden 1938 lain mukaan) ja 5.2.1. (Yleistä).

[85] *Neuhaus* (1979) s. 177–183, Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 2.5. (Kalifornian avioerouudistus ja äidin etusija); Englantia koskeva jakso, kohta 4. (Vuoden 1969 avioerouudistus); Saksaa koskeva jakso, kohta 6.1. (Psykologisoitumisen taustaa).

Kuitenkin esimerkiksi *Ingeborg Schwenzer* liittää Saksan alkuperäiseen BGB:hen sisältyneen 1568 §:n syyllisyysperusteisiin, koska se edellytti toisen puolison syyllisyyttä. Sen sijaan Saksan vuoden 1938 avioliitolakia *Schwenzer* pitää välirikkoperiaatteen mukaisena, sillä välirikon objektiivisesta arvioinnista huolimatta laissa ei edellytetty toisen puolison syyllisyyttä välirikkoon eikä kanneoikeutta ollut vastaavasti rajoitettu koskemaan vain syytöntä puolisoa.[86] Itse olen noudattanut jälkimmäistä *Schwenzer*in käyttämää luokitusta.[87]

Joissakin tilanteissa huomion siirtyminen pois varsinaisesta avioerokysymyksestä oli omiaan lisäämään lasten huoltoa koskevien ratkaisujen merkitystä ja niiden saamaa huomiota. Näin oli etenkin silloin, kun lapsen etua alettiin tulkita lähinnä psykologisten asiantuntijalausuntojen perusteella. Tässä vaiheessa lasten huollon vuoksi tapahtuneessa interventiossa näkyi selvästi sille myöhemminkin tyypillinen dualismi.[88] Niissä tapauksissa, jotka perustuvat vanhempien sovintoon, julkinen valta toimii yleensä eräänlaisena kumileimasimena usein vielä tarkoitusta varten suunnitellussa yksinkertaistetussa prosessissa. Silloin taas, kun lapsen huoltoa koskevassa asiassa joudutaan turvautumaan ulkopuolisen antamaan ratkaisuun, asia tutkitaan perinpohjaisesti, usein muiden tieteenalojen tutkimustuloksia joko sovittelussa tai lausunnoissa hyväksi käyttäen.[89] Välirikkoperusteet ja sovinnollisen avioeron ihannoiminen kuuluivat siis psykologisen vanhemman yksinhuoltoa koskevaan lapsen edun ihannetulkintaan.

Yhteishuollon ihanteeseen siirryttäessä avioeroperusteissa ei yleensä tapahtunut muutosta. Niitä selvemmin yhteishuollon ihanne näkyy sovittelun omaksumisena entistä johdonmukaisemmin osaksi avioeroprosessia. Sovittelu liittyi kiinteästi avioeroon omaksuttuun psykologiseen lähestymistapaan. Avioeroprosessilla tarkoitetaankin 1980-luvun jälkeen usein myös puolisoi-

---

[86] *Schwenzer* (1987) s. 31–38. Ks. *Rheinstein* (1972), joka huomauttaa mahdollisuudesta arvioida puolison syyllisyyttä ja viittaa vuoden 1961 lainmuutokseen. Ks. edellä Saksaa koskeva jakso, kohta 5.2.1. (Yleistä). Sen sijaan *Müller-Freienfels* (1962) pitää erillään sopimukseen perustuvan yhteisen hakemuksen ja välirikon objektiivisen arvioinnin siten, että vain jälkimmäinen luokitellaan välirikkoperusteisiin (*Zerrüttungsprinzip*). Tämä tulee erityisesti esiin kirjoittajan pohtiessa Suomen vuoden 1948 uudistusta muiden pohjoismaiden välirikkoperusteisiin verrattuna – siis hänen omaa luokitustaan noudattaen, s. 145–147.

[87] Samoin *Brusiin* (1959) s. 57, vrt. *Mahkonen* (1980) s. 197–199.

[88] Ks. *Thèry* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989) s. 91–94.

[89] Kalifornia, 4.4. (Yhteenveto uusista menettelytavoista). Englanti, 5.3. (Lapsen huoltoa koskeva ratkaisu avioeromenettelyssä) ks. Saksan osalta 6.1. (Psykologisoitumisen taustaa) ja 6.3. (Tunnesiteet ja vuoden 1979 lainsäädäntö).

den psyykkistä prosessia eikä vain oikeudellista prosessia.[90] Erilaiset epämuodolliset sovittelut luontuivatkin ihmissuhdeongelmiksi ymmärrettyihin avioero-ongelmien käsittelyyn paremmin kuin oikeudellinen prosessi. Sovittelu sopi myös paremmin vanhempien yhteistä huoltoa koskevaan tavoitteeseen. Sovittelumahdollisuudet yleistyivätkin kaikissa vertailumaissa yhteishuollon mukana.[91]

Yhteishuollon ihannetta näyttäisi seuraavan avioerokäsityksissä myös toinen selvä muutos, joka liittyy puolestaan avoliittojen yleistymiseen. Ruotsi oli hyvä esimerkki siitä, miten juuri avoliittojen yleistyminen edisti osaltaan merkittävällä tavalla yhteishuollon hyväksytyksi tulemista.[92] Myös Englannissa ja Saksassa oikeuspoliittinen tavoite avoparien lasten oikeudellisen aseman parantamiseksi on samalla edistänyt erillään asuvien vanhempien yhteisen huollon ihannetta.[93] Koska minkäänlainen julkisen vallan interventio ei voi liittyä avopuolisoiden erilleen muuttamiseen, heidän lastensa yhteisen huollon edellytyksenä on, että yhteistä huoltoa voidaan pitää lapsen edun mukaisena vanhempien asumismuodosta riippumatta. Vaikka avoliittojen yleistyminen ei ehkä sinänsä vaikuttanut yhteishuollon lapsen edun mukaisuutta koskeviin tulkintoihin, se oli tosiasia, joka pakotti lainsäätäjän ottamaan kantaa yhteishuoltoa koskevaan ihanteeseen, mikä yleensä johti sen omaksumiseen ja toteuttamiseen. Voidaan myös kärjistäen todeta, että yhteishuollon ihanne pelasti lapsen edun aseman huoltoa koskevan ratkaisun kriteerinä avoliittojen aiheuttamassa perheoikeuden myllerryksessä.

Edellä mainitut muutokset, yhteishuollon psykologinen perustelu, avioerojen yleistyminen ja toisaalta psykologisoituminen sekä kolmanneksi avoliittojen yleistyminen, vaikuttivat yhdessä siihen, että avioeron ja lapsen huollon määräämisen välinen oikeudellinen side murtui. Julkisen vallan interventio lapsen suojelemiseksi avioerotilanteessa ei ollut enää perusteltua, ja puuttumattomuudesta tuli ihanne.[94] Tälle kehitykselle oli luotu perusta jo 1970-lu-

---

[90] Kalifornia, 5.3.2.2. (Tulokset); Englanti, ks. 9.4. (Yhteenveto avioerouudistuksesta); Saksa, 7.4. (Nachscheidungs-Familie – avioeroperheen käsite); Ruotsi, 6. (Bente ja Gunnar Öberg: Tuomioistuimesta terapiaan) sekä 7.2. (Yhteishuolto ja kriisiterapia ihanteena).

[91] Kalifornia, 4.1. (Yleistä); Englanti, 5.1. (Sovittelu), 9. (Uusi avioerolainsäädäntö) alakohtineen; Saksa, 7.5. (Sosiaaliviranomaisten neuvonta ja sovittelu uudeksi interventiomalliksi), sekä 9.4. Lapsen etu; Ruotsi, 8.2. (»Gemensam vårdnad» pääsäännöksi), ja 10.4. (Vuoden 1990 menettelyllisiä uudistuksia).

[92] Ruotsi, 5.2. (Miksi yhteishuolto?).

[93] Englanti, 8.1. (Uuden lapsilainsäädännön taustaa); Saksa, 9.1. (Uudistuksen taustaa).

[94] Ks. edellä tässä kohdassa mainitut viitteet vertaileviin jaksoihin.

vun sovinnollisuutta painottavissa avioerouudistuksissa, ja sitä täydennettiin suuntaamalla painopistettä enemmän sovittelumenettelyjen suuntaan.

> Avoliittojen yleistyminen puuttuu Kaliforniaa koskevan jakson aineistosta. Samoin jää epäselväksi, onko tuomioistuimien annettava avioeroa koskevassa oikeudenkäynnissä lasten huoltoa koskeva päätös edelleenkin. Kalifornian yhteishuoltoihanne näyttäisi käytettävissä olevan aineiston perusteella liittyvän kuitenkin voimakkaasti sovittelun korostamiseen. Sovittelun asemaa erityisesti lapsen huoltoa koskevissa riidoissa vahvistettiin pian yhteishuoltoihannetta koskevan uudistuksen jälkeen.[95]

4. Ihanteellisten ratkaisumallien ja selittävien tekijöiden kokoaminen

Tutkimuksen lähtökohdissa lapsen edun ihanteellista tulkintaa ilmentävä ratkaisu ymmärrettiin lähinnä huoltoa koskevan ratkaisun sisällöksi. Vertailevaa jaksoa koskevassa analyysissa on kuitenkin voitu havaita, että kulttuurinen tulkinta lapsen edusta sisältää elementtejä, jotka ulottuvat myös varsinaisen ratkaisun tuloksen ulkopuolelle. Esimerkiksi tiettyyn tulokseen johtanut puuttumattomuus on usein jo sinänsä tulkinta lapsen edusta. Samoin pelkkä perheenäidin rooli vuosisadan alkupuolella vaikutti määräävästi lapsen edun tulkintaan. Kun seuraavassa ihanteelliset ratkaisut ja niihin liittyneet tekijät kootaan kokonaisuuksiksi, ihanteelliset ratkaisutulokset ja niihin vaikuttaneet kulttuuriset tekijät muodostavat eräänlaisen kokonaisuuden lapsen edun ihannetulkintojen kustakin vaiheesta. Jäljempänä koko kulttuurista tulkintavaiheen kokonaisuutta voidaan nimittää lyhyesti ihanteeksi.

Lastensuojelullisen ajattelun liittyminen antagonistiseen avioeroprosessiin aikana, jolloin sukupuolten roolit kodissa ja kodin ulkopuolella olivat selvästi eriytyneet tai eriytymässä, synnytti äidin antamaan hoivaan liittyvän ihannetulkinnan lapsen edusta. Myöhemmin, kun aviovaimon oikeudellinen asema vahvistui ja syyllisyyden merkitys väheni, äideille syntyi yhä selvempi etusija huollon määräämisessä lapsen edun tulkinnan seurauksena. 1960-luvulle tultaessa tämä tulkinta sai uutta tukea lähinnä *Bowlby*n esittämien psykologisten tutkimustulosten perusteella.

---

[95] Ks. Kalifornia, 4.1. (Yleistä), ks. myös 6.3. (Feministinen kritiikki erityisesti psykotieteellistä vallankäyttöä kohtaan).

1960-luvun lopulta alkaen sukupuolirooleja kritikoitiin etenkin naisasialiikkeissä. Äidin etusija vaihtui tässä vaiheessa sukupuolten suhteen neutraalin psykologisen vanhemman etusijaksi. Ihannetulkinnan sisältöön vaikuttivat asiantuntijoista lähinnä *Goldstein*, *Freud* ja *Solnit*. Samaan aikaan sovinnollisuuden ihanne avioero-oikeudenkäynneissä vaikutti valtion interventioiden vähenemiseen lapsen huollon määräämisessä, kun puolisot olivat yksimielisiä.

Isän erityinen merkitys avioerolapselle alkoi tulla keskusteluun asiantuntijoiden, etenkin *Wallersteinin* ja *Kellyn*, esittämien tutkimustulosten tukemina. Monissa maissa tätä keskustelua vauhdittivat isien oikeuksia ajaneet liikkeet. Yhteishuoltoa koskevan tulkintaihanteen syntyä tukivat toisaalta avioeroprosessin psykologisoituminen ja avoliittojen yleistyminen, jotka molemmat vaikuttivat avioeron oikeudellisen problematiikan merkityksen vähenemiseen. Avioeron ja lapsen huollon välinen oikeudellinen side katkesi tämän seurauksena. Ihanteeksi tuli joko avioliiton tai avoliiton aikana syntyneen vanhempien yhteishuollon säilyminen ja oikeudellinen puuttumattomuus.

Vaikka ihanteet seuraavat toisiaan suksessiivisesti, ihmisten asenteissa uudet ihanteet eivät ilmeisesti syrjäytä kokonaan vanhoja, vaan eri ihanteet ennemminkin kasautuvat jonkinlaisiksi historiallisiksi kerrostumiksi. Kaikissa vertailumaissa äidin hoiva muodostaa näet tosiasiallisesti edelleenkin ihanteiden tavallisimman käytännön sovelluksen. Myöhemmät ihanteet ovat voineet jäädä osin etäisiksi. Esimerkiksi psykologisen asiantuntemuksen käytön on sanottu ennemminkin mystifioineen lapsen edun eikä niinkään tuoneen sen soveltamiseen tieteen kirkasta valoa. Eroavat puolisot myös riitelevät toisinaan keskenään edelleenkin sekä henkistä että fyysistä väkivaltaa käyttäen eivätkä onnistu pääsemään sovintoon erilaisista sovitteluyrityksistä huolimatta.

5. Lapsen kuuleminen

Vertailuun perustuvasta lapsen etua koskevasta analyysistä puuttui kokonaan lapsen oman mielipiteen huomioon ottaminen. Tämä näkökohta on kuitenkin eri tavoin ollut esillä kaikissa vertailumaissa.

Lapsen itsenäistä asemaa koskenut keskustelu on alkanut suunnilleen 1970-luvulla eri maissa. Yhtenä ensimmäisistä lapsen omaa edustajaa olivat

vaatimassa usein mainitut *Goldstein, Freud* ja *Solnit* vuonna 1973.[96] Sekä Kaliforniassa että Saksassa säädettiin 1970-luvulla lapsen prosessuaalista asemaa koskevaa lainsäädäntöä.[97] Englannissa ja Ruotsissa keskustelut johtivat lainsäädäntöön vasta paljon myöhemmin, Englannissa vuoden 1989 *Children Act* -laissa ja Ruotsissa juuri voimaantulleessa vanhempainkaaren lisäyksessä.[98] Englannissa oikeustilaan ja etenkin lapsen oikeuksia koskevaan keskusteluun vaikutti kuitenkin jo vuonna 1986 annettu *Gillick*-ratkaisu, joka koski lapsen itsemääräämisoikeutta.[99]

Lapsen oikeus vaikuttaa häntä itseään koskevaan asiaan on nykyisin myös lapsen ihmisoikeus, joka on kirjattu vuonna 1989 hyväksytyn YK:n lapsen oikeuksien yleissopimuksen 12 artiklaan. Lapsen kuuleminen liittyy näin ollen myös osana lapsen oikeuksia koskevaan laajaan keskusteluun.[100] Sekä lapsen kuulemista että lapsen oikeuksia kohtaan osoitettu huomio kertovat osaltaan lasten saamasta lisääntyvästä kunnioituksesta ja lapsen henkilön enenevästä arvostuksesta myös oikeudellisissa kysymyksissä.[101]

Lapsen prosessuaalisen aseman kehityksessä näyttäisi vertailun perusteella olevan ongelmia, jotka voidaan ryhmitellä kahden kysymyksen ympärille. Niistä ensimmäinen koskee ei-oikeudellisten menettelyjen suosimista ja vastaavasti oikeudenkäynteihin kohdistettua kritiikkiä perheen ristiriitojen ratkaisemisessa. Laajemmin on kyse siitä, minkätyyppinen valtiointerventio lapsen huoltoa koskevassa kysymyksessä olisi lapsen edun näkökulmasta toivottava. Toinen kysymys puolestaan niveltyy huoltoa koskevan asian ratkaisevaan kriteeriin. Saako lapsi itse määrätä oman etunsa mukaisen ratkaisun sisällön?

Sovinnollinen avioero- ja lapsen huoltoa koskeva menettely ja erialaisten sovittelumenettelyjen lisääntyvä suosio ovat itse asiassa jättäneet myös

---

[96] Kalifornia, 3.1.4. (Goldstein – Freud – Solnit: Beyond the Best Interest of the Child).

[97] Kalifornia, 4.3. (Lapsen asiamies); Saksa, 6.4. (Lapsen tunneside ja lapsen mielipide).

[98] Englanti, 7.2. (Lapsen oikeuksia koskeva keskustelu) alakohtineen sekä 8.2.1. (Lapsen etu ja »statutory checklist»); Ruotsi, 7.4. (Lapsen puhevalta, asiamies ja kontaktihenkilö), 10.1. (Uudistuksen lähtökohta: lapsen oikeus vai lapsen etu?) sekä 11. (Lapsen kuuleminen – lapsen oikeudesta lapsen etu?).

[99] Englanti, 7.1. (Gillick-tapaus).

[100] Ks. esim. *Foster – Freed* (Family Law Quarterly 1972) *Veerman* (1992), *Ideologies of Children's Rights* (ed. Freeman – Veerman 1992), *Justice for Children* (ed. Asquith – Hill 1994), *Mahkonen* (EIF III 1996), *L. Nieminen* (1990b) sekä em. Englantia koskevaan jaksoon sisältyvä, 7.2. (Lapsen oikeuksia koskeva keskustelu).

[101] Ns. lapsen oikeudellinen emansipaatio, ks. *Kurki-Suonio* (EIF III 1996) p. 284.

lapset »lain varjossa» käytävien neuvottelujen armoille.[102] Oikeusjärjestys voi taata lapselle vaikutusmahdollisuudet vain silloin, kun varsinainen ratkaisu tapahtuu tuomioistuimessa. Lapsen kuulemista koskevat säännöt eivät sido vanhempia eivätkä sovittelijoita, vaikka erilaisia moraalisia tavoitteita heille voidaankin asettaa. Sovinnollista prosessia on kuitenkin perusteltu nimenomaan lapsen edulla, sillä sopimuksen on katsottu luovan lapsen kasvatusta ajatellen tuomioistuinratkaisua paremmat toimintaedellytykset syntyvälle avioeroperheelle.[103] Interventionäkökulman kannalta lapsen etua pidetään siis tärkeämpänä kuin lapsen oikeuksien valvomista.[104]

Toinen keskeinen ongelma on lapsen edun ja lapsen määräämisoikeuden välinen mahdollinen ristiriita: jos lapsella on oikeus itse määrätä asioistaan, hänellä on myös oikeus ratkaista ne vastoin omaa etuaan.[105] Lapsen etu on kuitenkin asetettu ylimmäksi tavoitteeksi myös esimerkiksi lapsen oikeuksien yleissopimuksen kolmannessa artiklassa. Ristiriita on yleensä ratkaistu siten, että lapsen oikeuden katsotaan kohdistuvan hänen etunsa määrittelyyn: lasta tulee kuulla, kun hänen etuaan arvioidaan. Lapsen mielipiteen vaikutus tulee tässä yhteydessä kuitenkin riippuvaiseksi ratkaisijan lapsen etua koskevasta tulkinnasta. On varsin todennäköistä, että lapsen mielipide otetaan huomioon, kun se tukee ratkaisijan omaa tulkintaa lapsen edusta, muuten ei.

Koska lapsen määräämisoikeutta kontrolloidaan lapsen edun tulkinnoilla, lapsen omat vaikutusmahdollisuudet jäävät tavallaan edellä mainittujen ihanteiden varjoon. Se osatekijä, jonka kanssa lapsen mielipide erityisesti kilpailee, on ilmeisestikin käyttäytymistieteellinen asiantuntijataho.[106] Lap-

---

[102] Ks. Kalifornia, 4.2. (Bargaining in the Shadow of the Law).

[103] Ks. esim. Kalifornia, 3.3. (Mnookinin lapsen etu -kritiikki) sekä 4.1. (Yleistä) vrt. 6.3. (Feministinen kritiikki erityisesti psykotieteellistä vallankäyttöä kohtaan); Englanti, esim. 7.2.3. (Liberaali paternalismi ja huollon määrääminen avioeron yhteydessä) ja 9.1. (Yleiset periaatteet); Saksa, 7.4. (Nachscheidungs-Familie – avioeroperheen käsite) ja 7.5. (Sosiaaliviranomaisten neuvonta ja sovittelu uudeksi interventiomalliksi), vrt. 8.2. (Yhteishuolto ja feministinen oikeustiede); Ruotsi, 6. (Bente ja Gunnar Öberg: Tuomioistuimesta terapiaan), 7.2. (Yhteishuolto ja kriisiterapia ihanteena), 10.4. (Vuoden 1990 menettelyllisiä uudistuksia).

[104] Ks. esim. Ruotsi, 10.1. (Uudistuksen lähtökohta: lapsen oikeus vai lapsen etu?).

[105] Ks. Englanti, 7.2.4. (Eekelaar ja lasten dynaaminen itsemäärämisoikeus).

[106] Erityisasiantuntijat voivat tietysti myös antaa ikään kuin tieteellistä tukea lapsen yksilölliselle mielipiteelle. Ks. tästä esim. Kalifornia, 7.3. (Eronneet isät ja lapset) tai Saksa, 6.4. (Lapsen tunneside ja lapsen mielipide). Toisaalta lapsen mielipiteen vaikutus voidaan myös torjua viittaamalla esimerkiksi lapsen lojaliteettiristiriitoihin. Esim. Kalifornia, 3.1.4. (Goldstein – Freud – Solnit: Beyond the Best Interest of the Child).

sen omat mahdollisuudet vastustaa yleistä lapsen etua koskevaa ihannetta riippuvat silloin toisaalta ihanteen kansallisen tulkinnan joustavuudesta ja toisaalta lapsen mielipiteen sekä vastaavasti tieteellisen erityisasiantuntemuksen kannanotoista ynnä sen nauttimasta arvostuksesta kunkin kansallisen ihanteen yhteydessä.[107]

Vaikka lapsen yksilön arvostus on siis selvästi kasvanut ja oikeuspoliittista tahtoa lapsen yksilöllisen mielipiteen entistä suuremmalle huomioon ottamiselle on olemassa, näkyviä seurauksia tästä lapsen edun tulkinnan ihanteelle on toistaiseksi vaikea nähdä. Näin on etenkin yleisellä teoreettisluonteisella tasolla. Yksittäistapauksissa lapsen oman tahdon merkitys voi silti tietenkin olla huomattava.

[107] Silloin, kun lasta edustaa itsenäinen ulkopuolinen edustaja, lapsen mielipiteen vaikutus riippuu tietenkin myös tämän tahon suhtautumisesta.

IV LAPSEN EDUN TULKINNAT SUOMESSA

1. Vertailevan jakson ja Suomea koskevan jakson keskinäisestä suhteesta

Suomalainen lapsen huoltoa koskeva keskustelu on suhteellisen niukkaa vertailun kohteena oleviin maihin verrattuna. Aiheesta on tosin ilmestynyt viisi monografiaa ja koko joukko artikkeleita, mutta esimerkiksi kaikki teokset ovat keskittyneet kulloinkin voimassaolevan oikeuden tulkintaan. Oikeudellista kehitystä, sen syitä ja seurauksia ei juurikaan ole pohdittu.[1] Suomalaisesta kehityksestä olisi sen vuoksi vaikeata osoittaa ihannetulkintoja ja etenkin niihin johtaneita syitä, jos aineistona olisi pelkkä kotimainen, lähinnä oikeustieteellinen lapsen huoltoa koskevan keskustelu. Nyt voidaan kuitenkin käyttää apuna edellä tehtyä vertailua ja sen perusteella saatuja tuloksia. Suomalaiselle aineistolle on mahdollista asettaa kysymyksiä, jotka perustuvat osoitettuihin ihannetulkintoihin sekä niiden ja edellä ilmenneiden kulttuuristen tekijöiden välisiin yhteyksiin muissa maissa. Konkreettisemmin edellä sanottu tarkoittaa, että sen sijaan että kotimaisesta aineistosta etsittäisiin ensimmäistä lapsen etua koskevaa ihannetulkintaa, voidaankin kysyä suoraan, oliko Suomessa äidin hoivaa koskevaa ihannetulkintaa ja liittyikö siihen samanlaisia asiantuntijanäkemyksiä, sukupuolten tehtävänjakoa tai avioeroon liittyviä käsityksiä kuin vertailun kohteena olleissa maissa esiintyi. Suoma-

[1] Monografioista kaksi ensimmäistä ilmestyi noin 60 vuotta sitten ja kaksi viimeistä aivan viime aikoina: *Ilmari Melander*: Lapsen huollosta I (1939) sekä Avioeron ja puolisoiden välien rikkoutumisesta johtuneen erilläänasumisen vaikutuksesta lapsen huoltoon (1940), *Matti Savolainen*: Lapsen huolto ja tapaamisoikeus (1984), *Eva Gottberg*: Lapsen huolto, huoltoriidat ja pakkotäytäntöönpano (1997) sekä *Markku Helin, Tuula Linna* ja *Matti Rintala*: Huolto- ja tapaamispäätösten täytäntöönpano (1997).

laista kehitystä koskevan esityksen lähtökohdaksi ei näin ollen tule pelkästään suomalainen lasten huoltoa koskeva kirjallisuus, vaan tavallaan koko vertaileva aineisto, jota käytetään edellisessä jaksossa esitettyjen tulosten avulla. Suomalaista lapsen huoltoa koskevaa kehitystä ei näin ollen esitetä myöskään täysin sen omista kansallisista lähtökohdista käsin, kuten tehtiin edellä olevien kansallisten vertailevien jaksojen kohdalla, vaan saatujen tulosten näkökulmasta. Tulokset ovat oletuksia siitä, miten kehitys Suomessa on tapahtunut. Niiden paikkansapitävyys on kuitenkin osoitettava erikseen.

2. Äidin hoivaa koskeva tulkintaihanne Suomessa

2.1. Äidin hoivaa koskevan tulkintaihanteen synty

2.1.1. Lähtökohtana vuoden 1929 perheoikeusuudistus

Lapsen etu tuli pääasialliseksi lapsen huollon määräämistä koskevaksi kriteeriksi Suomessa vuoden 1929 avioliittolain säätämisen yhteydessä. Huollon määräämistä koskevat aineelliset oikeusohjeet lisättiin samassa yhteydessä vuoden 1898 holhouslakiin.

Lapsen edun suomalaisen tulkinnan kehityksen osalta vuosi 1929 on näin ollen ensimmäinen käännekohta. Jos suomalainen kehitys vastaa vertailumaissa todettua kehitystä, voidaan vertailun perusteella lapsen edun varhaiselta ihannetulkinnalta odottaa seuraavaa. Lapsen edun painoarvon kasvaminen tässä vaiheessa on todennäköisesti ollut yhteydessä siihen, että valtiovalta yleisemminkin kiinnostui lasten hyvinvoinnista, lasten suojelemisesta.[2] Sen vaikutuksesta tuomioistuimet alkoivat kontrolloida systemaattisemmin myös avioeron yhteydessä annettavia lapsen huoltoa koskevia määräyksiä. Lapsen edun ihannetulkintana on ollut äidin hoiva. Syyllisyys avioeroon on kilpaillut lapsen edun kanssa määräävän kriteerin asemasta. Syyllisyyden merkitys, joka on ollut yhteydessä avioeroon liittyviin oikeudenmukaisuuskäsityksiin, on kuitenkin tässä vaiheessa jo alkanut heiketä.[3] Lapsen etua koskevan ihannetulkinnan syntyminen on puolestaan olennaisella tavalla liittynyt sukupuolten erilaistuneeseen tehtävänjakoon kotona ja kodin ulkopuolella. Ver-

[2] Vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 3.3. (Avioero- ja parisuhdekäsitysten muuttuminen).

[3] Vertailua koskeva jakso, kohta 2.2. (Äidin hoiva).

tailumaissa naiset myös itse vaativat perheenäidin asemaan liittyviä oikeuksia.[4]

Ennen ensimmäisen ihanteen käsittelemistä on vielä selvitettävä, minkälainen oikeustila lapsen huollon määräämisessä oli ennen vuoden 1929 lainsäädännön voimaantuloa 1.1.1930, jotta ihanteen lähtökohdat voidaan selvittää. Vertailun perusteella voidaan olettaa, että ennen lapsen edun määräävää asemaa lainsäädännöstä löytyisi merkkejä isän oikeuksista ja avioerolasten huoltoa koskevan systemaattisen säätelyn puuttumista.[5]

2.1.2. Lapsen huollon määrääminen ennen vuotta 1930

2.1.2.1. Naimiskaaren avioerotilannetta koskevat määräykset

Ennen vuotta 1930 lasten hoidon järjestäminen vanhempien avioero- ja erilläänasumistilanteissa oli varsin kirjavien määräysten varassa. Tärkein lainkohta koski varsinaisesti vain aviorikoksen perusteella käytävää avioero-oikeudenkäyntiä.[6] Määräys rakentui syyllisyys- ja sopivuuskriteerien varaan.[7]

> (NK 13:3)
> Kun avioero on tapahtunut ja erotetut eivät keskenänsä sovi, kumpiko lapset luoksensa ottaa, niin olkoon syytön siihen lähin. Jos hän ei ole sovelias lapsia holhoomaan, tutkikoon tuomari, onko syyllisen tai jonkun muun otettava ne huostaansa;

Tuomioistuimen määräystä ei siis tarvittu, jos puolisot olivat sopineet keskenään lasten huollosta.[8] Jos avioeron perusteena oli omavaltainen hylkääminen, tarvetta lasten huollosta päättämiseen ei varsinaisesti ollut, koska laki oletti toisen puolison yksinkertaisesti jättäneen puolisonsa, lapsensa ja omaisuutensa.[9] Omavaltaiseen hylkäämiseen ja sopimuksiin liittyy oikeustapaus vuodelta 1921.

---

[4] Vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 3.2. (Sukupuoliroolien muuttuminen).

[5] Vertailun tuloksia koskeva jakso, kohdat 2.1. (Tilanne ennen lapsen etua – isän oikeudet) ja 3.3. (Avioero- ja parisuhdekäsitysten muuttuminen).

[6] Vrt. edellä Ruotsia koskeva jakso, kohta 2.2. (Lasten huollon määrääminen ennen vuotta 1915), missä tarkastelun kohteena on osittain periaatteessa sama säännöstö. Tässä ei ole kuitenkaan oletettu, että oikeustila olisi tätä perusasetelmaa lukuunottamatta yhtenäinen Pohjanlahden molemmin puolin.

[7] Ks. KKO 1920 Nro 544, missä ratkaisevana kriteerinä oli ilmeisesti syyllisyys aviorikokseen. Ratkaisussa KKO 1924 Nro 168 korkein oikeus muutti taas lapsen huoltoa koskevaa ratkaisua syyllisen hyväksi.

[8] *Chydenius* (1922) s. 111, vrt. kuitenkin *Wrede* (1916) s. 218.

[9] Vrt. omaisuuden osalta *Chydenius* (1922) s. 118–119 ss. *Gottberg* (1995) s. 21.

> Jutussa ilmeni, että puolisot olivat muun ohessa sopineet, että vaimo »oli näennäisesti miehestään karkaava» avioeron saamiseksi. KKO katsoi »asianosaisten 26/10 1915 keskenään tekemän sopimuksen heidän välisen avioliittonsa purkamisesta vale-oikeudenkäynnin tietä, lakia ja hyviä tapoja vastaan sotivana, siihen liittyvine edellä kerrottuine muine välipuheineen olevan mitättömän». Isää pidettiin kaikissa oikeusasteissa äitiä soveliaampana kasvattamaan lapsia vastoin puolisoiden tekemää sopimusta.[10]

Edellä oleva esimerkki kuvaa jossain määrin aikakaudelle tyypillistä tilannetta. *Mahkosen* mukaan vuosisadan kahdella ensimmäisellä vuosikymmellä kehittyi näet tapa tulkita vapaamielisesti vuoden 1734 luvun lain naimiskaaren omavaltaista hylkäämistä koskevaa avioeroperustetta.[11] Näin tapahtui etenkin Tornion helppoa rajanylitystä ja Tornion raastuvanoikeuden vapaamielistä laintulkintaa hyväksi käyttäen, minkä vuoksi eroja on kutsuttu *Tornion avioeroiksi.*[12]

> Niin sanotut Tornion avioerot yleistyivät erityisesti vuosien 1915–1920 aikana.[13] Varsinkin ylimpien sosiaaliryhmien edustajat käyttivät tänä aikana hyväkseen Tornion vapaamielistä avioerokäytäntöä.

---

[10] KKO 1921 Nro 304. Savonlinnan RO oli ao. tapauksessa sen sijaan todennut, että lasten kasvatusoikeudesta tehty sopimus oli vastoin yleistä etua ja puolisoiden pesästä tehty sopimus avioliiton aikana lain vastainen. (Sopimusta ei voitu pätevästi tehdä miehen edusmiehisyyden aikana, vaan vasta avioeron jälkeen, *Chydenius* (1922) s. 119.) Tämän lisäksi RO piti isää soveliaampana. KKO piti kuitenkin koko sopimusta kaikkine ehtoineen yksinkertaisesti mitättömänä ja arvioi sen jälkeen kasvatusoikeutta sopivuuden perusteella. Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1927 II 423 puolisot olivat heti avioerotuomion jälkeen sopineet siitä, että lapsi jäi äidin huostaan. Äidin kuoltua sopimus katsottiin kuitenkin rauenneeksi. KKO piti sopimusta joka tapauksessa osapuolia sitovana.

[11] Naimiskaaren terminologian käännösten osalta nojaudutaan tässä lähinnä *Walldénin* toimittamaan suomenkieliseen laitokseen vuodelta 1909.

[12] Kokonaisuutena Tornion pika-avioerot eivät olleet kovin merkityksellisiä. Varsin pieni yläluokkainen ryhmä saattoi käyttää Torniossa matkailua hyväkseen. *Mahkonen* (1980) s. 91. Myös Helsingissä oli 1920-luvun alussa sovellettu »torniolaista laintulkintaa», s. 93–94.

[13] Ks. *Mahkonen* (1980) s. 224 esitetty tilasto, jonka mukaan hylkäämisperusteisia avioeroja oli koko maassa vuonna 1919 yhteensä 220 ja vuonna 1920 vastaavasti 160. Tornion raastuvanoikeus oli vuonna 1919 myöntänyt 44 eroa, mutta vuonna 1920 enää 2 avioeroa. *Mahkonen* (1980) s. 83. Kyse oli siis ilmeisesti avioeropaineiden kanavoitumisesta, sillä samaan aikaan avioerot yleistyivät. Niitä oli vuonna 1919 yhteensä 441 ja vuonna 1920 jo 517. Avioeroja myönnettiin 1920-luvulla etenkin erivapauskäytännössä. Tästä lähemmin jäljempänä.

Tornion avioerot muodostivat rinnakkaisilmiön Ruotsissa vuosisadan vaihteessa esiintyneille Kööpenhaminan avioeroille.[14] Kummassakin tapauksessa tarkoituksena oli nopean ulkomaillakäynnin avulla täyttää muodollisesti NK 13:4 mukainen avioeroperuste ja saada tätä kautta lain vahvistus puolisoiden yleensä keskenään jo sopimalle erolle.[15]

2.1.2.2. Erivapausavioerot ja lasten huollon määrääminen

Suomalaisissa avioerokäytännöissä tapahtui olennainen muutos, kun avioeron myöntäminen erivapausteitse siirtyi korkeimmalle oikeudelle itsenäistymisen jälkeen.

Suomalainen avioeroja koskeva erivapauskäytäntö kehittyi alun perin ruotsalaisen käytännön pohjalta. Venäjän vallan aikana erivapauden laista saattoi myöntää keisari ja myöhemmin vuodesta 1826 alkaen senaatti. Vuodesta 1892 alkaen erivapauden myönsi senaatin oikeusosasto ja vuodesta 1918 alkaen korkein oikeus. Erivapauden myöntämisen siirtyminen korkeimmalle oikeudelle mahdollisti *Mahkosen* mukaan erivapauden laajan käyttämisen ja johtikin avioerojen yleistymiseen tätä kautta.[16]

Avioeroa koskevien erivapaushakemusten vuosittainen lukumäärä kasvoi voimakkaasti koko 1920-luvun ajan, ja samaan aikaan hakemukset myös hyväksyttiin entistä useammin. Vastaavasti naimiskaareen perustuvien avioerojen määrä tuomioistuimissa pieneni lähes puolella.[17] Kaiken kaikkiaan avioerot yleistyivät huomattavasti.[18]

---

[14] Ruotsia koskeva jakso, kohta 2.1. (Uusi liberaali avioerolainsäädäntö).

[15] Yhteiseen sopimukseen viittasi esimerkiksi usein käytetty Tornion raastuvanoikeutta koskeva prorogaatiosopimus. *Mahkonen* (1980) s. 81–91.

[16] *Mahkonen* (1980) s. 105–110. Vrt. Englantia koskeva jakso, kohta 2.1. (Oikeudellisen kehityksen lähtökohta: isän valta perheessä). Englannissa oli sen mukaan mahdollista saada avioero ennen vuotta 1857 erityisellä »lailla» (*Act of Parliament*). *Ahla* rinnastaa erivapauskäytännön 1700-luvun vapaamielisiin eurooppalaisiin avioerolainsäädäntöihin ja valistuksen ajan filosofisiin virtauksiin. *Ahla* (Lm 1915) s. 67 alk., samoin *Mahkonen* (1980) s. 108. Esimerkiksi Preussissa (1749/51) ja Ranskassa (1792) avioeron saattoi saada puolisoiden yhteisen sopimuksen perusteella. Preussissa sopimusperusteinen avioero tosin rajoitettiin jo vuonna 1782 koskemaan lapsettomia avioliittoja. Ks. myös esim. *Schwenzer* (1987) s. 32–33, *Neuhaus* (1979) s. 165.

[17] *Mahkonen* (1980) s. 91, ks. s. 224 liitetaulukko.

[18] *Mahkonen* (1980) s. 94.

> Avioerojen määrä ylitti Suomessa vuonna 1920 ensimmäisen kerran suhdelukuna ilmaisten yhden kokonaisen yksikön rajan tuhatta naimisissa olevaa naista kohden (1,05). Vuonna 1929 suhdeluku oli 1,54.[19]

Silloin, kun puolisot tuomittiin avioeroon erivapauden perusteella, korkeimman oikeuden toimivalta ei ilmeisestikään koskenut liitännäiskysymyksiä.[20] Jos lasten huolto taas tuli myöhemmin ratkaistavaksi tuomioistuimessa, näyttäisi oikeuskäytännön perusteella sovelletun lähinnä vuoden 1898 holhouslakia. Syynä saattoi olla se, että erivapaudella puretuissa avioeroissa ei ollut ratkaistu syyllisyyskysymystä, mitä on ehkä pidetty edellytyksenä edellä mainitun naimakaaren aviorikosta varten säädetyn määräyksen (NK 13:3) soveltamiselle. Vuoden 1898 holhouslaissa oli säädetty holhouksen lisäksi myös vanhempien kasvatusoikeudesta. Lain 23 §:n mukaan alaikäisen lakimääräisenä holhoojana oli hänen isänsä.

> Alaikäisen holhoojana olkoon hänen isänsä tai, jos hän on kuollut, hänen äitinsä.
> Jos äiti menee uusiin naimisiin, harkitkoon oikeus, saako hän miehensä suostumuksella jäädä holhoojaksi. (HolhL 23 §, 1–2 mom.)[21]

Holhoojan oli 33 §:n mukaan huolehdittava myös lapsen kasvatuksesta. Kuitenkin isä ja äiti, jotka eivät olleet »mielipuolia», olivat oikeutettuja ja velvollisia kasvattamaan lapsensa, vaikka eivät olleetkaan sen holhoojia (34 §). Tämä koski siis lähinnä aviolapsen äitiä, joka ei ollut lapsensa holhooja, mutta siis oikeutettu ja velvollinen kasvattamaan lapsensa. Avioeron jälkeen sovellettavaksi saattoikin tulla määräys, joka koski vanhempien – siis lähinnä äidin – erottamista kasvatusoikeudesta.[22]

---

[19] *Anttila* (ed. Chester 1977) s. 17. Taulukosta ilmenee myös, että vuonna 1900, jolloin ensimmäinen suhdeluku on annettu, se oli 0,27. Silloin avioerojen absoluuttinen määrä oli 121 avioeroa vuodessa. Sadan avioeron vuotuinen määrä oli ylittynyt ensimmäisen kerran vuonna 1896. Vuonna 1910 suhdeluku oli 0,38 ja vuonna 1929 siis 1,54. Vertailun vuoksi mainittakoon, että sodan jälkeisenä huippuvuotena 1945 suhdeluku oli 7,74. Tämä raja ylittyi puolestaan vasta 1970-luvulla.

[20] Ratkaisussa KKO 1926 I 36 todettiin, että avioliiton purkamista koskevassa erivapauspäätöksessä oli samalla määrätty, että alaikäisten lasten kasvatuksen osalta oli, ellei muuta sovittu, meneteltävä lain mukaan.

[21] Aviottoman lapsen holhoojana oli äiti, ellei oikeus katsonut häntä sopimattomaksi. Äidillä oli kuitenkin oikeus aina kieltäytyä holhouksesta, jos »lapsen asiat olivat laajat» HolhL 23 § 2–3. mom. vrt. 29 § 2 mom., jonka mukaan naista ei tullut yleensäkään vastoin tahtoaan määrätä holhoojaksi. Miehen oikeus kieltäytyä holhoustoimesta oli sitä vastoin sidottu lain tuntemiin syihin (29 § 1 mom).

[22] Vuoden 1898 HolhL:ssa oli säädetty holhouksen järjestämisestä. Isä yksin oli lapsen holhooja, paitsi jos isä oli kuollut, jolloin holhous siirtyi äidille (23 §). HolhL:ssa oli mää-

> HolhL 57.3. §
> Vanhempia älköön kuitenkaan erotettako alaikäisen lapsensa kasvattamisen oikeudesta, elleivät he ole törkeästi väärinkäyttäneet sitä valtaa, joka heillä on lapsen suhteen, tahi muuten pahoin laiminlyöneet vanhemmanvelvollisuuksiaan, taikka siveettömällä tai pahantapaisella elämällään tahi ilmeisellä kykenemättömyydellään lasta kasvattamaan pane sen kasvatusta alttiiksi. Kun sellaista ilmaantuu, ilmoittakoon holhouslautakunta sen oikeudelle.

Holhouslain soveltamiseen liittyy kaksi korkeimman oikeuden oikeustapausta. Ratkaisu KKO 1926 I 36 julkaistiin otsikolla »Kysymys siitä, kumpiko avioeron saaneista puolisoista saa ottaa lapset huostaansa ja ne kasvattaa. Voidaanko kysymystä käsitellä holhousasiana?».

> Vanhemmat olivat eronneet erivapausmenettelyssä. Myöhemmin äiti vaati isän erottamista myös lasten holhouksesta ja sekä holhous- että kasvatusoikeuden määräämistä hänelle. Kysymystä arvioitiin Holhouslain 23 §:n mukaan lähtien siis isän lakimääräisestä holhouksesta. Äidin perusteena oli, että »ne (=lapset, K.K-S.), pieninä ollen, ehdottomasti olivat äitinsä huolenpidon tarpeessa». Oikeus katsoi kuitenkin, että äiti ei ollut kyennyt osoittamaan, että isä olisi ollut sopimaton huolehtimaan lapsista. Lapset jäivät näin ollen isän huostaan.[23]

Holhouslakiin oli myös nojauduttu jo vuonna 1919 annetussa päätöksessä.[24] Tässäkin ratkaisussa todettiin erikseen, että puolisot olivat saaneet avioeron erivapauspäätöksellä.

> Lasten äiti vaati lasten kasvatusoikeutta sillä perusteella, että isä oli juopottelemalla ja viettämällä huonoa elämää osoittautunut sopimattomaksi edelleen olemaan lasten kasvattajana. Oulun RO erotti isän kasvatusoikeudesta HolhL 57 §:n nojalla ja antoi tuon oikeuden yksinomaan äidille. Holhous jäi siis kuitenkin edelleen isälle. Ylemmissä oikeusasteissa ratkaisuun ei tullut olennaisia muutoksia.

Yhteenvetona voidaan todeta, että koska erivapausavioerojen osalta ei ollut olemassa selkeää oikeusohjetta lasten huollon määrämisestä, sovellet-

---

räykset myös siitä, että alaikäisellä ei ollut lakimääräistä holhoojaa (24 §), tai holhoojan erottamisesta (57 §). HolhL 57 § on ollut luonteeltaan lähinnä lastensuojelullinen ja *Mahkosen* mukaan alun perin kopioitu BGB:n esitöistä. *Mahkonen* (1974) s. 101–102. Hän katsoo säännöksen jääneen käytännössä miltei merkityksettömäksi.

[23] Hovioikeusvaiheeseen liittyi hovioikeudenneuvos *Hällfors*in eriävä mielipide, jossa hän katsoo, että tapaukseen olisi ollut sovellettava NK 13:3:ää, jolloin kasvatusoikeutta koskevaa asiaa ei olisi tullut ratkaista holhousasian yhteydessä. Korkein oikeus oli kuitenkin yksimielinen ja ratkaisu julkaistiin siis nimenomaan selostuksena.

[24] KKO 1919 Nro 943.

tiin todennäköisesti holhouslain vanhempien kasvatusoikeutta koskevia normeja. Tällöin isällä oli laillisena holhoojana »lähin oikeus» lasten kasvatukseen. Tämä todettiin nimenomaisesti vuoden 1919 ratkaisun perustana olleessa alioikeuden päätöksessä, johon korkein oikeus ei enää puuttunut. Myös vuoden 1926 ratkaisussa etenkin alioikeusperustelu viittaa samanlaiseen tulkintaan. Isän oikeus ei kuitenkaan ollut ehdoton. Korkein oikeus saattoi panna painoa myös äidin hoivalle. Näin oli tapauksessa, jossa kyseessä oli alaikäisen tyttären hoito ja kasvatus.

> Vuonna 1921 annetussa tuomiossa (nro 341) todettiin, että kumpikaan puolisoista ei ollut tehnyt vaatimusta lapsen hoidosta ja kasvatusoikeudesta, kun avioliitto oli purettu eikä asiasta ollut kyetty eron jälkeen sopimaankaan. Lapsi oli jäänyt äidin huostaan. Isä vaati lapsen luovuttamista sen luonnollisena holhoojana ja vedoten äidin kelvottomuuteen. Oikeus totesi kuitenkin, että äitiä ei voitu katsoa kelvottomaksi hoitamaan ja kasvattamaan osapuolten alaikäistä tytärtä, ja vielä erityisesti, että häntä lapsen äitinä oli pidettävä siihen soveliaampana.

2.1.2.3. Lapsista määrääminen vuode- ja asumuserotilanteissa

Avioeron lisäksi naimiskaari tunsi vuode- ja asumuseron (NK 14:1). Puolisot saatettiin kirkollisten varoitusten jälkeen tuomita tuomioistuimessa määräaikaiseen vuode- ja asumuseroon. Laki ei tuntenut oikeutta avioeroon vuode- ja asumuseron perusteella, mutta *Mahkosen* mukaan tämä oli varsin tavallinen peruste avioliiton purkamiselle erivapausteitse. Mitään oikeutta erivapausperusteiseenkaan avioeroon vuode- ja asumusero ei kuitenkaan tuottanut, vaan korkein oikeus harkitsi asian tapaus tapaukselta.[25] Vuode- ja asumuserotapausten määrä kuitenkin väheni erivapauskäytännön vapauduttua korkeimmassa oikeudessa, jolloin avioeron saattoi saada eripuraisuuden perusteella ilman varsinaista vuode- ja asumuserotuomiotakin.[26] Vuode- ja asumuseroa koskevilla määräyksillä ei näin ollen ollut käytännössä kovinkaan suurta merkitystä.

---

[25] *Mahkonen* (1980) s. 106 (ennen itsenäistymistä), s. 116–127 (KKO:n käytäntö ennen AL:n voimaantuloa). *Mahkosen* esityksestä saa sen käsityksen, että vuode- ja asumuserolla myöhemmässä vaiheessa ei enää ollut juuri itsenäistä roolia, sen jälkeen kun KKO:n käytäntö 1920-luvulla oli vapautunut niin, että NK 14:1 ja KirkkoL (1869) 101 §:n säätämiin muotoihin ei enää kiinnitetty huomiota.

[26] *Mahkonen* (1980) s. 105–106, 116–118.

Vuode- ja asumuseron osalta oli erikseen säädetty »Miten pesää ja lapsia on hoidettava, kun mies ja vaimo tuomitaan vuode- ja asumuseroon».[27] Puolison syyllisyys oli määräysten mukaan tärkein lasten hoitoon oikeuttava kriteeri.

> NK 15:1 mukaan lapset jäivät vaimolle, jos mies oli yksin syypää. Jos vaimo ei ollut sovelias, oli hänelle määrättävä »neuvonantajat ja apumiehet», joiden tehtävänä oli myös pesän varallisuuden hoito. NK 15:2 mukaan vanhemman soveliaisuus ratkaisi lasten ja pesän hoidon silloin, kun molemmat olivat syyllisiä. Jos molempia pidettiin myös yhtä soveliaina, oli miehellä etusija.[28]

Lopputulokseksi muodostui siis, että ennen avioliittolain ja siihen liittyvän normiston voimaantuloa oli avioerotilanteita ajatellen sovellettavana yhteensä kolme eri mittapuuta lasten hoidon ja kasvattamisen määräytymistä varten ja näiden lisäksi puolisoiden vapaa mahdollisuus sopia. Mittapuiden osoittamat kriteerit erosivat toisistaan merkittävästi. Kriiteereihin kuului useimmiten sopivuus, mutta jos syyllisyys vaikutti asiaan, se oli lain sanamuodon perusteella ensisijainen kriteeri. Isällä, joka oli lasten lakimääräinen holhooja, oli jonkinlainen etusija, mutta tulkinnassa äidinkin ominaisuuksille saatettiin antaa painoa. Sopimus oli kuitenkin aina mahdollinen tapa ratkaista lasten hoito ja kasvatus.

Vaikka kovin tarkkaa kuvaa vuosisadan vaihteessa lapsen huollon määräämisessä vallinneesta oikeustilasta ei ole mahdollista saadakaan, voidaan eri yhteyksistä päätellä sen vastanneen varsin hyvin niitä piirteitä, joilla kuvattiin tilannetta vertailumaissa.

2.1.3. Vuoden 1929 lapsen huoltoa ja holhousta koskevat uudistukset

2.1.3.1. Uudistuneet periaatteet

Avioliittolain säätämisen yhteydessä uudistettiin lasten huollon osalta kolme keskeistä kysymystä. Syyllisyys avioeroon jäi määräytymisperusteena taustalle ja ratkaisevaksi tuli lapsen etu. Toiseksi tuomioistuimille tuli velvollisuus määrätä lasten huollosta aina avioeron yhteydessä. Tätä interventiota tehosti se, että tuomioistuimien toimivalta ulotettiin koskemaan myös

[27] NK 15 luvun otsikko.

[28] Vuode- ja asumuseroa varten tehty lasten ja pesän hoitoa koskeva päätös ei ilmeisesti sellaisenaan koskenut avioeroa. Avioeron osalta lasten huollosta oli siis periaatteessa sovittava tai päätettävä edellä mainitussa järjestyksessä.

puolisoiden sopimuksia. Kolmas periaatteellisesti tärkeä uudistus koski puolisoiden asemaa holhoojina. Vuoden 1929 uudistuksella molemmista vanhemmista tuli näet lähes tasavertaisia lapsen holhouksessa.

Seuraavassa käydään läpi uudistuksen pääkohdat kokonaiskuvan saamiseksi, ja arvioidaan niiden yhteydessä avioeromenettelyn uudistumiseen läheisesti liittyvä kysymys lapsen huollon määräämisen sisältämästä valtiovallan interventiosta. Tämän jälkeen siirrytään käsittelemään avioero- ja sukupuoliroolikäsitysten näkökulmasta sitä ihannetta, joka uuden lain mukana omaksuttiin.

Huollon määräämistä koskevat uudet aineelliset määräykset sijoitettiin vuoden 1898 holhouslakiin, jonka 23 §:n 2 momentti muutettiin tässä yhteydessä kuulumaan seuraavasti:[29]

> (HolhL 23 § 2 mom.)
> Jos vanhemmat asuvat erillään välien rikkoutumisen vuoksi tai jos avioliitto on tuomiolla purettu, olkoon lapsen holhoojana se, jolle oikeus on uskonut lapsen huollon. Jos vanhemmat ovat yksimieliset, on oikeuden annettava päätöksensä heidän toivomuksensa mukaan, jollei se ole vastoin lapsen etua; elleivät he siitä sovi, määrätköön oikeus asiasta etupäässä lapsen etua silmälläpitäen. Jos toinen on pääasiallisesti syypää yhteiselämän lopettamiseen ja he ovat yhtä soveliaat lapsen huoltajiksi, olkoon toinen siihen lähin.

Lainvalmisteluasiakirjojen perusteella lapsen edun nostaminen huollon tärkeimmäksi kriteeriksi oli yhteydessä uudistuksen skandinaavisiin esikuviin. Esimerkkiä otettiin etenkin Ruotsista ja Norjasta.[30]

> Norjassa lapsen etu sisältyi jo vuoden 1909 avioerolakiin (lov om adgang til opløsning av egteskap 22.8.1909), joka oli Norjan ensimmäinen avioerolaki. Lain 15 §:ssä kiinnitettiin pääasiallinen huomio lasten etuun (børnenes tarv), minkä vuoksi erityisesti pienet lapset oli yleensä määrättävä äidin huoltoon. Säännös otettiin sellaisenaan vuoden 1915 vanhempia ja aviolapsia koskevaan lakiin (lov av 10.4.1915 nr. 6 om forldre og egtebarn). Vuonna 1918 annettiin avioliittolaki (lov om indgaaelse og opløsning av egteskap av 31.5.1918 nr 2.), joka sisälsi vuoden 1909 avioeroperusteiden lisäksi asumuseroa koskevat säännökset.[31]

---

[29] Ks. ao. pykälän alkuperäisestä muodosta edellä kohta 2.1.2.2. (Erivapausavioerot ja lasten huollon määrääminen).

[30] Lainvalmistelukunnan ehdotuksessa mainittiin vielä alaviittessä Tanskan holhouslakiehdotukseen sisältyvästä samansuuntaisesta säännöksestä. Lainvalmistelukunta 1924 s. 134.

[31] *Lucy Smith* (1980) s. 51, *Lødrup* (1994) s. 64.

> Tanskassa oli vuonna 1922 säädetty holhouslaki (Myndighedsloven), missä lapsen intressi (barnets tarv) oli tullut ratkaisevaksi kriteeriksi. Tanskan avioerolaki (lov nr 579 af 19.12.1922 om Ægteskabets Indgåelse og Opløsning) säädettiin siis samana vuonna. Myös Tanskassa lapsen edun katsottiin jo lain perusteella merkitsevät äidin etusijaa pienten lasten ollessa kyseessä – aina vuoteen 1969 asti.[32]
>
> Ruotsin osalta viitataan tässä yhteydessä edellä esitettyyn vertailevaan jaksoon.[33]

Norjan ja Tanskan lainsäädännössä oletettu tulkintaihanne, äidin hoiva, oli siis suoraan mainittu. Ruotsin osalta näin ei ollut, mutta Ruotsia koskevan vertailevan jakson perusteella tiedetään, että äidin hoiva muodostui siellä tulkintaihanteeksi oikeuskäytännössä vuoden 1915 avioliittolain säätämisen jälkeen. Suomessa äitien hoivaan ei siis lakitekstissä suoraan viitattu.

Kirjallisuudessa katsottiin, että lapsen edun uusi asema oli merkinnyt periaatteellisesti uutta kriteeriä lapsen huollon määräämisessä.[34] *Melander* käytti lapsen etu -käsitteestä nimitystä *sopivuusperiaate*. Vanhemman sopivuus lapsen kasvattajaksi oli tosin esiintynyt laissa jo ennen lapsen edun määräävää asemaa, eikä sopivuus tässä mielessä ollut mikään täysin uusi asia. Sopivuus ja syyllisyys olivat uudessa laissa kuitenkin ikään kuin vaihtaneet paikkaa: kun aikaisemmin huoltajan oli pitänyt olla ennen muuta syytön ja sen lisäksi sopiva, oli vanhemman nyt oltava ennen muuta sopiva ja sen lisäksi mieluummin syytön.[35] Uutta oli siis ennen muuta lapsen edun hallitseva asema huollon määräämisessä.

Puolisoiden syyllisyydestä ja lapsen edun suhteesta lainvalmistelukunta totesi seuraavasti:

> »Olennaisena tekijänä on tässä kohden luonnollisesti oleva puolison syyllisyys, syyttömällä puolisolla kun täytyy olla parempi oikeus kuin syyllisellä saada lapset huostaansa, mikäli eivät erityiset näkökohdat aiheuta muunlaista ratkaisua. Tärkeämpää kuin vanhempien oikeuden

---

[32] *Lund-Andersen* (Familieret 1990) s. 48, s. 61 alav. 41, *Beck* (Familieret 1980) s. 192.

[33] Ruotsia koskeva jakso, kohta 2.3. (»Ty med hänsyn till barnens bästa finnes skäligt»).

[34] *Melander* (1940) s. 34. Lapsen etu oli kuitenkin tätä ennen esiintynyt jo vuoden 1923 laissa avioliiton ulkopuolella syntyneistä lapsista tapaamisoikeutta koskevassa pykälässä (37 §) ja se otettiin ennen avioliittolain säätämistä kriteeriksi myös au-lapsen huoltoa koskevaan määräykseen (3 §).

[35] Erinomaisen hyvin syyttömyyden ehdotonta vaatimista kuvasti lasten kasvatusta ja hoitoa vuode- ja asumuserojen yhteydessä koskenut NK 15:1 ja 2, ks edellä kohta 2.1.2.3. (Lapsista määrääminen vuode- ja asumuserotilanteissa – yhteenveto).

> varteenottaminen on kuitenkin yhteiskunnan kannalta lasten menestys. Näiden etu olisi sen vuoksi Lainvalmistelukunnan mielestä tällöin otettava huomioon. Tämän näkökohdan pitäisi olla siinä määrin ratkaiseva, että silloinkin, kun vanhemmat ovat asiasta yksimielisiä, tuomioistuimen olisi harkittava asiaa etupäässä lasten edun kannalta. Muussa suhteessa ei näytä olevan syytä rajoittaa tuomioistuimen harkintaoikeutta; ja tuomioistuin voisi niinmuodoin esimerkiksi jakaa lapset vanhempien kesken sellaisissa tapauksissa, jolloin tämän ei voisi katsoa olevan vastoin lasten etua.»[36]

*Melander*in edellä esitetty kanta vastasi hyvin lainvalmistelukunnan näkemystä lapsen edun määräävästä asemasta. Syyttömän puolison etusijaa pidettiin kuitenkin luonnollisena, koska syyttömän »parempi oikeus» oli ikään kuin kohtuullinen seuraus syyttömyydestä. Syyllisyyden ohjeellisesta seurausvaikutuksesta tuli kuitenkin voida poiketa lapsen edun niin vaatiessa. Poikkeamismahdollisuutta pidettiin ylläolevissa perusteluissa tärkeänä myös silloin, kun vanhemmat olivat huoltoa koskevasta järjestelystä yhtä mieltä. Tähän kysymykseen palataan seuraavassa kohdassa.

Uudistuksen yhteydessä kumottiin myös isän oikeus olla yksin avioliitossa syntyneiden lastensa holhooja. Puolisoista tuli tämän jälkeen yhdessä lastensa holhoojia avioliiton aikana.[37] Ratkaisuvaltaa ei – edustusvaltaa lukuunottamatta – ehdotettu jätettäväksi kummallekaan puolisolle yksin, vaan vanhempien keskinäisiä erimielisyyksien ratkaisemiseksi avattiin tie holhouslautakuntaan, jonka arveltiin olevan sopivampi ratkomaan ensi asteena perheen sisäisiä erimielisyyksiä kuin tuomioistuin.[38] Holhouslain asianomainen kohta sai uudistettuna seuraavan muodon:

> (HolhL 23 § 1 mom.)
> Alaikäisen lakimääräisinä holhoojina olkoot molemmat vanhemmat yhteisesti. Jos toinen heistä kuolee, tahi erotetaan holhoustoimesta, olkoon toinen yksin holhoojana.

---

[36] Lainvalmistelukunta 1924 s. 135. Mahdollisuudesta jakaa lapset vanhempien kesken oli erityinen määräys Ruotsin ÄL 23 §:ssä. Ks. Ruotsia koskeva jakso, kohta 2.3. (»Ty med hänsyn till barnens bästa finnes skäligt»). Suomessa asia jäi siis lain perusteluiden varaan.

[37] Lainvalmistelukunta 1920 s. 77. Ao. mietintö yhdistettiin myöhemmin vuoden 1924 lainvalmistelukunnan mietintöön ehdotukseksi uudeksi aviokaareksi. Näiden kahden mietinnön sisältämät ehdotukset yhdistettiin vuoden 1928 lakivaliokunnan mietinnössä ehdotukseksi uudeksi avioliittolaiksi. Ks. *Huttunen* (1945) s. 19–22.

[38] Ratkaisuvallan poistamista perusteltiin erityisesti sillä, että se oli vieras ilmiö skandinaavisissa ehdotuksissa. Ks. Lainvalmistelukunta 1920 s. 40, 77.

Kuten jo tämän kohdan alussa olleesta 23 §:n 2 momentista ilmeni, uudistuksella sidottiin lapsen huolto ja holhous yhteen niin, että jos oikeus uskoi lapsen huollon jommallekummalle puolisolle, tästä tuli samalla myös lapsen täysivaltainen holhooja. Holhouksesta erotettu isä ei luonnollisesti voinut edustaa lasta myöskään viranomaisen luona. Muutos oli suuri etenkin eronneiden äitien kohdalla. Heistä tuli uudistuksen johdosta huollon uskomista koskevalla määräyksellä myös riippumattomia ja täysivaltaisia lastensa holhoojia.

Suomi oli vertailun perusteella vanhempien yhteisen holhouksen osalta edelläkävijän asemassa ei vain pohjoismaissa vaan laajemminkin.

> Ruotsissa vanhempien yhteinen holhous avioliiton aikana toteutui vuonna 1949.[39] Norjassa vanhempien yhteinen huolto avioliiton aikana toteutui vuonna 1958 ja Tanskassa vuonna 1957 annetulla lailla.[40] Saksassa vastaava uudistus liittyi vuoden 1957 perheoikeusuudistukseen, joka vaati tältä osin vielä perustuslakituomioistuimen oikaisun vuonna 1959. Englannissa uudistus toteutui vasta 1970-luvun alussa.[41] Tosin on muistettava, että yhteisestä holhousoikeudesta huolimatta Suomessa alaikäistä lasta saattoi edustaa viranomaisissa vain toinen vanhemmista – yleensä isä.

2.1.3.2. Avioerouudistus ja lapsen huoltoon liittyvä interventio

Vertailun tulosten perusteella katsottiin, että käsitykset avioerosta vaikuttavat siihen, miten avioerojen yhteydessä puututaan lapsen huoltoon.[42] Suomessa tilanne muodostui samanlaiseksi kuin samaan aikaan Ruotsissa ja myöhemmin Saksassa: kaikkien avioerojen yhteydessä tutkittiin lapsen huollon määräyksen lapsen edun mukaisuus.[43] Uusi avioerosäätely oli yleisestikin viranomaisen tutkimisvelvoitetta korostava.

Ennen lain säätämistä tapahtunut erivapauskäytännön vapautuminen osui samaan aikaan, kun Skandinavian maissa säädettiin uusista vapaamielisistä

---

[39] Ruotsia koskeva jakso, kohta 3. (»Med hänsyn främst till barnens bästa»).

[40] *Lucy Smith* (1980) s. 48, *Beck – Højgaard Pedersen* (Familieret 1980) s. 98.

[41] Saksaa koskeva jakso, kohta 4.2. (Naisista tasa-arvoisia huoltajia), Englantia koskeva jakso, kohta 4. (Vuoden 1969 avioerouudistus).

[42] Vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 3.3. (Avioero- ja parisuhdekäsitysten muuttuminen).

[43] Ruotsia koskeva jakso, kohta 2.3. (»Ty med hänsyn till barnens bästa finnes skäligt»), Saksaa koskeva jakso, kohta 3.2. (Avioero ja lapsen etu vuoden 1938 lain mukaan).

asumus- ja avioeromenettelyistä.[44] Avioliittolain säätämisvaiheessa vuonna 1928 niin skandinaaviset asumuserot kuin korkeimman oikeuden erivapauskäytäntökin tuomittiin kuitenkin liian vapaamielisinä ja asumuseroa koskevat ehdotukset poistettiin hallituksen esityksestä.[45] *Mahkosen* mukaan avioeron saamista haluttiin tässä vaihessa nimenomaan vaikeuttaa.[46]

Skandinaaviset esikuvat olivat kritiikistä huolimatta kuitenkin lainvalmistelun pohjana Saksan ja Sveitsin lainsäädännön ohella.[47] Suomenkin lainsäädäntöön omaksuttiin syyllisyysperusteiden oheen välirikkoperiaate skandinaavisten mallien mukaan, vaikka varsinainen asumusero torjuttiinkin.[48] Lopputulos oli hyvin samansuuntainen muiden pohjoismaisten lakien kanssa.[49]

Suomeen vuonna 1929 omaksuttu välirikkoperiaate erosi kuitenkin esimerkiksi ruotsalaisesta sovelluksesta sikäli, että välirikon toteamiseksi edellytettiin objektiivista näyttöä. Pelkkä puolisoiden subjektiivinen näkemys välirikosta ei riittänyt. Näytöksi riitti kahden vuoden erillään asuminen, mutta puolisoiden tuli siis osoittaa sen johtuneen välien rikkoutumisesta.[50]

---

[44] Norjassa asumusero perustui vuoden 1918 avioliittolakiin ja Tanskassa vuoden 1922 avioliittolakiin, ks. Ruotsin osalta Ruotsia koskeva jakso, kohta 2.1. (Uusi liberaali avioerolainsäädäntö). Asumuseromahdollisuus sisältyi myös lainvalmistelukunnan vuoden 1924 ehdotukseen. Ks. *Mahkonen* (1980) s. 191–195.

[45] HE 40/27, näin *Mahkonen* (1980) s. 191, 195. *Melander*in mukaan lakivaliokunta huomautti, »ettei ennen avioliittolakia voimassa olleeseen oikeuteemme omaksutulla vuode- ja asumuserolla voitu silloisissa oloissa saavuttaa sen tarkoitusta, eli taivuttaa puolisoita, joiden välit ovat rikkoutuneet, palaamaan yhteiselämään. Eripuraiset puolisot saattoivat muuttaa ilman muuta erilleen asumaan...». Ehdotuksen mukaan puolisot olivat oikeutettuja avioeroon asuttuaan kaksi vuotta erillään. *Melander* (1949) s. 50.

[46] *Mahkonen* analysoi eri yhteiskunnallisten vaikuttajien kannanottoja. Näihin kuuluivat kirkolliskokous ja esimerkiksi Lainopillinen Yhdistys sekä eräiden lehtien kirjoitukset. Mm. Uudessa Suomessa oli *Mahkosen* mukaan erivapauskäytäntöä pidetty suorastaan vallattomuutena. *Mahkonen* (1980) s. 202–211. Ks. ilmapiirin muutoksista myös *Armas Niemisen* kuuluisa teos Taistelu sukupuolimoraalista (1951), etenkin teoksen lopussa esitetty yleiskatsaus s. 302–316. *Markku Helin* on puolestaan kuvannut avioliittolain säätämistä pian seurannnutta 1930-lukua ajaksi, jolloin pyrittiin rikoslainsäädännön avulla säilyttämään avioliittomallin kunnioitus. *Helin* (1974) s. 25–26.

[47] *Välimäki* on korostanut pohjoismaisten avio-omaisuusjärjestelmien yhteisiä piirteitä verrattuna esimerkiksi eurooppalaisiin ja anglo-amerikkalaisiin järjestelmiin. *Välimäki* (1995) s. 3–18, ks. pohjoismaisesta yhteydestä vielä s. 38–42.

[48] Ks. välirikko- ja sopimusperusteiden luokituksesta vertailun tuloksia koskeva kohta 3.3. (Avioero- ja parisuhdekäsitysten muuttuminen).

[49] Samoin *Brusiin* (1959) s. 67.

[50] *Mahkonen* (1980) s. 191–199. Ulkomaisista vertailukohdista välirikkoperiaatteen sovellus muistutti näin ollen lähinnä Saksan vuoden 1938 avioliittolakia. Ks. Saksaa koskeva jakso, kohta 3.2. (Avioero ja lapsen etu vuoden 1938 lain mukaan).

> Ero skandinaavisiin avioerolakeihin nähden oli tehty jo vuoden 1924 lainvalmistelukunnan mietinnössä, jossa vielä ehdotettiin asumuserokäytännön omaksumista myös Suomeen. Tämänkin ehdotuksen mukaan asumuseron myöntämiseksi edellytettiin välirikon objektiivista toteamista eikä vain puolisoiden subjektiivista näkemystä.[51] Asumuseron jääminen pois laista ei muutenkaan tosiasiallisesti vaikeuttanut avioeron saamista. Erivapauskäytännön perusteella osattiin myös odottaa, että välirikkoperusteinen avioero, jossa ketään ei osoitettaisi välirikkoon syylliseksi, tulisi olemaan yleisimmin käytetty peruste avioeron saamiseksi.[52]

Tuomioistuimen oli siis aina vakuututtava avioeroperusteen olemassaolosta. Välirikkoperusteen ohella tämä koski luonnollisesti syyllisyysperusteita, jotka muodostivat avioliittolakiin kirjattujen avioeroperusteiden enemmistön.[53] Sama lähestymistapa hallitsi myös lapsen huoltoa koskevan kysymyksen käsittelyä oikeudessa: tuomioistuimen tuli vakuuttua myös lasten huoltoa koskevan ratkaisun asianmukaisuudesta ja vielä oma-aloitteisesti.

> Tuomitessaan avioliiton purkautumaan tulee oikeuden määrätä myös lasten huollosta. (AL 80.1 §)[54]

Koska uudistuksen myötä kaikki avioeroasiat tulivat alioikeuksien ratkaistaviksi, oli ero tässä suhteessa olennainen aikaisempaan verrattuna.[55] Näiden lisäksi kontrolli ulotettiin myös vanhempien välisiin sopimuksiin. Intervention tehostumisen ilmeisenä tarkoituksena lasten aseman turvaaminen. Lainvalmistelukuntahan oli lausunut asiasta seuraavasti:

> »Tärkeämpää kuin vanhempien oikeuden varteenottaminen on kuitenkin yhteiskunnan kannalta lasten menestys. Näiden etu olisi sen vuoksi Lainvalmistelukunnan mielestä tällöin otettava huomioon. Tämän näkökohdan pitäisi olla siinä määrin ratkaiseva, että silloinkin, kun vanhemmat ovat asiasta yksimielisiä, tuomioistuimen olisi harkittava asiaa etupäässä lasten edun kannalta.»[56]

---

[51] Lainvalmistelukunta 1924 s. 95–96.

[52] Ks. lähemmin Lainvalmistelukunta 1924 s. 95 ja *Huttunen* (1945) s. 143–146.

[53] *Huttunen* (1945) s. 135 alk.

[54] Pykälä jatkuu mm. vanhempien elatusvelvollisuutta koskevalla määräyksellä. Sama pykälä koski myös avioliiton peruuntumista. *Huttunen* (1945) s. 134, 157–159.

[55] Kanta oli omaksuttu vuoden 1924 lainvalmistelukunnan mietinnössä. Yhtenä perusteena olivat juuri avioerojen liitännäiskysymykset kuten lasten huollon järjestäminen. Lainvalmistelukunta 1924 s. 59, 115.

[56] Lainvalmistelukunta 1924 s. 135. Sitaatti on ollut laajemmin esillä edellä kohdassa 2.1.3.1. (Uudistuneet periaatteet).

Sopimuksiin kohdistuvasta tarkastuksesta säädettiin Suomessa hieman Ruotsin vuoden 1915 avioliittolaista poikkeavasti. Ero oli eräässä mielessä kuitenkin odotettu. Ruotsissahan oli edellytetty, että tuomioistuin voisi puuttua vanhempien sopimukseen vain, jos sen katsottaisiin olevan *ilmeisesti* lasten edun vastainen.[57] Suomessa tällaista lisäedellytystä nimenomaan sopimuksiin puuttumisiin ei säädetty. Tällä saattoi olla yhteys siihen, että myös välirikko tutkittiin meillä tarkemmin kuin Ruotsissa.

Vertailevan jakson tulosten yhteydessä arvelin, että lapsen etu -käsitteen omaksumisella ja lapsen huoltoa koskevien interventioiden lisääntymisellä olisi yhteys julkisen lastensuojelun yleistymiseen.[58] Suomen osalta *Panu Pulma* on esittänyt monia tätä oletusta tukevia seikkoja.

Suomessa senaatti oli asettanut ensimmäisen lastensuojelullisen suojelukasvatuskomitean vuonna 1902.[59] *Pulma*n mukaan etenkin 1920-luku oli Suomessa lastensuojelun »aatteellista kukoistuskautta».[60] *Pulma* toteaa, että »lapsiin ja kasvatukseen kiinnitettiin suurta huomiota myös yleisemmistä syistä.» Näitä yleisempiä syitä oli ennen muuta kansalaissodan jäljiltä varsin turvattomaksi jääneen lapsiväestön näkeminen itsenäisen Suomen uuden paremman huomisen luojina.[61] Samalla *Pulma* korostaa patriarkalistisen ajattelutavan vallinneen sekä valtiollisessa huoltopolitiikassa että laajemminkin.[62] Vaikka ensimmäinen lastensuojelulaki säädettiinkin vasta 1936, ei ajatus lasten suojelemisesta valtiovallan tehtävänä ollut vieras avioliittolakia valmisteltaessa 1920-luvulla.[63]

---

[57] Ks. myös *Huttunen* (1945) s. 261. Ks. myös edellä vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 3.3. (Avioero- ja parisuhdekäsitysten muuttuminen) ja Ruotsia koskevan jakson kohta 2.3. (»Ty med hänsyn till barnens bästa finnes skäligt»).

[58] Ks. vertaileva jakso, kohta 3.3. (Avioero- ja parisuhdekäsitysten muuttuminen).

[59] *Pulma – Turpeinen* (1987) s. 107, *Mahkonen* (1974) s. 95.

[60] Lastensuojeluviranomaiset järjestivät valtakunnallisia koulutus- ja neuvottelupäiviä vuodesta 1918 alkaen. Vuonna 1922 esitelmiä kuunneltiin kymmenen päivän ajan ja ne käsittelivät mm. lasten terveyskysymyksiä esim. ravinnon- ja vaatetuksen tarvetta, lastensuojelun senhetkisiä esityksiä ja toiminnan organisointia mutta myös sellaisia kysymyksiä kuin »Kasvavien tunne-elämää» tai »Lastentarhain kasvatuksellinen merkitys, toimintamuoto ja keinot». Ks. myös yhteistyöstä pohjoismaisella tasolla sekä ajatuksista luoda »lastensuojelutiede» -niminen tieteenala sekä lastensuojeluopin tutkinnosta. *Pulma – Turpeinen* (1987) s. 136–143.

[61] »Kansakunnan fyysisen ja moraalisen tason kohottaminen nähtiin elinehtona taistelussa »idän uhkaa», bolsevismia ja venäläisyyttä vastaan.» *Pulma – Turpeinen* (1987) s. 125. Eräs eniten voimavaroja vaatineesta ongelmista olikin ns. punaorpojen sijoittaminen ja huolto. mts. 130–136.

[62] *Pulma – Turpeinen* (1987) s. 123–155.

[63] Ks lastensuojelulain valmisteluista *Pulma – Turpeinen* (1987) s. 144–160, *Mah-*

Myös *Irma Sulkunen* on tuonut esiin samanlaisen näkemyksen lastensuojelun ja valtiovallan harjoittaman yleisen lapsiin liittyvän kontrollivallan välisestä yhteydestä tänä aikana:

> »Lastensuojeluideologia ja koko se uusi kasvatuspolitiikka, joka kansalaissodan jälkitilanteessa murtautui voimakkaasti esiin, osoitti käsityksen lapsesta muuttuneen. Lapsen yhteiskunnallinen identiteetti oli määrittynyt uudeksi, samoin hänen paikkansa eheytymään pyrkivässä kansallisvaltiossa. Lapsesta oli tullut yhteiskunnan joko vapaaehtoisen tai laillisen suojelun alainen olento, jolle osoitettiin tarkat aikuisuuden maailmasta erotetut toimintakentät ja ilmapiirit...
>
> Lapsensuojeluideologia legitimoi näin valtiovallan suoran kontrollija kasvatusoikeuden lapseen.»[64]

Edellä olevat sitaatit viittaavat siihen, että 1920-luvun suomalaisessa ajattelussa valtiovallan ja lasten suhde jäsentyi eräänlaisen »lapsikansalaisuuden» kautta. Lapsilla oli ikään kuin oma tehtävä valtion ylläpitäjinä ja lasten hyvinvointi ja kasvatus oli sen vuoksi entistä julkisempi asia.[65] Puuttuminen lapsen huoltoa koskevaan päätöksentekoon perheen hajotessa vanhempien avioerossa oli sopusoinnussa tämän ajattelun kanssa.

2.1.3.3. Käsitys sukupuolista vuoden 1929 lainsäädännössä

2.1.3.3.1. Naisasialiikkeen vaatimukset ja lainvalmistelu

Edellä todettiin, että lainvalmisteluvaiheessa viitattiin lapsen huollon määräytymisen osalta pohjoismaisiin esikuviin, joissa äidin etusija oli joko suoraan laissa ilmaistu tai oikeuskäytännössä vahvistunut. Tästä ei kuitenkaan voida vielä päätellä, että lapsen edun ihannetulkintana olisi suomalaisten lainlaatijoiden mielessä ollut juuri äidin antama hoiva. Vertailumaiden esikuvan mukaisesti on huomio tässä suhteessa kiinnitettävä erityisesti miesten ja naisten erilaisiin rooleihin lasten hoidossa ja kasvatuksessa. Muutos näitä koskevissa näkemyksissä on usein heijastunut myös naisasialiikkeiden esittämiin vaatimuksiin perheenäidin oikeudellisen aseman parantamisesta.[66]

---

konen (1974) s. 96–105, 115–117. Ks. myös mts. 106–114, missä kirjoittaja selvittelee vuoden 1922 Au-lapsilain sekä vuoden 1925 ottolapsilain valmistelua ja säätämistä. Näillä laeilla oli myös läheinen yhteys lastensuojeluun.

[64] *Sulkunen* (1989) s. 80.

[65] Ks. myös *Pylkkänen* (Vanhemmuuksia 1996) s. 43–44.

[66] Ks. Vertailun tuloksia koskeva jakso, kohdat 3.2. (Sukupuoliroolien muuttuminen) ja 4. (Ihanteellisten ratkaisumallien ja selittävien tekijöiden kokoaminen).

Naiskysymys oli Suomessakin ajankohtainen vuosisadan vaihteen molemmin puolin, ja siihen liittyi naisten omaa liikehdintää. *Riitta Jallinoja*n mukaan suomalaisen naisasialiikkeen ensimmäinen aktiivinen taistelukausi osui vuosiin 1884–1908. Tänä aikana perustettiin esimerkiksi Suomen Naisyhdistys, Naisasialiitto Unioni ja Suomalainen Naisliitto. Vuosisadan vaihteen naisemansipaation näkyvin tulos suomalaisessa yhteiskunnassa oli luonnollisesti naisten valtiollinen äänioikeus ja vaalikelpoisuus vuoden 1906 eduskuntavaaleissa. Tämä oli kuitenkin vain yksi naisten asemaan kohdistuneista parannuksista tuolta ajalta. Erityisesti kauden loppupuolella naisasialiike vaati myös naisten aseman parantamista perheissä.[67]

> *Jallinoja* katsoo naisasialiikkeen ajaneen aluksi naimattoman naisen asiaa, oikeutta koulutukseen ja ansiotyöhön. Mutta työn ja perheen yhdistämistä ei pidetty mahdollisena.[68] Myöhemmin vaadittiin naiselle itsenäistä asemaa myös perheen sisällä. Miehen ja vaimon suhdetta haluttiin pitää mieluummin kumppanuutena kuin alistussuhteena.[69] Naimaton nainen oli jo saavuttanut siviilioikeudellisen itsenäisyyden. Nainen menetti siten oikeudellisen kelpoisuutensa solmiessaan avioliiton.[70]

Naisten aseman parantamispyrkimykset vaikuttivat myös avioliittolain valmisteluun. Vaimon ja miehen tasa-arvoisuuden ajankohtaisuutta perusteltiin erityisesti lainvalmistelukunnan mietinnössä vuodelta 1913 »niistä periaatteista, joiden mukaan aviopuolisoiden oikeussuhteet olisivat järjestettävät».[71]

> Mietinnön taustalla oli vuosien 1904–1905 säätyvaltiopäivillä talonpoikaissäädyssä tehty anomusehdotus. Ehdotuksessa anottiin, että »mie-

---

[67] *Jallinoja* (1983) s. 91, *Nätkin* (1997) s. 34–43. Ks. myös Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 2.2. (Äidin etusijan taustaa) ja Englantia koskeva jakso, kohdat 2.2. (Ensimmäiset äitien aseman parantamiseksi säädetyt lait) sekä 2.3. (Äänioikeus, avioero, lasten huolto – »What Will the Women Want Next?»).

[68] *Jallinoja* (1983) s. 79–90.

[69] *Jallinoja* (1983) s. 91–99, ks. ns. vapaan rakkauden ihanteesta s. 108–112.

[70] Lainvalmistelukunta (1913) s. 21–22. Naimaton nainen oli ollut täysivaltainen vuoden 1864 asetuksen perusteella viimeistään 25 vuoden ikäisenä ja vuoden 1898 holhouslain perusteella 21 vuoden ikäisenä. Ks. *Pylkkänen* (Letto-Vanamo 1991) s. 105–107.

[71] Myöhemmässä vuoden 1920 lainvalmistelukunnan samaa asiaa koskevassa mietinnössä viitataan tasa-arvokysymyksen osalta itse asiassa vain aikaisempaan mietintöön. Tasa-arvo otetaan ikään kuin annettuna periaatteena, jota vuoden 1920 mietinnössä pyritään toteuttamaan mahdollisimman tarkkaan. Lainvalmistelukunta 1920 s. 39–41. Tässä suhteessa vuoden 1920 mietintö menee itse asiassa vielä pitemmälle kuin vuoden 1913 mietintö. Jälkimmäinen esim. olisi jättänyt miehelle vielä monessa suhteessa ratkaisuvallan, kuten myöhemmin tulee esille.

hen edusmiesoikeus vaimonsa persoonaan nähden olisi poistettava ja vaimon oikeus omaisuuden omistamiseen ja hallinnon suhteen sekä hänen määräysvaltansa lapsiin nähden olisi laajennettava tasapuolisuuden periaatetta noudattamalla».[72] Vuoden 1907 valtiopäivillä naiskansanedustajat, jotka nyt ensi kertaa osallistuivat valtiopäiville, laativat yhteisen anomuksen naisen perheoikeudellisen aseman parantamiseksi.[73] Keisarillisen Senaatin päätöksellä 12.6.1907 määrättiin, että Lainvalmistelukunnan tuli tehdä »naidun naisen perheoikeudellisesta asemaa» koskeva »alamainen ehdotus». Asiaa koskeva periaatemietintö julkaistiin vuonna 1913.[74]

Vuoden 1913 lainvalmistelukunta totesi naisten lasten huoltoa koskevasta vaatimuksesta seuraavasti:

> »Enemmän kuin kenties mikään muu nykyisen lain miehelle myöntämistä etuoikeuksista on tämä puheenalainen naisten keskuudessa katsottu sotivaksi aviovaimon luonnollisimpaa oikeutta vastaan pitää huolta lapsistaan, ja kiihkeästi on siihen vaadittu oikeudenmukaiseksi katsottua muutosta.»[75]

Naimisissa olevan naisen oikeudellinen asema oli ollut myös esillä keskusteluissa Suomen lakimiesten ensimmäisessä yleisessä kokouksessa vuonna 1907.[76] Suomalainen Naisliittokin oli julkaissut ponsilauseet naimisissa olevan naisen oikeudellisesta asemasta.[77]

> Naisliitto vaati mm., että »(a)viovaimolle tunnustetaan yhtäläinen määräämisvalta lapsiinsa nähden kuin aviomiehelle, sekä että asumus- ja avioeron tapahtuessa äiti kaikissa niissä olosuhteissa, jolloin hänen ei todisteta olevan sopimaton lastansa hoitamaan ja kasvattamaan, on lä-

---

[72] Lainvalmistelukunta 1913 s. 1, ko. ehdotusta ja muita samansuuntaisia ehdotuksia on selostettu laajemmin s. 12–18. *Huttunen* (1945) s. 9, ks. myös *Kangas* (1996) s. 48–51.

[73] *Mahkonen* (1980) s. 150–151, ks. myös *Kangas* (1996) s. 51–64.

[74] Mietintö on allekirjoitettu 31.12.1912. *Huttusen* mukaan se ilmestyi painosta seuraavana päivänä. Julkaisuvuoden 1913 perusteella mietintö kuitenkin tunnetaan. Lainvalmistelukunta 1913 s. 1, *Huttunen* (1945) s. 13, lainvalmistelukunnan mietinnön taustasta lähemmin ao. mietintö s. 12–18.

[75] Lainvalmistelukunta 1913 s. 43.

[76] Lainvalmistelukunta 1913 s. 18, Ks. keskusteluista *JFT*:ssä *Pylkkänen* (Lm 1994) s. 597–598.

[77] Nämä kirjattiin sellaisenaan lainvalmistelukunnan mietintöön. Lainvalmistelukunta 1913 s. 19–20. Ks. Suomalaisen Naisliiton synnystä ja taustaryhmistä lähemmin *Jallinoja* (1983) s. 50–52, mistä ilmenee, että Suomalaiseen Naisliittoon kuului lähinnä nuorsuomalaisuutta kannattavia naisia.

hinnä oikeutettu saamaan lapsen hoitoonsa ainakin kunnes tämä on 15 vuotta täyttänyt».[78]

Lainvalmistelukunnan mietintö ei johtanut lainsäädäntöön.[79] Vuonna 1919 asetettu uusi komitea katsoi näet, että mietinnön sijasta lainsäädäntöehdotuksen lähtökohdaksi olisi asetettava skandinaaviset ehdotukset, jotka Ruotsissa, Tanskassa ja Norjassa oli tällä välin yhteistyössä tehty. Tämä lähtökohdan muutos ei kuitenkaan vähentänyt sukupuolten tasa-arvoon tähtääviä pyrkimyksiä.[80]

2.1.3.3.2. Avioliittolain perhekäsitys

Naisasialiike oli siis vaatinut naisille perheenäidin asemaan liittyviä oikeuksia ja nämä vaatimukset oli myös otettu huomioon lainvalmistelun eri vaiheessa. Eri kirjoittajat ovat myöhemmin vielä erikseen arvioineet niitä käsityksiä sukupuolten rooleista, joita avioliittolailla haluttiin edistää.

Anu Pylkkänen on selvitellyt vuosisadan vaihteen sukupuolirooleja koskevia käsityksiä artikkelissaan *Avioliitto-oikeuden modernisoitumisen varhaisvaiheista Suomessa.*[81] *Pylkkäsen* keskeinen teema liittyy perheenäidille annettuihin oikeuksiin. Lainsäädännöllisten uudistusten tarkoituksena oli hänen mukaansa antaa vaimolle itsenäisempi oikeudellinen asema, jotta vaimo voisi ottaa vastuun perheen elatuksesta, jos mies laiminlöisi velvollisuutensa.

Minna Canthin naimisissa olevan naisen vaikeuksia koskeva näytelmä *Työmiehen vaimo* oli julkaistu 1882. Vuonna 1889 taas oli annettu laki aviopuolisoiden omaisuus- ja velkasuhteista (AOL), joka merkittävästi vahvisti vaimon varallisuusoikeudellista asemaa.[82] Näiden kah-

---

[78] Lainvalmistelukunta 1913 s. 19–21.

[79] Lainvalmistelukunta päätyi ehdottamaan miehen edusmiehisyyden poistamista. Lasten hoidon ja kasvatuksen osalta ehdotettiin, että aviovaimo olisi oikeutettu miehen kanssa ottamaan osaa perheen yhteisten asiain hoitoon, joihin kuuluu myös kysymys lasten hoidosta ja kasvatuksesta. Puolisot olisivat olleet siis periaatteessa yhdenvertaisia, mutta miehellä olisi ollut lopullinen ratkaisuvalta lähinnä saksalaisten ja sveitsiläisten esikuvien mukaisesti. Lainvalmistelukunnan mietintö 1913 s. 75–77, vrt. Saksaa koskeva jakso, kohta 4.2. (Naisista tasa-arvoisia huoltajia). Ks. myös Lainvalmistelukunnan vuoden 1913 mietintöön sisältyvä ulkomaista lainsäädäntöä koskeva liite s. 18–19, 27–28.

[80] *Huttunen* (1945) s. 18–19 sekä tarkemmin *Kangas* (1996) s. 64–66. Ks. pohjoismaisista esikuvista edellä kohta 2.1.3.1. (Uudistuneet periaatteet).

[81] *Pylkkänen* (Lm 1994) s. 585 alk.

[82] Muita tähän liittyviä säädöksiä olivat mm. avioehtoasetus vuodelta 1868 ja naima-

den asian jonkinasteinen rinnastaminen on *Pylkkäsen* artikkelin pohjalta perusteltua. Vaimon varallisuusoikeudellisen aseman vahvistamisella pyrittiin hänen mukaansa ennen muuta perheiden toimeentulon varmistamiseen siinä tilanteessa, että mies ei huolehtinut perheestään, mitä taas mm. *Minna Canth* näytelmässään kuvasi. Vaimolle annettiin oikeuksia vastuun kantamista varten, mutta oikeudellisessa keskustelussa korostettiin, että tämän tarkoituksena ei ollut horjuttaa perheen valtarakenteita.[83]

Pylkkäsen artikkelissa naisen emansipaation tavoitetta kuvaa naiskansalaisuuden käsite. Naisen kansalaisuus kansallisvaltiossa määrittyy sen mukaan naisen perheeseen liittyvän aseman kautta. Huolehtimalla perheestään, valtion perusyksiköstä, nainen huolehti myös kansalaisvelvollisuudestaan.[84] Näiden velvoitteiden täyttämiseen tähtäsivät myös hänen oikeutensa. Suomalaisen agraariyhteiskunnan naiskansalaisen malliksi muodostui *Pylkkäsen* mukaan ennen muuta maalaistalon emäntä. Tämäntyyppinen ydinperheideologia vakiintui hänen mukaansa lopullisesti avioliittolain säätämisellä vuonna 1929.[85]

Pylkkäsen mukaan naiselle myönnetyt oikeudet tähtäsivät naisen aseman vahvistamiseen myös eräänlaisena toissijaisena perheen huoltajana. Naiskansalaisuuteen liittyi taloudellisesti itsenäinen perheen emännyys etenkin siinä tapauksessa, että perheen ensisijainen elättäjä, mies, laiminlöisi velvollisuutensa.[86] Naisen toissijainen huoltovelvollisuus tuli ajankohtaiseksi erityisesti, jos perhe hajosi. Koska nainen oli luonnollinen lasten kasvattaja, oli johdonmukaista myöntää naisille avioerotilannetta ajatellen oikeuksia, jotka mahdollistivat hänen asemansa myös itsenäisenä kasvattajana ja lastensa täysivaltaisena holhoojana, kuten avioliittolailla juuri tapahtuikin.[87] Vaikka esimerkiksi edusmiehisyyden poisjääminen liittyikin käsitykseen miehen ja nai-

---

ja perintöosien tasoittaminen myös maaseudulla vuodelta 1878. *Pylkkänen* (Lm 1994) s. 589, 591.

[83] *Pylkkänen* (Lm 1994) s. 593, 596, missä *Pylkkänen* siteeraa *Wreden* avioliittokäsityksiä, 598–599.

[84] Tämän rinnalla nainen saattoi siis valita ansiotyön ja riippumattoman aseman ts. toteuttaa »mieskansalaisuutta». Ks. *Jallinoja* (1983) s. 79–90. Ks. työläisnaisten ja erityisesti *Miina Sillanpään* näkökulmasta, missä noin 1920-luvun tienoilla keskeiseen asemaan nousi mm. kotitaloustietouden levittäminen työläisnaisten keskuudessa. *Sulkunen* (1989) s. 79–88.

[85] *Pylkkänen* (Lm 1994) s. 600–602, 605. Ks. myös *Sulkunen* (1989) s. 93.

[86] *Pylkkänen* (Lm 1994) s. 593, 605, ks. *Hegelin*, *von Savignyn* ja *Snellmanin* avioliittoa ja naisen asemaa koskevista käsityksistä s. 594–595, 600–601.

[87] Ks. vuoden 1913 mietinnön sisältämiä naisten vaatimuksia edellä kohdassa 2.1.3.3.1. (Naisasialiikkeen vaatimukset ja lainvalmistelu).

sen yhdenvertaisuudesta, käsitykset eri sukupuolten tehtävistä ja ominaisuuksista perustuivat miehen ja naisen luonnolliseen erilaisuuteen.[88]

Sulkunen kutsui uusia avioliittolailla vahvistettuja ja legitimoituja sukupuolirooleja sukupuoli-identiteeteiksi. Niissä ilmeni juuri edellä mainittu erilaisuus ja tasa-arvoisuus. *Sulkunen* piti erityisenä osoituksena avioliittolain mukaisesta roolijaosta sitä, että perheen elatukseen saattoi uuden lain mukaan ottaa osaa myös toimimalla kodissa (46 §) ja että puolisot tässä suhteessä olivat itsenäisiä (47 §).[89] Naisen sukupuoli-identiteettiin tai sukupuolirooliin kuului sen mukaan myös lasten kasvatus ja hoito.[90]

2.1.3.3.3. Äitien oikeudet ja moraali

Edellä kuvattu »naiskansalaisuus» asetti äidille selvästi moraalisia vaatimuksia.[91] Jos nainen ei yltänyt niihin, hänen äidinoikeuksiinsa voitiin oikeutetusti puuttua. Tästä oli hyvänä esimerkkinä vuoden 1922 Au-lapsilaki. Aviottomat lapset olivat vuosisadan alun Suomessa paitsi lastensuojelullinen myös hyvin suuressa määrin moraalinen ongelma.[92]

> Äitiys oli siis porvaris- ja työläisnaisia yhdistävä, mutta myös erottava tekijä. Porvarisnaiset tahtoivat kyllä tukea kotiäitien suojelua, mutta eivät halunneet tukea aviottomien äitien aseman parantamista, sillä näiden katsottiin myrkyttävän yhteiskunnan siveellistä perustaa.[93]

Vuoden 1922 Au-lapsilaissa rajoitettiin aviottomien äitien oikeuksia lastensa holhoukseen lastenvalvoja-instituution avulla. Lastenvalvojasta tuli suoraan lain nojalla aviottomien lasten uskottu mies, jonka ensisijainen tehtävä oli elatuksen vaatiminen makaajalta, mutta lastenvalvojan tuli valvoa aviottomia äitejä myös muulla tavoin.[94] Lainvalmistelukunnan mietinnössä äideistä lausuttiin seuraavasti:

---

[88] Ks. Ajattelutavasta erit. *Häggman* (1994) s. 182 alk., myös Lainvalmistelukunta 1920 s. 77.

[89] *Sulkunen* (1989) s. 93. Ks. myös *Huttunen* (1945) s. 90–92.

[90] *Sulkunen* (1989) s. 79–83.

[91] *Häggman* (1994) s. 176 alk.

[92] Ks. tästä *Pulma – Turpeinen* (1987) s. 165–168 ja etenkin *Sulkunen*, joka kuvaa *Miina Sillanpään* taistelua »piikojen» puolesta vallitsevaa kaksinaismoraalia vastaan, *Sulkunen* (1989) s. 37–57.

[93] *Sulkunen* (1989) s. 50.

[94] Au-lasten aiheuttamien yhteiskunnallisten ongelmien ratkaisemiseksi säädettiin vuoden 1923 Au-lapsilaki, 1925 OttolapsiL sekä vielä vuoden 1936 lastensuojelulaki. Sekä

»Lapsen ja äidin välinen luonnon määräämä läheinen yhteys erittäinkin lapsen ensi ikävuosina vaatii sen periaatteen säilyttämistä, että äidin ensisijassa tulee silloinkin, kun lapsi on tunnustettu, olla lapsen huoltajana. Silloin on asianmukaista, että hänelle muutenkin kuuluu holhoustointen hoitaminen, varsinkin, kun näillä lapsilla harvoin on omaisuutta.

...

Kun kokemus kuitenkin osoittaa, että näiden lasten äidit usein ovat aivan kykenemättömiä, vieläpä monesti haluttomiakin osoittamaan lapsilleen tarpeellista huolenpitoa, on välttämätöntä, että aviottoman lapsen syntyessä huolellisesti harkitaan, onko äiti oleva lapsen holhooja tai edes huoltaja.»[95]

Nykypäivän perspektiivistä näyttää siltä, että aviottomien äitien huonon sosiaalisen aseman syyksi pantiin näiden naisten norminvastaisuus.[96] Siveellisen perheenäidin tarjoama malli edusti puolestaan sellaista naisellisuuden normia, jonka vallitsevat moraalikäsitykset hyväksyivat. Tämä näkyi myös suhtautumisessa niihin oikeuksiin, joita äideille annettiin.[97] Äidin ja lapsen välistä yhteyttä pidettiin kuitenkin »luonnon määräämänä» silloinkin, kun äidin käyttäytymistä voitiin pitää moraalittomana.

Au-lapsilailla että lastensuojelulailla lisättiin au-äitien kontrollia. Keinoina olivat lastensuojelun osalta varoitukset. Ks. *Mikkola* (1972) s. 21–38, *Mahkonen* (1974) s. 106–114.

[95] Lainvalmistelukunta 1919 s. 28. Varsinainen lainkohta kuului seuraavasti: Lapsen holhoojana on sen äiti. Oikeus tutkikoon kuitenkin holhouslautakunnan esityksestä kussakin tapauksessa, lapsen etua silmälläpitäen ja vapaasti harkiten, onko äiti sovelias lapsen huoltajaksi ja muuten sen holhoojaksi. Ellei äiti ole siihen sovelias tai jos hän kuolee, määrättäköön lapselle toinen holhooja, niinkuin 15 §:n 2 momentissa sanotaan (AuLapsiL 3.1 §). Ks. myös *Mikkola* (1972) s. 32, *Gadolin* (1936) s. 79. Vuoden 1910 ehdotuksen 3 §:ssä oli asia ilmaistu vieläkin jyrkemmin: Avioliiton ulkopuolella syntynyt lapsi pysyköön äidin silmälläpidon ja hoidon alaisena ainakin kaksi ensimmäistä elinvuotta. Jos äiti on irstas taikka muusta syystä epäsovelias lasta ja sen asioita hoitamaan, eikä isänkään harkita olevan siihen sopiva, taikka jos se muutoin havaitaan tarpeelliseksi lapsen oikeuden ja edun turvaamiseksi, toimittakoon holhouslautakunta lapselle määrätyksi holhoojan, joka huolehtii sen hoidosta ja kasvatuksesta antamalla sen elätteelle soveliaaseen kotiin taikka muulla tavoin sekä valvoo lapsen oikeutta isään ja äitiin nähden. Lainvalmistelukunnan ehdotus laiksi avioliiton ulkopuolella syntyneistä lapsista ynnä perustelmat (1910) s. 2, 36–37.

[96] Samoin *Mikkola* (1972) s. 38. Ks. yksinäisten äitien vaikeuksista vuosisadan vaihteen Tampereella *Markkola* (1994) s. 60–63, 105–107. Naiset ansaitsivat tehtaassa vain noin puolet siitä, mitä miehet ansaitsivat. Muun elatuksen puutteessa vastasyntyneiden lasten äitienkin oli kuitenkin käytävä työssä. Eräs au-lapsilain tavoitteita olikin ollut lasten kuolleisuuden vähentäminen mahdollistamalla äitien imetys ulkopuolisen elatuksen turvin. *Mikkola* (1972) s. 29.

[97] Naisliikehän ajoi »siveellisen perheenäidin» asiaa. Ks. *Mahkonen* (1974) s. 107.

Moraalittomuus liitti aviottomat äidit avioeroon syyllisiin äiteihin. Tätä taustaa vasten syyllisyyskriteeri lapsen huollon määräämisessä ei ollut pelkästään puolisoiden oikeudenmukaisen kohtelun vaatimaa, vaan siihen todennäköisesti liittyi myös aikakaudelle tyypillinen käsitys, jonka mukaan moraalittoman äidin oikeudet oli alistettava erityiseen harkintaan. Syyttömällä isällä voitiin katsoa olevan parempi oikeus saada lapset huostaansa.[98]

2.1.3.4. Yhteenveto lapsen edusta vuoden 1929 uudistuksessa

Edellä on tarkasteltu sitä, millainen oli se tulkinta lapsen edusta, joka lainsäätäjällä todennäköisesti on ollut avioliittolain säätämisen aikaan vuonna 1929. On voitu todeta, että käsitys lasten yhteiskunnallisesta merkityksestä oli vahvistunut etenkin kansalaissodan jälkeen. Tämä on todennäköisesti osaltaan vaikuttanut siihen, että lapsen edulle annettiin keskeinen merkitys huollon määräämisessä ja että lapsen edun mukaisuutta koskeva kontrolli ulotettiin kaikkiin avioerohin, jotka koskettivat alaikäisiä lapsia. Voitiin myös huomata, että avioliittolain taustalla oli käsitys sukupuolten eriytyneestä työnjaosta. Sen mukaan perheen ylläpitäminen ja lasten kasvatus ja hoito kuuluivat naisten tehtäviin. Naisasialiikkeet olivat myös vaatineet aviovaimoille perheenemännyyteen liittyviä oikeuksia. Juuri näitä oikeuksia naisille avioliittolain yhteydessä annettiinkin. Lasten kasvatuksen osalta merkittävä oli puolisoiden avioliiton aikainen yhteisholhous, joka toteutettiin Suomessa ennen vertailun kohteena olleita maita.

Edellä luetellut kansalliset piirteet vastaavat hyvin niitä näkökohtia, joiden vertailun perusteella voitiin todeta olleen tunnusomaisia lapsen etua koskeneelle ensimmäiselle tulkintaihanteelle. On myös epäilyksetöntä, että avioliittolain säätämisen aikoihin ihanteellisena tulkintana lapsen edulle on pidetty äidin hoivaa, kuten vertailumaissakin pidettiin. Tämä näkemys lapsen edun tulkinnasta vahvistuu, kun seuraavassa siirrytään käsittelemään tulkintaihanteen kehitystä uuden perhelainsäädännön tultua voimaan.

[98] Lainvalmistelukunta 1924 s. 135.

2.2. Äidin hoivaa koskevan ihanteen kehitys 1960-luvun lopulle

2.2.1. Kehitystä koskevia oletuksia ja suomalaisia erityispiirteitä

Edellä olevan jakson tarkoituksena oli kuvata ja arvioida vuonna 1929 säädetyn perheoikeudellisen uudistuksen taustaa ja lainsäädäntöön uudistuksen mukana omaksuttuja käsityksiä. Nyt käsillä olevassa luvussa on tarkastelun kohteena puolestaan se, miten uudistuksen mukana omaksuttu äidin hoivaa painottava tulkintaihanne ilmeni lain säätämisen jälkeen tapahtuneessa oikeudellisessa kehityksessä. Vertailun tulosten perusteella voidaan olettaa, että tulkintaihanne vahvistui aina 1960-luvun lopulle asti. Tähän vaikuttivat vertailumaissa syyllisyyden merkityksen väheneminen käytännössä ja äidin oikeudellisen aseman vahvistuminen.[99] Näistä piirteistä kiinnittyy Suomessa huomio varsinkin syyllisyyden merkitykseen, sillä suomalaisten äitien oikeudellinen asemahan saatettiin jo avioliittolain säätämisen yhteydessä suunnilleen samalle tasolle kuin isilläkin. Vertailumaissa äidin aseman vahvistumiseen vaikutti myös ensimmäisten psykologista asiantuntemusta soveltavien puheenvuorojen ilmaantuminen.[100]

Suomalaisen yhteiskunnan rajuin murros 1930-luvun alusta 1960-luvun puoliväliin oli luonnollisesti toinen maailmansota – suomalaisittain erityisesti talvi- ja jatkosota. Omista kansallisista piirteistämme se on mainittava siksi, että sota rikkoi muun ohessa lukemattomia avioliittoja.

> Avioerojen suhteellinen määrä oli selvästi noussut aikaisempaan tilanteeseen verrattuna jo vuonna 1943, mutta varsinainen ennen näkemätön avioerojen yleistyminen osui sotien jälkeisiin vuosiin 1945–47. Tämä suhteellinen huippu avioerojen määrässä ohitettiin vasta 1970-luvulla. Sodan aiheuttama perhe-elämän murros tasaantui kuitenkin nopeasti. Vuonna 1949 avioerojen määrä oli palautunut suunnilleen samalle tasolle kuin vuonna 1943, mutta se väheni edelleen 1950-luvulla. 1950-luvun suvantovaiheen jälkeen avioerot alkoivat jälleen vähitellen yleistyä 1960-luvun alussa. Varsinainen ennätyskausi avioerotilastoissa osui 1960–1970 -lukujen vaihteeseen.[101] Tähän yhteyteen ajoittuu siirtyminen seuraavaan lapsen edun tulkintaihanteeseen vertailumaiden tapaan.

---

[99] Vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 2.2. (Äidin hoiva).

[100] Vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 3.1. (Avioerolapsia koskeva käyttäytymistieteellinen asiantuntemus).

[101] Ks. avioerotilastoista *Anttila* (Chester 1977) s. 17–19, missä avioerot on ilmaistu mm. suhdelukuina 1000 naimisissa olevaa naista kohden. Luku on vuonna 1930 *1,98*;

Toisen maailmansodan aiheuttama murroskausi ei vertailumaissa ulottanut vaikutuksiaan perhettä koskeviin peruskäsityksiin, vaan sukupuolirooleihin perustuvan ydinperheen asema niissä ennemminkin vahvistui. *Riitta Jallinoja* on tutkinut suomalaisten perhekäsitysten kehittymistä, ja tiivistänyt näkemyksiään seuraavasti:

> »Muutosta (modernin perhekäsityksen muotoutumista, K.K-S.) arvioitaessa voidaan ajatella seuraavanlaista 'juonta'. 1800-luvulla luotiin Suomessakin ja kaikkialla teollistuvissa maissa *pohja nykyiselle vahvalle perheelle*. Perheen vahvistamisessa nähtiin mm. keino kurjuuden poistamiseen. Samalla luotiin kotikultti, jonka vaalijaksi tuli nainen, äiti. Kotikultin tukena oli rakkauden ilmapiiri, jonka syntymistä edisti rakkauden tuleminen aviopuolisoiden tärkeimmäksi valintakriteeriksi. Avioliitto perustui yhä ilmeisemmin ja julkisemmin rakkauteen. Rakkautta alettiin kohdistaa myös lapsiin, joista näin ymmärrettiin kehittyvän tasapainoisia ihmisiä...
>
> Vasta toisen maailmansodan jälkeen alettiin luoda laajemmin edellytyksiä *kodin rakentamiselle*. Kotikultti levisi lähes kaiken kansan keskuuteen. Sen symbolisena merkkinä voidaan pitää uudenlaista asuntorakentamista. Luonnon keskelle rakennetuista asuntoalueista tuli aikakauden kotikultin symboleja. Koti eristettiin modernista kiireisestä kaupunkikeskustasta.[102] Tämä tapahtui samaan aikaan, kun avioituminen yleistyi voimakkaasti. Muutos ei johtunut siitä, että suomalaiset olisivat heti sodan jälkeen olleet vauraampia kuin aikaisemmin, esimerkiksi 1930-luvun lopulla. Kysymyksessä oli todennäköisesti jo pitkään tulollaan olleen prosessin laajeneminen. Perustelut kotikultille olivat 1940-luvulla suunnilleen samat kuin 1800-luvulla.»[103]

Eräänlaisena avainkäsitteenä *Jallinojan* tekstissä on »kotikultti»: Koti ymmärretään siinä keskeiseksi yhteiskunnan perussoluksi, johon ajanjakson aikana liitetään yhä selvemmin myös myönteinen tunne-elämä. Tunne liitetään yhtä hyvin vanhempien väliseen parisuhteeseen kuin lasten ja vanhempien väliseen suhteeseen. Selkeiden sukupuoliroolien vuoksi juuri nainen – äiti – oli kodin ja myös kodin tunne-elämän keskushenkilö. Äidinrakkaus oli ilmaus tunnesiteen ulottumisesta myös lapsiin. Aviopuolisoiden välisen tun-

---

1935 *2,51*; 1940 *2,04*; 1943 *4,65*; 1945 *7,74*; 1947 *6,65*; 1949 *4,64*; 1951 *4,45*; 1955 *4,19*; 1957 *3,98*; 1959 *4,08*; 1961 *4,25*; 1963 *4,42* ja 1965 *4,74*, (esim. vuonna 1969 *5,78* ja 1971 *6,98*). Ks. myös *Koskelo* (LaVO 8/1979) s. 12–24.

[102] Ks. myös *Satkan* siteeraama jakso *Kirsi Saarikankaan* 1940-luvun omakotitalojen arkkitehtuuria koskevasta tutkimuksesta. *Saarikangas* on tulkinnut uuden arkkitehtuurin ilmentäneen sukupuolten roolijakoon perustuvaa ydinperheen kotikulttuuria. *Satka* (1995) s. 126.

[103] *Jallinoja* (Perhe, työ ja tunteet, 1984) s. 105–106.

nesiteen korostuminen vaikutti ilmeisesti osaltaan myös avioerojen lisääntymiseen, kun tunneside joutui kriisiin. *Jallinoja* yhdisti näin puolisoiden suhteen lisääntyneen emotionaalisuuden alkavaan yksilöllistymiskehitykseen. Samaan suuntaan vaikutti myös se, että taloudellinen välttämättömyys sitoi puolisot toisiinsa yhä harvemmin.[104] Mutta tunne toi ihmisiä myös yhteen. Sotien jälkeen avioliittoja solmittiin entistä vilkkaammin. Tunteen vallasta kertoi sekin, että seksuaalinen vapautuminen alkoi *Jallinoja*n mukaan 1950-luvulla avioliittojen sisällä, puolisoiden kesken vastakohtana sitä edeltäneelle pidättyvyyden ihanteelle.[105]

Vaikka avioliittokäsitys muuttuikin tunnepitoisemmaksi, vanhempien sukupuolirooleihin perustuva kotikultti kesti tunteiden hehkussa *Jallinoja*n mukaan ainakin 1950-luvun loppuun saakka. Perheen suuren rakenteellisen muutoksen hän sijoittaa vuosille 1967–75.[106] Käsiteltävänä oleva ajanjakso kuuluu näin kokonaisuudessaan *Jallinoja*n luonnosteleman kotikultin aikakauteen. Sukupuolirooleille perustuva vahva perhekäsitys on siis ollut tyypillinen myös Suomessa.

Jäljempänä tarkastellaan, miten kansallinen »kotikultin» ympäröimä äidin hoivaan sidoksissa ollut lapsen edun tulkintaihanne ilmeni oikeuskirjallisuudessa ja korkeimman oikeuden käytännössä. Näiden jälkeen paneudutaan huollosta erotetun vanhemman oikeudelliseen asemaan kahden ajanjakson osuneen keskustelukysymyksen avulla. Näistä ensimmäinen koski tapaamisoikeutta ja toinen huoltoa koskevan päätöksen muuttamista. Kysymysten voidaan katsoa ilmentävän perheoikeudessa hiljalleen alkanutta yksilöllistymiskehitystä. Sama kehityssuuntaus näkyy myös asumuseron omaksumisessa, jota tarkastellaan seuraavaksi ensimmäisenä.

2.2.2. Asumuseromenettely – sovittelua tutkimisen sijasta

Avioerojen raju yleistyminen sotien jälkeen vaikutti varmasti osaltaan siihen, että kysymys asumuseromenettelyn omaksumisesta pohjoismaisten esi-

[104] *Jallinoja* hahmottaa perhekäsityksiä käsiteparin familistinen perhekäsitys – individualistinen perhekäsitys avulla. 1800-luvun puolella alkanut kehitys familistisesta perhekäsityksestä kohti individualistisempaa perhekäsitystä huipentui 1960-luvulla aina 1970-luvun puoliväliin asti, jolloin alkaa taas näkyä merkkejä familistisemmista piirteistä. Ks. liberaalis-individuaalisesta ihmiskäsityksestä ja sen yhteyksistä tähän kehitykseen *Jallinoja* (Perhe, työ ja tunteet 1984) s. 73, familistisesta ja individualistisesta perhekäsityksestä s. 72 alk.

[105] *Jallinoja* (Perhe, työ ja tunteet, 1984) s. 73.

[106] *Jallinoja* (Perhe, työ ja tunteet, 1984) s. 106–107.

kuvien mukaisesti tuli ajankohtaiseksi. Asumuseroa koskeva lainmuutos tuli voimaan vuoden 1948 joulukuun alusta alkaen. Asumuseromenettely ilmentää entistä sovinnollisempaa ja asianosaiskeskeisempää käsitystä avioerosta. Puolisoiden välirikon objektiivista arvioimista tuomioistuimessa ei pidetty enää tarpeellisena, vaan päinvastoin intiimien välien julkinen selvittely koettiin yksilön vapauden rajoitukseksi.[107] Asumuseroperusteisen avioeron saamiseksi riitti pelkkä puolisoiden yhteinen hakemus, kunhan siihen liittyi vuoden erillään asuminen ja säädetty sovittelu.

> Avioeroperusteiden ankaran tutkimisen taustalla on ilmeisesti ajatus avioliittoinstituution keskeisestä merkityksestä yhteiskunnan kannalta.[108] Avioliiton merkitys institutionaalisena, valtiota koossapitävänä voimana ei ilmeisesti voinut enää olla niin suuri kansakunnassa, jonka sodat olivat kuin ihmeen kautta yhdistäneet, mutta jossa perheet hajosivat ennen näkemättömällä frekvenssillä. Asumuseron sallimista pohjoismaiseen tapaan perheen sisäistä välirikkoa julkisesti selvittelemättä perusteltiin nyt yksinkertaisesti asianosaisten omasta intressistä lähtien, heidän intimiteettisuojaansa vedoten.[109]

Oikeuskirjallisuudesta ilmenee asumuseromenettelyn omaksumiselle edellistä huomattavasti proosallisempikin peruste. Niin *Melander* kuin *Rautiala*kin viittaavat nimittäin sodan jälkeisen asuntopulan aiheuttamiin vaikeuksiin. Asuntopulan vuoksi oli puolisoiden vaikea päästä sopimukseen siitä, kumpi heistä muuttaisi pois – välirikkoperusteinen avioerohan edellytti puolisoiden erillään asumista kahden vuoden ajan. Asumuseroa koskevassa ratkaisussa asumiskysymys voitiin jättää tuomioistuimen päätettäväksi.[110]

---

[107] *Brusiin* (1959) s. 59: »Fragt man nach der sozial vorherrschenden Grundeinstellung, die dem heutigen nordischen Ehescheidungsrecht als Unterlage dient, soll in erster Linie eine starke Betonung der Freiheit des Indiviidums hervorgehoben werden.» Ks. myös *Melander* (Lm 1947) s. 490, sama (1949) s. 53 ja *Helin* (1974) s. 26–27. *Rautiala* (1948) vetoaa käytännölliseen tapaansa tässä yhteydessä näyttövaikeuksiin puolisoiden keskinäisissä väleissä, s. 81. Voidaan tietenkin myös kysyä, oliko Suomella sodan jälkeen erityinen tarve samaistua muihin pohjoismaihin ja korostaa kulttuurien ja ajatustapojen välistä samankaltaisuutta. Ks. etenkin *Melander* (Lm 1947) s. 488.

[108] *Häggman* (1994) s. 172–182.

[109] Syynä asumuseron tarpeellisuuteen mainittiin myös tarve saada ositus toimitetuksi jo asumuseron perusteella eikä vasta erillään asumisen jälkeen – sekin varmasti käytännön kokemusten viisastamana, kuten *Melander* toteaa. *Melander* (Lm 1947) s. 492, sama (1949) s. 54. Osituksen tarpeellisuuteen viittaa myös *Rautiala* (1948) s. 81.

[110] Uudistuksen yhteydessä liitettiin huoneenvuokralakiin määräys, jonka perusteella tuomioistuin saattoi vapauttaa toisen puolisoista vuokrasuhteeseen liittyvistä velvollisuuksista. Ks. *Melander* (Lm 1947) s. 489–90, 493, *Melander* (1949) s. 52, *Rautiala* (1948)

Asumuseromenettely oli uudentyyppisen avioeroajattelun airut kahdessa mielessä. Ensinnäkin sitä voidaan pitää tavallaan yksinkertaistettuna avioeromenettelynä, vaikka yksinkertaisuus keskittyikin avioeron perusteen toteamiseen. Toinen uusi piirre koski sovittelua. Asumuseromenettelyynhän sisältyi pakollinen sovittelu.

> Sovittelun taustalla oli pohjoismaisten esikuvien lisäksi myös kotimaisen evankelis-luterilaisen kirkon piirissä vapaaehtoisena alkanut sovittelutyö.[111] Kirkko oli aloittanut oman sovittelutoimintansa avioeroasioissa vuonna 1944.[112] Tällä toiminnalla on katsottu olleen ratkaiseva merkitys asumuserosäännöstöön omaksutun sovittelumääräyksen kannalta. Sovittelua koskeva säännös otettiin näet lakiehdotukseen vasta eduskuntakäsittelyn aikana sen jälkeen, kun lakivaliokunnassa oli kuultu pastori *Voitto Viroa*, joka puolestaan oli ollut mukana aloittamassa sovittelutoimintaa muun muassa Helsingin seurakunnissa.[113]

Pakollinen sovittelu koski niitä tilanteita, joissa puolisot olivat yhdessä asumuseron hakijoina.[114] Sovittelijoiksi ei kuitenkaan määrätty uusia sovittelijoita vaan paikalliset kirkkoherrat. Vain tuomioistuimen erillisen määräyksen seurauksena saattoi muu sovittelu täyttää lain asettamat vaatimukset.[115]

> Ajalle ominaista oli, että sovittelun tehtävänä oli ensisijaisesti saada puolisot sopimaan yhteiselämän jatkamisesta. Toisena tavoitteena oli

---

s. 80. Uudistuksen vaikutuksia on selvitetty vain 1960-luvulta: *Markku Helin* ei löytänyt juurikaan asumista koskevia tuomioistuinmääräyksiä. *Helin* (1974) s. 54–56, 68–69.

[111] Muiden Pohjoismaiden sovittelusäännöstöistä etenkin *Melander* (1949) s. 58.

[112] Usein mainittu lähtölaukaus evankelisluterilaisen kirkon avioliittoneuvonnalle oli 19.11.1944 tamperelaisessa Aamulehdessä julkaistu ilmoitus: »Älkää ottako avioeroa. Tarjoamme apua vaikeuksissanne.» Ks. *Esko* (Sielunhoidon Aikakauskirja 1993) s. 13. *Melander*in mukaan rintamalta palanneet miehet olivat tottuneet kysymään neuvoa rintamapapiltaan. *Melander* (Lm 1958) s. 561. *Satka* (1995) mainitsee pastori *Matti Joensuu*n hakeneen oppia Isosta Britanniasta, s. 136–137. Ks. *Joensuu*n synodaaliväitöskirjasta Avoliitto, avioliitto, perhe (1972) *Helin* (1974) s. 31.

[113] *Sihvo* (1976) s. 35, lakivaliokunnan aloitteeseen viittaa myös *Melander* (1949) s. 58.

[114] *Sihvo* näyttää rinnastavan NK:n vuode- ja asumuserosäännöstön mukaiset kirkolliset varoitukset ja uuden sovittelusäännöstön. *Sihvo* (1976) s. 35. Toisin kuitenkin *Melander* (1949) s. 44–45 ja *Mahkonen* (1978) s. 91, jotka korostavat vuode- ja asumuseron luonnetta rangaistuksena ja pakottamiskeinona.

[115] Ortodoksista kirkkokuntaa edusti laissa ortodoksisen seurakunnan esimies. Lisäksi lain mukaan sovittelijana saattoi olla muun uskonnollisen yhdyskunnan johtaja, jos jompikumpi puolisoista kuului tällaiseen uskonnolliseen yhteisöön. Kirkkoon kuulumattomien oli siis käytettävä myös kirkollista sovittelua tai pyydettävä tuomioistuimelta erillisen sovittelijan määräämistä. *Melander* (1949) s. 58–59, ks. po. AL 84a §, mts. 29–30.

avioeron seurausten selvittäminen ja vasta sen jälkeen sovinnollinen ero.[116]

Sovittelu tuli asumuseromenettelyyn tavallaan tuomioistuimen tutkimisen sijaan.[117] Sitä voitaneen pitää yhtenä ilmauksena puolisoiden välisen tunnesiteen saamasta entistä suuremmasta merkityksestä.[118] Intervention muutos puolisoiden suhteen osalta ei kuitenkaan vaikuttanut tuomioistuimen tutkimisvelvollisuuteen lasten huoltoa koskevassa kysymyksessä. Eräässä mielessä vaikutus oli jopa päinvastainen: lapsen huoltoa koskeva kysymys tuli tutkia tuomioistuimessa sekä asumus- että avioeropäätöksen yhteydessä.[119]

Asumuserosovittelua muutettiin vuonna 1963 siten, että lain mukaisiksi sovittelijoiksi tulivat myös sosiaalilautakuntien määräämät kunnalliset sovittelijat, minkä lisäksi kirkon perheasian neuvottelukeskukset saattoivat toimia suoraan lain nojalla sovittelijoina. Sovittelu tuli siis asiantuntijakeskeisemmäksi. Samalla yhteiselämän jatkamisen tavoitetta lievennettiin. Sovittelijan tuli uuden lain mukaan keskustella puolisoiden kanssa »yhteiselämän jatkamisen mahdollisuuksista». Uudistetussa sovittelupykälässä sovittelija velvoitettiin kiinnittämään huomiota myös puolisoiden lasten aseman turvaamiseen.[120] Uudistettunakin sovittelu säilyi pakollisena. Pakollisuutta koskeva kritiikki alkoi voimistua vasta 1970-luvulta alkaen.[121]

2.2.3. Äidin hoivan merkitys oikeuskirjallisuudessa

Vaikeista sotavuosista huolimatta suomalainen oikeustiede tuotti 1940-luvulla ensimmäiset tärkeät lapsen huoltoa koskevat teokset. Kirjoittajista on mai-

---

[116] Ks. *Melander* (1949) s. 60, *Sihvo* (1976) s. 35. Vrt. tavoitteiden osalta Englantia koskeva jakso, kohta 5.1. (Sovittelu).

[117] Ks. edellä vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 3.3. (Avioero- ja parisuhdekäsitysten muuttuminen).

[118] Ks. edellä kohta 2.2.1. (Kehitystä koskevia oletuksia ja suomalaisia erityispiirteitä).

[119] *Melander* katsoikin, että huoltajan oikeuksia tuli rajoittaa tulevaa avioeron yhteydessä annettavaa huoltoratkaisua silmälläpitäen. Hän päätteli, että huoltaja ei voi tehdä sellaisia ratkaisuja – esimerkiksi asettua lapsen kanssa pysyvästi ulkomaille –, jotka tekisivät uuden lopullisen huoltoa koskevan järjestelyn mahdottomaksi. *Melander* (1949) s. 111–113. Ks. myös *Telaranta* (Lm 1957) s. 56–57, joka korostaa tuomioistuimen velvollisuutta kontrolloida puolisoiden välisiä lapsen huoltoa koskevia sopimuksia ja viittaa myös em. eroon Ruotsin lakiin nähden. Ks. edellä kohta 2.1.3.2. (Avioerouudistus ja lapsen huoltoon liittyvä interventio).

[120] *Sihvo* (1976) s. 36–38, *Rautiala* (1975) s. 75–76.

[121] Ks. kritiikistä tiivistetysti *Valkama* (1991) s. 18 alk.

nittava ennen muita *Ilmari Melander* ja *Martti Rautiala*. *Melander*in väitöskirja vuodelta 1939 tarkasteli lähinnä lapsen huollon käsitettä, historiaa ja sen sisältöä.[122] Väitöskirjan eräänlainen jatko-osa »Avioeron ja puolisoiden välien rikkoutumisesta johtuneen erillään-asumisen vaikutuksesta lapsen huoltoon» ilmestyi vuotta myöhemmin.[123] Jälkimmäinen teos on tämän tutkimuksen aihepiirin kannalta keskeinen. Vuonna 1946 ilmestyi *Martti Rautialan* teos »Avioliiton purkaminen», jossa puututtiin moniin *Melander*in esiin nostamiin kysymyksiin lapsen huollosta.[124] Näiden lisäksi lapsen huollosta keskustelivat muiden ohessa *Candolin* ja *Caselius*.[125] Myös esimerkiksi Lainopillisen yhdistyksen keskustelukysymyksenä oli vuonna 1940 eronneiden vanhempien mahdollisuus muuttaa sopimuksella huoltoa koskevaa päätöstä.[126] Keskeisimmät kannanotot huoltajan määräämiseen tulivat *Melander*ilta ja *Rautiala*lta. *Melander* antoi suosituksen, jonka mukaan

> »ainakin pienempien lasten etu tulee säännönmukaisesti paremmin varteenotetuksi, jos niiden huolto uskotaan äidille».

Hän perusteli näkemystään muun muassa Norjan laissa olleella äidin etusijalla, kun kyse oli pienempien lasten huoltajuudesta. Koska sisarusparven jakaminenkin vanhempien kesken oli toisinaan tarkoituksenmukaista, *Melander* arvioi edelleen, että tyttärien ja pienempien lasten huolto olisi mieluummin uskottava äidille, poikien taas isälle. Hän ei kuitenkaan hyväksynyt mitään ehdottomia sääntöjä, vaan painotti tapauskohtaista arviointia ja antoi merkitystä myös lapsen omalle toivomukselle.[127]

---

[122] Alkulauseessaan *Melander* toteaa, että hänen alkuperäisen aiheensa (lapsen yksityisoikeudellinen huolto kokonaisuudessaan) laajus on tehnyt välttämättömäksi sen jakamisen kahteen erilliseen teokseen. *Melander* (1939) s. V.

[123] *Melander* (1940).

[124] *Rautiala* (1946). Tässä yhteydessä lienee paikallaan mainita, että Rautialan vuonna 1945 ilmestynyt väitöskirja »Puolisoiden velkasuhteet avioliittolain mukaan I, Avioliiton aikana» oli tekijänsä alkulauseen mukaan syntynyt lähes sananmukaisesti sodan keskellä.

[125] *Candolin* (JFT 1937). *Rautiala* on siteerannut *Caseliuksen* lausuntoa Lainopilliselle tiedekunnalle *Melander*in teoksesta Avioeron vaikutus lapsen huoltoon. Tätä lausuntoa ei valitettavasti ole voitu alkuperäisenä jäljittää. Sen sisältämät kommentit ovat *Rautialan* siteeraamina kuitenkin mielenkiintoisia. Ks. *Rautiala* (1946) s. 206.

[126] *Kaira* ym. (JFT 1940) s. 104 alk.

[127] Vrt. Saksaa koskeva jakso, kohta 2. (Isän valta »väterliche Gewalt»). *Melander* (1940) s. 80–81. *Melander* viittaa kirjoituksissaan hyvin usein muiden maiden lakeihin, esim. s. 15–18, 80, 100. Ks. *Melander*in näkemyksistä puolison oman intressin huomioon ottamisesta sekä syyllisyyskysymyksen arvioimisesta mts. 82–86.

Rautiala oli arvioissaan *Melander*ia jonkin verran suoraviivaisempi. Tosin hänkin totesi puolison sopivuuden olevan ratkaiseva kriteeri, ja sopivuuden osalta hän viittasikin alaviitteessään laajasti *Melander*in tekstiin. Sopivuus näytti kuitenkin *Rautialan* käsityksen mukaan merkitsevän, että

> »riidanalaisessa tapauksessa olisi etusija ehdottomasti annettava äidille ja uskottava lapsen huolto hänelle. Oikeuskäytäntö käykin meillä tähän suuntaan».[128]

Rautialan näkemykset sopivat hyvin sukupuolten erilaisia rooleja korostavaan ajatteluun. Tätä tukee myös hänen syyllisyyden merkitystä koskeva arvionsa. Hän totesi kyllä yleisesti ja jälleen *Melander*ia siteeraten, että pääasiallinen syyllisyys voi olla vaikeasti määriteltävissä. Syyllisyyskysymys tuli hänen päättelyssään kuitenkin ajankohtaiseksi vasta, kun oli sovellettu pääsääntöä, äidin etusijaa. Syyllisyydestä tuli näin kriteeri, jolla arvioitiin erityisesti äidin sopivuutta. Kun *Rautiala* totesi lain tarkoituksena olevan, että lapsen etu yksin ratkaisisi huoltokysymyksen ja että syyllisyys voitaisiin siksi ottaa huomioon vain, jos se samalla todisti puolison sopimattomuutta huoltajaksi, oli esimerkkinä lapsen edun vastaisuudesta tilanne, jossa äiti oli huonomaineinen ja juoppo.[129]

Rautialan ja *Melander*in hienoinen näkemysero heijastui myös heidän kannanottoihinsa valtion intervention tarkoituksesta puolisoiden keskinäisen sopimuksen kontrolloimisessa. *Melander*in lähtökohta oli jonkin verran teoreettisempi. Hänelle tuomioistuimen päätös lapsen huollosta oli eräänlainen tae siitä, että valtion etu tuli valvotuksi. Lasten etu on hänen esityksessään eräänlainen oikeuspoliittisesti tärkeä yhteiskunnallinen intressi.[130] *Rautiala*lle

---

[128] *Rautiala* (1946) s. 207.

[129] *Rautiala* (1946) s. 206. Kyseinen esimerkki lienee luonut pohjan sille kihlakunnantuomareiden suullisen perinteen tuntemalle nyrkkisäännölle, jonka mukaan lapset on tuomittava äidille, ellei äiti ole »sekä juoppo että huora».

[130] *Melander* (1940) s. 9, ks. »lapsikansalaisuudesta» edellä kohdassa 2.1.3.2. (Avioerouudistus ja lapsen huoltoon liittyvä interventio). *Melander*in tarkastelutapaan saattoi vaikuttaa myös hänen muutenkin teoreettisluonteisempi otteensa lapsen huoltoon. Väitöskirjansa alussa *Melander* pohti mm. lapsen huolto-oikeuden luonnetta subjektiivisena oikeutena. Hän puolusti subjektiivisia oikeuksia yleensä ja lapsen huolto-oikeutta tietenkin erityisesti. Subjektiivisella oikeudella hän tarkoitti valtion yksilölle takaamaa yksityistä valtapiiriä, jonka sisällä yksilö saattoi itse harjoittaa määräämisvaltaa *Melander* (1939) s. 22–29. Subjektiivisen huolto-oikeuden perustamisessa tuomioistuimen aktilla oli tärkeä merkitys *Melander* (1939) s. 44 alk. Subjektiivisista oikeuksista enemmän *Helin* (1988) s. 182 alk., niiden asemasta 1940-luvun oikeustieteellisessä keskustelussa mts. 287–288 ja edelleen 1950-luvulla s. 302 alk.

tuomioistuimen toimivalta oli puolestaan ennemminkin suoja puolisoiden sopimuksen syntyä mahdollisesti rasittavia virheitä vastaan. Erityinen merkitys näytti tässäkin olleen naisten suojelemisella. Mies ei *Rautialan* mukaan voisi painostaa äitiä alentamaan lasten elatusmaksuja vaatimalla itselleen lasten huoltoa, sillä tuomioistuin määräisi lasten huollon joka tapauksessa lasten edun mukaan – ja siis yleensä äidille.[131]

1940-luvun lopulla niin *Melanderin* kuin *Rautialan*kin kannat pehmenivät jonkin verran. *Melander* totesi, että lapsen etu

> »on ymmärrettävä siten, että lapsen huolto on uskottava lähinnä sille puolisoista, joka siihen lapsen kannalta parhaiten pystyy».

Tämä taas riippui oikeuden vapaasta harkinnasta. Syyttömällä oli etusija siinä tapauksessa, että molemmat olivat yhtä soveliaat lapsen huoltajiksi.[132]

*Rautiala*kaan ei enää puolustanut äitejä yhtä suorasukaisesti kuin aikaisemmin vaan korosti, että ratkaisevaa oli puolisoiden sopivuus huoltajaksi. »Äidille ei ole annettu mitään etusijaa, vaikka se (huolto) käytännössä useimmiten hänelle myönnetään», hän totesi. Syyllisyys voitiin *Rautialan* mukaan ottaa huomioon vain silloin, kun se samalla osoitti sopimattomuutta huoltajaksi.[133] *Rautialan* ohjeet on kuitenkin edelleenkin helppo tulkita siten, että äidillä on etusija, ellei hänen syyllisyytensä osoita häntä kelvottomaksi huoltajaksi.

1950- ja 1960-luvuilla lapsen huoltoa koskeva oikeudellinen keskustelu oli varsin laimeaa. Keskeiset julkaisut koostuivat *Rautialan* teosten uusista painoksista, joissa vakiintuneisiin tulkintoihin ei kuitenkaan enää puututtu.[134] 1950-luvun lopulla ilmeistyi *Brusiin*in avioeroa oikeusvertailevasti käsittelevä teos »Zum Ehescheidungsproblem», jonka syvällisiä pohdintoja ei kuitenkaan ulotettu lapsia koskeviin kysymyksiin.[135] Asumuseromenettelyn avautuminen ei siten tästäkään näkökulmasta tuonut mitään uutta lasten huollon määräämiseen. Vasta 1970-luvulla keskustelu vihdoin vilkastui, kun uusi tutkijapolvi alkoi tarkastella vanhoja instituutioita kriittis-yhteiskunnallisesta

---

[131] *Rautiala* (1946) s. 207.

[132] *Melander* (1949) s. 112.

[133] *Rautiala* (1948) s. 119. Vrt. edellä, missä *Rautiala* varsin suoraviivaisesti arvioi syyllisyyden perusteella äidin sopivuutta äidiksi.

[134] *Rautiala* ei vuoden 1948 jälkeen enää muuta tekstiään huoltajan määräämisestä. Sanamuoto on muuttumattomana esim. vuoden 1959 (s. 133) ja 1965 painoksessa (s. 134) ja vielä vuoden 1975 painoksessa s. 127, samoin »Holhousoikeus» -teoksessa, ks. *Rautiala* (1952) s. 48.

[135] *Brusiin* (1959).

näkökulmasta. Nämä uudistajat muokkasivat kuitenkin jo seuraavaa, psykologisen yksinhuoltajan ihannetta ja heihin palataan sen vuoksi sitä käsittelevässä jaksossa.

2.2.4. Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä

Korkeimman oikeuden vuosikirjoissa julkaistiin vuosina 1930–1965 yli kolmekymmentä lasten huoltoon eri tavoin liittyvää ratkaisua. Suuri osa näistä ratkaisuista osui sotaa välittömästi seuranneisiin vuosiin. Sotavuodet varmaankin lisäsivät tapausten lukumäärää. Ratkaistavana olleet oikeuskysymykset liittyivät kuitenkin tavanomaiseen tulkintajuridiikkaan.

Koko ajanjakson kuluessa ratkaistuista noin 35:stä tapauksesta 18 oli sellaisia, joissa lapsen huollosta päätettiin avio- tai asumuseron yhteydessä tai vanhempien erillään asumisen johdosta. Näissä tapauksissa huolto määrättiin äidille ylivoimaisesti useammin kuin isälle. Tuomioistuin ratkaisi huollon äidin hyväksi 14:ssä ja isän hyväksi kolmessa tapauksessa. Yhdessä tapauksessa lapset jaettiin.[136]

Lasten huolto määrätiin äidille aina, kun avioero tuomittiin välirikon tai erillään asumisen perusteella, ja aina, kun isä oli syyllinen avioeroon.[137] Kumpaankin mainittuun ryhmään kuului myös tapaus, jossa korkein oikeus korjasi lopputulosta äidin hyväksi.

> Tapauksessa KKO 1939 II 484 alioikeus oli tuomitessaan puolisot välien rikkoutumisen vuoksi avioeroon määrännyt heidän alaikäisen lapsensa toisen avioparin huollettavaksi. Hovioikeus ei pitänyt kyseistä järjestelyä lain (HolhL 23.2 §) mukaisena ja määräsi lapsen huollon sen vuoksi isälle. Korkein oikeus katsoi huomioonottaen HolhL 23.2 §:n säännökset, että lapsen huolto oli määrättävä äidille.

---

[136] Lapset määrättiin äidille KKO 1931 II 205, 1931 II 448, 1931 II 497, 1939 II 484, 1946 II 157, 1947 II 199, 1947 II 364, 1948 II 127, 1948 II 149, 1948 II 269, 1948 II 311, 1949 II 19, 1949 II 348, 1950 II 127 (n= 14);

Lapset määrättiin isälle KKO 1942 II 25, ja KKO 1948 II 198, 1949 II 318 (n = 3);

Lapset jaettiin vanhempien kesken KKO 1935 II 150 (n = 1).

Myös esim. kaikki kolme tapaamisoikeutta vaatinutta eronsaanutta puolisoa olivat isiä. Sen sijaan täytäntöönpanoa koskevissa jutuissa isät olivat huoltajina (KKO 1943 II 214a, KKO 1946 II 147, KKO 1964 II 27). Tapaamisoikeutta koskeviin ratkaisuihin samoin kuin lapsen huollon muuttamista koskeviin ratkaisuihin palataan jäljempänä.

[137] Avioero tuomittiin välirikon perusteella seuraavissa tapauksissa: KKO 1931 II 205, 1931 II 448, 1931 II 497, 1939 II 484, 1947 II 364, 1949 II 19, 1948 II 149 ja 1950 II 127. Isän syyllisyyden perusteella avioero tuomittiin seuraavissa tapauksissa: KKO 1946 II 157, 1948 II 127, 1948 II 269, 1948 II 311 (AL 71 §), 1949 II 348.

Tapauksessa KKO 1946 II 157 alemmat oikeusasteet olivat määränneet lapsen huollon isälle. Korkein oikeus totesi, että isää oli pidettävä pääasiallisesti syypäänä yhteiselämän lopettamiseen ja äitiä oli pidettävä vähintään yhtä soveliaana lapsen huoltajaksi kuin isääkin, »joka ei ollut edes kodissaan lasta huoltanut ja kasvattanut». Äiti oli siten HolhL 23.2 §:n mukaan »lähin» tyttären huoltajaksi.

Lapset uskottiin isän huoltoon vain, jos äiti oli syyllinen avioeroon.

Tapauksessa KKO 1942 II 25 molemmat vanhemmat olivat syyllistyneet huoruuteen. Äitiä rangaistiin ehdollisella vankeustuomiolla ja isää sakoilla. Lapset määrättiin isälle.

Tapauksessa KKO 1948 II 198 äiti tuomittiin ehdottomaan vankeusrangaistukseen huoruusrikoksesta, ja lapset uskottiin isän huoltoon.

Tapauksessa 1949 II 318 avioeron perusteena oli, että äiti oli poistunut yhteisestä kodista »pätevättä syyttä» eikä ollut suostunut palaamaan yhteiselämään (AL 76 § 2 mom.). Lapset olivat jääneet isän huostaan, joka määrättiin heidän huoltajakseen.

Kuten edellä olevista esimerkeistä voi päätellä, äidin syyllisyyden piti todennäköisesti kuvastaa äidin erityistä sopimattomuutta lasten huoltajaksi. Oikeuskäytäntö näyttäisi näin ollen noudattavan *Rautialan* edellä selostettuja tulkintoja.[138] Syyllinenkin äiti voitiin siten määrätä lasten huoltajaksi, jos syyllisyys ei osoittanut moitittavuutta äidin roolissa. Näin tehtiin ratkaisussa KKO 1947 II 199. Kyseisessä tapauksessa syyllisyydelle olikin osoitettavissa lieventäviä asianhaaroja.

Tapauksessa avioero tuomittiin äidin aviorikoksen perusteella. Korkeimmassa oikeudessa ei tosin enää riidelty lapsen huollosta, vaan siitä, oliko äidillä oikeus saada osituksessa avio-oikeuden nojalla omaisuutta. Korkein oikeus katsoi, että äiti ei ollut menettänyt tätä oikeuttaan, sen vuoksi että aviorikos oli tapahtunut vasta puolisoiden asuttua pitkähkön ajan erillään. Selostuksesta ei selviä, onko tällä näkökohdalla ollut merkitystä huoltokysymyksessä, mutta se tosiseikka, että puolisot olivat asuneet vakituisesti erillään, on ehkä vaikuttanut siten, että huoltoa on arvioitu samaan tapaan kuin välien rikkoutumisen vuoksi tuomituissa avioerotapauksissa. Selostuksessa mainitaan myös, että asiasta oli hankittu holhouslautakunnan lausunto. Samanlaista mainintaa ei ole esimerkiksi edellä mainitussa tapauksessa KKO 1948 II 198.

Ainoassa tapauksessa, jossa lapset jaettiin, lasten huollosta päätettiin vanhempien asuessa erillään ilman avioerotuomiota (KKO 1935 II 150).

Yhteenvetona edellä olevasta voidaan todeta, että äideillä näyttäisi olleen etusija ainakin silloin, kun avioero tuomittiin välirikon perusteella. Jonkin

[138] Ks. edellinen kohta 2.2.3. (Äidin hoivan merkitys oikeuskirjallisuudessa).

verran epäselvemmäksi jää sen sijaan äidin etusijan suhde äidin syyllisyyteen. Muutamien ratkaistujen tapausten valossa näytti siis siltä, että syyllisyys avioeroon ei yksin tee äitiä sopimattomaksi lapsen huoltoon, vaan että syyllisyyden piti osoittaa äidin erityistä sopimattomuutta. Tämä tulkinta saa tukea *Rautialan* kirjallisuudessa esittämästä näkemyksestä syyllisyyden merkityksestä. Näiden tapausten valossa jää kuitenkin avoimeksi se, muuttuiko suhtautuminen syyllisyyteen myöhemmin ja vaikuttiko esimerkiksi asumuseron vakiintuminen syyllisyyden merkityksen arvioimiseen. Korkeimman oikeuden julkaistujen ratkaisujen lukumäärä väheni näet 1940-luvun jälkeen huomattavasti. 1950-luvun vaihteen jälkeen vuoteen 1970 mennessä korkeimman oikeuden vuosikirjoissa ei enää julkaistu asumus- tai avioeroa ja lapsen huoltoa koskeneita ratkaisuja.

Puheena olevana ajanjaksona vakiintui myös tapa pyytää lapsen huoltoa koskevan asian ratkaisua varten lausunto holhouslautakunnalta, huoltolautakunnalta tai molemmilta.[139] Käytäntö perustui ilmeisesti oikeusministeriön 16.6.1944 päivättyyn kiertokirjeeseen, joka oli osoitettu raastuvanoikeuksille ja kihlakunnanoikeuksille.[140] Lausunnon pyytämisen yleistymistä voidaan pitää yhtenä ilmauksena lapsen omille tarpeille annetuista entistä suuremmasta merkityksestä. Korkein oikeus palautti ratkaisussaan KKO 1948 II 132 ja KKO 1948 II 398 lapsen huoltoa koskevan asian alioikeuteen, koska asianomaista holhouslautakuntaa ei ollut kuultu, ja vaikutti näin selvästi lausuntokäytännön vakiintumiseen.[141]

Holhouslautakunnan kuuleminen ilmentää tavallaan myös yhdenlaista ulkopuolisen asiantuntemuksen käyttöä. Varsinaisen psykotieteellisen asiantuntemuksen vaikutusta suomalaiseen lapsen huoltoa koskevaan oikeudelliseen keskusteluun ei kuluneen jakson aikana ole voitu havaita, vaikka mo-

---

[139] Ruotsissa oli jo vuosisadan alussa otettu käyttöön mahdollisuus pyytää lausunto lastensuojelulautakunnalta. Vrt. Ruotsia koskeva jakso, kohta 2.3. (»Ty med hänsyn till barnets bästa finnes skäligt»).

[140] Näin *Rautiala* (1946) s. 204–205 alav. 103. Vasta vuonna 1970 tehdyllä asetuksenmuutoksella velvoitettiin tuomioistumet hankkimaan sekä holhouslautakunnan että lastensuojeluasioita käsittelevän kunnallisen viranomaisen lausunto, jos huoltoa koskeva asia oli riitainen (ALA 37 § 172/1970) Savolainen (1984) s. 213 alk..

[141] *Rautiala* viittaa ratkaisuun KKO 1938 II 155. Siinä juttu palautettiin tosin huoltolautakunnan kuulemista varten, mutta asia oli jossain määrin poikkeava siksi, että kyseinen lapsi oli käsittelyn aikana huoltolautakunnan huostassa. Lautakunnalle oli huostassaolon ajaksi siirtynyt lapsen huolto- ja kasvatusoikeus (LastSL 1936) ja lautakunnan kuulemiselle oli siten erityinen syy. *Rautiala* (1946) s. 204–205 alav. 103. Maininta lausunnon hankkimisesta puuttui em. tapauksesta KKO 1948 II 198. Siinä äiti kuitenkin tuomittiin ehdottomaan vankeusrangaistukseen. Lausuntoa on ilmeisesti pidetty turhana.

nissa vertailumaissa näin olikin.[142] Viitteitä asiantuntijakulttuurin vaikutuksesta suomalaiseen sosiaalityöhön 1950-luvulta alkaen on kuitenkin voitu osoittaa.

> *Mirja Satka* on tutkinut sosiaalityöntekijöiden ammatillisia käytäntöjä ammattikunnan synnystä 1950-luvulle asti. Hän on havainnut sosiaalityöntekijöiden omaksuneen erityisesti jakson loppuvaiheessa kansainvälisten yhteyksien perusteella tietyn amerikkalaisen työskentelytavan. Tämä työskentelymetodi nojautui *Bowlbyn* teorioihin, ja se painotti erityisesti äidin merkitystä lasten kasvattajana. *Satka* on katsonut, että sosiaalityöntekijöiden teoreettisen lähestymistavan taustalla oli pyrkimys väestön normalisointiin sodanjälkeisessä tilanteessa. Normalisoinnin katsottiin parhaiten tapahtuvan siten, että vahvistettiin kotien merkitystä, vaikka samaan aikaan naisten taholla esitettiin jo vaatimuksia työelämään osallistumisesta kodin ulkopuolella.[143]

2.2.5. Huollosta erotetun vanhemman oikeudellinen asema

Avioliittolain säätämisvaiheessa avioeron katsottiin ilmeisesti katkaisevan lapsen ja huollosta erotetun vanhemman suhteen lopullisesti ja kerta kaikkiaan. Tähän viittaa sekin, että vuoden 1929 uudistuksiin ei sisältynyt toisen vanhemman tapaamisoikeutta eikä edes huoltoa koskevan ratkaisun muuttamista koskevia säännöksiä. Näin oli siitä huolimatta, että esimerkiksi Ruotsissa tapaamisoikeudesta oli säädetty vuoden 1915 avioliittolaissa samassa yhteydessä kuin huollon määräämisestäkin.[144] Mahdollisuus muuttaa myöhemmin huoltoa koskevaa ratkaisua näytti puuttuvan erityisesti AL 114 ja 115 §:stä. Niiden perusteella oli mahdollista muuttaa muuttuneiden olosuhteiden vuoksi monia muita liitännäiskysymyksiä koskevia ratkaisuja, mutta ei lapsen huoltoa.[145] Näistä kahdesta kysymyksestä keskusteltiin paljon oikeuskirjallisuudessa. Seuraavassa tarkastellaan ensin huoltopäätöksen muuttamisen mahdollisuutta ja sen jälkeen vanhemman tapaamisoikeutta koskevaa keskustelua.

Oikeuskirjallisuudessa katsottiin yleensä, että huoltoa koskevan päätöksen muuttamismahdollisuus oli niin tarpeellinen, että siihen täytyi olla mah-

---

[142] Ks. vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 3.1. (Avioerolapsia koskeva käyttäytymistieteellinen asiantuntemus).

[143] *Satka* (1995) s. 117–169 ks. myös s. 189 alk. Ks. *Bowlbyn* teorioista edellä Englantia koskeva jakso, kohta 6.2. (Lapsen etu – äidin hoiva).

[144] Ks. Ruotsia koskeva jakso, kohta 2.3. (»Ty med hänsyn till barnens bästa finnes skäligt»).

[145] Ks. *Huttunen* (1945) s. 209–211.

dollisuus, jos ei muulla perusteella niin ainakin »asian luonnosta» johtuen.[146] Asia tuli kuitenkin uuteen valoon, kun hallintoneuvos *Kurt Kaira* käsitteli sitä Lainopillisessa yhdistyksessä vuonna 1939. *Kaira* katsoi, että oikeutta päätöksen muuttamiseen ei ole. Hän perusteli sitä *Tirkkosen* väitöskirjassaan esittämällä näkemyksellä, jonka mukaan muuttuneet olosuhteet voidaan ottaa huomioon oikeusvoiman syrjäyttämiseksi ainoastaan nimenomaisen lainsäännöksen nojalla.[147] Tällaista nimenomaista säännöstä ei vuoden 1936 jälkeen ollut, sillä vanhemman kasvatusoikeudestaan erottamista koskeva holhouslain pykälä (HolhL 57.3 §) oli kumottu uuden lastensuojelulain säätämisen yhteydessä.[148]

> Korkein oikeus oli myös katsonut ratkaisussaan KKO 1937 II 566, että se ei voinut käsitellä kasvattamisoikeudesta vapauttamista koskevaa vaatimusta, koska vaatimus ei lastensuojelulain voimaantulon jälkeen (1.1.1937) kuulunut enää alioikeudelle. Tapauksessa lasten huolto oli jäänyt yksin äidille isän kuoltua. Isän täti oli vaatinut äidin vapauttamista kasvattamisoikeudesta sillä perusteella, että äiti vaaransi kasvatuksen »siveettömällä ja pahatapaisella elämällään».

Korkeimman oikeuden käytännössä huoltoa koskevia ratkaisujen muuttamiseen kehittyi vähitelleen myönteinen kanta.

---

[146] Asian ilmaisi *Rautialan* mukaan *Caselius Melanderin* teoksesta (1940) lainopilliselle tiedekunnalle osoittamassaan lausunnossa laajemmin seuraavasti: »sillä asian luonnosta johtuen täytyy tämänkaltainen päivästä päivään muuttuva huoltosuhde voida tulla uudelleen ratkaistavaksi.» *Caselius* oli tässä asiassa samaa mieltä kuin *Melanderkin*, joka johti perustelun »lapsen huollosta annettujen päätösten omalaatuisesta luonteesta sekä yleisistä huoltoa koskevista oikeudellisista periaatteista.» *Melander* (1940) s. 63. *Rautiala* perusteli lapsen huoltoa koskevan päätöksen muuttamista holhousoikeuden periaatteilla. Oikeus voi HolhL 57.2 §:n perusteella erottaa holhoojan holhoustoimestaan »eikä laki aseta vanhempia tässä suhteessa eri asemaan kuin muitakaan holhoojia». *Rautiala* (1946) s. 209.

[147] *Kaira* ym. (JFT 1940) s. 105. Samaan lopputulokseen oli tullut myös *Candolin* (JFT 1937) s. 582. Ks. myös *Tirkkosen* väitöskirja »Oikeusvoimasta», vuodelta 1933.

[148] Lastensuojelulaissa säädettiin alle 16-vuotiaan lapsen ottamisesta huoltolautakunnan huostaan. Sen katsottiin ilmeisesti vastaavan asiallisesti holhouslain mukaista kasvatusoikeudesta erottamista. *Candolin* (JFT 1937) s. 582 katsoi, että »vårdnadsrätt torde väl knappast kunna ändras i annan än den i 57 § FörmL eller i lagen om barnskydd förutsatta ordning. Det vore ju för övrigt föga lämpligt att, där förmyndardomstolen och äktenskapsdomstolen icke är densamma, sen senare skulle förändra och upphäva den förras beslut. *Candolin* piti huolto-oikeuden muuttamista HolhL 57 §:n nojalla kuitenkin periaattessa mahdollisena. Ks. myös KKO 1933 II 303, missä lainkohtaa on ilmeisesti ajateltu, vaikka sitä ei olekaan erikseen mainittu.

Tapauksessa KKO 1938 II 155 avioeron yhteydessä huollosta erotettu isä vaati, että hänen entinen vaimonsa erotettaisiin kasvattajan- ja holhoojantoimesta ja heidän yhteisen lapsensa huolto uskottaisiin hänelle. Hovioikeus oli jättänyt asian tutkimatta vedoten siihen, että lastensuojelulain tultua voimaan se ei ollut enää tuomioistuinasia. Korkein oikeus totesi kuitenkin, että *kyse ei ollut vanhemman erottamisesta kasvatusoikeudestaan lapsen ottamiseksi huoltolautakunnan huostaan, vaan sen asian ratkaisemisesta, kumpiko vanhemmista oli oikeutettu saamaan lapsen kasvatettavakseen ja holhottavakseen.* Korkein oikeus palautti jutun hovioikeuteen »laillista menettelyä varten».[149]

Asiaa käsiteltiinkin toisesta näkökulmasta alioikeudesta alkaen ratkaisussa KKO 1941 II 163. Korkein oikeus ja hovioikeus pysyttivät Helsingin raastuvanoikeuden päätöksen, »ty och som det icke visats, att (äidin nimi) vore olämpligt att handhava vårdnaden om (tyttären nimi), utan det fastmer framgått, att det vore med bemälda minderårigas bästa mest förenligt att vårdnaden om henne fortfarande omhändertas av hennes mor, förkastade RR (isän nimi)s yrkande.» Tapauksessa isä vaati lapsen huoltoa koskevan päätöksen muuttamista sen jälkeen, kun äiti oli mennyt uudelleen naimisiin Unkarin kansalaisen kanssa ja muuttanut tyttärensä kanssa sinne. Perustelu viittasi siihen, että huoltoa koskevaa päätöstä muutettaessa oikeusohjeena olisivat HolhL 23.2 §:stä ilmenevät periaatteet.[150]

Tapauksessa KKO 1945 II 61 äiti oli vaatinut huoltoa koskevan päätöksen muuttamista. Holhouslautakunta, johon alioikeus yhtyi, puolsi vaatimusta sillä perusteella, että isän mentyä uudelleen naimisiin hänen olosuhteensa olivat selvästi muuttuneet lapselle epäedullisemmiksi. HO hylkäsi vaatimuksen, koska isän ei ollut näytetty laiminlyöneen lapsen hoitoa. KKO lisäsi tähän vielä, että myöskään olosuhteet eivät olleet muuttuneet siten, että äitiä olisi tullut pitää parempana huoltajana. Korkein oikeus viittasi HolhL 23.2 §:ään ja 57.2 §:ään.[151]

Korkein oikeus arvioi samasta näkökulmasta tapausta KKO 1947 II 93. Siinä huolto ja holhous periaatteessa todella siirrettiin äidiltä isälle. Olosuhteet olivat tapauksessa muuttuneet niin, että isää oli lapsen etu huomioon ottaen pidettävä nyt äitiä olennaisesti sopivampana kyseessä olevan lapsen huoltajaksi. Lapsi oli avioeron jälkeen otettu lastensuojelulain nojalla huoltolautakunnan huostaan ja toimitettu kasvatuslaitokseen. Huolto uskottiinkin isälle vain siinä tapauksessa, että lapsen hallinnollinen huolto lopetettaisiin ennen kuin lapsi tulisi täysi-ikäiseksi.

---

[149] Kurs. K.K-S. Ks. myös *Rautiala* (1946) s. 209 alav. 116 ja siinä mainitut muut tapaukset.

[150] *Melander* oli katsonut, että »huoltopäätöksen muuttamiseen saattaa vaikuttaa osaltaan esim. se, että siinä huoltajaksi määrätty puoliso aikoo muuttaa lapsen kanssa pysyvästi ulkomaille asumaan tai että hän menee uusiin naimisiin.» *Melander* (1940) s. 127.

[151] Sama tapaus ratkaistiin myöhemmin toisin ks. KKO 1949 II 312.

Asumuserosta säätämisen yhteydessä AL 114 §:ää muutettiin siten, että mahdollisuus huoltoa koskevan päätöksen muuttamiseen tuli epäilyksettömäksi.[152] Lapsen huoltoa koskevaa päätöstä voitiin tämän jälkeen muuttaa, jos olennaisesti muuttuneet olot sitä vaativat.[153] Vaikka pykälässä ei suoraan viitattu lapsen etuun, vahvistettiin ratkaisussa KKO 1949 II 312 jo edellä olleissa ratkaisuissa vakiintunut tulkinta, jonka mukaan olosuhteiden muuttumista oli arvioitava nimenomaan lapsen edun näkökulmasta.

Kysymys tapaamisoikeudesta oli erityisen vilkkaan keskustelun kohteena, jota kävivät lähinnä *Melander* ja *Rautiala* keskenään.[154] Näistä tapaamisoikeuden luonnetta koskevista näkemyksistä ilmenee hyvin myös se, millaisena yksinhuolto ymmärrettiin tänä aikana.

> *Melander* arvioi ilmeisesti ensi kerran aihetta vuonna 1940.[155] Hän katsoi, että vanhemman oikeutta tavata lastaan huoltajan tahdosta riippumatta puolusti mm. se, että vanhempi voi tulla uudelleen lapsensa huoltajaksi olosuhteiden muuttuessa tai toisen vanhemman kuolemantapauksen johdosta.[156] Lisäksi hän nojautui Au-lapsilaista ilmenevään isän oikeuteen tavata tunnustettua lastaan (Au-lapsiL 37 §). *Melander* perusteli aviolapsen vanhemman tapaamisoikeutta eräänlaisella pienemmästä suurempaan -argumentilla: jos au-lapsen vanhemmilla on tapaamisoikeus, niin aviolapsen vanhemmilla on *sitä suuremmalla syyllä* oltava itsenäinen oikeus tavata lastaan avioeron jälkeen.[157] Vaikka tapaamisoikeus olikin vanhemman itsenäinen oikeus, tuli sen ennen muuta palvella lapsen etua. Jos siis tapaamisoikeus olisi ilmeisesti vastoin lapsen etua, vanhemmalla ei olisi tätä oikeutta.[158]
>
> *Rautiala*, joka tukeutui erityisesti siteeraamiinsa *Caseliuksen* käsityksiin, vastusti *Melander*in tapaamisoikeuden määrittelyä.[159] Tapaa-

---

[152] Ks. *Melander* (1949) s. 114–115, *Rautiala* (1948) s. 125. Samalla lisättiin asumuseroa koskeva maininta myös HolhL 23.2 §:n sanamuotoon. Ks. *Melander* (1949) s. 111, *Rautiala* (1948) s. 86.

[153] Ks. KKO 1949 II 312.

[154] Ks. myös *Heikonen* (Lm 1951) s. 667–679 ja *Caselius* (Lm 1952) s. 1–10. Ks. keskustelusta kokoavasti *Telaranta* (Lm 1957) s. 57–58.

[155] *Melander* (1940) s. 97–118.

[156] *Melander* (1940) s. 98–99. Huollosta erotetun vanhemman huolto-oikeuden uudelleen heräämistä huoltajavanhemman kuoltua ei Suomessa ollut ratkaistu lailla. Korkeimman oikeuden enemmistö katsoi yhtenevästi pohjoismaisten lakien kanssa, että huollosta oli tehtävä uusi ratkaisu (KKO 1951 II 11). Ks. myös *Melander* (1940) s. 129–130.

[157] *Melander* (1940) s. 101.

[158] *Melander* (1940) katsoi (s. 103), että tapaamisoikeus oli vanhemman oikeus. Vanhemman tapaamisoikeuden esteenä saattoi olla lapsen vastustus, jos vastustus on niin voimakasta, että tapaamisesta olisi lapselle vakavaa haittaa, s. 104–105.

[159] *Rautiala* käytti tässäkin yhteydessä *Caseliuksen* lainopilliselle tiedekunnalle laa-

misoikeus ei voinut olla itsenäinen subjektiivinen oikeus. Se oli käsittellisesti väkinäistä ja sitä paitsi näytti *Rautialan* mukaan johtavan tapaamisoikeuden ja huolto-oikeuden epätoivottavaan kilpailutilanteeseen.[160] Tapaamisoikeutta tulikin hänen mukaansa pitää huolto-oikeuden osana. Se, että tapaamisoikeus oli lähtökohtaisesti lapsen edun mukainen, perustui *Rautialan* mukaan vanhemman ja lapsen väliseen läheiseen suhteeseen.[161] Huolto-oikeuden avioerossa menettäneen puolison tuli *Rautialan* mukaan varautua menettämään lapsensa kokonaan. Koska hän yleensä oli myös syyllinen avioeroon, oli seuraus vain kohtuullinen.[162]

Erot *Melander*in ja *Rautialan* näkemyksissä heijastuivat myös siihen, miten he arvioivat tapaamisoikeutta lapsen kannalta. Molemmat niin *Melander* kuin *Rautialakin* lähtivät siitä, että lapsen etu oli kyllä tärkein näkökohta tapaamisoikeuden arvioinnissa. Kun *Melander* painotti lapsen ja vanhemman luonnollista ja läheistä suhdetta, hän nimenomaan tähdensi, että tapaamisoikeus on yleensä lapsen edun mukainen.[163] *Rautiala* sen sijaan epäili suuresti tapaamisoikeuden lapsen edun mukaisuutta siinä tilanteessa, että vanhemmat eivät pystyisi sopimaan keskenään tapaamisista.

> »Mutta jos puolisoiden välit ovat niin rikki, etteivät he pääse tapaamisoikeudesta yksimielisyyteen, onkin yleensä parempi, että lapsi on vain toisen puolison kasvatettavana, sillä huollosta erotetun puolison taholta hän kuitenkin saisi vain päinvastaisia vaikutteita kuin huoltajaltaan ja joutuisi siten ristiriitaisten vaikutteiden alaiseksi, mikä ei suinkaan olisi hänelle eduksi.»[164]

Rautiala halusikin jättää huollosta erotetulle vanhemmalle nimenomaisen näyttövelvollisuuden siitä, että tapaamisoikeus olisi lapsen edun mukainen.[165]

---

timaa lausuntoa *Melander*in vuonna 1940 julkaisemasta teoksesta Avioeron vaikutuksesta lapsen huoltoon. Ks. *Rautiala* (1946) s. 210–212. Samoin *Rautiala* (1946) on tukeutunut *Heikosen* ko. teoksesta antamaan lausuntoon, s. 212–214. Ks. näistä tarkemmin *Heikonen* (Lm 1951) s. 667 alk. ja *Caselius* (Lm 1952) s. 1 alk.

[160] *Rautiala* (1946) s. 213, 214–215.

[161] *Rautiala* (1946) s. 98.

[162] *Rautiala* (1946) s. 214.

[163] *Melander* (1940) s. 104.

[164] *Rautiala* (1946) s. 215–216. Samaan suuntaan argumentoi hänen siteeraamanaan *Caselius*, ks. mts. 211. Tapaamisoikeudesta sopimiselle ei *Rautialan* mielestä ollut estettä. Tällöinhän tapaamisoikeus sopiikin luontevasti huolto-oikeuden käsitteen alaisuuteen ja siis huoltajan päätäntävaltaan, mts. 214–215.

[165] *Rautiala* (1946) s. 214–215.

Korkein oikeus oli jo vuonna 1938 oikeuttanut huollosta erotetun vanhemman tapaamaan lasta kahtena sunnuntaina kuukaudessa lapsen kotipaikkakunnalla, ja tämä ratkaisulinja sai myöhemmin vahvistuksen.[166] Korkeimman oikeuden niukkojen perustelujen voi ehkä arvioida tukeneen enemmän *Melander*in kuin *Rautialan* näkemyksiä. Päätöksessä KKO 1943 II 214a velvoitettiin lasten huoltajana oleva isä sallimaan äidin ja lasten väliset tapaamiset uhkasakon uhalla.[167] Koska asumuserouudistuksen yhteydessä vanhemman tapaamisoikeutta ei edelleenkään säännelty, keskustelu jatkui vilkkaana vielä vuoden 1948 jälkeenkin.[168]

Sekä mahdollisuus muuttaa lapsen huoltoa koskevaa päätöstä että vanhemman oikeus tavata lastaan loivat perustaa lapsensa huollosta erotetulle vanhemman, yleensä isän, oikeudelliselle asemalle. Lapsen huoltoa koskeva ratkaisu muuttui niiden vuoksi siten, että se ei periaatteessa ollutkaan lopullinen eikä katkaissut täysin lapsen ja vanhemman välistä suhdetta. Vanhemmalla oli oikeus pitää yhteyttä lapseensa ja jos olosuhteet muuttuivat hänelle edullisemmiksi, hän saattoi vaatia huollon siirtämistä itselleen. Myöhempi kehitys on edelleen vahvistanut tätä oikeusasemaa, jonka tämänhetkisenä huipentumana voidaan pitää yhteishuoltoa ja laajaa tapaamisoikeutta.

Huoltopäätöksen muuttamista tai tapaamisoikeuden vahvistamista koskevassa asiassa lapsen etua oli arvioitava ilman yhteyttä syyllisyyskysymykseen ja ehkä muutenkin yksilöllisemmin kuin oli laita avioeron yhteydessä, jolloin tulkintaa jäykisti sukupuoliroolien määräävä asema. Tässäkin mielessä nämä muutokset loivat pohjaa lapsen edun uudelle yksilöllisemmälle tulkintaihanteelle.

---

[166] KKO 1938 I 39, tapaaminen oikeutettiin myös päätöksellä KKO 1940 II 6 ja KKO 1959 II 101.

[167] Tapaaminen oli tässäkin tapauksessa ajoitettu kahteen sunnuntaihin kuukaudessa. Ks. täytäntöönpanosta *Melander* (1940) s. 117–118, missä kirjoittaja katsoo, että lapsen huoltoa koskeva päätös voidaan panna täytäntöön irtainta omaisuutta koskevan säännöstön nojalla (UL 3:8) ja tapaamisoikeutta koskeva päätös sakon uhalla. Vrt. *Rautiala* (1946) s. 212, *Tirkkonen* (Lm 1945) s. 464 alav. 32.

[168] Ks. *Melander* (1949) s. 117–131, *Rautiala* (1948) s. 119–120. Korkein oikeus katsoi myöhemmin tapaamisoikeuden olevan osa huoltoa, ks. KKO 1972 II 96. Tapaamisoikeudesta säädettiin lapsipaketin yhteydessä vuonna 1975. Tästä lähemmin jäljempänä.

3. Psykologisen vanhemman yksinhuoltoa koskeva ihanne Suomessa

3.1. Vertailuun perustuvat oletukset ja ajanjakson suomalaiset erityispiirteet

Psykologisen vanhemman yksinhuoltoa koskeva tulkintaihanne syntyi yhtäältä sukupuolirooleihin kohdistuvan kritiikin tuloksena ja toisaalta käyttäytymistieteellisten sovellusten perusteella. Ihanne merkitsi yleensä vastalausetta sukupuoleen perustuvalle äidin etusijalle. Vertailun tulosten perusteella voitaisiin odottaa, että Suomessakin olisi kritikoitu äitien etusijaa ja vähitellen korvattu se sukupuolen suhteen neutraalilla kriteerillä, mahdollisesti psykologisella vanhemmuudella. Taustalla olisi joko 1960–70 -lukuihin sijoittuvaa naisten tasa-arvoa ajavaa yhteiskunnallista liikehdintää, psykologiseen asiantuntemukseen perustuvia puheenvuoroja tai molempia. Samaan aikaan olisi uudistettu avioerolainsäädäntöä siten, että syyllisyysperusteista olisi luovuttu ja muutettu avioeromenettelyä yksinkertaisempaan ja sopimuksia suosivaan suuntaan. Syyllisyysperusteista luopuminen olisi lopullisesti poistanut yhteyden syyllisyyden ja lapsen huollon määräämisen väliltä. Avioeroprosessin yksinkertaistuminen olisi käytännössä vienyt siihen, että vanhempien välistä sopimusta ei olisi asiallisesti tutkittu.[1]

Heti aluksi voidaan yleisesti todeta, että edellä vertailun tuloksena asetetut odotukset eivät kaikilta osin täyty Suomen kehityksen osalta. Suomessa esiintyi kyllä äidin etusijan vastaista kritiikkiä, joka liittyi 1960-luvun lopulla alkaneeseen naisten tasa-arvosta käytyyn keskusteluun. Psykologista asiantuntemusta ei sen sijaan huollon määräämisessä pyritty hyödyntämään siten kuin Kaliforniassa tai Saksassa tehtiin. Tässä suhteessa kehitys muis-

[1] Vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 2.3. (Psykologisen vanhemman yksinhuolto), kohdat 3.1. (Avioerolapsia koskeva käyttäytymistieteellinen asiantuntemus), 3.2. (Sukupuoliroolien muuttuminen) ja 3.3. (Avioero- ja parisuhdekäsitysten muuttuminen).

tutti enemmän Ruotsissa tapahtunutta. Käsitys lapsen edun ihanteellisesta tulkinnasta muuttui kuitenkin jäljempänä lähemmin selostettavalla tavalla, vaikka tämä muutos ei vaikuttanutkaan kaikkeen lainsäädäntöön eikä ilmeisesti myöskään oikeuskäytäntöön. Selvin ero Suomen ja vertailumaiden välillä tämän ihanteen kohdalla koskee avioeroa. Suomi on ainoa maa, jossa ei toteutettu avioerouudistusta ja jossa sen johdosta sovellettiin syyllisyysperusteita vielä 1980-luvullakin verhoamatta niitä edes välirikon edellytyksiksi.[2] Joitain muutoksia tapahtui silti siinä tavassa, miten avioeroista käytiin oikeutta.

Suomalaisen yhteiskunnan kehityksessä tähän ajanjaksoon sijoittuu suuri rakennemuutos. Suomihan muuttui muutamassa vuosikymmenessä maatalousvaltaisesta palveluelinkeinojen yhteiskunnaksi. Muutoksen rajuus hakee vertaistaan, ja sen kiihkeimmät vuodet osuivat juuri nyt käsiteltävänä olevaan ajanjaksoon.[3] Haja-asutusalueiden asukasmäärä väheni dramaattisesti, ja vastaavasti kaupunkien asukasmäärä lisääntyi. »*Suuri muutto*» vei ihmisiä myös maan rajojen ulkopuolelle lähinnä Ruotsiin varsinkin 1960- ja 1970-luvun vaihteessa.[4]

Muuton vuoksi perheet joutuivat erilleen tutusta ympäristöstään. Elämäntavat ja ajatustavat muuttuivat individualistisempaan suuntaan.[5] »*Suuri muutto*» vaikutti ilmeisesti näin ollen osaltaan myös avioerojen yleistymiseen. Tosin 1960-luvun loppupuolella avioerot yleistyivät muissakin länsimaissa eikä niiden yleistyminen näin ollen välttämättä ollut yhteydessä suomalaisen yhteiskuntakehityksen erityispiirteisiin.[6]

---

[2] Näin Englannissa, ks. Englantia koskeva jakso, kohta 4. (Vuoden 1969 avioerouudistus).

[3] *Karisto – Takala – Haapola* (1984) s. 80.

[4] *Jallinoja* (Perhe, työ ja tunteet, 1984) s. 73, *Karisto – Takala – Haapola* (1984) s. 81–84.

[5] Ks. *Jallinoja* (Perhe, työ ja tunteet, 1984) s. 73, 54. Ks. familistisesta ja individualistisesta perhekäsityksistä mts. 37 alk.

[6] *Jallinoja*n tulkinnan mukaan kyseessä oli »prosessi, jonka moottorina oli *yhteiskuntarakenteellinen muutos*». Prosessi »viritti *aatteellisen uudelleenarvioinnin*, joka suodattui myös *perhettä koskeviin ratkaisuihin*,» *Jallinoja* (Perhe, työ ja tunteet, 1984) s. 76–88 kurs. alkuperäinen. Samoin *Helin* (1974) s. 151. Avioerojen suhteellinen määrä tuhatta asukasta kohti oli vuonna 1965 *7,8*; 1970 *8,9*; 1971 *8,2*; 1972 *7,6*; 1973 *7,5*; 1974 *7,4*; 1975 *6,7*; 1976 *6,8*; 1977 *6,5*. *Koskelo* (LaVO 8/1979) s. 15. *Yearbook of Nordic Statistics* 1995 ilmaisee avioerot 1000 naimisissa olevaa naista kohden, jolloin luku on aikavälillä 1960/70 *5,07*; 1971/75 *8,36*; 1976/80 *9,53*; 1981/85 *8,99*. Table 39, s. 70.

3.2. Sukupuoliroolien kritiikki ja lasten hoito

3.2.1. Naisasialiike ja valtion perheoikeudellinen tasa-arvopolitiikka

Kaupungistumisen johdosta naisten ansiotyö kodin ulkopuolella tuli yleisemmäksi. 1960-luvulta alkaen yleistyi myös tapa palata työelämään heti lapsen syntymän jälkeen.[7] Samaan aikaan alettiin yleisesti keskustella *sukupuolirooleista*.[8] Tällä keskustelulla oli yhteys 1960-luvun kansainvälisiin teemoihin: seksuaaliseen vapautumiseen ja sukupuolten tasa-arvoon. Pohjoismaissa ja varsinkin Suomessa tämän keskustelun ydinkysymyksenä oli naisen eri roolien yhdistäminen.[9]

1960-70-luvun vaihteen pohjoismaisen tasa-arvotutkimuksen ja naisliikkeen kysymyksenasetteluihin vaikutti huomattavasti amerikkalainen sosiologi *Talcott Parsons*.[10] *Parsons* antoi tutkijoille ja muille vaikuttajille ikään kuin välineet perheen muuttumisen käsittelemiselle. *Parsons*ilta ovat peräisin sellaiset käsitteet kuin sukupuoliroolit ja perheen tehtävät, funktiot.

> *Parsons* loi sosiologisen teoriansa 1950-luvun amerikkalaisen lähiökehityksen perusteella. Hänen lähtökohtansa oli funktionalistinen. Yhteiskunnan toiminnot jakautuvat hänen mukaansa sosiaalisille instituutioille. Kehityksen myötä eri instituutiot pyrkivät erikoistumaan niille kuuluviin tehtäviin, funktioihin. Perhe on yksi näistä instituutioista. Sen tehtävistä useimmat ovat vähitellen siirtyneet yhteiskunnalle. Perhe on näin erikoistunut lasten kasvattamiseen ja vanhempien persoonallisuuden vakauttamiseen. Lasten sosiaalisaatiossa on *Parsons*in teoriassa *naisen ja miehen rooleilla* tärkeä tehtävä. Koska *Parsons* tarkasteli sosialisaatiota 1940- ja 1950-luvulla vallitsevien perhekäsitysten aikana, ovat erityisesti hänen lasten sosialisaatiota koskevassa teoriassaan miehen ja naisen roolit erilaiset ja toisiaan täydentävät. *Parsons*in näin luo-

---

[7] *Jallinoja* (Perhe, työ ja tunteet, 1984) s. 82. *Tolkki-Nikkonen* (1990) s. 24–26 ja siinä mainitut *Annikki Suvirannan* (1967), *Riitta Auvisen* (1968) ja *Elina Haavio-Mannilan* (1968) naisten rooleja koskevat tutkimukset.

[8] *Jallinoja* (1983) s. 139–151. Naisten hankalaan asemaan oli *Caselius* kiinnittänyt huomiota jo vuonna 1961 artikkelissaan »Aviopuolisoiden yhdenvertaisuudesta avioerossa ja osituksessa» (Lm 1961) s. 253–264, ks. etenkin s. 261.

[9] *Jallinoja* (Perhe, työ ja tunteet, 1984) s. 73, 107, *Helin* (1974) s. 28, samoin *Smart* (1984) s. 54 alk.

[10] Ks. *Jallinoja* (1983) s. 139–151. *Jallinoja* mainitsee pohjoismaisista tutkijoista erityisesti *Elina Haavio-Mannilan* (väitöskirja »Suomalainen nainen ja mies» 1968), norjalaisen *Harriet Holter*in (väitöskirja »Sex Roles and Social Structure» 1970) sekä ruotsalaisen *Rita Liljeström*in (väitöskirja »Uppväxtvillkor» 1973) s. 148–151.

> maa sukupuoliroolin käsitettä on kuitenkin myöhemmin käytetty erityisesti sukupuoliroolien muuttamista koskevassa keskustelussa. Sukupuoliroolin käsite on hyvä esimerkki siitä, miten *Parsons*in teoria vaikutti myös yleiseen kielenkäyttöön.[11]

Suomen naisasialiikkeen keskeinen vaikuttaja oli vuosina 1966–1970 Yhdistys 9. Yhdistys 9:n perustamisen taustalla oli koulutettuja työssäkäyviä tai yliopistossa opiskelevia naisia, joilla oli perhe tai jotka suunnittelivat perheen perustamista ja halusivat yhdistää ansiotyön ja perheen, mikä oli uutta naisliikkeen historiassa.[12] Sukupuolirooleista tulikin yhdistyksen keskeinen keskusteluteema.

Yhdistys 9:n ajama tasa-arvopolitiikka tähtäsi siihen, että perheellinen nainen olisi työelämässä tasa-arvoinen ansiotyötä tekevän miehen kanssa. Tämän tuli toteutua siten, että lasten synnyttämisen ja hoidon sekä kotitöiden luomat esteet poistetaan naisen uran tieltä. Yhdistyksessä keskusteltiinkin vilkkaasti lasten päivähoidosta. Lasten hoidon siirtäminen erityisiin päiväkoteihin oli luonnollinen johtopäätös siitä, että ongelmien ratkaisuna suosittiin tehtäviin erikoistumista.[13]

> Yksilönvapaus ja tasa-arvon vaatimus heijastuivat myös käsityksiin perhe-elämästä ja avioliitosta. Taloudellisen riippumattomuuden ja tasa-arvon katsottiin luovan parhaat edellytykset puolisoiden väliselle tunnesuhteelle. Tämä tunneside olikin jotakuinkin ainoa tehtävä, jonka katsottiin enää jääneen perheelle ja avioliitolle. Elatustehtävä oli aikansa eläneenä hyvää vauhtia häviämässä, mikä olikin oikein, sillä keskinäinen taloudellinen riippuvuus oli esitettyjen näkemysten mukaan omiaan vain haittaamaan tunnesuhdetta.[14]

---

[11] *Jallinoja* (1985) s. 12–14, *Mayhew* (1985 Esipuhe teoks. Talcott Parsons On Institutions And Social Evolution) s. 11–16, *Parsons* (1952) s. 153–157, 201 alk. Ks. myös *Waris* (1958) Perhe nykyajan yhteiskunnassa, missä kirjoittaja tarkastelee perheen tehtäviä ja niiden vähentymistä. Ks. myös oikeustieteen alalta esim. *Aarnio* (Mattila, 1981) s. 10–11, tai *Saarenpää – Mattila – Mikkola* (1972) s. 127. Ks. myös Ruotsia koskeva jakso, kohdat 4.1. (1970-luvun perhepolitiikka ja perheen tehtävät) ja 4.2. (Yksilön vapaus parisuhteessa yhteiskunnan turvin).

[12] Yhdistys 9:n syntyvaiheista ja jäsenistöstä ks. *Jallinoja* (1983) s. 128–132, 163–170, 246.

[13] *Jallinoja* (1983) s. 151–158, 161. Myös aborttikysymys sekä syntyvyyden säätely olivat yhdistyksessä keskeisiä keskusteluteemoja, mts.

[14] *Jallinoja* (1983) s. 159–163. Samoja näkemyksiä esitettiin myös Naisten asemaa tutkineen komitean mietinnössä, ks. *Komiteanmietintö* 1970:A 8 s. 97–98. Tätä ajattelutapaa arvosteli myöhemmin erityisesti *Matti Joensuu*, ks. *Joensuu* (1972) s. 19–23.

Yhdistys 9:n toimeliain vaihe sijoittui vuosille 1966–1967.[15] Useimpien aktiivijäsenten kohdalla yhteiskunnallinen osallistuminen johti siihen, että he – aikakaudelle tyypilliseen tapaan – liittyivät johonkin vasemmistopuolueeseen. *Jallinoja* piti jäsenistön poliittista aktivoitumista tärkeimpänä syynä siihen, että Yhdistys 9:n toiminta 1960-luvun lopulla laimeni. Puolueissa keskeisimpiä olivat julkiseen elämään liittyvät tasa-arvotavoitteet. Perhe ja seksuaalisuus jäivät niiden ulkopuolelle.[16] Pelkkää tasa-arvokysymystä pidettiin yhdistyksen jatkoa ajatellen myös liian kapea-alaisena. Aihe oli muutamassa vuodessa ehditty kaluta loppuun.[17]

Yhdistys 9:n jäsenten näkemykset naisen aseman parantamisesta olivat saaneet runsaasti huomiota julkisuudessa. Tämä vaikutti varmasti osaltaan siihen, että valtioneuvosto asetti syyskuussa 1966 komitean selvittämään naisen asemaa yhteiskunnassa, suorittamaan tarvittavia tutkimuksia sekä laatimaan suunnitelmia ja esityksiä naisen aseman edistämiseksi.[18] Komitean jäseniksi tuli joitakin Yhdistys 9:n jäseninä tunnettuja henkilöitä, ja Yhdistys 9:n tavoitteet näyttäisivät heijastuneen varsin suoraan komitean lopputulokseen.

> Myös komitean työskentelyssä omaksuttiin *parsons*ilainen näkemys sukupuolirooleista ja kasvatuksen merkityksestä roolien oppimisessa. Ristiriita vallitsevien sukupuoliroolien ja teollistuneen yhteiskunnan asettamien vaatimusten välillä selitettiin samoin kuin Yhdistys 9:ssä kulttuurin viivästymisen ilmiöksi. Tämän vuoksi asian korjaamiseksi tarvittiin aktiivista tasa-arvopolitiikkaa.[19]

Myös naisten asemaa tutkinut komitea keskittyi lasten hoitoa koskevissa ehdotuksissaan lasten päivähoidon järjestämiseen. Erityisesti painotettiin laitoksissa annettavaa päivähoitoa. Laitoksen kasvatus, varhaisopetus ja vi-

---

[15] *Jallinoja* (1983) s. 183.

[16] *Jallinoja* (1983) s. 190. *Jallinoja*n mukaan sukupuoliroolikäsitteen pohjalta käytävä keskustelu oli siirtynyt marxilaisiin piireihin, erityisesti ASS:aan. Ne, jotka esim. *Haavio-Mannila*n tapaan eivät tätä idelogiaa omaksuneet, vieraantuivat koko aihepiiristä. *Jallinoja* (1983) s. 217.

[17] Vuonna 1970 keskusteltiin vuosikokouksessa yhdistyksen lakkauttamisesta. Päätös ei saanut vaadittavaa määräenemmistöä, mutta lakkauttamista kannattaneiden enemmistö johtokunnassa johti yhdistyksen toiminnan passiiviseen tyrehtymiseen. *Jallinoja* (1983) s. 178–184.

[18] *Komiteanmietintö* 1970:A 8 s. 1. Yhdistys 9:n perustava kokous oli pidetty lokakuussa 1965 eli vain noin vuotta aiemmin, mikä kuvastanee niitä paineita, joita yhteiskunnassa oli näiden kysymysten ratkaisemiseksi. *Jallinoja* (1983) s. 131.

[19] *Komiteanmietintö* 1970:A 8, s. 7–8.

rikkeet täydentäisivät kodin kasvatustyötä.[20] Suomalaisessa tasa-arvokeskustelussa ei siten niinkään vaadittu, että miesten tulisi hoitaa osansa kotitöistä ja lasten hoidosta, kuten esimerkiksi Kaliforniassa, vaan että naisten työtaakkaa tulisi helpottaa yhteiskunnan instituutioiden avulla, kuten Ruotsissa.[21]

Naisen asemaa tutkineen komitean mietintö oli allekirjoitettu toukokuussa 1970. Saman vuoden marraskuussa valtioneuvosto asetti uuden komitean valmistelemaan ehdotusta avioliittolakiin ja siihen liittyviin lakeihin tehtäviksi muutoksiksi.[22] Komitean oli muun ohessa otettava huomioon naisen asemaa tutkineen komitean mietintö.[23] Avioliittokomitea otti uudistuksen keskeiseksi tavoitteeksi miehen ja naisen tasa-arvon lisäämisen. Mietinnössä todettiin, että vuoden 1929 avioliittolailla oli tosin saavutettu sukupuolten muodollinen tasa-arvo eräitä poikkeuksia lukuunottamatta, mutta että todellinen yhteiskunnallinen tasa-arvo oli vielä saavuttamatta.

> »Yhdenvertaisuuspyrkimys tulee tällä hetkellä ymmärtää siten, että jokaiselle yksilölle pyritään myös tosiasiallisesti takaamaan yhtäläiset mahdollisuudet päästä osalliseksi yhteiskunnan tarjolla olevista etuuksista sekä osallistua yhteiskunnalliseen toimintaan ja kanssakäymiseen. Uudistuksen yhtenä tärkeimpänä tehtävänä tulisi olla sen eron kaventaminen, joka tällä hetkellä vallitsee lainsäädännössä toteutetun muodollisen yhdenvertaisuuden ja tosiasiallisen yhdenvertaisuuden välillä.»[24]

---

[20] *Komiteanmietintö* 1970:A 8 s. 111–118, kasvatuksen keskeisestä asemasta yleensäkin s. 11–30.

[21] Vrt. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 3.2. (Sukupuolten tasa-arvo ja Kalifornian vuoden 1972 uudistus) ja Ruotsia koskeva jakso, kohta 4.2. (Yksilön vapaus parisuhteessa yhteiskunnan turvin).

[22] Komitean puheenjohtajaksi tuli oikeusneuvos *Martti Miettinen*. Jäseninä oli ajan tunnetuista tasa-arvokeskustelijoista ja tutkijoista erityisesti apul.prof. *Elina Haavio-Mannila*, VTT *Klaus Mäkelä* sekä naisen asemaa tutkineen komitean sihteerinä toiminut FK *Leila Räsänen*. Juridista asiantuntemusta edustivat prof. *Aulis Aarnio*, sihteeri OTK *Matti Mikkola* ja aluksi sihteerinä ja myöhemmin jäsenenä toiminut lainsäädäntöneuvos *Matti Savolainen*. Komitean työskentelyyn liittyi myös Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitoksella tehty laajamittainen empiirinen selvitys ajankohtaisista avioero-oikeudenkäynneistä. Se julkaistiin myöhemmin itsenäisenä tutkimuksena, jonka kirjoittaja oli OTK *Markku Helin*.

[23] Komitean toimeksiantoa täydennettiin huhtikuussa 1972 määräämällä tehtäviksi erityisesti uudistuksen yleistavoitteet sekä avioliiton solmimista, purkamista ynnä puolisoiden keskenäistä elatusvelvollisuutta koskevat periaatteet. *AL-komitea* I (1972) s. III–VII.

[24] *AL-komitea* I (1972) s. 15.

Tosiasiallisen yhdenvertaisuuden edellytyksenä pidettiin naisten asemaa tutkineen komitean tapaan taloudellista riippumattomuutta.[25] Tavoitteen toteutumisen esteenä oli ennen muuta perinteisten sukupuoliroolien haitallinen vaikutus:

> »Mikäli perhelainsäädännön uudistuksen tavoitteeksi asetetaan tosiasiallinen yhdenvertaisuus, on miehelle ja naiselle myös käytännössä pyrittävä takaamaan yhtäläiset mahdollisuudet osallistua sekä perheen asioiden hoitoon että yhteiskunnalliseen elämään ja ansiotoimintaan kodin ulkopuolella. Tämän tavoitteen saavuttaminen edellyttää vuorostaan sitä, että perinteisiin sukupuolirooleihin perustuvat käsitykset miehen ja naisen erilaisista tehtävistä perheessä ja sen ulkopuolella hylätään.»[26]

Avioliittokomitean esittämään avioerouudistukseen palataan tarkemmin jäljempänä.[27]

3.2.2. Isien syrjintä lasten huollon määräämisessä

Vaikka naisasialiikkeen ajamat tasa-arvon saavuttamisen keinot kohdistettiinkin etupäässä hyvinvointivaltioon, sukupuolirooleja koskeva kritiikki ulottui myös keskusteluun eronneiden vanhempien asemasta. Erityisesti arvosteltiin äitien valta-asemaa eronneiden vanhempien lasten huollossa, koska sen katsottiin perustuvan sukupuoliroolien mukaisiin ennakkoluuloihin:

> »Kun ajattelemme sanoja »lapsen etu», näemme ehkä helposti sielumme silmin kehdossa nukkuvan lapsen yli kumartuneen lempeän madonnan tai kuningatar Blankan, joka onnellinen hymy huulillaan kiikuttaa polvellaan säteilevää iloista vesseliä. Valitettavasti vain tällaisella illuusiolla ei ole vastinetta nykytodellisuudessa. Moderni äiti ei liekuta lastaan kehdossa, vaan riepottaa sen seimeen, lastentarhaan tai muuhun päivähoitoon mennäkseen töihin ja noutaakseen sen illalla töistä tultuaan takaisin. ...
>
> Tuomioistuimella on valta ja velvollisuus hankituttaa kaikki saatavissa oleva selvitys, jonka avulla asia voidaan ratkaista silmälläpitäen etupäässä lapsen etua eikä äidin ja hänen ympäristönsä todellisia tai kuviteltuja tunteita ja ennakkoluuloja.»[28]

---

[25] *AL-komitea* I (1972) s. 15–16 (vaihde).

[26] *AL-komitea* I (1972) s. 17.

[27] Ks. jäljempänä kohta 3.3.1. (Ehdotus avioerolainsäädännön uudistamiseksi).

[28] *Koljonen* (DL 1970) s. 528, 533.

Samaan aikaan kiinnitettiin huomiota tapaamisoikeuden merkitykseen, mikä osoitti erityisesti eronneiden isien saaman arvostuksen kasvamista. Seuraavassa näitä eri näkökohtia tarkastellaan yksityiskohtaisemmin.

1960-luvun puolivälistä seuraavan vuosikymmenen loppuun korkeimman oikeuden lapsen huoltoon liittyvistä ratkaisuista enin osa koski tapaamisoikeuden toteutumista. Kaikkiaan noin kymmenestä ratkaisusta kuusi liittyi tavalla tai toisella tapaamisoikeutta koskeviin kysymyksiin.[29] Näiden tapausten suhteellinen määrä oli lisääntynyt selvästi aikaisempaan ajanjaksoon verrattuna. Tapaamisoikeus oli ajankohtainen myös siksi, että vuonna 1976 tuli voimaan eronneiden vanhempien tapaamisoikeutta koskeva säännös (HolhL 23a §).[30]

> Uusi oikeudellinen normi merkitsi tosiasiallisesti jo vakiintuneen käytännön kirjaamista lakiin.[31] Sen mukaan isällä ja äidillä, jotka eivät olleet alaikäisen lapsensa holhoojia, oli oikeus tavata lasta ja pitää tätä määräajan luonaan, jollei se ollut vastoin lapsen etua. Jos vanhemmat eivät voineet asiasta sopia, tuli tuomioistuimen ratkaista se.[32]

Tapaamisoikeuteen kohdistuneesta entistä suuremmasta kiinnostuksesta kertoivat myös tapaamisoikeutta koskeneet maininnat psykotieteiden asiantuntijoiden harvoissa puheenvuoroissa.

> »Avioeron tapahduttua lapsella tulisi olla oikeus pitää säännöllistä yhteyttä molempiin vanhempiinsa, joiden kiintymystä hänen on saatava nauttia, vaikka aviopuolisoiden suhde olisikin katkennut.»[33]

---

[29] Tähän vaiheeseen on luettu seuraavat ratkaisut: 1968 II 35, 1971 II 80, 1972 II 95, 1974 II 22, 1975 II 14, 1976 II 15, 1977 II 13, 1979 II 61. 1980-luvulta on luettu mukaan vielä ratkaisut, jotka on pantu vireille 1970-luvun puolella: 1981 II 28 ja 1981 II 91. Näistä jutuista tapaamisoikeuteen tavalla tai toisella liittyvät 1971 II 80, 1972 II 95, 1976 II 15, 1977 II 13, 1979 II 61 sekä 1981 II 91.

[30] Uudistus sisältyi ns. »lapsipakettiin» johon palataan myöhemmin.

[31] Aviolasten osaltahan tapaamisoikeutta ei aikaisemmin ollut säännelty, ja aviottomien isien tapaamisoikeutta koskeva pykälä tuli kumotuksi au-lapsilain mukana. Ks. tapaamisoikeudesta edellä kohta 2.2.5. (Huollosta erotetun vanhemman oikeudellinen asema).

[32] Ks. lähemmin *Laurinkari* (Mattila, 1981) s. 105–106, *Nuutilainen* (1976) s. 181. Samansisältöinen ehdotus oli sisältynyt Holhoustoimikunnan mietintöön, *HolhTmik* (1974) s. 111–112. Holhouslain uudistamiskomitea oli ehdottanut vain, ettei isää tai äitiä, joka ei ole alaikäisen lapsensa huoltaja, tulisi estää tapaamasta lasta, ellei lapsen etu tätä vaadi. *HolhUudKom* (1971) s. 123.

[33] *Pulkkinen* (1977) s. 187. Kirjoittaja huomauttaa myös, että huollosta erotetulla vanhemmallakin tulisi olla vastuuta lapsen kasvatuksesta siten, että tapaamisoikeuden sijaan puhuttaisiinkin vanhemman tapaamisvelvollisuudesta. Samassa yhteydessä hän vetoaa ta-

»Avioerossa lapsi ei saisi menettää kumpaakaan vanhemmistaan. Tämä on pääsääntö. Vanhempien välirikko olisi osattava hoitaa niin, että lapsen suhde sekä isään että äitiin säilyy hyvänä.»[34]

Tapaamisoikeuden haltijana oli useimmiten isä.[35] Isät esiintyivät myös entistä useammin lapsen huoltajina korkeimman oikeuden ratkaisuissa.

Tapauksessa KKO 1975 II 14 12-vuotias poika muutti oma-aloitteisesti huoltajana olleen isänsä luota äitinsä luo.

Tapauksessa 1977 II 13 äiti yritti saada 3-vuotiaan tyttärensä huollon siirretyksi itselleen, mutta KKO pysytti lapsen huollon isällä. Sen sijaan äidille annettiin muuttuneiden olosuhteiden vuoksi laajempi luonapitooikeus.

Tapauksessa 1979 II 61 lapset oli jaettu vanhempien kesken. Äiti asui kahden lapsen kanssa Ruotsissa. Tästä huolimatta hänellä katsottiin olevan oikeus pitää isän huoltoon jäänyttä 11-vuotiasta poikaa luonaan kesäisin.

Tapauksessa 1981 II 28 KKO nojautui lain sanamuotoon ja vahvisti au-äidin oikeuden lapsensa huoltoon. Lapsi oli ollut sosiaalilautakunnan huostassa ja sijoitettuna hänet tunnustaneen isän ja tämän vaimon kotona. Isä vastusti äidin kannetta. Isällä ei tosin ollut ollut lapsen oikeudellista huoltoa, mutta hän oli tosiasiallisesti hoitanut lasta enemmän kuin lapsen äiti. KKO:n vähemmistö olisikin uskonut huollon lapsen edun periaatteen nojalla isälle.

Isien aktiivisuuden lasten kasvatuksesta voi edellä olevan valossa arvioida lisääntyneen edellisen ihannetulkinnan vaiheeseen verrattuna. Tästä huolimatta isien osuus kaikista huoltajista ei ollut juuri kasvanut. Tähän tulokseen tuli *Markku Helin* avioerotapauksia koskevassa tutkimuksessaan, jonka aineisto oli peräisin vuodelta 1969. Sen mukaan lapset määrättiin äidille noin 85 %:ssa ja isälle noin 10 %:ssa tapauksista. Lapset jaettiin noin 5 %:ssa tapauksista.[36] *Klaus Hallan* 1970-luvun lopulla tekemä selvitys elatusvelvollisista antoi samansuuntaisen tuloksen: vain 3 % kyselyyn vastanneista elatusvelvollisista oli naisia. Isien voidaan kyseisen aineiston perusteella arvi-

---

paavaan vanhempaan lapsen taloudellisen aseman osalta. *Pulkkinen* piti yksinhuoltajaperheen ensisijaisena ongelmana kuitenkin heikkoa taloudellista asemaa, ks. s. 188, 186.

[34] Jäljempänä *Arajärvi* kuitenkin muistuttaa: »Pelottava tapaaminen on lapselle suureksi vahingoksi. Tässä on siis poikettava pääsäännöstä, jonka mukaan lapsen on säilytettävä hyvät suhteet molempiin vanhempiin avioeron jälkeenkin.» *Arajärvi* (Heydemann – Koskenniemi, 1971) s. 147, 149.

[35] Ks. edellä luetellut KKO:n ratkaisut.

[36] *Helin* (1974) s. 128, 167.

oida olleen huoltajina suunnilleen yhtä usein.[37] Lasten huoltoa koskeneet liitännäisvaatimukset olivat *Helin*in aineistossa harvoin riitaisia. Yli 90 % vanhemmista oli päässyt lasten huollosta keskenään sovintoon.[38] Niissä tapauksissa, joissa huoltoa koskeva kysymys jätettiin tuomioistuimen ratkaistavaksi, huoltajien sukupuolijakautuma muodostui kuitenkin tasapuoliseksi.[39] Toisaalla sitä, että tuomioistuimet määräsivät lapset riitaisissa tapauksissa yhtä usein äideille kuin isille, pidettiin osoituksena tuomioistuimien tasapuolisuudesta.[40]

Julkisessa kirjoittelussa äitien ajateltuun suosituimmuusasemaan kohdistettiin runsaasti kritiikkiä. Tämän kritiikin juuret olivat ainakin osittain sukupuolirooleja koskevassa keskustelussa. Avioliittokomitean mietinnössä todettiin, että äidin korvaamatonta merkitystä lapsen tasapainoiselle kehitykselle oli painotettu aikaisemmin, mutta näkemykset olivat sittemmin muuttuneet. Äidin ja lapsen biologisen siteen sijaan olikin alettu korostaa kummankin vanhemman merkitystä lapsen hoidossa ja kasvatuksessa.[41] Naisten asemaa tutkinut komitea oli tätä ennen tiivistänyt asian näin:

> »Avioliittolaki ei aseta kumpaakaan puolisoa etusijalle huolto-oikeudesta päätettäessä. Käytännössä lapset yleensä määrätään äidille, ja äiti on vallitsevien sukupuoliroolikäsitysten vuoksi etusijalla silloinkin, kun vanhemmat ovat yhtä soveltuvia lapsen huoltoon, ilmeisesti usein myös silloin, kun isä olisi soveltuvampi.»[42]

Äitien etusija koettiin todelliseksi ongelmaksi. Niiden isien, jotka olisivat halunneet murtaa vanhoja rooliodotuksia, oli ilmeisesti hyvin vaikea saada lapsen huollon heille uskovaa määräystä. Tähän viittasi myös se, että *Helin*in tutkimuksen mukaan vain muutama prosentti isistä tohti edes vaatia las-

---

[37] *Halla* (STM 6/1978) s. 5. Hallan tutkimusta varten saatu aineisto oli koostunut yksinhuoltajien antamista nimi- ja osoitetiedoista. Varsin kattavan yksinhuoltaja-aineiston perusteella saatiin noin 400 osoitetietoa. Kyselyyn vastasi noin 250 elatusvelvollista.

[38] *Helin* (1974) s. 111. Sopimukseen perustuvissa tapauksissa huolto jäi äidille siten jonkin verran useammin kuin kaikissa tapauksissa eli noin 90 %:ssa.

[39] *Helin* (1974) s. 129.

[40] *Tulenheimo-Takki* (JFT 1979) tarkasteli asiaa itse korkeimmassa oikeudessa vuosina 1972–1878 esittelemiensä juttujen pohjalta. 64 tapauksesta 32:ssa huolto oli uskottu äidille ja vastaavasti yhtä monessa isälle, s. 189–190.

[41] *AL-komitea* I (1972) s. 42–43.

[42] *Komiteanmietintö* 1970:A 8 s. 101. *AL-komitea* näyttäisi olleen tässä suhteessa konservatiivisempi. Vaikka komitea ei puutukaan varsinaisesti lasten huoltoa koskevaan problematiikkaan, käsitellään avioerolasten huoltoa epäsuorasti perheen tehtävien yhteydessä. Vajaaperhettä puolustaessaan komitea käyttää kuitenkin systemaattisesti esimerkkejä, joissa puhutaan äidistä ja lapsista. Isät siis loistavat näissä esimerkeissä poissaollaan. *AL-komitea* I (1972) s. 39–44.

tensa huoltoa itselleen. Tasapuolinen lopputulos ei tämän vuoksi kertonut kaikkia isien syrjintään vaikuttaneita näkökohtia.[43]

Vuonna 1976 eduskunnan oikeusasiamies puuttui hänelle tulleiden kanteluiden perusteella siihen, että eräät sosiaalilautakunnat olivat asenteellisia eivätkä riittävän tasapuolisesti tutkineet isien mahdollisuuksia ryhtyä lastensa huoltajiksi. Hänen sosiaalihallitukselle osoittamansa kirje 12.11.1976 johti kartoituksen laatimiseen sosiaalilautakuntien lausuntokäytännöstä vuoden 1977 jälkipuoliskolta.[44] Vuonna 1978 sosiaalihallitus antoi kunnille tarkoitetut ohjeet lausuntojen laatimisesta ja niistä näkökohdista, joihin huoltoratkaisua tehtäessä on kiinnitettävä huomiota.[45]

> Kartoituksessa ilmenneet seikat tukivat *Helin*in aikaisempia tuloksia. Kantajina ja lausunnon pyytäjinä olivat useimmiten äidit ja juuri lausunnon pyytäjä oli lausunnon kannalta avainasemassa. Jos isä pyysi lausuntoa, lausunto oli hänen kannaltaan myönteinen noin puolessa tapauksia, kun taas äidin osalta vastaava osuus oli 87 %. Vastaavasti äidin pyytäessä lausuntoa isää suositeltiin vain 7 %:ssa tapauksista. Jos lausunnon pyytäjänä oli tuomioistuin, lausunto oli isälle myönteinen 32 %:ssa ja äidille 45 %:ssa tapauksia. Tuomioistuimen aloite vaikutti siis myönteisesti lausunnon lopputulokseen tasa-arvotavoitteen kannalta. Kaiken kaikkiaan tulos oli kuitenkin äitien hyväksi 75 % isien 15 % vastaan. Joka kymmenennessä tapauksessa lautakunta ehdotti muita huoltojärjestelyjä tai piti vanhempia yhtä sopivina.[46] Kartoitusta esitellyt *Taisto Ahvenainen* piti itse tulosta äitimyönteisen rooliajattelun mahdollisuutta vahvistavana.[47]

Kriittinen kannanotto tuomioistuin- ja aivan erityisesti lausuntokäytännöstä esitettiin myös *Ahti Saarenpää*n, *Heikki Mattila*n ja *Matti Mikkola*n teoksessa Holhous – yhteiskunnallinen ongelma.[48] Siinä todettiin seuraavasti:

> »On varsin vaikeaa päätellä, missä määrin lausunnot ovat ratkaisun perusteena. Ne tapaukset, joissa niistä poiketaan, voidaan tietenkin saa-

[43] *Helin* (1974) s. 111, 128–129.

[44] *Ahvenainen* (Avioliitto-oikeutta 1979) s. 94–95. *Tulenheimo-Takki* (JFT 1979) s. 181.

[45] *Tulenheimo-Takki* mainitsee artikkelissaan tämän tiedon ja nimeää Sosiaalihallituksen yleiskirjeen n:o A 2/1978/pe, 5.4.1978. *Tulenheimo-Takki* (JFT 1979) s. 181.

[46] *Ahvenainen* (Avioliitto-oikeutta, 1979) s. 97.

[47] *Ahvenainen* (Avioliitto-oikeutta, 1979) s. 98. Samalla vahvistui oletus niin kutsutun *status quo* -olettaman vaikutuksesta. Siihen perustuen lasta luonaan pitävällä vanhemmalla katsottiin olevan paremmat mahdollisuudet saada itselleen myönteinen lausunto kuin erillään asuvalla. *Ahvenainen* (Avioliitto-oikeutta, 1979) s. 108. Ks. *status quo* -olettamasta Englantia koskeva jakso, kohta 6.3. (Status quo -periaate).

[48] *Saarenpää – Mattila – Mikkola* (1972).

da selville, mutta muutoin ollaan arvailujen varassa. Ilmeistä kuitenkin on, että niin tuomioistuinlaitoksen kuin sosiaalihuollonkin piirissä on edelleen pääasiallisesti vallitsevana käsitys lasten kuulumisesta äidin holhoukseen. *Äiti on lasten 'luonnollinen' holhooja ja huoltaja ydinperheen ulkopuolella.* Niinpä isän mahdollisuudet holhouksen saantiin ovat yleensä vähäiset. Äidin etusija voidaan sivuuttaa vain erittäin pätevin perustein.»[49]

3.2.3. Sukupuoliroolien kritiikkiä koskeva yhteenveto

Edellä esitetty osoittaa, että Suomessa esiintyi vertailumaiden tapaan naisten tasa-arvoon tähtäävää liikehdintää 1960-luvun puolenvälin jälkeen. Ruotsin lailla naisten tasa-arvoa koskevat tavoitteet omaksuttiin myös nopeasti valtiolliseen perheoikeuspolitiikkaan. Keskeiseksi katsottiin tasa-arvokehitystä estävien sukupuoliroolien purkaminen. Keinona pidettiin ennen muuta naisten palkkatyötä, joka vapauttaisi puolisot keskinäisestä taloudellisesta riippuvuudesta. Naisten palkkatyön mahdollistamiseksi vaadittiin muun muassa lasten hoitoon erikoistuneita laitoksia.

Sukupuolirooleja koskeva kritiikki ulottui kuitenkin myös perheen sisäisiin hajoamistilanteisiin. Erityisesti arvosteltiin äitien etusijaa huollon määräämisessä. Niin tuomioistuimien kuin lautakuntien katsottiin suosivan äitejä isien kustannuksella. Useimmin lapset uskottiin äideille kuitenkin silloin, kun lasten huoltoa koskeva määräys perustui vanhempien keskinäiseen sopimukseen. Tapaamisoikeuden säätely lailla ja sitä koskeva oikeuskäytäntö ilmensi toisaalta myös isien entistä aktiivisempaa osallistumista lasten kasvatukseen.

3.3. Avioeroprosessi ja lasten huolto muutosten vuosina

3.3.1. Ehdotus avioerolainsäädännön uudistamiseksi

Avioliittokomitean oli toimeksiantonsa mukaisesti tehtävä ennen muuta ehdotus avioeroa koskevan säännöstön uudistamiseksi. Se ehdottikin eron myöntämistä ilman erityisiä avioeroperusteita. Tätä perusteltiin avioliiton ja per-

[49] *Saarenpää – Mattila – Mikkola* (1972) s. 56 (kurs. alkup.). Todettuaan edelläolevan kirjoittajat arvostelevat ankarasti sosiaalityöntekijöiden asiantuntemusta ja lopulta koko lausuntomenettelyä, jonka ainoaksi todelliseksi aikaansaannokseksi jäi menettelyn pitkittäminen, mts. 56–57.

heen tehtävien supistumisella ja keskittymisellä erityisesti tunnetehtävään.[50] Avioeron edellytyksenä olisi ehdotuksen mukaan ollut yleensä kuuden kuukauden harkinta-aika. Eron olisi voinut saada välittömästikin ilman mitään harkinta-aikaa, jos puolisot olivat lapsettomia ja erosta yksimielisiä sekä jos puolisot olivat yksimielisiä erosta ja he osoittaisivat järjestäneensä alle 16-vuotiaiden lastensa huollon ja elatuksen tyydyttävällä tavalla. Taustalla oli ilmeisesti ajatus, jonka mukaan välitön ero toimisi eräänlaisena houkuttimena lapsia koskevista asioista sopimiselle. Riitojen välttäminen taas oli nimenomaisesti julkilausuttu tavoite avioeron uudistamisessa.[51]

Avioeroa ei enää pidetty muutenkaan lasten kannalta yksiselitteisesti ongelmallisena. Avioliittokomitea totesi seuraavasti:

> »Eräät viime aikoina tehdyt tutkimukset näyttävät kuitenkin osoittavan, että vanhemman ja lapsen välisen suhteen laadulla voi olla suurempi vaikutus lapsen kehitykseen kuin perhemuodolla sinänsä. Avioliittoon perustuva perhe, jossa vanhempien välillä on pysyviä ristiriitoja, saattaa muodostaa lapsen kehityksen kannalta epäedullisemman ympäristön kuin esimerkiksi sellainen äidin ja lapsen muodostama epätäydellinen perhe, jossa äidin ja lapsen väliset suhteet ovat tasapainoiset.»[52]

Komitean ehdotus noudatti siis melko tarkkaan vertailumaissa ilmenneitä piirteitä. Avioeroperusteiden lieventyessä vähenivät samalla myös lapsen huoltoon liittyvät interventiot. Eri tavoin suosittiin sitä, että puolisot ratkaisisivat sopimuksin lasten huollon ja muut liitännäiskysymykset.[53]

3.3.2. Miksi Suomessa ei uudistettu avioero-oikeutta?

Edellä selostettu ehdotus avioerolainsäädännön uudistamiseksi ei kuitenkaan toteutunut. Suomi muodosti näin poikkeuksen vertailumaihin verrattuna, sillä kaikissa muissa maissa avioerolainsäädäntöä uudistettiin juuri 1970-luvun tuntumassa. Ero on niin selvä, että siihen johtaneita syitä on aihetta pohtia.

---

[50] Komitea perusti näkemyksensä jälleen *Parsons*in teoriaa seuraavalle perheen tehtävien ja niiden erikoistumisen erittelylle. Ks. *AL-komitea* I (1972) s. 21–51.

[51] *AL-komitea* I (1972) s. 173–185.

[52] *AL-komitea* I (1972) s. 41. Komitea toteaa, että tosin aviottomat lapset ovat edelleen yliedustettuina esimerkiksi huostaanotetuista lapsista, mutta jatkaa: »Turvattomuuden ja sopeutumattomuuden perimmäisenä syynä ei kuitenkaan ole se, että lapsi on kasvanut tyypillisestä perhemuodosta poikkeavassa äiti – lapsi -perheessä, vaan ennen kaikkea ne taloudelliset vaikeudet, jotka ovat luonteenomaisia yhden huoltajan perheille, myös avioeroperheille.» s. 42.

[53] Ks. vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 3.3. (Avioero- ja parisuhdekäsitysten muuttuminen).

Suomessa meneillään ollut kiihkeä murrosvaihe aiheutti ilmeisesti sen, että avioerolainsäädännön länsimainen uudistusaalto kohtasi eri väestöryhmät hyvin erilaisessa tilanteessa. Yhteiskunnallisen muutoksen kärjessä olleet ja siihen aktiivisesti vaikuttaneet olivat omaksuneet perhekäsityksen, jossa keskeistä oli yksilön vapaus ja riippumattomuus. Näitä olivat esimerkiksi juuri Yhdistys 9:ssä vaikuttaneet ja myös useimmat avioliittokomitean jäsenet.

> Avioliittolakikomitea ei jättänyt ehdotustaan yksimielisenä. Erimielisyys suuntautui kahtaalle. Osa eri mieltä olleistä jäsenistä poikkesi kannanotoissaan enemmistöstä konservatiivisempaan suuntaan.[54] Osa komitean jäsenistä katsoi puolestaan, että ehdotus oli liian kapea-alainen. Ehdotusten olisi pitänyt ulottua sosiaalilainsäädäntöön asti, jotta se olisi voinut saada aikaan tavoitteeksi asetettuja todellisia parannuksia erityisesti lapsiperheiden asemaan.[55]

Avioliittokomitean mietintöä vastustavista mielipiteistä voidaan kuitenkin päätellä, että suuri osa suomalaisista ajatteli perheestä vielä varsin perinteisesti. Perhettä pidettiin yksikkönä, jonka jäsenet olivat toisistaan eri tavoin riippuvaisia. Erityisen riippuvaisia perheestä olivat naiset ja lapset. Naisten ja lasten toimeentulon turvaamiseksi avioero ei saanut olla liian helppo ja sen tuli mahdollistaa kohtuullinen korvaus avioeron aiheuttamista taloudellisista menetyksistä.[56] Vakaata perheinstituutiota pidettiin myös jonkinlaisena yhteiskuntarauhan takeena.

> Luterilaisen kansankirkon piirissä oli keskusteltu vilkkaasti sekä Naisten asemaa tutkineen komitean että Avioliittolakikomitean mietinnöistä.[57]

---

[54] Eri tavoin lievempiä uudistuksia esittivät jäsenet *Pentti Kurkela, Orvokki Kauppila, Lea Sutinen, Kyllikki Sunila, K.H. Molin, Achilles Westling* sekä komitean puheenjohtaja *Martti Miettinen. AL-komitea* I (1972) s. 235–262.

[55] Jäsenet *Leila Räsänen, Matti Savolainen, T. Tellervo Koivisto* ja *Helvi Niskanen. AL-komitea* I (1972) s. 228–235.

[56] *Jaakkola*n laatimasta mietinnöstä saatujen lausuntojen tiivistelmästä ilmenee, että voimassaolleiden avioeroperusteiden säilyttämisen kannalla olivat Keskustapuolueen naiset, Maa- ja kotitalousnaisten Keskusliitto sekä Yksinhuoltajat. Nämä ilmaisivat kaikkein konservatiivisimmat kannanotot yhdessä katolisen kirkon, Vapaakirkon, Lakimiesyhdistyksen sekä Akavan kanssa. *Jaakkola* (OM 3/1975) s. 36. Evankelis-luterilainen kirkko kannatti lievempää uudistusta. Kirkolliskokouksessa haluttiin puolustaa naisen ja lasten asemaa. Avioliittokomitean ehdotus nojautui kirkolliskokouksen mukaan liian optimistiselle ennusteelle miehen ja naisen tasa-arvon lisääntymisestä. Välittömästi toteutettuna se olisi todennäköisesti vaikuttanut naisen asemaa heikentävästi erityisesti niissä tilanteissa, joissa vaimo oli riippuvainen mieheltä saamastaan elatuksesta. *Kirkolliskokous* (1973) s. 156.

[57] Julkaistuista puheenvuoroista tärkeimmät lienevät *Matti Joensuun* teos Avoliitto, avioliitto, perhe, vuodelta 1972 sekä neljä vuotta myöhemmin kirkon tutkimuslaitoksen

> Puheenvuoroissa kritikoitiin voimakkaasti komiteoiden edustamaa avioliittokäsitystä. Kristillisen etiikan katsottiin edellyttävän, että avioliitto solmitaan eliniäksi, kun taas Yhdistys 9:ssä oli puhuttu jopa länsimaisen ihmisen suksessiivisesta moniavioisuudesta. Kirkon piirissä avioliiton asema yhteiskunnan suojelemana perussoluna haluttiin säilyttää ja turvata. Avioliiton suojelemisella tarkoitettiin kirkon piirissä erityisesti sitä, että aviopuolisosta ei saisi päästä liian helposti eroon.[58]

Avioeron helpottamista kannatti vuonna 1969 vain 17 % väestöstä. Vuonna 1972, jolloin avioliittokomitean mietintö julkaistiin, avioeron helpottamisen kannalla oli jo 33 %. Helpon avioeron suosio laski kuitenkin tämän jälkeen, ja vuonna 1974 helpottamista kannatti 27 % ja vuonna 1979 enää 21 % suomalaisista.[59] Avioeron helpottamista kannatti siis enimmilläänkin vain noin kolmasosa kansakunnasta.»Kansan syviin riveihin» uudet individualistiset perhekäsitykset eivät olleet vielä tehneet vaikutusta.[60]

Riitta Jallinojan käyttämistä *individualistista* ja *familistista* perhekäsitystä koskevissa käsitteissä edellisessä keskeisenä on yksilön vapaus ja jälkimmäisessä perheen etu.[61] Avioliittolakikomitean saamaa vastaanottoa voidaan näiden termien avulla kuvata individualististen ja familististen perhenäkemysten yhteentörmäykseksi. Muutoksen kärjessä edenneet vaikutusvaltaiset intellektuellit halusivat muuttaa ja muuttua nopeasti uusien ihanteiden mukaan. Vauhti oli liikaa niille, joiden arvot ja edut liittyivät perinteiseen familistiseen perhekäsitykseen.

---

julkaisusarjassa ilmestynyt *Jouko Sihvon* tutkimus Avioliitto ja avioero. *Joensuu* (1972), *Sihvo* (1976). Edellisen lähtökohtana olivat Naisten asemaa tutkineen komitean ehdotukset jälkimmäisen vastatessa erityisesti Avioliittokomitean mietintöön.

[58] *Joensuu* (1972) s. 23, *Sihvo* (1976) s. 114–118. »Ellei yhteiskunta kykene valvomaan ydinsoluaan, se eristyy muusta yhteiskunnasta ja muuttuu omalakiseksi. Jos yhteiskunta alkaa rappeutua ytimestään, toisaalta koko yhteiskunta ja toisaalta yksityinen jäsen, yksityinen ihminen joutuvat vaaravyöhykkeeseen.» *Sihvo* (1976) s. 116. Lisäksi korostettiin säätelyn moraalia ohjaavaa vaikutusta. *Sihvo* (1976) s. 10, *Joensuu* (1972) s. 141. Yhdistys 9:n piirissä vaikuttanut *Klaus Mäkelä* kirjoitti vuonna 1967:» (L)änsimaat ovat siirtyneet yksiavioisuudesta perättäiseen moniavioisuuteen, eikä tämän siirtymän tarvitse merkitä yhteiskuntarakenteen murentumista, vaikka ylimenokausi tietysti aiheuttaa sopeutumisvaikeuksia ja onnettomuutta. Kulttuurin muuttuessa ja elintason noustessa avioerot eivät enää tule olemaan mikään ratkaiseva sopeutumattomuutta aiheuttava tekijä.» lainaus *Jallinojan* tekstistä, *Jallinoja* (1983) s. 159–160.

[59] *Jallinoja* siteraa ao. kohdassa *Jari Utriaisen* julkaisematonta sosiologian pro gradu -työtä. *Jallinoja* (Perhe, työ ja tunteet, 1984), s. 52.

[60] Ks. myös *Jallinojan* esittämää taulukkoa puoluohjelmissa esiintyvistä perhekäsityksistä *Jallinoja* (Perhe, työ ja tunteet, 1984) s. 53.

[61] *Jallinoja* (Perhe, työ ja tunteet, 1984) s. 39–57, ks. myös alaviite edellä kohdassa 2.2.1. (Kehitystä koskevia oletuksia ja suomalaisia erityispiirteitä).

Avioliittolakiuudistuksen kohtaloksi koitui ilmeisesti osittain myös 1970-luvun radikaaliliikkeiden politisoituminen. Muut kuin uudistajat alkoivat nähdä uudistuksen poliittisena valtataisteluna. Tämänkään vuoksi uudistukset eivät voineet saada laajaa kannatusta. Lopputuloksena oli joka tapauksessa »pattitilanne»: komitean laatimalle ehdotukselle ei ollut odotettavissa edes niin suurta kannatusta, että sen valmistelua olisi ollut siinä vaiheessa mielekästä jatkaa. Valmistelu aloitettiin uudestaan 1980-luvulla, ja tällöin uudistus voitiin viedä myös päätökseen. Tavallaan 1970-luvun avioerouudistus toteutuikin Suomessa, mutta tämä tapahtui vasta 1980-luvun lopulla.[62]

3.3.3. Avioerot syyllisyyskulissin varjossa

Vaikka avioeroperusteita ei uudistettukaan, voidaan kysyä, vaikuttivatko avioerojen yleistyminen ja niistä käyty keskustelu käytännön avioero-oikeudenkäynteihin. Kysymykseen on saatavissa autenttista valoa suoraan 1970-luvulta *Helin*in avioeroprosesseja koskeneesta tutkimuksesta.[63] Sen aineiston perusryhmänä olivat vuonna 1969 myönnetyt avioerot. *Helin* vastasi jo teoksensa alkulehdillä 1960-luvun lopun lakitekstin ja todellisuuden olleen keskenään ristiriidassa.[64]

*Helin*in mukaan avioerolainsäädännön tavoitteet olivat ajautuneet kauas niistä, joita eroavilla puolisoilla oli tai joita aineiston perusteella voitiin päätellä heillä olleen. Käytännössä määrääviä olivat sen mukaan taloudelliset tekijät, eivät moraaliset näkökohdat.[65] Eri havainnot antoivat *Helin*ille aiheen arvioida syyllisyysperusteista avioeromenettelyä 1960-luvun lopulla seuraavasti:

> »(S)yyllisyysperiaatteen alkuperäinen idea, korvausten vaatiminen moraalisilla perusteilla on menettänyt merkityksensä käytännössä. Tämä näkyi asianosaisten käyttäytymisestä avioeroprosessissa. Kävi näet ilmi, että vaikka argumentaatio tuomioistuimessa näennäisesti rakentui syyllisyyskysymyksen selvittelyn ympärille, tosiasiassa riideltiin *vaatimus-*

---

[62] Vuoden 1987 avioerouudistukseen palataan myöhemmin kohdassa 4.2. (Avioerouudistuksen toteutuminen).

[63] *Helin* (1974). Ks. po. tutkimuksesta myös edellä kohdassa 3.2.2. (Isien syrjintä lasten huollon määräämisessä).

[64] *Helin* (1974) s. 11.

[65] Toisaalta lienee niinkin, että 1970-luvulla ajan henkeen kuului taloudellisten tekijöiden korostaminen. Jälkeenpäin on kuitenkin mahdotonta sanoa, onko »ajan henki» vaikuttanut tulkintoihin vai ei. Kysymyksessä on joka tapauksessa autenttisin ja paras käytettävissä oleva tulkinta, jota ei ole voitu osoittaa vääräksikään.

ten yhteissumman suuruudesta».... (esimerkki lapsen elatusapuvaatimuksista)...

»Kun kyse on avioliiton purkautumisen aiheuttamien kysymysten ratkaisemisesta, on havaittu kokonaisvaltaisen strategian käyttö varsin luonnollista. Ihmiset eivät voi toimia niin osittuneesti, että pitäisivät edellä mainitut kysymykset toisistaan erillään. Tämän vuoksi ei varallisuusseuraamusten kytkeminen toisistaan niin riippumattomiin seikastoihin kuin syyllisyyteen ja elatuksen tarpeeseen voi käytännössä onnistua. Yrityksestä on tuloksena, että laki ei toimi lainsäätäjän ajattelemin tavoin, vaan käsketyn käyttäytymisen ja todellisen käyttäytymisen välille syntyy juopa, syntyy 'law in books' ja 'law in action'. Jälkimmäinen näyttää tällä hetkellä toimivan siten, että elatus-, vahingonkorvaus- ja tasinko-oikeuden menettämisvaatimuksilla tähdätään samaan päämäärään; nimittäin perheen toimeentulon varmistamiseen avioeron jälkeen. Aineettoman vahingon korvaaminen on pelkkä juridinen kuori, johon taloudelliset tavoitteet kätketään.»[66]

Suomessa 1960-luvun lopulla eronneet puolisot kokivat ilmeisesti avioeroperusteet muodollisiksi lain kirjaimiksi.[67] Lain kirjaimet eivät säädelleet puolisoiden käyttäytymistä avioliiton aikana tai estäneet heitä halutessaan eroamasta. Eroavalle avioeron perusteet merkitsivät lähinnä sisällöttömiä muotovaatimuksia.[68] Ne muodostivat *Helin*in ilmaisua käyttäen »eräänlaisen esteradan, jonka lävitse eroa tahtovan oli suoriuduttava.» Kun esteet oli selvitetty, avioero hyväksyttiin lähes aina.[69]

*Helin*in esittämistä tilastotiedoista ilmenee, että hyväksymisprosentti on lain alkuvuosilta 1960-luvulle asti ollut 90–95 %, kunnes se 1968 oli lähes 98 % ja pysyi siinä ainakin lähivuodet.[70]

Avioerotuomioihin liittyneet lasten huoltoa koskeneet määräykset perustuivat useimmiten osapuolten sopimukseen. Syyllisyyteen perustuvissa jutuissa näin oli 91 %:ssa tapauksia, mutta välirikkoon perustuvissa vieläkin

---

[66] *Helin* (1974) s. 109–110. *Rheinstein* on käyttänyt juuri samaa käsiteparia *law in books* ja *law in action* vertailevassa avioerotukimuksessaan kuvaamaan sitä tosiasiaa, että syyllisyysperusteista huolimatta suurin osa puolisoista kaikkialla länsimaissa näyttää eroavan keskinäisen sopimuksen perusteella. *Rheinstein* (1972) s. 247. *Helin* kritikoi syyllisyysperusteiden oikeutusta samassa hengessä vielä suoremmin s. 151–153.

[67] Avioeron seuraamusten osalta syyllisyydellä sitä vastoin oli merkitystä. *Helin* (1974) s. 147–148. Tästä lähemmin jäljempänä.

[68] Ks. *Helin* (1974) s. 42–43.

[69] *Helin* (1974) s. 151.

[70] *Helin*in käytettävissä olleet tiedot ulottuivat vuoteen 1970 asti. *Helin* (1974) s. 102.

enemmän, 98 %:ssa.[71] Luvuista voi päätellä, että syyllisyyskulisseista ja lain edellyttämästä kontrollista huolimatta lapsen huoltoa koskeviin sopimuksiin ei juurikaan puututtu. Intervention lieventyminen ja sopimusten suosiminen tapahtui siis Suomessa lain syyllisyyskulissien varjossa.

> *Saarenpään*, *Mattilan* ja *Mikkolan* mukaan avioerot olivat tuomioistuimen kannalta vain »rasittavia rutiinijuttuja». Tuomarit eivät sen vuoksi olleet motivoituneita tutkimaan lähemmin puolisoiden välisiä sopimuksia, vaan ne hyväksyttiin automaattisesti.[72]

Syyllisyyskysymyksellä oli *Helin*in mukaan sitä vastoin selvä yhteys lapsen huoltoa ja myös elatusta koskevaan päätökseen silloin, kun tuomioistuin joutui ratkaisemaan asian vanhempien riitatilanteessa. Isä saattoi saada lasten huollon ainoastaan, jos hän esiintyi kantajana syyllisyysperusteisessa avioerojutussa.[73] Vaikka näiden tapausten lukumäärä oli *Helin*in aineistossa verrattain pieni[74], ne antavat aiheen olettaa, että Suomen oikeuskäytännössä suhtauduttiin syyllisyyteen toisin kuin esimerkiksi Ruotsissa samaan aikaan.[75]

> *Saarenpää*, *Mattila* ja *Mikkola* eivät puolestaan millään tavalla edes viitanneet syyllisyyskriteerin olemassaoloon vuonna 1972. Heidän mukaansa tuomioistuimella oli lapsen huollosta määrätessään pelkästään *vapaa harkintavalta*. Tätä vapaata harkintavaltaa tuomioistuin käytti vain, jos puolisot eivät päässeet lasten kohtalosta keskenään sopimukseen. Vapaata harkintavaltaa käytettiin heidän mukaansa äitien suosimiseen.[76]

---

[71] *Helin* (1974) s. 111. Asumuseroa koskevissa hakemuksissa lasten huollosta ei riidelty kertaakaan, s. 48.

[72] Vanhempien yksimielisyys oli erityisessä asemassa kuitenkin myös molemmissa holhouslainsäädäntöä koskevissa ehdotuksissa. Niiden mukaan yksimielinen ehdotus olisi nimenomaan rajoittanut tuomioistuimen tutkimisvelvollisuutta ja harkintavaltaa asiassa. *HolhUudKom* (1971) s. 122, *HolhTmik* (1974) s. 110.

[73] *Helin* (1974) s. 128–130. Elatusapujen *Helin* havaitsi olleen keskimäärin suurempia silloin, kun avioero oli tuomittu syyllisyysperusteella, kuin silloin, kun avioero oli välirikkoperusteinen, s. 131–132.

[74] *Helin* mainitsee sivulla 129 lukumäärän 24, joka näyttäisi viittaavan koko riitaisten tapausten joukkoon. *Helin* (1974) s. 128.

[75] Ks. Ruotsia koskeva jakso, kohta 4.4. (Perheoikeuden uudet tavoitteet ja lapsen huolto). *Helin*in aineisto oli koottu vuonna 1969. Tällöin syyllisyys vaikutti lapsen huoltoon vielä muissa vertailumaissa. Esim. Englannin tässä suhteessa keskeinen tapaus J. v C. ratkaistiin vasta seuraavana vuonna. Ks. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 2.5. (Kalifornian avioerouudistus ja äidin etusija), Englanti, kohta 6.1. (Leading case: lapsen etu ratkaisun ainoaksi perusteeksi) ja Saksa kohta 5.2. (Lapsen etu, syyllisyys ja äidin hoiva), etenkin alakohta 5.2.6. (Yhteenveto) sekä kohta 6.1. (Psykologisoitumisen taustaa).

[76] *Saarenpää – Mattila – Mikkola* (1972) s. 55–57. Ks. tarkemmin edellä kohta 3.2.2. (Isien syrjintä lasten huollon määräämisessä).

Vaikka siis avioeron oikeudelliset perusteet ja avioero-oikeudenkäynti säilyivätkin Suomessa muuttumattomana koko 1970-luvun pitkälle 1980-luvulle asti, oikeudenkäyntien luonne oli muuttunut olennaisesti. Länsimainen avioeroja koskenut 1970-luvun liberalisointiaalto kosketti siten myös suomalaista oikeudellista todellisuutta, »law in action», vaikka laki muodollisesti säilyikin muuttumattomana. Vapaampi avioeromenettely merkitsi lasten huollon määräämisen kannalta sitä, että vanhempien sopimuksiin ei käytännössä puututtu, vaikka laki antoikin siihen mahdollisuuden. Lapsen etua on sitä vastoin ilmeisesti tulkittu edelleen entiseen tapaan silloin kun vanhemmat ovat olleet erimielisiä, jolloin äideillä on ollut etusija ja myös syyllisyyskysymykselle on annettu merkitystä.[77]

3.4. Yksilöllisen ja psykologisen tulkinnan ihanne

3.4.1. Ihanne todellisuuden vastakohdaksi

Vaikka äitien etusijaa ja syyllisyyden huomioon ottamista lasten huollon määräämisessä arvosteltiinkin, niiden tilalle ei tullut psykologiseen asiantuntemukseen perustuvaa tai muutakaan selvää kriteeriä. Muissa yhteyksissä lapsen edulle annettiin kuitenkin jo toisentyyppisiä tulkintoja, joissa vanhemman sukupuoli ei ollut määräävä tekijä. Näissä tulkinnoissa korostuivat lapsen yksilölliset tarpeet ja mielipiteet. Tämäntyyppisiä käsityksiä voidaan havaita olleen 1970-luvun lapsioikeudellisten lainsäädäntöuudistusten taustalla ja myös korkeimman oikeuden lapsen edun periaatetta koskevassa ratkaisussa KKO 1978 II 80. Näistä kahdesta näkökulmasta avautuu eräänlainen uudempi tulkinta lapsen edulle, joka on sopusoinnussa äidin etusijaa ja syyllisyyden huomioon ottamista koskevan kritiikin kanssa. Seuraavassa 1970-luvulla tapahtuneita lapsioikeudellisia uudistuksia ja korkeimman oikeuden ratkaisua tarkastellaan lähemmin.

3.4.2. Lapsipaketin yksilöllinen lapsikäsite

Puolisoiden keskenäisen yhdenvertaisuus ei ollut ainoa perhepoliittinen yhdenvertaisuustavoite. Pidettiin myös tärkeänä, ettei erilaisissa perheissä ole-

[77] Vertailussa ilmeni, että syyllisyyskriteerin poistamisen jälkeen saatettiin syyllisyyteen vielä vedota lapsen huollon määräämisessä. Näin oli Kaliforniassa 1970-luvun alussa. Vrt. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 2.5. (Kalifornian avioerouudistus ja äidin etusija).

via perheenjäseniä kohdeltaisi oikeudellisesti eriarvoisella tavalla.[78] Esimerkiksi vanhempien avioliitto ei siten saisi tuottaa lapselle parempaa oikeudellista asemaa kuin avoliitto tai yhden vanhemman perhe.[79]

> Avoliittoja oli alkanut esiintyä Suomessa 1960-luvun lopulla ja 1970-luvulla ne yleistyivät voimakkaasti.[80] Suuri osa avoliitoista oli niin sanottuja koeavioliittoja. *Aromaan*, *Cantell*in ja *Jaakkola*n tutkimuksesta ilmenee, että vuosina 1968–1974 joka kolmas uusi parisuhde oli avoliitto. 1970-luvun lopulla uusista parisuhteista avoliittoja on jo kaksi kolmasosaa.[81]

Myös naisen asemaa tutkinut komitea oli kiinnittänyt huomiota kehitykseen ja lausunut sen johdosta seuraavaa:

> »Kehitys on ilmeisesti kulkemassa siihen suuntaan, että perheenmuodostus ilman avioliiton solmimista lisääntyy. Tällaiset perheet eivät saa olla oikeudellisesti huonommassa asemassa kuin avioliittoperheet, minkä vuoksi perheoikeutta olisi uudistettava laajemminkin kuin vain avioliittolain osalta.»[82]

Avioliittolakikomitean ja Naisten asemaa tutkineen komitean mietinnössä esitetyt yleiset tavoitteet määräsivät 1970-luvulta lähtien perheoikeudellisten uudistusten suuntaa avioliittolakikomitean esittämien ajatusten saamasta vastustuksesta huolimatta. Perheoikeus muuttui tästä lähtien selvemmin

---

[78] *AL-komitea* I (1972) s. 20.

[79] Evankelis-luterilaisen kirkon piirissä avoliitot oli kuitenkin vastuuttomina tuomittu jyrkästi. Vastuuttomana avoliittoa pidettiin varsinkin miehen kannalta, joka avoliiton »solmimisella» tämän näkemyksen mukaan suorastaan ilmaisi halunsa olla sitoutumatta perheensä hoitoon ja elatukseen. *Joensuu* (1972) s. 41–45, samoin *Sihvo* (1976) s. 67–69. Puolisoiden elatusvelvollisuuden rajoittamiseen suhtauduttiin tältä pohjalta myös kriittisesti. *Joensuu* (1972) s. 141, 145, *Joensuu* arvosteli jopa kaikenlaisia lainsäädännöllisiä hankkeita, jotka asettaisivat avoliitossa ja avioliitossa elävät samanvertaiseen asemaan mukaanlukien myös lasten yhdenvertaisen oikeudellisen aseman, s. 139–141.

[80] *Aromaa – Cantell – Jaakkola* (1981) s. 32–42.

[81] *Aromaa – Cantell – Jaakkola* (1981) s. 73. Erityisesti vuosikymmenen lopulla avoliitot yleistyivät niin kaupungeissa kuin maaseudulla ja myös kaikissa ikäryhmissä. Suurin osa avoliitoista päättyi edelleen avioliittoon, mutta enenevä osa jäi myös pysyviksi. Ks. s. 42–73. Ks. avoliittojen yleistymisestä myös *Jallinoja* (Perhe, työ ja tunteet 1984) s. 62–64.

[82] *Komiteanmietintö* 1970:A 8 s. 99. Komitea vaati esim. yhdenvertaista oikeudellista kohtelua yksinäisen äidin ja lapsen muodostamalle perheelle: »Naisella on täysi oikeus synnyttää ja kasvattaa lapsi ilman, että hän elää yhdessä lapsen isän kanssa. Tällaista äiti-lapsi -perhettä on pidettävä moraalisesti yhtä hyväksyttävänä ja oikeana kuin äiti-isä-lapsi tai isä-lapsi -perhettäkin.» s. 100.

yksilöiden perheoikeudeksi, niin että perheyksiköllä ei enää ollut määräävää asemaa siinä.[83] Kun säätelyn kohteena ovat eri perheenjäsenten väliset suhteet, voidaan esimerkiksi vanhempien suhteen oikeudellinen laatu jättää haluttaessa huomiotta. Oikeudenala, joka koskee lapsia ja vanhempia yksilöinä eikä perheenä, lapsioikeus, syntyi juuri tässä yhteydessä.[84]

1970-luvun puolivälissä säädettyyn niin sanottuun lapsipakettiin kuuluivat ennen muuta isyyslaki (700/76) ja laki lapsen elatuksesta (704/76).[85] Lapsipakettia koskeva ehdotus oli valmistunut oikeusministeriössä jo vuonna 1972.[86] Ehdotuksen alkuun oli kirjattu sen tavoitteista muun muassa seuraavaa:

> »Erityisesti 1960-luvulta alkaen virinnyt perhepoliittinen keskustelu on kuitenkin osoittanut, että lasten yhdenvertaisuuden toteuttamiselle ei enää ole olemassa esteitä ja että tähän tähtäävät uudistukset olisi kiireellisesti toteutettava. Tämän mukaisesti on uudistuksen päätavoitteeksi asetettu lapsen asemaa koskevan perheoikeudellisen lainsäädännön uudistaminen siten, että lainsäädännöstä poistettaisiin kaikki sellaiset säännökset, jotka asettavat lapset syntyperän perusteella eriarvoiseen asemaan. Lakiehdotuksen tarkoituksena on siten turvata jokaisella lapselle samat oikeudet ja etuudet siitä riippumatta, onko lapsi syntynyt avioliitossa vai sen ulkopuolella.»[87]

---

[83] Tästä näkökulmasta ei ehkä ole niin yllättävää, että 1990-luvun perheoikeudesta ei perheyksikölle enää löydy selkeätä määritelmää. Ks. *Perhetoimikunta* 1992:12.

[84] Lapsioikeuden synnystä ja alanmäärityksestä ks. tarkemmin *Kurki-Suonio* (EIF III 1996) p. 281–293.

[85] 1970-luvulla lainsäädännön uudistamiskokonaisuuksia oli tapana nimittää »paketeiksi». Veropaketteja säädettiin ilmeisesti useampiakin. Kirjallisuuteen on jäänyt ainakin Maapaketti, joka on myös prof. *Hyvösen* ao. lakiuudistusta koskevan kirjan nimenä. Lapsetkin saivat oman »paketin». Lapsipaketin sisällöstä ks. lähemmin *Nuutilainen* (1976) s. 11.

[86] Ministeriö oli päättänyt antaa 5.8.1971 lainsäädäntöneuvos *Matti Savolaisen* tehtäväksi yhdessä lainsäädäntösihteeri sittemmin -neuvos *Ritva Halme-Kaurasen* sekä myöhemmin nimetyn asiantuntijajäsenen oik.lis. *Gustaf Möller*in kanssa valmistellä päätöksessä nimetyt isyyttä ja lapsen elatusta sekä toimeentuloturvaa koskevat ehdotukset. Tätä aiemminkin oli ollut erilaisia pyrkimyksiä au-lasten oikeudellisen aseman parantamiseksi. *Mikkola* on teoksessaan Avioton lapsi kommentoinut oikeusministeriön vuodelta 1970 peräisin olevaa selvitystä, jonka sisältämä uudistusehdotus tällä perusteella näyttäisi olevan pääpiirteiltään jokseenkin samansisältöinen kuin vuoden 1972 ehdotus ja vuoden 1974 hallituksen esitys s. 61 alk., ks. tätä edeltävistä vaiheista myös *Mikkola* (1972) s. 55 alk.

[87] *Savolainen – Halme-Kauranen – Möller* (OM 1/1972) s. 2, samansuuntaisesti HE 90/74 s. 1–2 taite.

Lapsipaketin tärkeimpänä tavoitteena oli siis lasten syntyperästä johtuvan eriarvoisuuden poistaminen.[88] Lapsipaketti oli siten ensimmäinen perheoikeudellinen lainsäädäntökokonaisuus, jonka sisältöön avoliitot tosiasiassa vaikuttivat merkittävästi. Lähtökohtana oli siis selvästi toisenlainen perhekäsite kuin 1960-luvun suuressa perheoikeudellisessa uudistuksessa, perintökaaressa (40/65).

Perheoikeuden yksilöllistymiskehitys vaikutti osaltaan huomion kiinnittymiseen nimenomaan lasten erityiseen oikeudelliseen asemaan, sillä sen mukana säätelyn kohteeksi tuli lapsi itse. Lapsi haluttiin myös saada lainsäädännössä näkyviin itsenäisenä oikeuksiensa subjektina. Tähän vaikutti todennäköisesti myös YK:n lapsen oikeuksien julistuksen tuleminen tutuksi.[89] Elatuslain alku kuvaa tätä pyrkimystä hyvin: lapsella on oikeus riittävään elatukseen (1 §). Yksilöllisyys ulottui myös riittävän elatuksen arvioimiseen. Elatuslaissa puhutaan lapsen tarvitsemasta hoidosta ja koulutuksesta sekä kehitystason mukaisista aineellisista ja henkisistä tarpeista. Lain perusteluissa tähdennettiin lisäksi erityisesti, että

> »(k)aikki nämä tarpeet arvioidaan kunkin lapsen yksilöllisen kehitystason mukaisesti.»[90]

Yksilöllisyys ei siten koskenut vain kutakin lasta erikseen, vaan myös saman lapsen eri ikäkausille ominaisten tarpeiden tuli saada yksilöllinen kohtelu.

Lapsipaketin soveltamisala kattoi lähinnä yksityisoikeudellisen elatuksen määräämisen, lapsen materiaalisen edun.[91] Lapsen huoltoa ja holhousta koskevan lainsäädännön kokonaisuudistus oli koko vuosikymmenen ajan valmisteltavana, mutta lain säätämiseen johtanut ehdotus saatiin aikaan vasta 1980-luvulla.[92] Lapsipakettiin sisältyi kuitenkin pieniä lasten huoltoa koskevia uudistuksia, jotka koskivat lähinnä aviottomien lasten huoltoa, mutta myös vanhempien tapaamisoikeutta.[93]

---

[88] Ks. *Mahkonen*: »Lapsilainsäädäntö ja tasa-arvo» (Lm 1977) s. 242 alk.

[89] Ks. esim. *Justander* (Helminen – Lång 1987) s. 236.

[90] HE 90/74 s. 47. Lapsen elatuksen tarpeesta käydystä keskustelusta kokoavasti *Gottberg* (1995) s. 206 alk.

[91] Lapsipakettia nopeasti seuranneessa laissa lapsen elatuksen turvaamisesta (122/77) säädettiin sen sijaan yksityisoikeudellisen elatuksen korvaavasta elatustuesta, jonka määrässä yksittäisten lasten yksilöllisiä tarpeita ei otettu huomioon.

[92] *HolhUudKom* (1971) ja *HolhTmik* (1974). Näistä lähemmin jäljempänä kohdassa 3.5. (Holhousehdotuksia toimikunnasta toiseen).

[93] Ks. edellä kohta 3.2.2. (Isien syrjintä lasten huollon määräämisessä).

> Au-lapsilain kumoamisen yhteydessä poistuivat aviottoman lapsen holhoukseen ja huoltoon kohdistuneet rajoitukset. Aviottomista äideistä tuli näin lastensa täysivaltaisia huoltajia ja holhoojia. Uuden isyyslain perusteella vahvistettavien isien asema lastensa huollossa jäi tässä vaiheessa varsin vaatimattomaksi. Isät saivat periaatteellisen mahdollisuuden tulla yksin lapsensa huoltajiksi, mutta edellytyksenä oli ensinnäkin, että vanhemmat olivat huollon siirrosta yksimielisiä, ja toiseksi, että muutos vastasi lapsen etua.[94] Yhteishuoltoa ei avioliiton ulkopuolella pidetty vielä mahdollisena.[95]

Hiukan ennen lapsipakettia oli säädetty lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan tuomion täytäntöönpanoa koskeva laki. Tämä laki liittyi läheisesti lapsen huoltoon, minkä vuoksi sitä on syytä tarkastella vielä omana kokonaisuutenaan.

3.4.3. Täytäntöönpanolaki

Lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan tuomion täytäntöönpanoa koskeva laki (myöh. täytäntöönpanolaki) säädettiin vuonna 1975, ja se tuli voimaan seuraavan vuoden alusta.[96] Tätä ennen lapsen huoltoa koskevia tuomioita oli pantu täytäntöön irtaimen esineen luovutusta koskevia säännöksiä noudattaen, mitä oli tietenkin pidetty epätyydyttävänä.[97]

> Ratkaisevaa uudistuksen etenemiselle näytti olleen yhteispohjoismainen mietintö lapsen huoltoa koskevan päätöksen täytäntöönpanosta vuodelta 1967.[98] Mietintö toi päivänvaloon paitsi oman täytäntöönpa-

---

[94] L holhouslain muuttamisesta (711/75), 23 §. Ks. uudistuksesta lähemmin *Laurinkari* (Mattila, 1981) s. 82–84, *Nuutilainen* (1976) s. 180. Uudistus vastasi asiallisesti vuoden 1971 Holhouslain uudistamista pohtineen komitean ehdotusta, ks. *HolhUudKom* (1971) s. 33–34, 122–123. Uudistus oli siis huomattavasti varovaisempi kuin Ruotsissa vuonna 1973 tehty uudistus. Ks. Ruotsia koskeva jakso, kohta 4.4. (Perheoikeuden uudet tavoitteet ja lapsen huolto).

[95] Yhteishuolto oli nimenomaisesti torjuttu vuoden 1974 Holhoustoimikunnan mietinnössä. Holhouksen ja huollon uudistamispyrkimyksistä lähemmin jäljempänä kohdassa 3.5. (Holhousehdotuksia toimikunnasta toiseen).

[96] Lapsen huoltoa ja täytäntöönpanoa koskeva lakiehdotus (HE 36/71) oli ensimmäisen kerran eduskunnassa vuonna 1971, mutta ei ehtinyt tulla käsitellyksi loppuun ennen eduskunnan hajottamista. Uusi lakiesitys annettiin vuonna 1974, ja se johti lain (523/75) säätämiseen. Uusi täytäntöönpanolaki tuli voimaan vuoden 1976 alusta. Se on sittemin korvattu uudella lailla lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan päätöksen täytäntöönpanosta 619/96, ks. lähemmin *Helin – Linna – Rintala* (1997).

[97] Ks. *Helin – Linna – Rintala* (1997) s. 3–5.

[98] Internordisk verkställighet med anledning av beslut rörande vårdnad om barn m.m. Nordisk udredningsserie 1967: 4, HE 36/71 s. 2, HE 96/74 s. 2. Pohjoismainen uudistus

> noa koskevan oikeutemme jälkeenjääneisyyden myös sen, että muissa pohjoismaissa oli hiljattain säädetty asiaa koskevaa erityislainsäädäntöä.[99]

Täytäntöönpanolaki ilmensi samantyyppistä lähestymistapaa lapsiin kuin lapsipakettikin.[100] Lapsi oli laissa selvästi yksilöllinen ja ainoalaatuinen. Lapsen ja hänen vanhempansa välisen suhteen ylläpitäminen oikeusjärjestyksen keinoin näyttäytyi uuden lain valossa tilanteena, jota tuli arvioida kussakin yksittäistapauksessa erikseen tarvittaessa asiantuntijoiden avulla ja lapsen omaa mielipidettä kunnioittaen.

> Lain mukaan esimerkiksi lapsen noutamisessa tuli noudattaa hienovaraisuutta, sosiaalilautakunnan jäsenen ja hänen mahdollisesti kutsumansa lääkärin tuli olla tarvittaessa paikalla, ja mahdollista oli myös siirtää nouto myöhempään lapselle paremmin sopivaan ajankohtaan (9 §).

Yksittäistapauksen omalakisuus ilmeni myös sovittelun, pehmeän menettelyn, käyttöön ottamisena osaksi oikeudellista prosessia (TäytäntöönpanoL 4 §).[101]

> Sovittelu herätti heti lainsäädäntövaiheessa myönteistä huomiota. Alun perin vaihtoehtoiseksi tarkoitettu sovittelumenettely muutettiin eduskuntavaiheessa pakolliseksi kaikissa tapauksissa.[102]

Sovittelijoilta toivottiin myös tehtävään tarvittavaa koulutusta tai ainakin kokemusta. Sovittelijoiden ja täytäntöönpanon ratkaisevan ulosotonhaltijoiden myös edellytettiin käyttävän tarvittaessa asiantuntijoiden, lähinnä lääkäreiden, mutta myös kasvatusneuvoloiden apua.

> Teoriassa ulosotonhaltija saattoi määrätä kenet tahansa sopivaksi katsomansa henkilön sovittelijaksi, mutta ensisijaisesti sovittelijoina tu-

---

tosin toteutui vasta vuoden 1977 nk. pohjoismaisen tuomiolain yhteydessä vuonna 1977 (588/77, 8 §), ks. NJA 1977 II s. 242–243. Mietinnön syynä oli ilmeisesti lisääntynyt liikkuvuus pohjoismaiden välillä sekä eräiden pohjoismaiden käytäntö lapsen huoltoa koskevissa päätöksissä. Norjassa Tanskassa ja Islannissa ratkaisuja vahvistettiin myös hallinnollisten viranomaisten toimesta, jolloin niitä ei voitu panna täytäntöön aikaisemman vuoden 1932 Tuomiokonvention nojalla. NU 1967:4 s. 22–23, 29, 30.

[99] HE 36/71 s. 2, HE 96/74 s. 2. Esimerkiksi Ruotsin vanhempainkaareen oli vuonna 1967 liitetty uusi 21 luku, joka sisälsi määräykset lapsen huollon ja tapaamisoikeuden täytäntöönpanosta. Ks. lähemmin *Walin* (1971) s. 420 alk.

[100] Ks. ao. laista yleisesti *Helin – Linna – Rintala* (1997) s. 5–7.

[101] Sovittelijainstituutio on mahdollisesti omaksuttu ruotsalaisen mallin mukaan. Ruotsin mallista ks. *Walin* (1971) s. 421–422, 430–432 (FB 21:2).

[102] Näin *Cantell – Luoma* (LaVO 23/1978) s. 6. Sovittelumahdollisuus herätti sinänsä myönteistä huomiota jo siinä vaiheessa, kun vuoden 1971 hallituksen esitykseen johtanut ehdotus oli laintarkastuskunnan käsiteltävänä. Laintarkastuskunta 2/1970 s. 4–6.

livat lain mukaan kysymykseen lastensuojelutyöhön perehtyneet tai vastaavan kokemuksen omaavat henkilöt (4 §).[103] Oikeusministeriön laatiman yleiskirjeen mukaan sovittelijan oli tarvittaessa kuultava asiantuntijoita, kuten kasvatusneuvolaa, lastenlääkäriä tai psykiatria.

Laissa annettiin myös täytäntöönpanosta ratkaisevalle ulosotonhaltijalle oma-aloitteinen selonottovelvollisuus asiassa ja tässä ominaisuudessa mahdollisuus hankkia viranomaisen lausunto sekä tarvittaessa myös kuulla asiantuntijoita ja määrätä, että lapsi on lääkärin tarkastettava (11 §).[104] Lain ensimmäisenä voimassaolovuonna 1976 asiantuntijoita oli kuultu huollon täytäntöönpanoa koskeneissa tapauksissa noin 70 %:ssa ja tapaamisoikeustapauksissakin lähes 40 %:ssa tapauksista.[105]

Lapsen etu esiintyi vain täytäntöönpanolain 7 §:ssä. Sen mukaan ulosotonhaltijalla oli mahdollisuus kieltäytyä täytäntöönpanosta, jos hän katsoi olosuhteiden muuttuneen päätöksen antamisen jälkeen niin oleellisesti, että tuomiota ei lapsen etu huomioon ottaen olisi tullut panna täytäntöön. Sekin seikka, että lapsen etu oli poikkeusta ilmentävänä kieltäytymisperusteena, osoitti tavallaan yksilöllistä lähtökohtaa lapsen edun tulkinnassa, vaikka elatuslain tapaista suurta ohjelmallista julistusta lapsen edusta lakitekstiin ei sisältynytkään. Täytäntöönpanon kieltäytymisen arvioinnissa lapsen edun perusteella oli tarvittaessa turvauduttava asiantuntijoiden apuun.

Täytäntöönpanolain perusteella lapsi saattoi ensi kerran itse estää päätöksen täytäntöönpanon. Täytäntöönpanon estävä vaikutus oli sidottu 15 vuoden ikärajaan, mutta nuoremmankin lapsen mielipide voitiin ottaa huomioon (6 §). Säännös oli ensimmäinen lapsen omaa määräämisoikeutta koskeva lainkohta lapsen huoltoa koskevassa lainsäädännössä.[106]

Säännöksen esimerkkinä oli ilmeisesti ruotsalainen lainkohta. Sellainen sisältyi näet Ruotsin vuonna 1967 säädettyyn vanhempainkaaren 21 lukuun. *Walin*in mukaan määräys otettiin lakiin, koska aiemman lain soveltamiskäytännössa omaksuttu tapa haluttiin selkiyttää ja vakiinnut-

---

[103] HE 96/74 s. 4. Oikeusministeriön yleiskirjeessä edellytettiin muiden sovittelijoiden käyttämistä vain poikkeustapauksessa (Yleiskirje 2733/04/74 OikM 31.12.1975). Täytäntöönpanolakia muutettaessa vuonna 1983 sovittelijaa koskevat määräykset siirrettiin asetukseen (849/83). Käytännössä toimineiden sovittelijoiden asiantuntemuksesta sekä heidän toiminnastaan ks. *Cantell – Luoma* (LaVO 23/1978) s. 6, 27–37.

[104] Missä määrin tätä mahdollisuutta on käytetty hyväksi, ei ilmene *Cantell*in ja *Luoma*n selvityksestä eikä myöskään *Anna-Karin Lindholm*in myöhemmin tekemästä selvityksestä (LaVO 18/1988).

[105] *Cantell – Luoma* (LaVO 23/1978) s. 7, 38–39.

[106] Ks. *Helin – Linna – Rintala* (1997) s. 6–7 ja siinä mainitut kirjallisuusviitteet sekä tapaus KKO 1978 II 37, jossa ratkaisevaksi tuli 12-vuotiaan mielipide. Ks. myös *Laurinkari* (Mattila 1981) s. 89, 110.

> taa.[107] Suomessa kyse oli yhdestä ensimmäisistä lapsen autonomisista oikeuksista.[108] Ne näytettiin hyväksyvän ilman keskustelua. Ilmeisesti lapsen oikeudet kuuluivat 1970-luvun mielipideilmastoon yhtä itsestäänselvästi kuin *Kaj Chydeniuksen* säveltämä ja *Kaisa Korhosen* vuonna 1969 levyttämä lapsen oikeuksien julistuskin.[109]

Lapsen kuuleminen vaikutti tätä kautta myös lapsen huoltoa koskevaan oikeudenkäyntiin. Olihan lapsen mielipide näin ollen järkevää selvittää jo huoltoa koskevaa päätöstä tehtäessä.[110]

3.4.4. KKO 1978 II 80 – ehdottomuusperiaatteen ihanteellinen sisältö

Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1978 II 80 oli kysymys erillään asuvan suomalais-espanjalaisen avioparin lasten huollosta. Lapset olivat asuneet Suomessa suomalaisen äitinsä kanssa korkeimman oikeuden tuomion aikaan jo lähes neljä vuotta. Lasten isä vaati heidän luovuttamistaan, palauttamistaan.[111] Espanjan silloisen siviililain mukaan avioliitossa syntyneiden lasten huolto kuului avioliiton aikana yksin isälle, jolla oli siis yksin oikeus myös määrätä lasten asuinpaikka.

> Espanjan laki taas tuli sovellettavaksi, kun Suomen kansainvälinen perhesuhdelaki (379/29, lyh. KPL) viittasi Espanjan lakiin lasten kansalaisuuden perusteella (19 §, 53 §). Espanjan asianomaiset liittymäsäännöt määräsivät puolestaan sovellettavaksi isän kotimaan eli Espanjan aineellisen oikeuden. Korkeimman oikeuden enemmistön tulkinnan mukaan Espanjan lain soveltaminen merkitsisi sitä, että isä oli lasten ainoa laillinen huoltaja, jolla oli siis oikeus vaatia äitiä luovuttamaan lapset itselleen.[112]

---

[107] *Walin* (1971) s. 424.

[108] Vrt. Isyyslain 16 §, HE 90/74 s. 21–22.

[109] Laulu lapsen oikeuksien julistuksesta, Warner Chappell Music, Finland.

[110] *Laurinkari* (Mattila 1981) s. 89.

[111] Lasten palauttamis-termi liittyy kansainvälisiin lapsikaappauksiin ja erityisesti Haagin vuoden 1980 lapsikaappauskonvention käsitteisiin. Tätä konventiota ei siis vuonna 1978 ollut olemassa, eikä palauttamisesta tässä mielessä voida puhua. Nykyisen terminologian mukaan tapauksessa kyse olisi itse asiassa ollut mahdollisesta lapsikaappauksesta. Ks. lähemmin *Helin – Linna – Rintala,* (1997) s. 323 alk. tai *Helin* (DL 1995) s. 901 alk.

[112] Itä-Suomen hovioikeus taas näytti lähtevän siitä, että kyseessä oli lasten huoltoa koskeva riita. Se piti ilmeisesti äitiä lasten laillisena huoltajana, koska hänen erottamisensa huollosta olisi ollut lasten edun vastaista. HO oli KKO:n tavoin päätynyt hylkäämään kanteen. KKO:n vähemmistöön jäänyt jäsen *Portin* katsoi puolestaan, että Espanjan siviililakia oli tulkittava toisin. Laki antoi äidille etusijan alle 7-vuotiaiden lasten huol-

Ratkaisulla isältä evättiin oikeus käyttää välittömästi lakiin perustuvia huoltajan oikeuksiaan, mikä tässä tilanteessa merkitsi tavallaan oikeutta huollon täytäntöönpanoon. Kieltäytymisperusteena oli niin sanottu *ordre public* -periaate (KPL 57 §).[113] Korkein oikeus totesi seuraavasti:

> Suomen oikeusjärjestykseen sisältyvien lapsen huoltoa koskevien säännösten johtavana periaatteena on, että huolto on järjestettävä etupäässä lapsen etua silmällä pitäen. Tästä periaatteesta ja eräistä kansainvälisluontoisista perheoikeudellisista suhteista annetun lain 57 §:n säännöksestä johtuu, että henkilö, jolle lapsen huolto ulkomaan lain mukaan kuuluu, ei voi ulkomaan lakiin vedoten pakkokeinoin toteuttaa hänellä tuon vieraan valtion lain mukaan mahdollisesti olevaa oikeutta saada lapsi luovutetuksi hänelle, jos tämän oikeuden toteuttaminen havaitaan lapsen edun vastaiseksi ja siis Suomen laissa kielletyksi.

Korkeimman oikeuden ratkaisua 1978 II 80 ei sen tullessa pidetty keskeisenä ennakkotapauksena lapsen huoltoa koskevan oikeuden osalta, vaan sen katsottiin keskeisesti koskevan *ordre public* -periaatteen soveltamista ja lapsen etua.

> *Maarit Jänterä-Jareborg* arvioi tapausta vuonna 1980 ilmestyneessä lapsioikeuden oppikirjassa. Keskeistä tässä arviossa oli se, että lapsen edun tulkinnassa oli havaittavissa kansainvälinen suuntaus, jonka mukaan lapsen etu tuli otetuksi parhaiten huomioon, kun asia ratkaistiin tuomioistuinmaan lakia (*lex fori*) soveltaen.[114] Suomessa tämä suuntaus ilmeni po. ratkaisussa KKO 1978 II 80, jossa se toteutui *ordre public* -periaatteen avulla.[115]

Lapsen huoltoa koskevan aineellisen oikeuden kannalta ja lapsen edun tulkinnan näkökulmasta kiinnostavaa ratkaisussa oli se, että korkein oikeus totesi lapsen edun olevan lapsen huoltoa koskevien säännösten *johtava periaate*. Lapsen etu oli mainittu holhouslain 23.2 §:ssä sekä vanhempien sopimusten kontrolloimisen yhteydessä että pääasiallisena ratkaisukriteerinä, kun vanhemmat olivat huollosta erimielisiä. Lisäksi lapsen etu esiintyi täy-

---

toon siinä vaiheessa, kun avioero oli tulossa vireille. Avioerossa lapset tuli määrätä syyttömälle puolisolle, mutta jos syytä oli kummassakin, oli äidin etusija alle 7-vuotiaisiin lapsiin nähden voimassa. Espanjan laki ei em. jäsenen tulkinnan mukaan näiden määräysten perusteella olisi edellyttänyt lasten siirtämistä Espanjaan isän hoidettavaksi.

[113] *Alanen* (1965) s. 248, *Jänterä* (Mattila 1981) s. 253, 271.

[114] Ns. *Heimwärtsstreben* eli kotiinpäin vetäminen kansainvälisessä yksityisoikeudessa. Ks. *Kropholler* (1990) s. 39.

[115] Ks. myös *Jänterä-Jareborg* (Mattila 1984) s. 307–308, 322–323, sekä *Jänterä-Jareborg* (1989) s. 244 alk.

täntöönpanolain 7 §:ssä täytäntöönpanon kieltäytymisperusteena.[116] Päätös noudatti asiallisesti eniten tämän uuden lain periaatteita.

> Lain mukaan lapsen huoltoa koskevan tuomion täytäntöönpanoa koskeva hakemus voitiin hylätä, jos olosuhteiden katsottiin tuomion antamisen jälkeen muuttuneen niin oleellisesti, ettei tuomiota lapsen etu huomioon ottaen olisi pantava täytäntöön, vaan kysymys huollosta tai tapaamisoikeudesta olisi saatettava uudelleen tuomioistuimen tutkittavaksi (7 §, 523/75).

Voidaan kysyä, esiintyikö lapsen etu säädösteksteissä niin painokkaasti, että sitä sen perusteella olisi voitu sanoa johtavaksi periaatteeksi. Esimerkiksi vuonna 1980 ilmestyneessä alan keskeisessä oppikirjassa *Helena Laurinkari* ei kirjoittamassaan lapsen huoltoa koskevassa jaksossa tuo missään vaiheessa suoraan ilmi, että lapsen huoltoa koskisi jokin johtava periaate tai että lapsen edulla olisi tämäntyyppistä asemaa. Korkeimman oikeuden on kuitenkin täytynyt argumentoida näin, jotta se on voinut soveltaa lapsen etua *ordre public* -periaatteen yhteydessä.[117] Ratkaisu on kuitenkin ilmeisesti vastannut hyvin käsityksiä siitä, että lapsen edun *tulisi* olla johtava periaate tai että näin voitiin katsoa jo olleen esimerkiksi niiden muutosten valossa, jotka lapsipaketti ja muut 1970-luvun lapsioikeudelliset uudistukset olivat aiheuttaneet. Ratkaisun pohjaksi ei näet todennäköisesti haluttu ottaa vanhoja holhouslain säännöksiä, sillä tähän liittyvä käytäntö oli sidoksissa esimerkiksi syyllisyyskriteeriin. Kun ratkaisuohjeeksi muotoiltiin lapsen etu johtavana periaatteena, voitiin tulkinnassa nojautua lapsen yksilöllisiä tarpeita korostavaan uusien lakin mukaiseen tulkintaan: keskeistä oli lasten kehitys, lasten ihmissuhteet ja lasten viihtyvyys.

> »Natalia ja Laura A:n siirtäminen pakkokeinoin isän huoltoon olisi selvästi haitaksi heidän kehitykselleen, ihmissuhteilleen ja viihtyvyydel-

---

[116] Toisin kuin meillä Ruotsissa on ollut mahdollista panna täytäntöön välittömästi lakiin perustuvia huoltosuhteita silloinkin, kun samassa asiassa tehtyä ulkomaista huoltoratkaisua ei ole voitu tunnustaa. Ks. *Pålsson* (1986) s. 135 alk. *Bogdan* (JFT 1982) s. 108–116.

[117] *Ordre public* -periaatteen perusteella voidaan mm. syrjäyttää sovellettava laki kuten ko. tapauksessa, jos lain soveltaminen johtaisi lopputulokseen, joka olisi ristiriidassa kansallisen oikeusjärjestyksen keskeisten periaatteiden kanssa. Ks. *Kilpeläinen* (EIF VI 1998) p. 675–676 ja siinä mainittu muu kirjallisuus. Ks. myös *Jokelan* asiantuntijalausunto po. ratkaisussa KKO 1978 II 80 sekä hänen viittaamansa artikkeli *Jokela* (Lm 1954) s. 488–501 (etenkin s. 497–498).

leen ja niin ollen vastoin Suomen oikeusjärjestyksen asiaa koskevia edellä mainittuja periaatteita.»[118]

Hieman liioitellen voitaneen sanoa, että lapsen etua tulkittiin 1970-luvulla kahdella tavalla: vakiintuneesti epätyydyttävästi, kun kyse oli avioeroprosessista, ja ihanteen mukaisesti, kun lähtökohtana oli uudempi lainsäädäntö tai abstraktimpi lapsen edun yleinen periaate, jota voitiin käyttää myös argumentaation tukena. Korkein oikeus sovelsi ratkaisussaan KKO 1978 II 80 selvästi uutta ihannetta lapsen edun tulkinnassa. Sen vastakohtana oli holhouslain normiston mukainen lapsen edun tulkinta, joka oli kangistunut vanhan käytännön mukaisiin kaavoihin ja jota sen vuoksi pidettiin epätyydyttävänä.[119] Tähän ajanjaksoon kuuluvia lapsen edun ihannetulkintoja edustavatkin sen vuoksi parhaiten juuri mainitut täytäntöönpanolain periaatteet, sovinnollisuus ja asiantuntemukseen nojautuva lapsen yksilöllisten tarpeiden huomioon ottaminen sekä lapsen mielipiteen kunnioittaminen.[120] Tämäntyyppiset näkökohdat olivat todennäköisesti esillä myös silloin, kun korkein oikeus nosti ratkaisullaan lapsen edun johtavan periaatteen asemaan.

3.5. Holhousehdotuksia toimikunnasta toiseen

Jos avioliittolakia koskenut hanke ajautuikin lepotilaan, niin paljon paremmin ei käynyt holhouslain uudistamista koskeneelle ehdotuksellekaan. Vaikka periaatteessa lapsen huollon määräämistä koskevat normit olisi siis voitu uudistaa avioliittolaista riippumatta, tämäkään ei onnistunut. Holhouslain uudistamisongelmiin liittyy huomattavasti vähemmän dramatiikkaa kuin avioliittolain uudistamiseen, mutta mahdollisesti jossain määrin samanlaiset uudistajien ja säilyttäjien väliset ristiriidat muodostuivat esteeksi myös tässä yhteydessä.

---

[118] KKO 1978 II 80. Ratkaisua varten oli pyydetty myös psykologin lausunto. *Tertu Arajärven* mukaan lausuntoja oli annettu jo 1970-luvun vaihteessa. *Arajärvi* (Heydemann – Koskenniemi, 1971) s. 146.

[119] Ks. edellä kohta 3.2.2. (Isien syrjintä lasten huollon määräämisessä) ja kohta 3.3.3. (Avioerot syyllisyyskulissin varjossa). 1970-luvun komiteanmietinnöissäkin ehdotettiin luopumista syyllisyyteen vetoamisesta *HolhUudKom* (1971) s. 122, *HolhTmik* (1974) s. 110.

[120] Ks. edellinen kohta 3.4.3. (Täytäntöönpanolaki).

Holhouslain uudistamiseksi oli asetettu komitea jo vuonna 1965.[121] Ehdotuksen ensi sivulla todetaan, että komitealle oli epävirallisesti ilmoitettu, uusitun holhouslain tulevan osana suunniteltuun »vanhempainkaareen». Vuonna 1971 valmistunut komiteanmietintö ei kuitenkaan johtanut muuhunkaan lainsäädäntöön, vaan työtä jatkamaan asetettiin uusi toimikunta vuonna 1972. Uusi toimikunta julkisti ehdotuksensa vuonna 1974.[122] Valmistelu jatkui oikeusministeriössä sen holhoojan ja holhottavan asemaa koskevien ehdotusten osalta vuonna 1981.[123] Tämän jälkeen huolto ja holhous erotettiin lainsäädäntöteknisesti toisistaan ja lapsen huollon ja tapaamisoikeuden osalta valmistelu johti lakiesitykseen vuonna 1982.[124] Lähes kaksi vuosikymmentä lapsen huoltoa koskevat esitykset kulkivat siis eri holhousuudistusta koskevien mietintöjen ja ehdotusten mukana.

Näkökulmaltaan vuoden 1974 Holhoustoimikunnan mietintö muistutti huomattavasti enemmän 1970-luvun perheoikeuspoliittisia mietintöjä kuin aikaisempi mietintö. Siitä saadun kritiikin perusteella toimikunta muun muassa selvitti laajasti käytännön holhoustointa. Mietinnössä pohdittiin myös pitkään yleisiä periaatteita, joista muun ohessa näkyi kritiikki holhousinstituutioon kätkeytynyttä kontrollifunktiota kohtaan.[125] Toimikunta korosti esityksissään muun muassa, että huollon ja holhouksen määräytyminen ei saisi olla turhan kiinteästi sidoksissa lapsen syntyperään.[126]

> Toimikunnan konkreettisia ehdotuksia leimasi holhouksen ja huollon johdonmukainen erillään pitäminen. Tästä seurasi, että ehdotus sisälsi erilliset säännökset alaikäisten huoltajista ja holhoojista sekä myös täysi-ikäisten holhottavaksi julistettujen huollosta.[127]

Toimikunta ehdotti, että lapsen holhous – ei siis huolto – normitettaisiin siten, että holhous voisi mahdollisuuksien mukaan vastata perheen tosiasiallisia olosuhteita. Samalla vajaavaltaisen holhous olisi ehdotuksen mukaan

---

[121] *HolhUudKom* (1971). Holhouslainsäädännön uudistamiskomiteaan kuuluivat *Åke Kuhlefelt, Kaarlo L. Ståhlberg, Martti Rautiala, H af. Hällström* ja *Pehr Johansson.*

[122] *HolhTmik* (1974). Holhoustoimikuntaan nimitettiin vuonna 1972 *Matti Savolainen, Sakari Kallio* ja *Raimo Miettinen* sekä sihteereiksi *Markku Helin* ja *Ilkka Cantell.*

[123] *HolhUudTyör* (1981).

[124] Holhouslain uudistuksesta ks. holhouslakitoimikunnan mietintö 1989:50 s. 6–11.

[125] Ks. mietinnössä ehdotettujen uudistusten yleiset tavoitteet sekä yhteiskunnallisen kontrollin kritiikki *HolhTmik* (1974) s. 14 alk. Samansuuntaisesti *Saarenpää – Mattila – Mikkola* (1972) s. 17 alk.

[126] *HolhTmik* (1974) s. 38.

[127] *HolhTmik* (1974) s. 62 alk. pykäläehdotukset s. 109–112.

ollut aina ensisijainen oikeudellisen säätelyn kohde, jota huolto olisi yleensä seurannut, ellei huollosta olisi poikkeuksellisesti annettu erityismääräyksiä.[128]

> Esimerkiksi naimattomille mutta yhdessä asuville vanhemmille ehdotettiin mahdollisuutta yhteisellä hakemuksella hakea lapsen *holhouksen* uskomista heille *yhteisesti*. Mahdollisena vaikkakin poikkeuksellisena järjestelynä pidettiin myös yhteisen holhouksen jatkumista vanhempien erilleen muutosta huolimatta.[129] Sitä vastoin lapsen huollon osalta ehdotukseen omaksuttiin periaate, jonka mukaan »lapsen etu vaatii aina, että lapsen huolto uskotaan toiselle vanhemmista, jos vanhemmat asuvat pysyvästi erillään tai jos heidät tuomitaan asumuseroon tai avioeroon.»[130] Koska myös avoliitossa elävien vanhempien olisi ollut mahdollista olla yhteisholhoojia ja -huoltajia, olisi heidän erilleen muuttonsa voinut aiheuttaa epätoivotun yhteishuolto-ongelman. Holhouslautakunnalle oli kuitenkin ehdotuksessa annettu oikeus tehdä tuomioistuimelle huoltoa ja holhousta koskevia esityksiä.[131]

Vuoden 1981 Holhouslainsäädännön uudistamistyöryhmän ehdotuksessa olivat huollon ja holhouksen suhteet suurin piirtein nykyisen voimassaolevan lainsäädännön mukaisia. Tässä ehdotuksessa oli jo mukana eronneiden ja naimattomien vanhempien yhteishuoltoa koskevia ehdotuksia. Siihen palataan lähemmin seuraavassa jaksossa.

---

[128] *HolhTmik* (1974) s. 69. Sääntöä ehdotettiin siis sovellettavaksi niin alaikäisiin kuin holhottavaksi julistettuihin. Avio- ja asumuserotilanteesta ks. lähemmin s. 71–72.

[129] *HolhTmik* (1974) s. 65–68.

[130] *HolhTmik* (1974) s. 70.

[131] *HolhTmik* (1974) s. 70.

4. Yhteishuolto suomalaisena ihanteena

4.1. Yhteishuoltoa koskeva tulkintaihanne ja suomalaisen yhteishuollon taustaa

Yhteishuoltoa koskeva tulkintaihanne syntyi vertailumaissa hyvin eri aikoina. Varhaisin siirtymä yhteishuoltoa painottavaan ihanteeseen tapahtui Kaliforniassa, jossa siirtymää ilmensi vuonna 1980 toteutunut lakiuudistus, uusin puolestaan Saksassa kesällä 1998. Ihanteen omaksumisen tunnusmerkkinä pidettiin sitä, että laki ei edellyttänyt päätöksen antamista lapsen huollosta avioeron yhteydessä. Ruotsissa, joka on Suomea lähinnä oleva vertailumaa, tämä uudistus toteutettiin vuonna 1983.[1] Suomessa vastaava siirtymä ajoittui jo seuraavan vuoden alkuun. Tällöin voimaantulleeseen lakiin lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta (361/83) palataan lähemmin jäljempänä.[2]

Yhteishuollon ihanteen syntymiseen vaikuttaneista tekijöistä tärkein näyttäisi Suomessa liittyneen parisuhdekulttuurin muutokseen.[3] Tämä muutos ilmeni Ruotsin tapaan erityisesti avoliittojen yleistymisenä. Avoliitossa syntyneiden lasten yhdenvertaisen oikeudellisen kohtelun tavoite oli esitetty Suomessa jo edellisen, psykologisen vanhemman yksinhuoltoa koskeneen ihanteen aikana.[4] Vastaava tavoite edisti useimmissa vertailumaissa osaltaan vanhempien yhteistä huoltoa koskevan tulkintaihanteen omaksumista.[5] Sama koskee perheriitojen ei-oikeudellisten ratkaisutapojen, erilaisten sovittelujen

---

[1] Vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 2.4. (Yhteishuolto).

[2] Lyh. lapsenhuoltolaki, LapsHL.

[3] Vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 3.3. (Avioero- ja parisuhdekäsitysten muuttuminen).

[4] Edellä, kohta 3.4.2. (Lapsipaketin yksilöllinen lapsikäsite).

[5] Vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 3.3. (Avioero- ja parisuhdekäsitysten muuttuminen).

lisääntymistä. Myös tämä yhteishuollon ihanteeseen liittynyt piirre esiintyi Suomessa selvänä.[6]

Huomattavasti vaikeampaa on sitä vastoin arvioida muiden yhteishuollon ihanteeseen vaikuttaneiden tekijöiden osuutta. Näin on erityisesti isyyden arvostuksen osalta, sillä Ruotsin tapaan Suomi tuntuu poikkeavan muista vertailumaista, joissa yhteishuollon omaksumista on edistänyt isyyden merkitystä korostanut ja isille oikeuksia vaatinut liike. Molemmissa pohjoismaissa isyyskulttuurin muutosta on pidetty ilmeisen tärkeänä, mutta sen vaikutus lienee näkynyt lähinnä valtiovetoisessa 1970-luvulla alkaneessa tasa-arvopolitiikassa. Isien ei ole ehkä itse tarvinnut ajaa muutosta omien painostusryhmien välityksellä.

> Yhteishuolto on mahdollista tulkita lasten hoidon jakamisen ihanteeksi vanhempien kesken avioeron jälkeen. Pohjoismaisessa perheoikeuspolitiikassa yhteishuolto yhdistyikin siten mahdollisesti naisen aseman parantamiseen toisin kuin muissa vertailumaissa, joissa yhteishuolto liittyi nimenomaan isien oikeuksien parantamiseen.[7]

Isyyttä käsiteltiin silti 1980-luvulla suomalaisissa tutkimuksissa, vaikka mitään aktiivista keskustelua isyydestä ei käyty esimerkiksi 1990-luvun keskusteluihin verrattuna.[8] Harvoista puheenvuoroista voidaan mainita *Koski-Hyvärisen* ja *Puttosen* Isät tänään.[9]

> Vuonna 1987 ilmestynyt tutkimus selvitti empiirisen aineiston avulla isien osallistumista lastenhoitoon, isien roolia perheessä, isien kasvatustapoja ja -näkemyksiä sekä isyyden kokemuksia. Teos sisältää myös

---

[6] Tästä lähemmin jäljempänä. Ks. kohta 4.2.2. (Sovintoavioero) ja kohta 4.4.3.3.3. (Sosiaalilautakunnat sovittelijoina).

[7] Ks. Vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 3.2. (Sukupuoliroolien muuttuminen).

[8] Myöhemmistä puheenvuoroista voidaan mainita esimerkiksi *Jouko Huttusen* Isän merkitys pojan sosiaaliselle sukupuolelle (1990) ja Poika, poika! näkökulmia pojan kasvuun ja kehitykseen (1992) sekä *Tommi Hoikkalan* toimittama Miehenkuvia: välähdyksiä nuorista miehistä Suomessa (1996). Ks. myös saman kirjoittajan Katoaako kasvatus, himmeneekö aikuisuus? (1993). Myös *Jari Sinkkonen* on käsitellyt isyysteemaa: »Pienistä pojista kunnon miehiä» ja »Yhdessä isän kanssa». Naistutkimuksen näkökulmasta miehiä ovat arvioineet mm. *Hannele Forsberg* ja *Marjo Kuronen* (Eräsaari – Julkunen – Silius 1995).

[9] Vähäisistä kotimaista isyyttä koskevista tutkimuksista mainitsemisen arvoinen on *Anna Raija Nummenmaan* pienimuotoinen psykologinen haastattelututkimus isistä yksinhuoltajina. Teoksen lähdearvoa vähentää haastateltujen isien hyvin pieni määrä. (*Nummenmaa* 1981).

laajan katsauksen isyyttä koskevaan tutkimukseen meillä ja ulkomailla. Tutkimus ei kuitenkaan käsittele lapsestaan erillään asuvia isiä.[10]

Vanhempien roolinäkemysten kannalta mainitussa tutkimuksessa on kiinnostavaa se, että vastuu kotitöistä jakaantui vanhempien välillä varsin perinteisellä tavalla: äidit kantoivat päävastuun. Isät myös arvioivat äitien tehtäviä hyvin perinteisesti. Äideille kuului isien mukaan ohjaavan ja lapselle hellyyttä antavan vanhemman rooli sekä vastuu kotitöistä ja lapsen hoidosta. Itsensä isät kokivat ennen muuta perheen taloudellisen toimeentulon hankkijoiksi. Nuoremmat isät olivat hiukan enemmän mukana kotitaloustöissä ja kokivat oman tehtävänsä jonkin verran vähemmän perinteiseksi kuin vanhemmat isät. Erot jäivät silti lieviksi.[11]

Isät tänään teoksen ohella voidaan mainita *Martti Eskon* teos Mies ja isyys. Hän on soveltanut teoksessaan systeemiteoreettista perheanalyysia ja kehityspsykologisia teorioita sekä omaa pitkäaikaista kokemustaan.[12] Teos on eräänlainen osaavan perheneuvojan ohjekirja isille ja isyydestä kiinnostuneille. Sitä voidaan ilman muuta pitää puheenvuorona uudenlaisen aktiivisen ja lapsilleen tärkeän isän puolesta.

Esko ymmärrettävästi ihannoi avioliittoa ja tuo vastaavasti esiin avioeroperheiden ongelmia, vaikkakin hyvin ymmärtävässä ja puolueettomuuteen pyrkivässä hengessä. Hän esittää kuitenkin myös tutkimustuloksia, jotka puhuvat eronneiden isien osallistumisen ja aktiivisuuden merkityksestä avioerolapsille ja rohkaisee lukijoitaan tämäntyyppiseen aktiivisuuteen.[13]

Toinen sellainen tekijä yhteishuollon ihanteen syntymisessä, josta Suomen osalta ei ole juurikaan merkkejä, on yhteishuoltoa puolustanut lapsipsykologinen tai -psykiatrinen keskustelu avioerolapsista. Suomessa ei ole ollut ainakaan sellaista kansallista avioerolapsitutkijaa tai -asiantuntijaa, joka olisi vaikuttanut julkisen keskustelun syntymiseen tai sellaisen ylläpitämiseen.[14]

---

[10] *Koski-Hyvärinen – Puttonen* (1987) s. 1–24.

[11] *Koski-Hyvärinen – Puttonen* (1987) s. 73–76. Samantyyppisistä tuloksista raportoi *Lahikainen – Strandell* (1988) s. 108–110.

[12] Kirjoittaja on evankelis-luterilaisen kirkon piirissä hyvin tunnettu perheneuvoja.

[13] *Esko* (1984) etenkin s. 117–125. Ks. myös *Ruoppila*: »Miehisistä käyttäytymismalleista ja niiden muuttumisesta», (Sosiaalinen aikakauskirja 1984) s. 42–46. Kirjoitus on yksi raportti sosiaali- ja terveysministeriön 3.11.1983 järjestämästä seminaarista »Miehen mallit ja mahdollisuudet», ks. Sosiaalinen aikakauskirja 1984 s. 37.

[14] Vertailumaiden yhteishuollon ihanteesta on aina voitu osoittaa kansallinen avioerolapsitutkija. Ks. vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 2.4. (Yhteishuolto).

Tässä yhteydessä on kuitenkin mainittava psykiatrien *Terttu Arajärven* ja *Maija-Liisa Kosken* teos Lapset ja avioero, jonka ensimmäinen painos ilmestyi vuonna 1986. Yhteishuollon ihanteen syntymiseen se ei kuitenkaan vaikuttanut kovin voimakkaasti, sillä siinä ei otettu kantaa yhteishuoltokysymykseen. Kirjoittajat kyllä painottivat lapsen hyvien suhteiden merkitystä kumpaankin vanhempaan. Heidän lähtökohtansa oli aivan ilmeisesti kuitenkin vuosien varrella karttunut käytännön kokemus varsin vaikeistakin huoltoriidoista lastenpsykiatrin näkökulmasta. Teos eteni lähinnä tapauskuvausten varassa. Nämä taas liittyivät usein hyvin ongelmallisiin lapsi – vanhempi -suhteisiin.[15] Kirjoittajat näyttivät suorastaan välttävän ottamasta yleisesti kantaa lapsen huollon määräämiseen avioeron yhteydessä. Teos pitäytyi selkeästi avioeroproblematiikan psyykkisissä vaikutuksissa. Kirjoittajat esimerkiksi referoivat *John Bowlby*a, *Anna Freud*ia ja omistavat erillisen jakson *Wallerstein*in ja *Kelly*n sekä *Hetherington*in tutkimuksille. He eivät kuitenkaan viitanneet näissä teoksissakaan esitettyihin huollon määräämistä koskeviin kannanottoihin.[16]

Myöskään lainvalmisteluasiakirjoissa – toisin kuin esimerkiksi Ruotsissa – ei viitata ulkomaisiin asiantuntijoihin tai tutkimuksiin.[17] Lapsen huoltoa koskevassa kirjallisuudessa lähinnä yksi kirjoittaja, *Matti Savolainen*, on viitannut ulkomaisten tutkijoiden töihin kirjoituksissaan.[18] Toisaalta juuri *Matti Savolainen* on ollut ehkä kaikkein vaikutusvaltaisin henkilö suomalaisen yhteishuoltoihanteen muodostumisessa. Hän on lainvalmistelijana vaikuttanut lapsenhuoltolain ratkaisujen muotoutumiseen ja myöhemmin myös viitoittanut niiden tulkintaa monografiallaan.[19] Vaikka ulkomaisen yhteishuol-

[15] *Arajärvi – Koski* (1989) Ks. esim. s. 23–26, missä kirjoittajat painottavat lapsen ja vanhempien hyvien suhteiden merkitystä lapsen kannalta. Jakson lopussa kirjoittajat esittävät esimerkin lapsesta, jonka toinen vanhempi on muuttamassa pois maasta. He keskittyvät perheen päätöksentekoprosessin kuvaamiseen lapsen kannalta eivätkä keskustele sen mahdollisista vaikutuksista lapsen huoltoa koskevaan ratkaisuun. Samoin s. 84–95, mistä ilmenee myös kirjoittajien tietty epäluottamus tuomioistuinpäätösten merkitykseen. *Pentti Arajärven* kirjoittamassa oikeudellisia kysymyksiä valottavassa jaksossa (s. 136 alk.) ei myöskään oteta kantaa eri ratkaisumallien keskinäiseen paremmuuteen tai huonommuuteen.

[16] *Arajärvi – Koski* (1989) s. 12–22, 125–135. Ks. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 5.3.2.3. (Lasten huoltoa koskevat suositukset).

[17] Vrt. Ruotsia koskeva jakso, kohta 10.1.(Uudistuksen lähtökohta: Lapsen oikeus vai lapsen etu).

[18] Ks. *Savolainen* (1984), missä esimerkiksi *Wallerstein – Kelly*n tutkimuksiin on viitattu esim. s. 266–277, 284, samoin *Savolainen* (DL 1992) s. 169: Ks. myös *Ketonen – Koski – Gottberg* (DL 1991) s. 731 alk.

[19] *Savolainen* (1984).

toa tukevan asiantuntijakirjallisuuden tuntemus olisi rajoittunutkin yksinomaan *Matti Savolaisen* henkilöön, se olisi todennäköisesti riittänyt suomalaisen auditorion vakuuttamiseen yleisesti tutkimustiedon suuresta merkityksestä.

> Ei ehkä ole mahdotonta, että jotakuinkin näin on sitten todellisuudessa käynytkin. Lapsenhuoltolain uskotaan siis yleisesti perustuvan luotettaviin kansainvälisiin tutkimuksiin. Keiden tekemistä tutkimuksista on kysymys ja millaisia tuloksia niissä tarkkaan ottaen on saatu, onkin sitten voinut jäädä epäselväksi.[20]

Ratkaisevia yhteishuollon ihanteen syntymiselle olivat vuonna 1983 säädetty lapsenhuoltolaki sekä avioliittolakia koskeva vuoden 1987 uudistus. 1980-luvun alussa olikin Suomessa todennäköisesti jo koettu aikamoisia paineita sekä avioeroa että lapsen huoltoa koskevien uudistusten aikaansaamiseksi.[21]

> Etenkin 1920-luvulla valmistellut syyllisyyteen nojautuvat avioeroperusteet olivat 1970-luvun uudistusvirtauksissa jääneet pahasti jälkeen kansainvälisestä kehityksestä. Lapsen huollon määräämistä koskevassa holhouslain 23 §:ssäkin viitattiin syyllisyysperiaatteeseen. Saman lain muissa huoltoa koskevissa oikeusohjeissa lapsia kehotettiin kasvattamaan »jumalanpelkoon» ja muihin »hyviin avuihin ja siveyteen» sekä »taivuttamaan» esimerkiksi säätynsä ja tilansa mukaisiin harjoituksiin. Lapsen tuomioistuimessa edustamisen osalta sama laki heijasti 1900-luvun vaihteen käsityksiä sukupuolten erilaisista rooleista.[22] Kaikki tämä oli koettu aikansa eläneeksi jo 1970-luvulla, ja 1980-luvulla tällaisten oikeusperiaatteiden voi ajatella muodostaneen jo uhan perheoikeuden uskottavuudelle, legitimiteetille, ylipäätään.
>
> YK:n vuonna 1979 hyväksymän kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskevan yleissopimuksen katsottiin edellyttävän lapsen huollon määräytymistä lapsen syntyperästä ja vanhemman sukupuolesta riippumatta. Vanhentunut lapsen huoltoa koskeva lainsäädäntö esti Suo-

---

[20] Ks. *Forsberg* (Eräsaari – Julkunen – Silius, 1995) s. 141. Siinä kirjoittaja lainaa sosiaalityöntekijän ja naisasiakkaan välistä keskustelua, joka liittyy avioerotilanteen selvittämiseen. Sosiaalityöntekijä toteaa mm. seuraavasti: »Eihän siitä tarvii samanlainen mies tulla kuin Eino (isänsä). Mutta se on hirveen tärkeä, että hänellä on se miehen malli. Ihan kuule Mirja (=asiakas, K.K-S.) tällaiset kansainväliset avioerotutkimukset painottaa kuinka tärkeää lapselle on vanhemmuuden jatkuminen erosta huolimatta».

[21] Ks. aikaisemmista uudistussuunnitelmista ja -tavoitteista edellä kohta 3.3.1. (Ehdotus avioerolainsäädännön uudistamiseksi), kohta 3.4.1. (Ihanne todellisuuden vastakohdaksi) ja kohta 3.5. (Holhousehdotuksia toimikunnasta toiseen).

[22] Ks. tarkemmin *HolhUudTyör* (1981) s. 14, ks. myös edellä kohta 2.1.3.3.2. (Avioliittolain perhekäsitys).

mea ratifioimasta yleissopimusta. Samoin on todettu myös vuoden 1980 Haagin lapsikaappaussopimuksen ratifioinnin osalta.[23]

Oikeuspoliittinen tavoite lasten oikeudellisen aseman muuttamiseksi syntyperästä riippumattomaksi, »perhetyyppien ideologinen tasa-arvo», edellytti sekin yhteishuollon vahvistamisen ja myös säilyttämisen mahdollisuutta vanhempien siviilisäädystä ja asumisesta riippumatta.[24]

Lainsäädännön uudistamiseen tähtääviin toimiin oli ryhdytty heti vuosikymmenen vaihduttua. 20.11.1980 asetettiin Avioliittotoimikunta valmistelemaan uudelleen avioerouudistusta ja 27.1.1981 Holhouslain uudistamistyöryhmä, joka sai tehtäväkseen jatkaa holhouslain uudistamisen valmistelua.[25] Viimeksimainittu työryhmä sai työnsä valmiiksi jo 20.5.1981. Lausuntojen jälkeen lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskeva osa erotettiin kokonaisuudistuksesta, ja sen jatkovalmistelua varten asetettiin 11.2.1981 oikeusministeriön virkamiestyöryhmä, jonka ehdotus tuli valmiiksi 2.6.1982. Hallituksen esitys annettiin vielä samana vuonna. Uusi laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta (361/83) annettiin 8.4.1983 ja tuli voimaan vuoden 1984 alusta.

Avioliittolain valmistelu eteni hitaammin, mutta huhtikuussa 1983 uudistusta koskeva mietintö oli jo allekirjoitettu.[26] Lausuntojen jälkeen valmistelua jatkettiin oikeusministeriössä. Hallituksen esitys avioliittolain ja siihen liittyvien lakien muuttamisesta annettiin vuoden 1986 alkupuolella ja laki 16.4.1987. Se tuli voimaan vuoden 1988 alusta.[27]

Vaikka avioliittolain uudistus tuli lopulta voimaan vasta neljä vuotta lapsenhuoltolain voimaantulon jälkeen, niiden valmistelu tapahtui olennaisilta osin samanaikaisesti. Uudistukset onkin ideologisesti ymmärrettävä yhtenä kokonaisuutena. Avioliittolain vuonna 1988 voimaan tullut uudistus ja vuonna 1984 voimaan tullut lapsenhuoltolaki muodostavat yhdessä suomalaisen yhteishuollon ihanteen oikeudellisen perustan. Se, että lapsenhuoltolaki saatettiin nopeasti voimaan, johtui ilmeisesti uudistuksen kiireellisyydestä. Lainsäädännön yhtenäisyyttä tärkeämpänä pidettiin valmiiden lohkojen saattamista voimaan mahdollisimman pian.

Seurauksena tosin oli, että perheoikeudella oli Suomessa neljän vuoden ajan eräänlaiset Januksen kasvot: moralisoiva syyllisyysperustei-

---

[23] HE 224/82, s. 4, *Savolainen* (Nordic Journal of International Law 1997) s. 109.

[24] *Aarnio* (Mattila 1981) s. 12–15.

[25] Lyh. *ALtoimikunta* (1983) ja *HolhUudTyör* (1981).

[26] Tarkka allekirjoituspäivämäärä oli 18.2.1983.

[27] HE 62/86.

nen avioero ja sovitteleva avioeron jälkeinen yhteishuolto. Näiden oikeudellisten instituutioiden ideologinen tausta kumpusi kahdesta toisilleen vieraasta maailmasta. Tähän ideologiseen ristiriitaan ei edellä mainituista syistä ole tarpeen tässä yhteydessä kiinnittää enempää huomiota.

Seuraavassa käsittelen ensin lyhyesti avioerouudistusta yhteishuollon ihanteen näkökulmasta ja siirryn sitten tarkastelemaan lähemmin lapsenhuoltolain valmistelua.

4.2. Avioerouudistuksen toteutuminen

4.2.1. 1980-luvun avioerosovinto

1980-luvun vaihteessa perheoikeudellisen tutkimuksen oikeuspoliittiseksi teesiksi tuli se, että lainsäädännöllä ei voida vaikuttaa avioerojen määrään. Tätä koski erityisesti oikeusministeriön lainvalmisteluosastolla syntynyt *Pauliine Koskelo*n laatima tutkimus avioeroista ja niihin vaikuttaneista tekijöistä vuosina 1930–1977.[28] Loppupäätelmissä todettiin muun ohessa, että

> »...avioerosäännökset eivät ole kyenneet ylläpitämään heijastelemaansa perhe- ja avioliittomoraalia muuttuvien olojen ja sosiaalisten normien paineessa. Päin vastoin on ollutkin pikemmin niin, että avioeron juridisessa sääntelyssä tapahtuneet merkittävät muutokset ovat olleet mukautumista yhteiskunnassa tosiasiassa vallitsevaan käyttäytymiseen ja asenteisiin.»[29]

Näihin johtopäätöksiin yhtyi myös *Sami Mahkonen* väitöskirjatutkimuksensa tuloksissa.

> "Tämän tutkimuksen mukaan tiukkojen säännösten ennalta ehkäisevä vaikutus erojen yleistymiseen on vähäinen."[30]

Teesin laaja hyväksyminen näkyi myös avioliittotoimikunnan mietinnöstä, jonka yleisperusteluissa todettiin:

> »Yleinen oikeussosiologinen tietämys ja kansainvälinen kokemus kuitenkin osoittavat, että mahdollisuudet vaikuttaa avioliittoisuuteen ja per-

---

[28] *Koskelo* (LaVO 8/1979).

[29] *Koskelo* (LaVO 8/1979) s. 95, samaan tulokseen oli *Helin*kin tullut jo aikaisemmin *Allardt*in tutkimuksen pohjalta. *Helin* (1974) s. 25.

[30] *Mahkonen* (1980) s. 219, samoin *Mahkonen* (Lm 1985) s. 658–659.

hesuhteiden pysyvyyteen pelkästään avioliittolainsäädännön keinoin ovat rajalliset.»[31]

Koska erojen määrään ei ollut mahdollista vaikuttaa, oli tyydyttävä järjestämään erojen vaikutukset mahdollisimman vähän haitallisiksi ja tässä suhteessa kiinnitettävä erityistä huomiota lasten asemaan. Avioliittotoimikunta ilmaisi asian seuraavasti:

> »Kun on ilmeistä, ettei avioeron perusteita koskevilla säännöksillä voida suurestikaan vaikuttaa avioliittojen purkautumiseen sinänsä, ei ole mielekästä pitää ehdotuksen tavoitteena avioerojen ehkäisemistä tällä tavalla. Sen sijaan tavoitteena voidaan pitää säännöstöä, joka tekee mahdolliseksi purkaa avioeron seuraamuksia harkitusti sovitellen sellaiset avioliitot, joiden jatkuminen on toivotonta...
>
> Perheen hajoaminen on ongelmallista perheessä eläville lapsille, ja ehdotetuissa säännöksissä onkin haluttu erityisesti korostaa avioeroa perhekokonaisuuden rikkovana tapahtumana. Lapsen elämäntilanteeseen tulee kiinnittää korostuneesti huomiota avioerossa.»[32]

Yhteisymmärrys avioerolainsäädännön tehtävistä kuvastaa osaltaan sitä konsensushenkeä, joka ilmenee 1980-luvun mietinnöistä toisin kuin 1970-luvun mietinnöistä. Avioliittotoimikunnan mietintöön sisältyi tosin kaksi eriävää mielipidettä, jotka kuitenkin sisällöltään liittyivät kokonaisuuden kannalta vähämerkityksisiin yksityiskohtiin, avioesteisiin ja harkinta-ajan pakollisuuteen myös lapsettomien puolisoiden avioerossa.[33] Esimerkiksi toimikunnan jäsenet *Leila Räsänen*, joka 1970-luvulla oli edustanut Yhdistys 9:ää, ja *Matti Joensuu*, joka oli ankarasti arvostellut mainitun yhdistyksen päämääriä, seisoivat nyt yksimielisinä saman ehdotuksen takana.

Samanlainen yhteisymmärrys heijastui myöhemmin myös toimikunnan mietinnöstä annetuista lausunnoista. Suurin osa lausunnonantajista piti ehdotusta hyvänä, »oikeaan osuneena», »onnistuneena» tai vähintäänkin »hyväksyttävänä». Evankelis-luterilainen kirkko oli jossain määrin varauksellinen kannanotossaan, mutta yhtyi muun muassa toimikunnan periaatteelliseen kantaan avioerosta. Kriittisesti ehdotukseen suhtautuivat vain kaksi tuomioistuinta ja Jyväskylän tutkijanaiset, jotka ainoina arvostelivat ehdotusta 1970-luvun tapaan liian rajoittuneeksi.[34]

---

[31] *ALtoimikunta* (1983) s. 10.

[32] *ALtoimikunta* (1983) s. 23.

[33] Jäsenet *Tuulikki Petäjäniemi* (avioesteet) ja *Orvokki Kangas* (avioesteet ja harkinta-aika), *ALtoimikunta* (1983) s. 54–55.

[34] *Jaakkola* (LaVO 4/1984) s. 3–5. Tutkijanaiset katsoivat mm., että myös samaa sukupuolta olevien liitto tulisi asettaa samaan asemaan kuin avioliitto.

4.2.2. Sovintoavioero

Avioliittolain uudistuksessa omaksuttiin 1970-luvulta asti keskusteluissa mukana ollut lähtökohta. Sen mukaan avioliitto perustuu kahden ihmisen väliselle tunnesiteelle, jota ei vastoin puolison tahtoa voida pitää voimassa.[35]

> Nykyistä avioeroa voidaan luonnehtia sopimusperusteiseksi silloin, kun puolisot hakevat avioeroa yhdessä. Silloin, kun toinen puolisoista on yksin hakijana, on kyseessä kuitenkin lähinnä irtisanomisperusteeksi luonnehdittava peruste. Irtisanominen kuvaa hyvin sitä, että kumpikin puolisoista voi saada avioeron myös puhtaasti yksipuolisella tahdonilmaisulla.[36]

Vaikka uudistetut avioeroperusteet muistuttivatkin avoliiton epämuodollista purkamista, haluttiin avioliittolakiin piirteitä, jotka viestisivät avioliiton nauttimasta arvostuksesta sekä toisaalta avioerojen ei-toivottavuudesta. Näitä tavoitteita ajatellen omaksuttiin ensinnäkin harkinta-aika sekä toiseksi sovittelumenettely. Mainituille piirteille annettiin uudessa ehdotuksessa aikaisempaa enemmän painoa, ja ne saivat myös päähuomion eduskuntavaiheen aikana.

> Vuonna 1970 kirkon perheasiain neuvottelukeskuksia oli ollut 12:lla eri paikkakunnalla ja niissä hoidettiin vapaaehtoista perheasioiden sovittelua pakollisen asumuserosovittelun ohella.[37] Uuden lainsäädännön myötä myös tämä toiminta voitiin lukea laissa tarkoitetun sovittelun piiriin. Uusi lainsäädäntö toteutti näin osaltaan evankelis-luterilaisessa kirkossa jo omaksuttuja sovittelua korostavia tavoitteita.[38]

Eduskuntavaiheessa keskusteltiin lähinnä siitä, tulisiko sovittelu määrätä pakolliseksi. Tästä luovuttiin, koska pakolla sovittelemisen ei arveltu johtavan toivottuihin tuloksiin.[39] Sovittelu muuttui uudella lainsäädännöllä sosiaali-

---

[35] Ks. nykyisen avioerolainsäädännön taustoista myös *Aarnio – Helin* (1992) s. 57 alk.

[36] *Brusiin* (1959) s. 65–66, samoin *Aarnio – Helin* (1988) s. 58–60, *Schwenzer*kin luokittelee samaan tapaan, mutta pitää em. periaatteita välirikkoperiaatteen johdannaisina, eräänlaisina puhtaina välirikkolausekkeina (*reiner Zerrüttungsprinzip*). Ratkaisevaahan lopulta on puolison subjektiivinen näkemys välirikosta. *Schwenzer* (1987) s. 45–53. Ks. myös vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 3.3. (Avioero ja parisuhdekäsitysten muuttuminen).

[37] *Makkonen* (1991) s. 51.

[38] Ks. kirkon tavoitteista aiemmin edellä kohdassa 3.3.2. (Miksi Suomessa ei uudistettu avioero-oikeutta?).

[39] *Valkama* (1991) s. 3., ks. Muistio 19.11.1986/LaVO s. 16–25 sekä edellä kohta 2.2.2. (Asumuseromenettely – sovittelua tutkimisen sijasta).

palveluksi, jonka käyttäminen on vapaaehtoista ja perustuu asiakkaan aloitteeseen.[40]

> Riippuvuus asiakkaan aloitteesta erottaa suomalaisen sovittelun selvästi erityisesti uudesta englantilaisesta avioerosovittelusta.[41] Vielä selvemmäksi ero tulee, kun vertailuun otetaan mukaan myös lapsen huoltoa koskeva riita. Sellainen voidaan osoittaa soviteltavaksi myös Ruotsissa.[42] Suomalaisten vastenmielisyys pakolliseen tai vain viranomaisen aloitteestakin käynnistyvään sovitteluun liittyy mahdollisesti pitkään voimassa olleeseen pakolliseen asumuserosovitteluun. Kokemukset pakolla sovittelun hedelmällisyydestä jäivät ilmeisesti huonoiksi.

Myös harkinta-ajan pakollisuus aiheutti keskusteluja eduskuntavaiheen aikana. Avioliittotoimikunta oli alun perin ehdottanut lapsettomille erosta yksimielisille pariskunnille mahdollisuutta erota välittömästi. Tästä luovuttiin kuitenkin myöhemmin.[43]

Kun vanhemmille annettiin vapaus erota, vaikkakin vasta harkinta-ajan jälkeen, haluttiin kiinnittää erityistä huomiota lasten aseman järjestämiseen. Koska itse avioeroprosessi ei enää ollut omiaan kärjistämään ristiriitoja, vanhemmuuden jatkumiselle uskottiin olevan myös entistä paremmat edellytykset.[44] Lasten aseman turvaamiseen pyrittiin erityisesti kahdella eri tavalla. Sovittelijoiden tehtäväksi tuli ensiksikin pitää erityisesti silmällä lasten tilannetta (AL 21.2 §).[45] Toiseksi tuomioistuimen oli sovittelusta riippumatta

---

[40] HE 62/86 s. 45. *Aarnio – Helin* (1992) s. 51–53.

[41] Ks. Englantia koskeva jakso, kohdat 9.2. (Avioeroprosessin kulku) ja 9.3. (Erityisesti lasten asemaan liittyvistä järjestelyistä avioeroprosessin yhteydessä).

[42] Ruotsia koskeva jakso, kohta 10.4. (Vuoden 1990 menettelyllisiä uudistuksia), ks. myös Kalifornia, kohta 4. (Sovinnollisen avioeron ihanteen vaikutus menettelytapoihin) alakohdasta 4.1. alk. ja Saksa 9.4. (Lapsen etu). Poikkeuksena Suomessa on kuitenkin lapsen huoltoa tai tapaamisoikeutta koskevan täytäntöönpanon sovittelu, ks. edellä kohta 3.4.3. (Täytäntöönpanolaki).

[43] *ALtoimikunta* (1983) s. 37, (§ 24 s. 50), missä lapsiperheiden välittömän avioeron edellytykseksi oli asetettu osallistuminen sovitteluun ja lasten huollon ja elatuksen järjestäminen hyväksyttävällä tavalla. Hallituksen esityksessä sen sijaan harkinta-aikaa esitettiin pakolliseksi kaikille eroaville aviopareille. HE 62/86 s. 17, 50, 88, Lvk 14/86 s. 3, ks. myös Muistio 19.11.1986/LaVO s. 32–43 ja edellä kohta 3.3.1. (Ehdotus avioerolainsäädännön uudistamiseksi). Vrt. edellä Ruotsia koskeva jakso, kohta 4.3. (Yksilön vapaus ja avioeron säätely).

[44] »Erityisesti avioero-oikeudenkäyntien osalta on tavoitteeksi asetettava, että ne eivät saa kärjistää puolisoiden välisiä ristiriitoja taikka synnyttää uusia riitoja eroavien puolisoiden välillä. Erityisesti tästä syystä on luovuttava syyllisyysperiaatteesta.» HE 62/86 s. 17. Toisaalla HE:ssä viitattiin vanhemmuuden jatkumisen periaatteeseen ks. s. 54.

[45] Sovitteluun palataan lähemmin vielä tuonnempana kohdassa 4.4.3.3.3 (Sosiaalilautakunta sovittelijana).

kiinnitettävä vanhempien huomiota lasten asemaan. Tuomioistuimen tuli pyrkiä vaikuttamaan siihen, että lapselle turvattaisiin hyvät suhteet kumpaankin vanhempaan. Velvollisuus tehdä ratkaisu lapsen huollosta avioero-oikeudenkäynnin yhteydessä oli poistettu jo aikaisemmin lapsenhuoltolain säätämisen yhteydessä, jolloin tuomioistuimelle oli jäänyt pelkästään velvollisuus ottaa lapsen huoltoa koskeva asia käsiteltäväkseen, sillä huolto voitiin sen perusteella pitää edelleen vanhempien yhteisenä.[46] Avioliittolain uudistuksen yhteydessä haluttiin kuitenkin vielä, että asianosaisia erityisesti muistutettaisiin lapsen huoltoa koskevan lainsäädännön tavoitteista, lapsen hyvien suhteiden turvaamisesta molempiin vanhempiin (AL 32 §).[47]

> Tuomioistuimen on huomautettava asianosaisille, jos asian ensikäsittelyssä ei ole selvitetty kysymystä lasten huollosta, ja jos asiakirjoista ilmenee, että puolisoilla on yhteisiä lapsia, jotka ovat ainakin toisen puolison huollossa. Eri asia on, että koska lapset eivät välttämättä ilmene puolisoiden virkatodistuksista, asiakirjat eivät aina sisällä mitään mainintaa yhteisistä lapsista. Jos asianosaiset eivät anna pyydettyä selvitystä, voi tuomioistuin periaatteessa pyytää selvityksen sosiaalilautakunnalta. Käytännössä tuomioistuimen mahdollisuudet puuttua asiaan ilman vanhempien aloitetta lienevät jokseenkin olemattomat.[48]

Edellä olevasta ilmenee myös puuttumattomuusperiaatteen omaksuminen Suomen oikeuteen: avioeron ja lapsen huollon vuoksi tapahtuvan intervention välinen side murtui lapsenhuoltolain säätämisellä ja puuttumattomuus sinetöitiin avioliittolain uudistuksella.[49] Avioliittolaki kuitenkin edellyttää ainakin teoriassa, että tuomioistuin *pyrkii puuttumaan* lapsen huoltoon avioero-oikeudenkäynnin yhteydessä. Jos avioeroasia on riitainen ja jos tuomioistuimella on tieto lapsesta, lapsen huolto voidaan ainakin periaatteessa ottaa käsiteltäväksi tuomioistuimen aloitteesta, vaikka varsinaisen päätöksen antaminen edellyttääkin vanhempien taholta tulevaa aloitetta tai lapsen huoltoa koskevan asian erillistä vireillepanoa.[50]

---

[46] HE 224/82 s. 19–20, 47. Lapsenhuoltolain säätämiseen palataan tarkemmin jäljempänä.

[47] HE 62/86 s. 54, *Aarnio – Helin* (1992) s. 74–78.

[48] Ks. vielä hakemusasioissa noudatettavasta kokoonpanosta lapsen huoltoa ja avioeroa koskevissa asioissa *Niemi-Kiesiläinen* (DL 1994) s. 579–588.

[49] Ks. vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 3.3. (Avioero- ja parisuhdekäsitysten muuttuminen).

[50] Lapsen huoltoa koskeva asia voidaan panna vireille myös sosiaaliviranomaisten aloitteesta, ks. LapsHL 14.1 §. Tuomioistuimen avioeroasian yhteydessä oma-aloitteisesti tekemä selvityspyyntö sosiaaliviranomaisille voi siis tätä kautta periaatteessa johtaa lapsen huoltoa koskevaan ratkaisuun myös ilman vanhempien tekemää aloitetta.

4.3. Lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan lain valmistelu

4.3.1. Kansainvälinen lapsen vuosi 1979 ja Suomen komitea

Vuoden 1987 avioerouudistus noudatteli avioeron säätelyn osalta melko tarkkaan niitä periaatteita, jotka ilmenivät jo 1970-luvun mietinnöstä. Lapsen huollon osalta kävi toisin. Lapsen huoltoa koskevat periaatteet muuttuivat perusteellisesti ja muotoutuivat vasta 1980-luvulla nykyisten kaltaisiksi. Jonkinlainen käänne tässä suhteessa näyttäisi tapahtuneen kansainvälisen lapsen vuoden Suomen komiteassa. Tämä komitea myös ensi kerran ehdotti yhteishuollon omaksumista lainsäädäntöön. Vuoden 1974 Holhoustoimikuntahan oli ehdottanut pelkästään vanhempien yhteistä holhousta.[51]

> Kansainvälisen YK:n lapsen vuoden toimintaa ajatellen valtioneuvosto asetti vuonna 1978 komitean, jonka yhtenä tehtävänä oli esitysten laatiminen valtioneuvostolle ja ministeriöille lasten aseman parantamiseksi.[52] Mietinnössään komitea teki ehdotuksia muun muassa lapsi- ja perhelainsäädännön uudistamiseksi. Se kiinnitti erityistä huomiota lapsen asemaan avioerossa, lapsen ruumiilliseen kurittamiseen sekä lastensuojelulain uudistamiseen. Näistä lapsen asema avioerossa sai eniten huomiota.

Lapsen vuoden komitea katsoi, että avioeron uudistamisessa olisi otettava huomioon näkökohdat, jotka se muotoili seitsemäksi periaatteeksi:

> 1) Lainsäädäntöä kehitetään siten, että asiantuntijan avustamana käydyt keskustelut, neuvottelut ja sovittelut tulevat keskeiseksi osaksi avioeroprosessia.
> 2) Yksityiskohtaiset avioeroperusteet sekä syyllisyysperiaate tarkistetaan siten, etteivät ne vaikeuta lasten asemaa ja huollon järjestämistä. Nykyisellään ne ovat omiaan omalta osaltaan estämään sopuratkaisuun pääsemistä sekä tosiasiallisten syiden selvittämistä ja ovat siten lapsen edun vastaisia.
> 3) Lainsäädännöllä pyritään siihen, että aviopuolisot ensisijaisesti ratkaisevat eroon liittyvät erimielisyydet ja järjestelyt (lapsen huolto, elatus yms.). Tämä toteutetaan siten, että tuomioistuin ottaa asian tutkittavaksi vasta sen jälkeen, kun on selvitetty, että vanhemmat ovat yrittäneet ratkoa asiansa em. sovittelujen puitteissa.
> 4) Lapsen mielipide erojen yhteydessä selvitetään poikkeuksetta. So-

---

[51] Ks. *HolhTmik* (1974) mietinnöstä edellä kohta 3.5. (Holhousehdotuksia toimikunnasta toiseen).

[52] *Lapsen vuoden komitea* (1980) s. 1–2.

siaalilautakunnan lausunnonantomenettelyä kehitetään niin, että lausunto annetaan tuomioistuimelle sekä riita että sopuratkaisuissa. Lausunnon valmistelussa tulee poikkeuksetta selvittää molempien vanhempien ja lasten käsitykset eroon liittyvistä järjestelyistä.
5) Lainsäädäntöä muutetaan siten, että lapsen huolto/ vanhempien vastuu jatkuu edelleen yhteisenä avioeron jälkeenkin, jollei lapsen etu nimenomaisesti toisin edellytä.
6) Lapsen yhteinen huolto ulotetaan myös avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen vanhemmille.
7) Myös huollon siirtäminen kolmannelle henkilölle tehdään mahdolliseksi. Lapsi on saattanut elää pitkään ja pysyvästi esim. kasvatuskodissa, ja siteet biologisiin vanhempiin ovat katkenneet.[53]

Komitean oma asiantuntemus ei ensisijaisesti kohdistunut perheoikeuden alueelle. Sen toimeksianto ulottui laajalle lainsäädäntökysymysten ulkopuolellekin, kuten lapsen vuoden toiminnan suunnitteluun, koordinointiin ja tiedotukseen. Komitean mietinnöstä yllämainitut periaatteet eivät muodostaneet edes mitään erityisen huomattavaa osaa. Kuitenkin ne ilmeisesti seurasivat melko tarkkaan 1980-luvun vaihteen yleistä mielipideilmastoa. 1980-luvun avioeroa koskeneissa mietinnöissä painopiste oli vaihtunut puolisoiden tasa-arvonäkökohdista perheen ihmissuhteisiin ja etenkin lasten asemaan. Näin ne noudattelivatkin melko tarkkaan yhteishuoltoa koskevalle ihanteelle tyypillisiä piirteitä: asiantuntijakeskeisyyttä, sovinnollisuutta ja sovittelua.

> Avioerotilanteita koskevien uudistusten ohella lapsen vuoden komitean mietinnössä vaadittiin muun muassa lapsen ruumiillisen kurituksen kieltoa. Erityisen lainkohdan, jossa ilmaistaisiin lapsen oikeus fyysiseen koskemattomuuteen, uskottiin edistävän myönteisiä kasvatusasenteita.[54]

4.3.2. Vuoden 1981 työryhmän ehdotus lapsen huollon sääntelystä

4.3.2.1. Huomio lapsen henkilöön

Ehdotus valmisteltiin oikeusministeriön lainvalmisteluosastolla asetetussa työryhmässä, jonka puheenjohtajana oli *Matti Savolainen* ja jäseninä *Ilkka Cantell*, *Ritva Halme-Kauranen* sekä *Risto Jaakkola*. Koska holhoustoimen or-

---

[53] *Lapsen vuoden komitea* (1980) s. 91–92. Komitea on ilmeisesti tarkastellut avioeroa kokonaisuutena, joka käsittää myös avopuolisoiden eron. Tähän viittaa edellä avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten yhteishuoltoa koskeva periaate, vaikka asiaa ei tekstissä muuten käsitelläkään.

[54] *Lapsen vuoden komitea* (1980) s. 92. Lasten ruumiillinen kuritus oli ollut sallittua aiemmin rikoslain suoran säännöksen perusteella ja vuodesta 1970 tavanomaisen oikeu-

ganisaatio oli osoittautunut hankalasti uudistettavaksi, työryhmän toimeksianto oli rajattu koskemaan ainoastaan holhouksen ja huollon aineellista lainsäädäntöä. Tämä uudistus haluttiin kiireellisenä irrottaa muusta hankkeesta ja saattaa mahdollisimman pian voimaan.

Vuoden 1981 ehdotuksessa lapsen huolto ja holhous erotettiin toisistaan selvästi. Huollolla tarkoitettiin lapsen henkilökohtaisten asioiden hoitamista ja holhouksella puolestaan lapsen omaisuuden hoitoa.[55] Alaikäisen huoltaja oli ehdotuksen mukaan kuitenkin yleensä myös hänen holhoojansa.[56] Ehdotuksessa olivat jo näkyvissä lapsenhuoltolaille tyypilliset piirteet. Keskeiseen asemaan nousi entistä selvemmin lapsi ainoalaatuisena yksilönä tarpeineen ja toiveineen. Samalla lapsen huolto nostettiin ensisijaiseksi ja siis tärkeämmäksi säätelyn kohteeksi kuin holhous. Lapsen huoltoa varten luonnosteltiin myös vastaavanlainen ohjelmallinen tavoitenormi »huollon tarkoituksesta» kuin lapsen elatukselle oli säädetty vuoden 1975 elatuslaissa (704/75, 1 §).[57]

> (23 §) Huollon tarkoituksena on turvata lapsen tasapainoinen kehitys ja hyvinvointi lapsen yksilöllisten tarpeiden ja toivomusten mukaisesti.
>
> Lapselle tulee turvata hyvä hoito ja kasvatus, lapsen ikään ja kehitystasoon nähden tarpeellinen valvonta ja huolenpito, turvallinen ja virikkeitä antava kasvuympäristö, myönteiset ja läheiset ihmissuhteet sekä lapsen taipumuksia ja toivomuksia vastaava koulutus.

---

den nojalla. Kuritusvaltaa koskeva nimenomainen maininta oli tuolloin poistettu rikoslaista, sillä erillistä lainkohtaa ei pidetty asian selvyyden vuoksi tarpeellisena, mutta ruumiillista kuritusta ei toisaalta haluttu nimenomaisella lainkohdalla suosiakaan. Ks. esim. *Takala*: Lasten pahoinpitelyn oikeudelliset seuraukset. Lapsi, yhteiskunta, lainsäädäntö - seminaariraportti (1980) s. 111–112. Ks. myös mts. 95 alk.

[55] *HolhUudTyör* (1981) s. 16. Tämä erottelu oli siis tehty johdonmukaisesti jo edellisessä *HolhTmik* (1974) ehdotuksessa. Ks. tarkemmin edellä kohta 3.5. (Holhousehdotuksia toimikunnasta toiseen).

[56] *HolhUudTyör* (1981) s. 102.

[57] Vuoden 1974 holhoustoimikunnan mietinnössä vastaava pykäläehdotus (13 §) kuului seuraavasti *HolhTmik* (1974) s. 109–110:

(*Alaikäisen huolto*)

Huoltajan tulee huolehtia alaikäisestä ja turvata tämän riittävä ravinto, hyvä hoito ja kasvatus, turvallinen ja virikkeitä antava kasvuympäristö sekä alaikäisen taipumuksia ja toivomuksia vastaava koulutus.

Alaikäistä on kasvatettava ymmärtämyksen ja suvaitsevaisuuden hengessä. Hänen itsenäistymistään on tuettava ja pyrittävä saattamaan hänen kykynsä palvelemaan hänen lähimmäisiään.

> Lasta tulee kasvattaa siten, että hän saa osakseen ymmärtämystä, turvaa ja hellyyttä. Lasta ei saa alistaa, kurittaa ruumiillisesti tai kohdella muulla tavoin loukkaavasti. Lapsen itsenäistymistä sekä kasvamista vastuullisuuteen ja aikuisuuteen tulee tukea ja edistää.[58]

Lapsen yksilön kunnioitus ilmeni myös siinä, että lapsen toivomuksille annettiin aiempaa enemmän merkitystä. Huoltaja velvoitettiin kuulemaan lasta tämän henkilökohtaisista asioista ja mahdollisuuksien mukaan ottamaan lapsen näkemykset huomioon asiaa ratkaistessaan.[59] Lapsen mielipide tuli ottaa huomioon myös huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan asian menettelyä koskevien säännösehdotusten mukaan.[60] Viime kädessä sitä tehostivat ehdotukset lapsen puhevallasta.

> Ehdotuksen mukaan lapsella olisi ollut puhevalta asiassa, joka koskee huollon uskomista molemmille vanhemmille yhteisesti tai vanhempien sijasta yhdelle tai useammalle henkilölle. Lapsella ei olisi ollut puhevaltaa, jos asia olisi koskenut huollon uskomista jommallekummalle vanhemmista, mikä olisi lapsen kannalta merkinnyt valinnan tekemistä vanhempien välillä. Rajoitettuun puhevaltaan olisi myös liittynyt oikeus tehdä näitä asioita koskeva hakemus tuomioistuimelle. Sitä täydensi määräysehdotus uskotun miehen asettamisesta lapselle tuomioistuimen aloitteesta, jos sitä olisi lapsen kannalta pidettävä tarpeellisena.[61]

4.3.2.2. Vanhemmuus-, sopimus- ja yhteishuolto-olettamat

Vuoden 1981 ehdotuksessa pidettiin silloin voimassaolleiden säännösten keskeisenä puutteena sitä, että huoltaja määräytyi tosin »etupäässä» silmälläpitäen lapsen etua, mutta samalla ratkaisu oli riippuvainen lapsen syntyperästä, vanhemman siviilisäädystä ja sukupuolesta. Se, että lapsen huoltoa kos-

---

[58] Säännösehdotus ei kovin paljoa tämän jälkeen muuttunut. Nykyisen Lapsenhuoltolain 1 §:ssä on tähän verrattuna muutettu lähinnä asioiden esittämisjärjestystä siten, että lapsen myönteiset ja läheiset ihmissuhteet ovat saaneet enemmän merkitystä ja niiden osalta viitataan myös erityisesti lapsen omiin vanhempiin. Myös koko normin asettaminen lain ensimmäiseksi pykäläksi on vahvistanut sen asemaa. Jäljempänä ehdotusta verrataan vielä lähemmin Ruotsin vuoden 1979 ehdotukseen. Ks. tältä osin Ruotsia koskeva jakso, kohta 7.1. (Komitea ja lapsen oikeuden sekä tarpeet).

[59] Ehdotuksen 24 §, *HolhUudTyör* (1981) s. 16–17, 37, 68.

[60] Ehdotuksen 29 d §. Ks. *HolhUudTyör* (1981) s. 47, 72.

[61] Ehdotuksen 29, 29 a §. *HolhUudTyör* (1981) s. 17, 45–46, 71–72. Puhevaltaa lapselle ehdotettiin myös Ruotsin vastaavassa mietinnössä, ks. Ruotsia koskeva jakso, kohta 7.4. (Lapsen puhevalta, asiamies ja kontaktihenkilö).

keva asia tuli ratkaista ennen kaikkea lapsen edun mukaisesti, tarkoitti siksi edellä mainittujen esteiden purkamista.

Ehdotus jatkoi siis johdonmukaisesti 1970-luvun uudistusten mukaista linjausta lasten keskinäisestä ja vastaavasti vanhempien keskinäisestä tasa-arvosta huoltajan määräytymisessä. Biologisten vanhempien lisäksi tasa-arvoa laajennettiin myös sosiaalisten vanhempien suuntaan. Erona 1970-luvun perusteille voidaan ehkä pitää sitä, että tasa-arvo ei enää samalla tavalla ollut itsenäinen tavoite vaan ikään kuin edellytys riittävän vaihtoehtovalikon tarjoamiselle, jotta kaikissa yksittäistapauksissa päästäisiin lapsen edun mukaiseen ratkaisuun.[62]

Vaikka huoltoa koskevalta päätökseltä poistettiinkin rajoituksia, niin ehdotukseen muotoiltiin kuitenkin vanhempien asemaan liittyviä oletuksia ohjaamaan päätöksentekoa. Varsinaisesti ehdotuksessa nimetään vain yksi olettama, nimittäin sopimusolettama. Koska kuitenkin myös yhteishuolto ja biologinen vanhemmuus saivat ehdotuksessa samanlaisen suosituimmuussijan kuin sopimuskin, olen käyttänyt myös niiden osalta olettama-nimitystä.

> *Vanhemmuusolettamalla* viittaan ehdotuksesta ilmenevään periaatteeseen, jonka mukaan biologiset vanhemmat oletettiin lapsen edun mukaisiksi huoltajiksi. Vaikka huolto voitiin ehdotuksen mukaan periaatteessa siirtää kokonaan muille kuin biologisille vanhemmille, näitä ei voitu syrjäyttää ilman erittäin painavia syitä.[63] Vanhempien erityisasema ilmeni myös heidän sopimukselleen annetusta erityisasemasta, sopimusolettamasta.
>
> *Sopimusolettamalla* tarkoitettiin ehdotuksessa sitä, että huoltoa koskeva asia oli ratkaistava vanhempien sopimalla tavalla, jos se ei ollut vastoin lapsen etua. Sopimusolettaman käyttöala oli kuitenkin rajoitettu. Sitä sovellettiin vain huollon uskomiseen molemmille vanhemmille yhteisesti tai toiselle heistä. Lisäksi sopimusolettaman soveltaminen edellytti sitä, että ainakin toinen vanhemmista oli lapsen huoltaja.[64]
>
> Sopimusolettamalla olisi ollut tietyssä tilanteessa ratkaisijaa sitova vaikutus. Olettamasta ei ehdotuksen mukaan olisi voinut poiketa, jos lapsen vanhemmat olisivat ehdottaneet yhteishuoltoa isyyden tun-

---

[62] *HolhUudTyör* (1981) s. 15.

[63] Ehdotuksen 26 a.4 § *HolhUudTyör* (1981) s. 42, 70. Periaate omaksuttiin myös myöhempään ehdotukseen, ja se ilmenee nykyisen LapsHL 9.2 §:stä. Oletusta on täsmennetty siten, että sen soveltaminen edellyttää ainakin toisen vanhemmista olevan lapsen huoltaja. Lisäksi »erittäin painavia syitä» on täsmennetty muotoon »lapsen kannalta erittäin painavia syitä».

[64] Ehdotuksen 26 a.2 §, *HolhUudTyör* (1981) s. 41–42, 70. Ehdotus vastaa tältä osin nykyistä LapsHL 10.2 §:ää.

nustamisen yhteydessä. Vahvistavana viranomaisena olisi tässä tapauksessa ollut isyyden tunnustamisen vahvistava tuomari.[65]

Yhteishuolto-olettamalla tarkoitan yhteishuollon ehdotuksessa saamaa suosituimmuusasemaa. Yhteishuoltoa pidettiin ehdotuksessa lapsen kannalta parhaana vaihtoehtona.[66]

Yhteishuolto-olettama on yhteishuollon ihanteen muotoutumisen kannalta erityisen tärkeä. Sen vuoksi sitä on syytä tarkastella lähemmin.

4.3.2.3. Yhteishuollon luonne vuoden 1981 ehdotuksessa

Suomalainen yhteishuolto luonnosteltiin vuoden 1981 ehdotuksessa varsin pitkälle lopulliseen muotoonsa. Tässä vaiheessa omaksuttiin yhteishuollon lähtökohdaksi niin sanottu oikeudellinen yhteishuolto ja toisaalta tuomioistuimen laaja harkintavalta. Vertailevasta näkökulmasta katsoen mielenkiintoista on se, että tämä lähtökohta poikkesi merkittävästi Ruotsissa omaksutusta tavasta säädellä yhteishuoltoa. Ero säilyy, vaikka vertailun kohteeksi otettaisiin Ruotsin voimassa olleen oikeuden sijaan vuonna 1979 annettu mietintö *»Om föräldraansvar m.m.»*. Tässä mietinnössähän – kuten myös Suomen vuoden 1981 mietinnössä – otettiin tavoitteeksi yhteishuollon suosituimmuusasema, kun taas vuonna 1976 säädetyssä ja tässä vaiheessa vielä voimassaolleessa Ruotsin lainsäädännössä yhteishuolto oli sallitun vaihtoehdon asemassa.[67]

Yhteistä Ruotsin vuoden 1979 ja Suomen vuoden 1981 mietinnöille oli esimerkiksi tuomioistuimen puuttumattomuuden ehdottaminen avioerotilanteeseen sekä edellä mainitun yksinkertaisen, lähinnä rekisteröintiä muistuttavan yhteishuollon vahvistamistavan ehdottaminen yhteishuollon suosituimmuusaseman saavuttamiseksi.[68]

---

[65] Tuomarilla ei olisi ollut asiassa harkintavaltaa. Kohta tuo mieleen Ruotsin vastaavan ehdotuksen (SOU 1979:63 Om föräldraansvar m.m.). Ks. Ruotsia koskeva jakso, kohta 8.2. (»Gemensam vårdnad» pääsäännöksi).

[66] *HolhUudTyör* (1981) s. 39–41.

[67] Ks. Ruotsin vuoden 1979 mietinnöstä Ruotsia koskeva jakso, kohta 7. (»Om föräldraansvar m.m.») alakohdasta 7.1. alkaen ja silloin voimassaolleesta oikeudesta kohdasta 5. (Yhteishuollosta mahdollinen vaihtoehto) alakohdasta 5.1. alkaen. Ks. sallitusta ja suositusta yhteishuollosta vielä tarkemmin vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 2.4. (Yhteishuolto).

[68] Puuttumattomuusperiaate avioeron yhteydessä on ilmaistu *HolhUudTyör* (1981) s. 17, 83, 118. Puuttumattomuusperiaate on ilmaistu siinä samansisältöisenä kuin edellä selostetussa myöhemmin uudistetussa avioerolaissa. Ks. edellä kohta 4.2.2. (Sovintoavioero).

Selvä ero oli kuitenkin yhteishuollon määräämisen edellytyksissä. Kun Ruotsin mietinnössä ehdotettiin, että yhteishuoltoa ei voitaisi määrätä vastoin toisen vanhemman tahtoa ja että yhteishuolto olisi aina automaattisesti purettava toisen vanhemman hakemuksesta ja vielä lisäksi että lapsen asumisesta voitaisiin päättää vain väliaikaisessa määräyksessä Suomen ehdotuksessa taas näihin kohtiin otettiin periaatteessa lähes vastakkainen kanta.[69] Suomen vastaavat pykäläluonnokset kuuluivat seuraavasti:[70]

> (26 §) Lapsen huolto voidaan tuomioistuimen päätöksellä uskoa:
> 1) *molemmille vanhemmille*;
> 2) toiselle vanhemmalle;
> 3) vanhempien sijasta tai ohella yhdelle tai useammalle henkilölle, joka on antanut tähän suostumuksensa.
>
> Tuomioistuin voi antaa tarkempia määräyksiä huoltajan tehtävistä, hänen oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan sekä oikeudesta edustaa lasta. Jos lapsella on kaksi tai useampia huoltajia, tuomioistuin voi myös päättää tehtävien jaosta huoltajien kesken sekä *tarvittaessa siitä, kenen huoltajan luona lapsen tulee asua.*
>
> Lapsen ottamisesta sosiaalilautakunnan huostaan säädetään lastensuojelulaissa.
>
> (26 a §) Tuomioistuimen on ratkaistava 26 §:ssä tarkoitettu asia *ennen kaikkea lapsen edun mukaisesti* ja siten kuin jäljempänä säädetään.
>
> (Tämän jälkeen pykäläluonnoksessa esitetään edellä *sopimusolettama*ksi ja *vanhemmuusolettama*ksi kutsutut rajoitukset tuomioistuimen harkintavaltaan sekä annetaan tuomioistuimelle mahdollisuus omasta aloitteestaan ottaa harkittavaksi huollon siirtäminen muille kuin vanhemmille.)
>
> (26 b §, Tuomioistuimen valta antaa väliaikainen määräys siitä, kenen luona lapsen tulee asua.)
>
> (26 c §) Lapsen huollosta annetun lainvoimaisen päätöksen estämättä tuomioistuin voi uudessa oikeudenkäynnissä harkita, miten lapsen huolto on järjestettävä, jos *olosuhteet aikaisemman päätöksen jälkeen ovat olennaisesti muuttuneet tai jos tähän muutoin on erityisiä syitä.*[71]

---

[69] On kuitenkin todettava, että vähemmistö ruotsalaisessa komiteassa kannatti suomalaisen ehdotuksen kaltaisia muutosehdotuksia. Ks. lähemmin Ruotsia koskeva jakso, kohta 7.2. (Yhteishuolto ja kriisiterapia ihanteena). Kuten pykäläehdotuksista ilmenee, ehdotettiin Suomessakin aluksi, että väliaikainen määräys koskisi vain asumista.

[70] *HolhUudTyör* (1981) s. 69–70, kursivointi tässä.

[71] *HolhUudTyör* (1981) s. 69–70.

Kuten pykäläluonnoksista käy ilmi vanhempien yksimielisyys ei ollut missään yhteydessä yhteisen huollon edellytyksenä. Tuomioistuimen harkintavaltaa pyrittiin kuitenkin ohjaamaan ehdotuksen perusteluissa.

> »Lähtökohtana niille lakiehdotuksen säännöksille, jotka koskevat kysymystä, kuka on lapsen huoltaja, on käsitys, että lapsen olennaiset edut vaativat, että pääsääntöisesti molemmat vanhemmat ovat lapsen huoltajia ja vastaavat niistä tehtävistä, jotka lakiehdotuksen mukaan huoltajalle kuuluvat. Tämän ohella vanhempien yhteisen huollon edellytyksenä on pidetty sitä, että vanhempien välillä vallitsee yhteisymmärrys huoltoon kuuluvien tehtävien hoitamisesta yhdessä...»[72]

Lisäksi huoltoa koskevan päätöksen muuttamisesta todetaan:

> »Erityisten syiden lisäksi on katsottava selvästi vaativan aikaisemman päätöksen muuttamista, kun lapsen huolto on tuomioistuimen päätöksellä uskottu toiselle vanhemmista ja vanhemmat yhteisesti tekevät hakemuksen siitä, että huolto uskottaisiin heille yhteisesti. Samoin on laita silloinkin, kun huolto on tuomioistuimen päätöksellä uskottu kumpaisellekin vanhemmalle ja toinen vanhemmista tekee hakemuksen siitä, että huolto uskottaisiin yksin toiselle vanhemmista.»[73]

Perusteluissa siis lähdettiin melko yksiselitteisesti siitä, että vanhemman toive yksinhuollosta olisi ratkaiseva. Toisin kuin Ruotsissa tätä näkökohtaa ei kuitenkaan ehdotettu kirjattavaksi yhteishuollon prosessuaaliseksi edellytykseksi. Suomalaisten pykäläluonnosten perusteella yhteishuollon määrääminen vastoin vanhemman tahtoa oli periaatteessa mahdollista. Erityisen selväksi tämä tuli esiin huoltoa koskevan päätöksen muuttamista koskevassa pykäläehdotuksessa, jossa ehdotetun lakitekstin mukaan muuttamisen edellytykset ja muuttamisen tapa jäivät kokonaan tuomioistuimen harkinnan varaan. Sitä vastoin Ruotsin mietinnön mukaan tuomioistuimen oli purettava yhteishuolto aina, kun toinen vanhemmista sitä vaati.[74] Huolimatta yhdensuuntaisista perusteista, lakiehdotuksissa oli selvä yhteishuollon määräämi-

---

[72] *HolhUudTyör* (1981) s. 39. Lause kuuluu kokonaisuudessaan seuraavasti: Tämän ohella vanhempien yhteisen huollon edellytyksenä on pidetty sitä, että vanhempien välillä vallitsee yhteisymmärrys huoltoon kuuluvien tehtävien hoitamisesta yhdessä 24 a §:ssä tarkoitetun tavoin. Ao. pykäläluonnos esitetään jäljempänä.

[73] *HolhUudTyör* (1981) s. 43.

[74] Mietinnössä ehdotettiin kuitenkin kuuden kuukauden harkinta-aikaa avioeron tapaan ennen kuin yhteishuollon purku tulisi voimaan. Ks. Ruotsia koskeva jakso, kohta 7.2. (Yhteishuolto ja kriisiterapia ihanteena). Toisin kuin muut edellä esitetyt yhteishuollon edellytykset, harkinta-aikaa koskeva ehdotus ei tullut osaksi myöhemmin uudistettavaa lainsäädäntöä. Ks. tästä vastaava Ruotsia koskeva jakso, kohta 8. (Vuoden 1983 lapsen huoltoa koskevan lainsäädännön kokonaisuudistus) alakohta 8.1. alk.

seen kohdistuva näkökulmaero, joka ilmeni erityisesti lakiehdotuksen kirjoittamistavasta.

Kirjoittamistavalla oli suomalaisessa ehdotuksessa itsenäinen merkitys. Tämä tuli selvästi ilmi perusteluissa, jotka koskivat yhteishuollon ensisijaisuutta. Niiden mukaan eri vaihtoehtojen luettelemisessa noudatettu järjestys oli tuomioistuimelle annettu viesti ensisijaisesta tai toissijaisesta ja vastaavasti seuraavasta ratkaisuvaihtoehdosta.

> »Säännökseen otetun luettelon tarkoituksena on ... tuoda esiin periaate, jonka mukaan lapsen huollosta päätettäessä on ensisijaisesti pyrittävä järjestelyyn, jonka mukaan molemmat vanhemmat yhdessä vastaavat huoltajille kuuluvista tehtävistä. Vain jos tämä järjestely ei yksittäistapauksessa olisi lapsen edun mukainen, olisi huolto uskottava toiselle vanhemmista. Mikäli tämäkään järjestely ei vastaisi lapsen etua, voitaisiin huolto uskoa vanhempien sijasta tai vanhempien ohella muulle henkilölle.»[75]

Suomalainen lain kirjoittamistapa on viranomaiskeskeisempi, millä tarkoitan sitä, että lakitekstin mukaan viranomainen – tässä tapauksessa tuomioistuin – teki ratkaisun yksinomaan lapsen edun perusteella. Lakiehdotuksen keskiössä oli siten tuomioistuimen harkintavalta, kun taas ruotsalaisessa ehdotuksessa korostuivat – suomalaiseen verrattuina – lainsäätäjän tekemät selkeät linjaukset lapsen edun tulkinnasta suhteessa vanhempien omiin toivomuksiin.

Eräs selitys erilaiselle lähestymistavalle huollon määräämiseen liittyy mielestäni siihen, että Suomessa yhteishuollolle annettiin alusta alkaen selvästi oikeudellisempi sisältö Ruotsin lakiin verrattuna. Yhteishuolto ymmärrettiin Suomessa ensisijaisesti oikeudellisena yhteishuoltona, kun taas Ruotsissa säätelyn painopiste oli alun perin tosiasiallisessa yhteishuollossa ja se on vasta nyt siirtynyt oikeudelliseksi suomalaisen esikuvan mukaisesti.[76] Kun yhteishuollon ymmärrettiin keskittyvän lasta koskeviin tärkeisiin päätöksiin eikä

---

[75] *HolhUudTyör* (1981) s. 41. Suorasta sitaatista on poistettu kohta, jonka mukaan huoltajan on oltava fyysinen henkilö, mieluiten lapsen vanhempi, tai muussa tapauksessa tehtävään erityisesti suostunut muu henkilö. Ks. yhteishuollon ensisijaisuudesta myös *HolhUudTyör* (1981) s. 39. Vrt. *Savolainen* (1984) jäljempänä kohdassa 4.5.2. (Yhteishuollon ihanne suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa).

[76] Ks. käsitteistä oikeudellinen ja tosiasiallinen yhteishuolto Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 5.2. (Yhteishuollon käsite). Yhteishuollon käsitteen kehittymisestä Ruotsissa ks. vastaava jakso, kohdat 5.3. (Yhteishuollon käsite vuoden 1976 uudistuksessa), 8.2. (»Gemensam vårdnad» pääsäännöksi), 10.2. (Yhteishuollon edistäminen) ja 12. (Yhteishuollon oikeudellistuminen ja Suomen malli).

niinkään päivittäiseen hoitoon, voitiin yhteishuollon olettaa toimivan, vaikka huoltojärjestelyjen lähtöasetelmien vakiinnuttamiseen olisikin tarvittu viranomaisen apua.

> Viranomaisen avustus näkyi esimerkiksi siten, että perusteluiden mukaan tuomioistuimen olisi tehdessään lapsen huoltoa koskevaa ratkaisua pyrittävä yhteishuoltoa eri tavoin määräyksin modifioimalla säilyttämään huolto yhteisenä silloinkin, kun se ei vanhempien erimielisyyksien vuoksi muuten onnistuisi. Vasta kun tämäkin järjestely osoittautuisi lapsen edun vastaiseksi, voitaisiin siirtyä arvioimaan huollon uskomista yksin toiselle vanhemmista.[77]

Suomalaisen yhteishuollon oikeudellinen luonne ilmeni etenkin huoltajien tehtävistä. Niissä korostettiin yhteistoiminnan velvoitetta sellaisten päätösten osalta, joilla on lapsen tulevaisuuden kannalta huomattava vaikutus. Samalla perusteluissa todettiin, että käytännössä kaikkeen päätöksentekoon ei molemmilla huoltajilla ole aina mahdollisuutta osallistua.[78]

> (24 a §) Lapsen huoltajat vastaavat yhdessä lapsen huoltoon kuuluvista tehtävistä ja tekevät yhdessä lasta koskevat tarvittavat päätökset, jollei toisin ole säädetty tai määrätty.
>
> Jos joku huoltajista ei matkan, sairauden tai muun syyn vuoksi voi osallistua lasta koskevan päätöksen tekemiseen ja ratkaisun viivästymisestä aiheutuisi haittaa, ei hänen suostumuksensa asiassa ole tarpeen. Asiasta, jolla on huomattava merkitys lapsen tulevaisuuden kannalta, voivat huoltajat kuitenkin päättää vain yhdessä, jollei lapsen etu muuta vaadi.[79]

Yhteishuollon oikeudellinen luonne ilmeni myös mahdollisuutena antaa erillinen lapsen asumista koskeva määräys. Tämä mahdollisuus esitettiin vuoden 1981 ehdotuksessa tosin vielä hiukan varautuneesti: Määräys voitiin ehdotuksen mukaan antaa »tarvittaessa» (26 §). Myöhemmin asumista koskeva määräys sai huomattavasti korostetumman aseman ja samalla yhteishuollon oikeudellinen luonne selkiintyi vielä entisestään.[80]

---

[77] *HolhUudTyör* (1981) s. 58–59. Kyse on AL 80 §:n muuttamista koskevista perusteluista. Ao. säännösehdotuksessa poistettiin tuomioistuimen ratkaisupakko lapsen huollon osalta avioero- tai asumuserotuomion yhteydessä viittaamalla ratkaisun osalta ehdotettuihin Holhouslain pykäliin (26 § jne.).

[78] *HolhUudTyör* (1981) s. 37–38.

[79] *HolhUudTyör* (1981) s. 68.

[80] Nykyisen lain perusteluissa lähdetään siitä, että määräys tulisi antaa »pääsääntöisesti», kun huolto määrätään vanhempien yhteiseksi ja vanhemmat asuvat erillään. HE

»*Om föräldraansvar m.m.*» -mietinnön ja *Holhouslainsäädännön uudistamistyöryhmän* ehdotuksen väliset erot syvenivät valmistelun jatkuessa edelleen molemmissa maissa. Suomen viranomaisen harkintavaltaa korostaneet säännösehdotukset ja myöhemmin varsinaiset lainmääräyksetkin muistuttivat sen sijaan yllättävänkin paljon Kalifornian vuoden 1979 yhteishuoltolainsäädännön määräyksiä. Molemmissa lapsen huoltoa koskevan määräyksen kriteerinä oli yksin lapsen etu ja molemmissa tuomioistuimella oli mahdollisuus määrätä vapaasti yhteishuolto tai yksinhuolto riippumatta asianosaisten ehdotuksista tai toivomuksista.[81] Kaliforniassa yhteishuollon suosimista oli pidetty jossain määrin epäselvänä ja lakia oli vielä myöhemmin muutettu neutraalimmaksi. Suomalaisen ehdotuksen perusteluissa ensisijaisuus oli sen sijaan ilmaistu hyvin selvästi, kuten edellä on ilmennyt.

> Kaliforniaa maantieteellisesti läheisempi vertailukohta olisi Norja, joka ei sisältynyt edellä olevaan vertailuun. Norjassa yhteishuollosta säädettiin vuoden 1981 lapsilaissa (barneloven).[82] Tällöin omaksuttiin myös järjestelmä, jonka mukaan yhteishuollon purku avioeron yhteydessä edellyttää toisen vanhemman erillistä hakemusta. Lapsen huoltoa koskevasta ratkaisusta säädettiin varsin lyhyesti eri vaihtoehdoin ja toteamalla, että ratkaisu tuli tehdä ennen kaikkea sen mukaan, mikä oli parasta lapsen kannalta. (*Avgjerda skal først og fremst rette seg etter det vad som er best for barnet.* 34 §). Samassa yhteydessä säädettiin myös mahdollisuudesta määrätä lapsen asuinpaikasta. Sama koski myös tapaamisoikeutta. Lain esitöissä katsottiin nimenomaisesti, että yhteishuollosta voidaan poikkeuksellisesti päättää myös vastoin toisen vanhemman toivomusta. Näin on myös käytännössä tapahtunut.[83]

224/82 s. 16, *Savolainen* (1984) s. 71–72. Jo alusta alkaen kuului suunnitelmiin myös elatusavun vahvistamista koskeva muutosehdotus vanhempien yhteisessä huollossa olevan lapsen elatusta varten. Tässäkin suhteessa Ruotsin lähtökohta oli ollut toisenlainen. *HolhUudTyör* (1981) s. 85, vrt. Ruotsia koskeva jakso, kohta 5.3. (Yhteishuollon käsite vuoden 1976 uudistuksessa).

[81] Ks. lähemmin Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 5.4. (Kalifornian yhteishuoltolainsäädäntö ja isien oikeudet), missä on selvitetty myös yhteishuollon ensisijaisuutta koskenutta tulkintaerimielisyyttä.

[82] Laki hyväksyttiin vain vähää ennen (7.4.1981) *HolhUudTyör* mietinnön antamista. Sitä koskeva mietintö oli kuitenkin annettu jo vuonna 1977 (NOU 1977:35). Barneloven tuli voimaan vuoden 1982 alusta. Ks. lain syntyvaiheista ja esitöistä *Backer* (1982) s. 1–4.

[83] Ks. lähemmin *Smith – Lødrup* (1993) s. 106–111. Hallinnollisessa menettelyssä on tosin kieltäydytty vuoroittaista asumista koskevasta määräyksestä, jos toinen vanhemmista ei sitä toivo, mts. Ks. myös *Lucy Smith* (1980) s. 269, missä otettiin kantaa vuoroittaista asumista vastaan.

4.4. Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta

4.4.1. Yleisesti lain lopullisesta ehdotuksesta

Oikeusministeriön seuraava työryhmä oli käytännössä sama kuin aiempi holhouslainsäädännön uudistamistyöryhmä – yhtä jäsentä lukuunottamatta.[84] Lapsen huoltoa koskeva lainsäädäntö erotettiin tässä vaiheessa omaksi kokonaisuudekseen ja huoltoa alettiin systemaattisesti nimittää *lapsen* huolloksi.[85]

Lausunnot vuoden 1981 ehdotuksesta olivat olleet valtaosin myönteisiä. Varsinkin lapsen huollon sisältöön ja kurituskieltoon suhtauduttiin myönteisesti. Ehkä eniten mielipiteet hajosivat lapsen kuulemisen ja asianosaisaseman osalta. Lapsen kuulemista pidettiin lähes yksituumaisesti tärkeänä, mutta sen toteuttamisesta oli hyvin erilaisia näkemyksiä.

> Sosiaalihallituksen taholta katsottiin, että lasta ei tulisi kuulla tuomioistuimessa, vaan lapselle tulisi järjestää asiamies tai uskottu mies, jonka tehtävänä olisi asiantuntijoita käyttäen selvittää lapsen oma mielipide ja valvoa muutoinkin lapsen etua. Asiamiestä lapselle ehdotettiin myös Sosiaaliturvan Keskusliiton kannanotossa. Väestöliiton taholta korostettiin asiantuntemuksen merkitystä lapsen edun selvittämisessä ja lapsen kuulemisessa. Lapsi ei liiton lausunnon mukaan saisi joutua tilanteeseen, jossa hänen pitäisi valita vanhempiensa välillä. Liitto ehdotti, että ehdotuksen työnjakoa sosiaaliviranomaisten ja tuomioistuimien välillä harkittaisiin. Samansuuntaisia näkemyksiä esitettiin myös Kotikasvatuksen Liiton lausunnossa.[86]

---

[84] Puheenjohtajana *Matti Savolainen* ja jäseninä *Ritva Halme-Kauranen* sekä *Risto Jaakkola*.

[85] Lapsen huolto ehkäissee sekaannuksia, joita voi syntyä esimerkiksi sosiaalihuollon (vrt. »lasten ja nuorison huolto») kanssa. Huolto on kuitenkin nykykielessä tavattoman kulunut ja käytetty sana, joka liittyy mm. kiinteistöhuoltoon, ajoneuvojen huoltoon (esim. »määräaikaishuolto», »huoltoasema») sekä urheilijoiden huoltoon (»huoltojoukot», vrt. myös »huoltokomppania»). Tässä mielessä olisikin ollut toivottavaa, että valmisteluvaiheessa lapsen huollolle olisi löytynyt erottelukykyisempi ilmaus. Lapsen huolto -termin puolesta puhuu kuitenkin se, että sillä on verrattain pitkä historia kuten edellä on ilmennyt. Huoltaja-termin sovellus, yksinhuoltaja, on sekin elinvoimainen ilmaisu, joka olisi ollut vaikea ohittaa. Toisaalta juuri »yksinhuoltaja» jäi elämään omaa laista riippumatonta elämäänsä. Ks. esim. lapsilisälaki (796/92) 7 § 3 mom., jonka mukaan yksinhuoltajan lapsesta lapsilisä maksetaan korotettuna. Samalla annetaan yksinhuoltajuudelle toinen, lapsenhuoltolaista poikkeava merkitys, joka viittaa lähinnä huoltajavanhemman asumismuotoon, ei lasten huollon muotoon.

[86] *Halme-Kauranen – Jaakkola* (LaVO 10/1981) s. 28–30.

Lausunnot vaikuttivat mahdollisesti osaltaan siihen, että lapsen puhevaltaa koskevat säännösehdotukset jäivät lopullisesta ehdotuksesta pois ja lapsen kuulemista koskevia ehdotuksia tarkennettiin.[87] Suurin muutos koski sosiaaliviranomaisten asemaa ja tehtäviä kokonaisuutena lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevissa asioissa. Sosiaaliviranomaisten vastuulle tuli ensinnäkin lapsen huoltoa koskevan sopimusmenettelyn järjestäminen ja toiseksi selvityksen laatiminen lapsen huoltoa koskevan asian tuomioistuinkäsittelyä varten. Selvityksen yhteydessä on selvitettävä myös lapsen mielipide. Sosiaaliviranomaisten aseman ohella kehitettiin erityisesti ehdotuksia tapaamisoikeuden säätelystä. Näitä kaikkia käsitellään seuraavassa tarkemmin.

4.4.2. Lapsen tapaamisoikeus osana lapsen huoltoa

Tapaamisoikeuden merkityksen korostaminen on ollut tyypillistä yhteishuollon ihanteelle eri vertailumaissa.[88] Lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan lain lopulliseen esitykseen tullut tapaamisoikeuden entistä korostetumpi asema oli siis tässä mielessä odotusten mukainen. Voidaan ajatella, että se oli tunnustus lapsesta erillään asuvan vanhemman merkitykselle yleisemminkin. Jonkin verran huomiota tapaamisoikeus sai myös aiemmasta ehdotuksesta annetuissa lausunnoissa. Elatusvelvollisten liitosta oli erityisesti toivottu, että lapsen huoltoa koskevaa päätöstä voitaisiin muuttaa, jos huoltaja toistuvasti estää lapsen ja toisen vanhemman tapaamiset. Samalla huomautettiin, että tapaamis- ja luonapito-oikeuden rikkomiset olivat vaikea ja ajankohtainen ongelma, jonka ei kuitenkaan oikeuskäytännössä katsottu oikeuttavan huoltopäätöksen muuttamiseen.[89]

> Lapsen tapaamisoikeutta koskeva lausuntopalaute oli kokonaisuutena jonkin verran ristiriitaista, mihin kuitenkin vaikutti myös tapaamisoikeuden käsitteellinen määritteleminen lapsen oikeudeksi. Tätä moitti esimerkiksi Kouvolan hovioikeus, joka katsoi määrittelyn aiheuttavan sekaannusta. Juridiska föreningen i Finland piti puolestaan tapaamisoikeussäännöksiä esimerkkinä lapsen huollon sääntelyn epäselvyyksistä ja ristiriitaisuuksista. Toisissa lausunnoissa vaadittiin lapsen tapaamisoikeuden laajentamista koskemaan esimerkiksi isovanhempia (Sosiaalihallitus ja Kunnallisliitto), yleisesti sen täsmällisempää määrittelyä

[87] Samassa yhteydessä tosin muutettiin myös alaikäisen puhevaltaa OK 12 luvussa koskevia määräyksiä, mutta muutokset olivat lähinnä teknisluonteisia ja johtuivat pääasiassa terminologian vaihtumisesta. HE 224/82 s. 21–22.

[88] Ks. Vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 3.2. (Sukupuoliroolien muuttuminen).

[89] *Halme-Kauranen – Jaakkola* (LaVO 10/1981) s. 25.

(Suomen Lakimiesliitto), mutta myös lapsen tapaamisen turvaamista aina, kun lapsi tuntisi siihen tarvetta (Sosiaaliturvan Keskusliitto).[90] Näiden huomioiden ei kuitenkaan katsottu antavan aihetta säännösehdotusten muuttamiseen.

Tapaamisoikeuden tärkeyttä korostettiin uudessa ehdotuksessa kahdella tavalla. Lainsäädäntöteknisesti tapaamisoikeus tuotiin lapsen huollon rinnalle. Kun vuoden 1981 ehdotuksessa tapaamisoikeus oli vielä ikään kuin omana osastonaan huoltoa koskevien säännösten jäljessä, niin nyt tapaamisoikeus näkyi lain otsikosta alkaen samalla tavoin sekä lain periaatteissa että yksityiskohtaisissa sopimus- ja menettelysäännöksissä. Näin jo lainsäädäntötekniikalla osoitettiin, että lapsen huolto ja tapaamisoikeus oli ymmärrettävä saman asian yhtä tärkeinä osina.[91]

Lapsen huollon ja tapaamisoikeuden erottamaton yhteys ilmeni myös siten, että huollon tarkoitusta koskevaan pykälään lisättiin lause, jonka mukaan huollon tulee myös turvata myönteiset ja läheiset ihmissuhteet erityisesti lapsen ja hänen vanhempiensa välillä. Lisäksi heti tämän pykälän jälkeen lisättiin kokonaan uusi tapaamisoikeuden tavoitenormi »tapaamisoikeuden tarkoitus», joka vastasi nyt ensimmäiseen pykälään siirrettyä huollon tarkoitusta.

2 § *Tapaamisoikeus*. Tapaamisoikeuden tarkoituksena on turvata lapselle oikeus pitää yhteyttä ja tavata vanhempaansa, jonka luona hän ei asu.

Lapsen vanhempien tulee keskinäisessä yhteisymmärryksessä ja pitäen silmällä ennen kaikkea lapsen etua pyrkiä siihen, että tapaamisoikeuden tarkoitus toteutuu 1 §:ssä säädettyjen periaatteiden mukaisesti.[92]

---

[90] *Halme-Kauranen – Jaakkola* (LaVO 10/1981) s. 27.

[91] Esimerkiksi lapsen huoltoa koskevien päätösten tunnustamista koskevan Euroopan neuvoston yleissopimuksen (1980) johdantolauseissa on todettu jäsenvaltioiden katsovan, että on toivottavaa painottaa sitä, että vanhempien tapaamisoikeus on huoltooikeuden luonnollinen seuraus. (Ks. A lasten huoltoa koskevien päätösten tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta ja lasten palauttamisesta tehdyn eurooppalaisen yleissopimuksen voimaansaattamisesta 15.7.1994/643, SopS 56.)

[92] Vuoden 1981 ehdotuksessa vastaava säännösehdotus (28 §) kuului yksinkertaisesti:

Lapsella on oikeus tavata ja pitää yhteyttä vanhempaansa, jonka luona hän ei asu. *HolhUudTyör* (1981) s. 71.

Vertailun vuoksi todettakoon, että Norjan lapsilain tapaamisoikeutta koskeva vastaava lain kohta kuuluu seuraavasti:

(44 §) Barnet har rett til samvær med begge foreldra, jamvel om dei lever kvar for seg. Foreldra har gjensidig ansvar for at samværsretten vert oppfyld. Ks. lähemmin *Backer* (1982) s. 280.

Edellä olleesta lain ensimmäisen pykälän lauseesta seuraa, että koska lapsen huollon tulee turvata lapsen myönteiset ja läheiset ihmissuhteet erityisesti lapsen ja hänen vanhempiensa välillä, tämä velvoite koskee erityisesti huoltajaa ja siitä tulee näin ollen kriteeri huoltajan valitsemiselle. Tätä näkökohtaa korostaa edellä oleva 2 § 2 momentti, jonka mukaan vanhemmat velvoitetaan yhteistoimintaan tapaamisoikeuden toteutumiseksi.

Voidaan kysyä, omaksuttiinko Suomeen oma »*friendly parent*» -tyyppinen lauseke, jonka mukaan huolto tulee ensisijaisesti määrätä sille vanhemmalle, joka suhtautuu myönteisesti toisen vanhemman tapaamisiin.[93] Lapsenhuoltolain perusteluissa tapaamisten sallimisen yhteys huoltajan valintaan ilmaistiin seuraavasti:

> »Silloin, kun lapsen huolto joudutaan uskomaan yksin toiselle vanhemmista, on tämän vuoksi asiaa ratkaistaessa otettava eräänä arviointiperusteena huomioon myös se, kumpiko vanhemmista kykenee oletettavasti huoltajana paremmin turvaamaan lapsen myönteiset suhteet molempiin vanhempiin nähden. Vastaavasti voidaan huollosta tehdyn sopimuksen tai siitä annetun päätöksen eräänä muuttamisen perusteena myös vedota siihen, että se vanhemmista, jolle lapsen huolto on uskottu, estää lapsen ja toisen vanhemman välisen kanssakäymisen tavalla, joka on ristiriidassa lapsen edun kanssa.»[94]

Lapsen suhteet molempiin vanhempiin on siis mainittu yhtenä periaatteellisena näkökohtana muiden joukossa lapsen huoltajaa koskevaa ratkaisua harkittaessa.[95] Näkökohdan painoarvoa voidaan kuitenkin pitää suurempana kuin vastaavana aikana Ruotsissa tehdyssä uudistuksessa tapaamisoikeudelle annettiin.

> Ruotsalaisen lainsäädännön mukaan tapaamisoikeudesta esimerkiksi päätti ensisijaisesti huoltaja kuten siihenkin asti. Jos toinen vanhemmista oli tapaamisoikeudesta eri mieltä, saattoi hän viedä asian oikeuteen, jolloin asia ratkaistiin lapsen edun perusteella. Eräänlainen asteero voidaan Suomen ja Ruotsin välillä havaita siinäkin, että Suomessa tapaamisoikeuden ensisijaiseksi epämuodolliseksi järjestelyksi tuli vanhempien sopimus – ei siis huoltajan päätös kuten Ruotsissa.[96]

---

[93] Ks. edellä Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 5.5. (Feministinen kritiikki ja vuoden 1988 lainmuutos), ks. myös Ruotsia koskeva jakso, kohdat 8.3. (Lapsen edun arvioiminen yksinhuollon määräämisessä) ja 10.3. (Yksinhuolto ja tapaamisoikeuden merkitys).

[94] HE 224/82 s. 13.

[95] Näin myös *Savolainen* (1984) s. 120, *Helin* (Mattila 1984) s. 119, *Gottberg* (Gottberg – Sairisalo, 1994) s. 95.

[96] Ks. Ruotsia koskeva jakso, kohdat 8.3. (Lapsen edun arvioiminen yksinhuollon määräämisessä) ja etenkin 8.4. (Lapsen tarve pitää yhteyttä läheisiinsä) ja siinä siteerat-

4.4.3. Sosiaaliviranomaisten osallistuminen ratkaisutoimintaan

4.4.3.1. Yleistä

Toinenkin vuoden 1982 ehdotuksen uutuus, sosiaaliviranomaisten entistä merkittävämpi asema lapsen huoltoa koskevassa päätöksenteossa, oli samansuuntainen kuin Ruotsin tuore hallituksen esitys. Siihen sisältyi sosiaaliviranomaisten sovittelumenettelyä (*samarbetssamtal*) sekä selvitysmenettelyä koskevia ehdotuksia.[97] Sosiaaliviranomaisten suurempaa osallistumista oli painotettu myös sosiaali- ja terveysministeriön aikaisemmasta ehdotuksesta antamassa lausunnossa.[98] Jatkovalmisteluissa ehdotusta kehitettiinkin huomattavasti tähän suuntaan.

Sosiaaliviranomaisten osallistumista päätöksentekoon lisättiin tässä vaiheessa kahdella tavalla. Ensinnäkin luotiin menettely lapsen ja vanhempien huoltosuhteiden määräämisestä sopimuksella, jonka sosiaaliviranomainen vahvistaa. Toiseksi kehitettiin jo 1940-luvulta käytössä ollutta menettelyä sosiaaliviranomaisten lausunnosta lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevassa asiassa.

Varsinaista erillistä huoltoriitojen sovittelumenettelyä ei Suomeen siis tullut. Sovittelunomaisia tai ainakin sovittelun mahdollistavia piirteitä omaksuttiin silti myös lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevaan lakiin. Oma sovittelumenettely sisältyi jo voimassa olleeseen lakiin huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan päätöksen täytäntöönpanosta.[99]

4.4.3.2. Huoltoa ja tapaamisoikeutta koskeva sopimus

Lapsenhuoltolain mukainen vahvistettu sopimus lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta on varsin ainoalaatuinen tapa tuottaa viranomaisratkaisu huoltoasiaan.[100]

---

tu lainkohta FB 6:15. Myöhemmin Ruotsin lainsäädäntöä on muutettu siten, että tapaamisoikeuden estämiselle voidaan huoltoa koskevan päätöksen muuttamisessa antaa enemmän merkitystä. Ks. Ruotsia koskeva jakso, kohta 10.3. (Yksinhuolto ja tapaamisoikeuden merkitys).

[97] Ks. Ruotsia koskeva jakso, kohta 8.2. (»Gemensam vårdnad» pääsäännöksi).

[98] *Halme-Kauranen – Jaakkola* (LaVO 10/1981) s. 22.

[99] Ks. edellä kohta 3.4.3. (Täytäntöönpanolaki).

[100] *Savolainen* tosin korostaa jäljempänä selostettavien pohjoismaisten sopimusjärjestelyjen yhteisiä piirteitä. Hän lukee niiden joukkoon myös ruotsalaisen mahdollisuuden yhteishuollon »rekisteröintiin». Ks. *Savolainen* (1984) s. 134, loppuv. 1 (s. 286–287).

Lähin esimerkki tämäntyyppisestä ratkaisumallista on Tanskassa, missä lapsen huollosta voidaan tehdä esimerkiksi avioeron yhteydessä sopimus, jonka paikallinen hallintoviranomainen (statsamt) vahvistaa.[101]

Norjassa on perinteisesti ollut mahdollista tehdä lapsen huollosta puhtaasti yksityisluontoinen sopimus ilman minkään viranomaisen vahvistusta. Vanhempien välinen sopimus ei kuitenkaan ole sellaisenaan täytäntöönpanokelpoinen.[102]

Yksinkertaistetun sopimusmenettelyn taustalla oli ilmeisesti ainakin oikeuspoliittinen tarve luoda jonkinlainen yksinkertaistettu menettely yhteisen huollon vahvistamiseksi niille vanhemmille, jotka eivät ole avioliitossa keskenään. Tätä vartenhan oli aiemmin suunniteltu Ruotsin tapaista rekisteröimisluonteista menettelyä.[103] Toinen yksinkertaista menettelyä puoltava seikka koski asumus- tai avioerojen yhteydessä tehtäviä lasten huoltoratkaisuja. Niidenhän tiedettiin hyvin suureksi osaksi perustuvan vanhempien yksimielisyyteen. Suurin osa lapsen huoltoa koskevista ratkaisuista tuomioistuimissa oli siis niin sanotusti läpihuutojuttuja.[104] Toimivallan ulottaminen näiden ratkaisujen osalta sosiaaliviranomaisiin oli kaikkien kannalta sekä käytännöllinen että ekonominen ratkaisu.

Sopimusinstituution taustoja ei esitöissä juurikaan selvitetä. Edellisessä mietinnössä esiintynyt sopimusolettaman käsite näyttäisi yksinkertaisesti jääneen pois perustelutekstistä. Samoin olisi käynyt ehdotukselle, jonka mukaan isyyden vahvistavan tuomarin olisi samalla vahvistettava vanhempien yhteishuolto, jos nämä olisivat siitä yksimielisiä. Ilmeisesti sopimus lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta oli korvannut ehdotuksessa nämä elementit.

Vertailun tulosten perusteella sovinnollisuus liittyi jo psykologisen vanhemman yksinhuoltoa korostavaan tulkintaihanteeseen, mutta piirre vahvis-

---

[101] Ks. *Lund-Andersen* (Familieret 1990) s. 49–58. Eronneiden ja naimattomien vanhempien yhteishuollosta säädettiin Tanskassa tosin vasta vuonna 1985.

[102] Vanhemmat voivat jättää avioeron yhteydessä lapsen huoltoa koskevan asian käsittelyn ulkopuolelle. Jos avioeroasia käsitellään hallinnollisessa menettelyssä, ei lapsen huollosta tehdä erillistä ratkaisua, jos vanhemmat ovat huoltojärjestelystä yksimielisiä, mikä on yleistä. Hallinnollinen käsittely (*fylkesman*) edellyttää, että vanhemmat ovat sen käyttämisestä yksimielisiä. *Smith – Lødrup* (1993) s. 85–86, täytäntöönpanokelpoisuudesta s. 123. Ks. yksityisoikeudellisen huoltosopimuksen oikeuspoliittisesta merkityksestä *Lucy Smith* (1980) s. 645–648.

[103] Isyyden tunnustamista automaattisesti seuraavaan yhteishuoltoon ei myöskään ollut päädytty missään pohjoismaassa. HE 224/82 s. 14. Ks. kuitenkin edellä esitetty ruotsalainen vähemmistömielipide vuoden 1982 ehdotuksesta.

[104] Ks. edellä kohta 3.3.3. (Avioerot syyllisyyskulissin varjossa).

tui yhteishuoltoon siirryttäessä.[105] Tuomioistuimen ulkopuolella vahvistettavat sopimukset sopivat itse asiassa hyvin oikeudellisen puuttumattomuuden tavoitteeseen. Interventio tapahtuu niissä asianosaisten aloitteesta ja ainakin periaatteessa heidän ehdoillaan. Sosiaaliviranomaisilla on kuitenkin mahdollisuus pehmeään sovittelevaan interventioon yhteisymmärrykseen pääsemiseksi.[106]

Sosiaaliviranomaisten ei itse asiassa ajateltukaan vain koneellisesti vahvistavan huoltoa koskevia sopimuksia, vaan tarkoituksena oli myös käytännössä puuttua sopimuksen sisältöön. Tosin todettiin, että vanhempia ei voida pakkokeinoin saada noudattamaan sosiaalilautakunnan vahvistamaa sopimusta, vaan he voivat kenenkään häiritsemättä pysyä omassa näkemyksessään. Toisaalta tähdennettiin seuraavaa:

> »Eri asia on kuitenkin se, että sosiaalilautakunnalla on sosiaalityöntekijöiden kautta verrattain hyvät mahdollisuudet ennen sopimuksen vahvistamista keskustella asiasta lapsen vanhempien kanssa ja pyrkiä tällä tavoin neuvotteluteitse lapsen etua parhaiten vastaavaan järjestelyyn.»[107]

Samaan neuvotteluteitse vaikuttamiseen uskottiin myös siinä tapauksessa, että sosiaalilautakunta ei pitäisi mahdollisena sopimuksen vahvistamista, koska se ei lautakunnan näkemyksen mukaan vastaisi lapsen etua. Sosiaalityöntekijöiden ja sosiaalilautakunnan ajateltiin siis toimivan eräänlaisina asiantuntijoina ja perheneuvottelijoina.[108]

Suomessa oli jo ennestään mahdollista tehdä sopimus lapsen elatuksesta, joka sosiaalilautakunnan vahvistamana oli täytäntöönpanokelpoinen.[109] Sosiaalilautakunnan vahvistama elatussopimus onkin ollut lapsen huoltoa kos-

---

[105] Ks. vertailun tuloksia koskeva kohta 3.3. (Avioero- ja parisuhdekäsitysten muuttuminen).

[106] *Lucy Smith* on ilmaissut sovinnollisuuden ja puuttumattomuuden ihanteen seuraavasti: I de fleste tilfelle er det derfor viktigere at foreldrene blir enige enn hva de blir enige om. (Alkuperäinen alleviivaus). *Lucy Smith* (1980) s. 646. alk. Ks. huoltosopimuksista norjalaisessa oikeuspolitiikassa s. 645 alk.

[107] HE 224/82 s. 15.

[108] Sosiaaliviranomaisen toimintaan asiantuntijana ja sovittelijana palataan vielä myöhemmin tuomioistuimen pyytämien selvitysten laatimisen yhteydessä.

[109] Suomessa tämä mahdollisuus perustui alun perin Au-lapsiL:iin ks. sen osalta *Saarenpää – Mattila – Mikkola* (1972) s. 191. Ruotsissa on myös periaatteessa tunnettu lastensuojelulautakunnan vahvistama elatussopimus, joskin vahvistuksella on siellä ollut toisenlainen funktio kuin meillä. Lautakunnan vahvistus on merkinnyt au-lapsen elatukseen tarkoitetun elatussopimuksen sitovuutta myös lapsen kannalta. *Agell* (1979) s. 20–21, *Walin* (1952) s. 136–143. Sosiaalilautakunnan vahvistus ei Ruotsissa nykyisinkään ole elatussopimuksen täytäntöönpanokelpoisuuden edellytys, *Saldeen* (1995) s. 110.

kevan sopimuksen mallina lain perustelujenkin mukaan. Ilmeisesti ajatuksena oli kytkeä huoltoa koskeva sopimus käytännössä samaan yhteyteen isyyden tunnustamislausuman antamisen ja mahdollisen elatussopimuksen laatimisen kanssa. Näin on myös tapahtunut. Huoltoa koskevista sopimuksista on tullut varsin suosittu tapa järjestää erityisesti avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen huoltosuhteet, joskin suosio on kasvanut myös avioliitoissa syntyneiden lasten kohdalla.[110] Se, että »Suomen malli» on nyttemmin omaksuttu myös Ruotsiin, kertoo omalla tavallaan onnistuneesta oikeudellisesta innovaatiosta.[111]

4.4.3.3. Lapsen edun selvitysmenettely

4.4.3.3.1. Yleistä

Lapsen huoltoa koskevassa riidassa vallitsi ennen lapsenhuoltolain voimaantuloa varsin sekava tilanne sen suhteen, kenellä oli velvollisuus ja oikeus hankkia asiassa tarvittava näyttö. Lapsenhuoltolain valmisteluvaiheiden aikana eri viranomaisten roolit selkiytyivät. Tuomioistuimelle tuli vastuu selvityksen hankkimisesta sosiaalilautakunnalta sekä tämän selvityksen arvioimisesta.[112] Sosiaalilautakunnasta tuli selvästi ratkaisutoimintaa palveleva asiantuntija, mutta sellaisena myös sovittelija ja eräänlainen lapsen edunvalvoja. Aiemmin lausunnonantajana niin ikään esiintynyt holhouslautakunta jäi kokonaan pois.[113] Käsittelen seuraavassa aluksi sosiaalilautakuntaa selvityksen hankkijana, siis perinteisessä mielessä lausunnonantajana. Seuraavaksi tar-

[110] Avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten osuus huoltosopimuksen kohteena olleista lapsista on kasvanut jatkuvasti. Vuonna 1988 noin 51 % huoltosopimuksista koski avioliiton ulkopuolella syntyneitä lapsia, kun vuonna 1990 tällaisia sopimuksia oli jo 61 % ja vuonna 1991 63 % kaikista sosiaalilautakuntien vahvistamista sopimuksista. Trendi kuvaa ilmeisesti myös avoliittojen kasvavaa suosiota. *Sosiaali- ja terveyshallitus* 1992:3.

[111] Ks. Ruotsia koskeva jakso, kohta 12. (Yhteishuollon oikeudellistuminen ja Suomen malli).

[112] Vuoden 1995 kuntalailla poistettiin kunnilta aikaisemmat nk. lakisääteiset lautakunnat. Lain voimaantulon jälkeen kunnat ovat siis voineet itse päättää siitä, käsitteleekö aiemmin sosiaalilautakunnille kuuluneet tehtävät juuri sosiaalilautakunta vai jokin muu kunnan toimielin. Vaikka jäljempänä useimmiten puhutaan vain sosiaalilautakunnasta, johon alan lainsäädäntökin lähinnä viittaa, tarkoitetaan tällä kuitenkin myös niitä muita kuntien toimielimiä, jotka hoitavat aiemmin sosiaalilautakunnalle kuuluneita asianomaisia tehtäviä, vaikka muuta toimielintä ei aina erikseen mainittaisikaan. Ks. KuntaL 365/95 17 §.

[113] Vrt. *HolhTmik* (1974) s. 103.

kastelen lautakuntaa sovittelijana sekä lopuksi lapsen mielipiteen selvittäjänä ja lapsen eräänlaisena edustajana. Myös nämä jälkimmäiset tehtävät liittyvät selvitysten antamiseen.

4.4.3.3.2. Sosiaalilautakunnat selvityksen hankkijoina

Lausuntokäytäntöön oli 1970-luvulta alkaen kohdistettu monenlaista kritiikkiä etenkin äitien perusteettomasta suosimisesta.[114] Sosiaalihallituksen teettämässä selvityksessä vuodelta 1977 ilmeni kuitenkin myös, että lausunto annettiin yli puolessa tapauksista kuulematta molempia osapuolia tai lapsia ja että vain vajaassa kymmenesosassa tapauksista lisäselvitystä oli pyydetty kasvatusneuvolalta taikka edes koulusta tai päiväkodista.[115] Näistä puutteista huolimatta lausuntoja noudatettiin tuomioistuimessa varsin uskollisesti. *Helin*in aineistossa vuodelta 1969 näin tapahtui 96 %:ssa tapauksista.[116]

Eräs selitys lausuntojen vähäiseen valmisteluun ja toisaalta niiden nauttimaan luottamukseen saattoi olla se, että lausuntoja pyydettiin myös tapauksissa, joissa huoltokysymys ei ollut riitainen. Lausunnon saattoi ennen lapsenhuoltolain voimaantuloa näet pyytää myös asianosainen tai hänen asiamiehensä. Kun osapuolet olivat yksimielisiä, pyrittiin lausunnolla vakuuttamaan tuomioistuin siitä, että sopimus oli lapsen edun mukainen.[117]

> Lisäksi lausuntoja hankittiin myös ikään kuin varmuuden vuoksi. »Sopimukseen pääseminen lapsen huollosta on usein sopimista monista asioista samalla kertaa. Kun joku osa pettää, repeää usein koko sopimus.»[118] Sopiva lausunto todennäköisesti tuki sopimuskokonaisuutta ja näin auttoi jutun läpiviemistä.

---

[114] Ks. edellä kohta 3.2.2. (Isien syrjintä lasten huollon määräämisessä).

[115] *Ahvenainen* (Avioliitto-oikeutta, 1979) s. 98–102. Ks. lausuntomenettelyn kritiikistä myös *Savolainen* (1984) s. 216.

[116] *Helin* (1974) s. 128.

[117] Vuonna 1969 oli lausuntomenettelyä avioerotilanteissa säätelevää ALA 37 §:ää muutettu siten, että tuomioistuin velvoitettiin hankkimaan holhouslautakunnan sekä sosiaalilautakunnan (tai muun lastensuojeluasioita käsittelevän kunnallisen lautakunnan) lausunto kaikissa tapauksissa. Tarkoituksena oli nimenomaisesti ollut kontrolloida, että lapsen huoltoa koskeva sopimus oli lapsen edun mukainen. Säännöksen soveltaminen aiheutti kuitenkin kestämättömät ruuhkat lautakuntiin, ja sitä muutettiin jo seuraavana vuonna. Lausunto oli hankittava vain niissä tapauksissa, joissa ei ollut ilmeistä, kenelle lasten huolto lasten etua silmällä pitäen oli uskottava. Säännöksen soveltamisala laajeni samalla käsittämään myös ne erilliset huoltojutut, joissa lasten huollosta määrättiin puolisoiden asuessa erillään välien rikkoutumisen vuoksi. Ks. lähemmin *Savolainen* (1984) s. 164.

[118] *Ahvenainen* (Avioliitto-oikeutta 1979) s. 90.

Lapsenhuoltolain säätämisen yhteydessä lausuntomenettely säilytettiin periaatteessa pääpiirteiltään entisenlaisena. Sosiaalilautakuntien lausunnot tai *selvitykset*, joiksi niitä uudessa laissa kutsutaan, muodostavat edelleen tuomioistuimen keskeisen tietolähteen lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevissa ratkaisuissa.[119] Selvitysten tasoa pyrittiin kuitenkin nostamaan esimerkiksi antamalla aiempaa yksityiskohtaisempia määräyksiä laissa ja asetuksessa.[120] Käytännössä tärkeimmäksi viranomaisohjeeksi muodostui todennäköisesti sosiaalihallituksen yleiskirje, jossa selvityksen laatimisesta annettiin yksityiskohtaisia ohjeita.[121] Ne koskivat muun muassa sosiaalityöntekijöiden parityöskentelyä, lasten ja vanhempien tapaamista sekä niitä olosuhteita ja seikkoja, joita selvitykseen yleensä tulisi sisältyä.[122]

Aloite selvityksen pyytämisestä varattiin yksinomaan tuomioistuimille. Samassa yhteydessä säädettiin, että selvitystä ei ole hankittava, jos on ilmeistä, että se ei ole tarpeen asian ratkaisemisen kannalta (LapsHL 16.1 §). Lain perusteluissa viitattiin tässä yhteydessä erityisesti vanhempien yksimielisyyden luomaan eräänlaiseen olettamaan siitä, että ratkaisu on lapsen edun mukainen.[123] Selvityspyynnöt pyrittiin näin ilmeisestikin rajoittamaan sellaisiin tapauksiin, joissa on todellinen selvitystarve, niin että sosiaalilautakuntien resurssit saatettiin ohjata todellisiin ongelmatapauksiin. Näiden osalta voitiin sitten odottaa asiantuntevaa selvitystyötä. Ohjaamalla selvityspyynnöt tuomioistuimille voitiin myös välttää väite, jonka mukaan sosiaalilautakunnat olisivat suosineet lausuntoa pyytänyttä tahoa.[124]

---

[119] Selvitys-nimityksellä haluttiin ilmeisesti viitata siihen, että sosiaalilautakunnan ei haluta asettuvan ratkaisijan asemaan, vaan että ratkaisun tekeminen jää tuomioistuimelle. Näin erit. *Savolainen* (1984) s. 214–215. Hän viittaa jopa mahdollisuuteen, jossa sosiaalilautakunta palauttaa asian tuomioistuimelle, vaikka vanhemmat ovat päässeet yksimielisyyteen lautakunnan esittämästä ratkaisuvaihtoehdosta. Lautakunta voisi näin jättää lopullisen ratkaisu(vastuu)n tuomioistuimelle. Kirjoittaja tosin myöntää, että menettely tuskin käytännössä toimisi näin. *Savolainen* (1984) s. 170.

[120] LapsHL 16 §, LapsHA (18.11.1983) 2–6 §.

[121] Sosiaalihallitus Helsinki 9.11.1983, yleiskirje A 12/1983/pe, jäljempänä *Sosiaalihallitus* (1983).

[122] *Sosiaalihallitus* (1983) s. 18–21, 33–39.

[123] HE 224/82 s. 17. Perusteluissa viitataan tosin 9.2 §:ään, mutta asiayhteydestä päätellen on kuitenkin tarkoitettu 10.2 §:ää. Tähän viittaa myös *Savolaisen* esitys. Ks. *Savolainen* (1984) s. 165–168, missä kirjoittaja käsittelee yksityiskohtaisesti eri tilanteita, joissa selvityksen pyytäminen vastoin pääsääntöä voisi tulla kysymykseen.

[124] Ks. *Ahvenainen* (Avioliitto-oikeutta 1979) s. 97. *Savolainen* (1984) s. 215–216. Ks. myös edellä kohta 3.2.2. (Isien syrjintä lasten huollon määräämisessä).

4.4.3.3.3. Sosiaalilautakunta sovittelijana

Uutena piirteenä lausunto- ja siis nyttemmin selvitysmenettelyyn tuli sovittelu. Sosiaalilautakunnalle annettiin mahdollisuus sovitteluun riitaisten vanhempien välillä selvitystyön yhteydessä.[125]

> Jos selvitystä tehtäessä käy ilmi, että asia on ratkaistavissa vanhempien välisellä sopimuksella siten kuin 7 §:ssä säädetään, on sosiaalilautakunnan annettava vanhemmille tarvittavaa apua sopimuksen tekemisessä. (LapsHL 16.2 §)[126]

Hallituksen esityksessä on erityisesti perusteltu sitä, että sovitteluvelvoitetta ei ole asetettu kaikkiin tapauksiin, koska »tilanteet saattavat huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevissa riidoissa vaihdella suuresti».[127] Vaikuttaisi siis siltä, että lakia laadittaessa tunnettiin paineita sovittelun laajempaankin käyttöönottamiseen.[128] Oma kansallinen sovellus muotoutui kuitenkin ilmeisesti tarjolla olevien resurssien mukaiseksi jälleen pakollista sovittelua välttäen.

Suomen sovittelujärjestelmä on yksinkertainen ja joustava siinä mielessä, että sovittelu voidaan luontevasti ottaa osaksi normaalia asian selvitys- ja ratkaisuprosessia. Erillinen sovitteluneuvottelu, esimerkiksi Ruotsin tapaan, voisi periaatteessa tosin olla osapuolten kannalta neutraalimpi kuin selvityksen laatijoiden toimesta tehty sovitteluyritys.[129] Selvityksen laatijoillahan on käytännössä hyvät mahdollisuudet toteuttaa oma ratkaisuehdotuksensa myös tuo-

---

[125] Ks. tällaisen sovittelutilanteen kuvauksesta ja analyysistä *Kirsti Hämäläinen*: Miten sopimusta rakennetaan? Sosiaalityöntekijän vaikuttamiskeinot puheen tasolla lapsen huolto- ja tapaamisoikeusneuvotteluissa. Julkaisematon pro gradu -tutkielma, Tampereen yliopiston sosiaalipolitiikan laitos, 1996. Myöhemmin sit. *Hämäläinen* (pro gradu).

[126] Vrt. SosHuoltoA (607/83) 17 §:

Sosiaalilautakunnan on huolehdittava siitä, että tarpeellisissa asiayhteyksissä lapsen vanhemmille selostetaan, miten lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain (361/83) mukaan vanhemmat voivat sopia lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta.

Sosiaalilautakunnan on myös huolehdittava siitä, että tarvittaessa vanhempia ohjataan ja avustetaan lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta sekä lapsen elatusta koskevien kirjallisten sopimusten tekemisessä.

[127] HE 224/82 s. 17–18.

[128] Ks. sovittelun yleistymisestä vertailumaissa vertailun tuloksia koskevan jakson, kohta 3.3. (Avioero- ja parisuhdekäsitysten muuttuminen) sekä siinä sovittelun yleistymisen kohdalla mainitut viitteet maakohtaisiin vertailujaksoihin.

[129] Ks. Ruotsin samarbetssamtal-sovittelumallista Ruotsia koskevat jaksot 6. (Bente ja Gunnar Öberg: Tuomioistuimesta terapiaan), 7.2. (Yhteishuolto ja kriisiterapia ihanteena), 8.2. (»Gemensam vårdnad» pääsäännöksi) ja 10.4. (Vuoden 1990 menettelyllisiä uudistuksia).

mioistuimen avulla.[130] Heidän sovitteluintressinsä ei tässä mielessä ole yhtä suuri kuin täysin ulkopuolisten sovittelijoiden. Selvityksen laatijoiden sovittelutyön etuna on taas sen tasapuolinen saatavuus maan eri osia ajatellen, joskin ammatillisella asiantuntemuksella lienee kaikissa vaihtoehdoissa taipumus kasaantua suuriin asutuskeskuksiin.[131]

Lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan tuomioistuinriidan sovittelu muodostaa vain osan sosiaalilautakunnan tai nykyisin muun vastaavan kunnan toimielimen sovittelutyöstä. Edellä on jo viitattu lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan täytäntöönpanon yhteydessä tapahtuvaan sovitteluun. Ennen täytäntöönpanoa toimitettavan sovittelun tavoitteenahan on saada osapuolet täyttämään huoltoa tai tapaamisoikeutta koskeva päätös vapaaehtoisesti.[132] Sovittelijana toimi alkuperäisen lain mukaan sosiaalilautakunnan määräämä tai muu sopivaksi katsottu henkilö.[133] Edellä mainitussa sosiaalihallituksen antamassa yleiskirjeessä annettiin myös täytäntöönpanosovittelua koskevia ohjeita, joiden mukaan tässäkin tapauksessa

> »sovittelussa on noudatettava soveltuvin osin samoja harkintaperiaatteita kuin muutoinkin selvitettäessä ja ratkaistaessa lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevaa asiaa».[134]

Uuden lapsenhuoltolain odotettiin siis vaikuttavan asiallisesti myös vanhan täytäntöönpanolain mukaiseen sovitteluun oletettavasti siten, että ammatillinen asiantuntemus lisääntyisi tälläkin alueella.[135]

---

[130] Ks. esimerkki tästä myöhemmin kohdassa 4.5.3.2. (Yhteishuoltoa koskeva ratkaisu vanhempien näkökulmasta).

[131] Toisaalta pienissä kunnissakin voi olla vireää ja luovaa asennoitumista. 2 000 asukkaan Myrskylän ainoan sosiaalityöntekijän kokemuksista erilaisista verkostoista myös lasten huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevissa asioissa ks. *Saarinen* (Sosiaaliturva 11/1996) s. 8–11.

[132] Ks. Täytäntöönpanolaista edellä kohta 3.4.3. (Täytäntöönpanolaki). Ao. lakiin tehtiin LapsHL:n säätämisen yhteydessä joitakin muutoksia (L 366/83). Täytäntöönpano ilman sovittelua tehtiin mahdolliseksi niissä tapauksissa, joissa sen sovittelun tuloksettomuus on ennalta ilmeistä, ja toisaalta niissä tapauksissa, joissa lapsen edun vuoksi huoltopäätös on pantava kiireellisesti täytäntöön. (Alkuperäiseen lakiinhan sovittelun pakollisuus oli tuotu vasta eduskuntakäsittelyn aikana.) Samassa yhteydessä sovitteluun varattu aika kaksinkertaistettiin neljään viikkoon. HE 224/82 s. 24–25.

[133] Ks. edellä kohta 3.4.3. (Täytäntöönpanolaki). Ks. Uuden vuonna 1996 säädetyn täytäntöönpanolain (619/96) sovittelijan pätevyysvaatimuksista annetuista määräyksistä sekä sovittelusta laajemminkin *Helin – Linna – Rintala* (1997) s. 69 alk.

[134] *Sosiaalihallitus* (yleiskirje 1983) s. 25 sekä s. 33–39 (lapsen edun selvittäminen), ks. myös TäytäntöönpanoA 4.2 §, jossa viitataan lapsenhuoltolakiin erityisesti lapsen mielipiteiden ja toivomusten selvittämisen osalta.

[135] Ks. lähemmin *Lindholm* (LaVO 18/1988) s. 22–40, 61–63.

Kolmas sosiaaliviranomaisten suorittaman sovittelun muoto, perheasioiden sovittelu, uudistui edellä todetun tavoin avioliittolain uudistuksen yhteydessä (AL 21 §).[136] Tästä perheasioiden sovittelusta huolehtii siis sosiaalilautakunta (tai vastaava kunnan toimielin) ja sen lisäksi luvan saaneet yhteisöt, yhtymät, säätiöt sekä henkilöt (AL 22 §). Perheasioiden sovittelun käyttöalakin on huomattavasti laajempi kuin sitä edeltäneen asumuserosovittelun käyttöala. Se kattaa muun ohessa avoliittoperheissä ilmenevien ristiriitojen sovittelun ja niihin liittyvän neuvonnan.[137] Perheasioiden sovittelijan erityisenä tehtävänä on kiinnittää huomiota alaikäisten lasten aseman turvaamiseen (AL 21.2 §).[138]

Ulla Valkaman vuonna 1989 suorittama kysely osoittaa, että lasten huollon ja tapaamisoikeuden järjestäminen on eräs keskeisistä syistä, joiden perusteella perheneuvontaan hakeudutaan. Sovittelijat ilmoittivat lapsen huollon ja lapsen tapaamisoikeuden järjestämisen kummankin olevan noin 30 %:ssa tapauksista yhtenä syynä sovittelemiseen. Jos mainittiin vain yksi yksittäinen syy, oli lasten huollon, tapaamisoikeuden ja elatuksen järjestäminen kokonaisuutena sovittelun syynä noin viidenneksessä tapauksista.[139] Toisaalta kävi ilmi, että sovitteluun tulon syyt vaihtelivat melko tavalla toimipaikoittain. Lasten huoltoon ja tapaamisoikeuteen liittyvät kysymykset olivat sovitteluun tulon syynä etenkin kunnallisten sosiaalitoimistojen asiakkailla.[140]

> Selvitettäessä tulon syytä ja sen suhdetta avio- tai avopuolisoiden eroon osoittautui, että mitä pitemmällä vanhemmat olivat omassa eroprosessissaan, sitä enemmän tarkastelun kohteeksi nousivat juuri lapsiin liittyvät asiat. Tyypillisesti vanhemmat asuivat jo erillään neuvotellessaan lasten huoltoon tai elatukseen liittyvistä kysymyksistä.[141] Ajankohtana, johon kysely kohdistui, tehtiin perheasioiden sovittelun yhteydessä yhteensä 236 sopimusta huollosta, 189 sopimusta tapaamisoikeudesta ja 181 sopimusta lapsen asumisesta. Asiakkaita tai asiakasperheitä luettiin kyselyyn yhteensä 1099. Vaikka otetaankin huomioon, että erillisinä lasketut sopimukset huollosta, tapaamisesta ja lapsen asumisesta todennäköisesti useimmiten liittyvät toisiinsa, voidaan kuitenkin päätellä, että noin viidenneksessä kaikista tapauksista sovittelun tulokse-

[136] Ks. edellä kohta 4.2.2. (Sovintoavioero).

[137] *Helin – Linna – Rintala* (1997) s. 69–70.

[138] Ks. lähemmin HE 62/86 s. 46, *Aarnio – Helin* (1992) s. 51–53, *Valkama* (1991) s. 1–25. Ks. myös edellä kohta 4.2.2. (Sovintoavioero).

[139] *Valkama* (1991) s. 47.

[140] *Valkama* (1991) s. 48.

[141] *Valkama* (1991) s. 49–50.

na on laadittu lapsia koskevia sopimuksia.[142] Määrä on huomattava, ja se osoittaa sovittelun painopisteen liukuneen parisuhteen purkautumisesta eron seurausten selvittämiseen.

Eri sovittelumuotojen asettaminen rinnakkain osoittaa sen, miten sosiaaliviranomaisten sovittelutehtävä kattaa nykyisin lähes koko lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan alan.[143] Sovittelu on siis mahdollista aloittaa perheneuvonnassa, missä voidaan päätyä lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevaan sopimukseen. Siinäkin tapauksessa, että osapuolet tekevät suoraan ehdotuksen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevasta sopimuksesta, on sosiaaliviranomaisilla mahdollisuus pyrkiä vaikuttamaan asiaan. Jos taas osapuolet kaikesta huolimatta päätyvät oikeuteen, voidaan sovittelua periaatteessa jatkaa selvityspyynnön perusteella tehtävän selvitystyön yhteydessä ja päätyä vielä tällöinkin sopimukseen. Ja jos riita jatkuu vielä oikeuden päätöksen jälkeenkin, on edessä täytäntöönpano ja jälleen sovittelu. Käytännössä samat vanhemmat tuskin käyvät kaikkia eri sovittelumahdollisuuksia lävitse, eikä näin liene tarkoitettukaan. Asianosaisten valmius sovitteluun pyritään vain hyödyntämään lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan asian etenemisen joka vaiheessa.

4.4.3.3.4. Sosiaalilautakunnat lasten asiamiehinä

Lapsen asiamiehellä on vertailussa tarkoitettu yleensä lapsen itsenäistä, vanhemmista ja ratkaisevasta viranomaisesta riippumatonta edustajaa, jonka tehtävänä on tuoda viranomaisen tietoon joko lapsen etuun vaikuttavia näkökohtia tai lapsen mielipiteitä taikka näitä molempia.[144] Lapsen oma asiamies merkitsee sitä, että lapsella on itsenäinen asema lapsen huoltoa koskevassa prosessissa. Suomessa lapselle ehdotettiin varsin itsenäistä asemaa, esimer-

[142] Tulos on yhdensuuntainen edellä esitetyn käyntiluokituksen kanssa, kun sovitteluun esitettiin vain yksi syy.

[143] Ainoa tilanne, jonka yhteydessä sovittelu on suljettu pois, on lapsen palauttaminen alkuperävaltioonsa Haagin lapsikaappaussopimuksen perusteella (LapsHL 46 §). Näissä tilanteissa toimivalta varsinaisen huoltoriidan osalta siihen mahdollisesti kuuluvine sovitteluineen kuuluu lapsen vakituisen asuinmaan viranomaisille. Ks. *Helin – Linna – Rintala* (1997) s. 328–329. Ko. teokseen viitataan tässä yhteydessä myös vuoden 1996 lainmuutoksen osalta.

[144] Ks. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 4.3. (Lapsen asiamies), Englantia koskeva jakso, kohta 8.3. (Lapsen itsenäinen asema prosessissa), Saksaa koskeva jakso, kohta 9.5. (Lapsen oikeudet) ja Ruotsia koskeva jakso, kohta 7.4. (Lapsen puhevalta, asiamies ja kontaktihenkilö) ja 10.4. (Vuoden 1990 menettelyllisiä uudistuksia).

kiksi itsenäistä puhevaltaa, vuoden 1981 ehdotuksessa.[145] Kun lapsen itsenäisestä asemasta luovuttiin, annettiin lopullisessa vuoden 1982 ehdotuksessa aikaisempaa enemmän painoa lapsen mielipiteen selvittämiselle.[146]

Lapsen mielipiteen selvittämisen kannalta keskeinen säännös on lain 11 §:

> Lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevassa asiassa on selvitettävä lapsen omat toivomukset ja mielipide sikäli kuin se on lapsen ikään ja kehitystasoon nähden mahdollista, jos vanhemmat eivät ole asiasta yksimieliset, jos lapsi on muun henkilön hoidettavana taikka jos tätä muutoin on pidettävä lapsen edun kannalta aiheellisena.
>
> Lapsen mielipide on selvitettävä hienovaraisesti ja ottaen huomioon lapsen kehitysaste sekä siten, että tästä ei aiheudu haittaa lapsen ja hänen vanhempiensa välisille suhteille.

Lapsen mielipiteen selvittämiseksi laissa on säädetty mahdollisuudesta kuulla lasta henkilökohtaisesti tuomioistuimessa. Lähtökohtana on kuitenkin, että lapsen kuuleminen tuomioistuimessa on poikkeuksellinen järjestely, jota voidaan noudattaa vain, jos lapsi itse siihen suostuu ja on ilmeistä, että siitä ei ole lapselle haittaa (15 § 2 mom.). Pääsääntönä on siten, että lapsen mielipide selvitetään sosiaalilautakunnan toimesta samassa yhteydessä kuin lapsen olosuhteet muutoinkin.[147] Sosiaalilautakunnan vastuulla on, että lapsen mielipiteen selvittämisessä noudatetaan lain edellyttämää hienovaraisuutta ja, että lapsen mielipide tulee oikein esitetyksi. Selvittäessään lapsen olosuhteita sosiaalilautakunta toimii siis tavallaan myös lapsen mielipiteen asiamiehenä.[148]

> Lapsen itsenäisenä asiamiehenä toimimisen voi katsoa seuraavan tavallaan tosiasiallisesti jo siitä, että sosiaalilautakunta viranhaltijoidensa välityksellä tutustuu lapsen olosuhteisiin ja lausuu lapsen edun mukaisesta ratkaisusta käsityksensä. Lapsen asiamiehenä toimimisena voidaan pitää myös sitä, kun sosiaalilautakunta vahvistaa lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevia sopimuksia pitäen silmällä lapsen etua ja

---

[145] Ks. edellä kohta 4.3.2.1. (Huomio lapsen henkilöön). Myöhemmin asiasta on keskusteltu komiteatasolla. Ks. Lapsioikeudellista päätöksentekomenettelyä selvittäneen toimikunnan mietintö (1995:12) s. 12 alk.

[146] Ks. HE 224/82 s. 6.

[147] Jos tuomioistuin katsoo, että lapsen mielipide tulee selvittää, vaikka selvityksessä ei näin ole tehty, sen on ensisijaisesti pyydettävä lautakuntaa täydentämään selvitystään. HE 224/82 s. 16.

[148] *Savolaisen* mukaan sosiaalilautakunnan on edellytetty muutenkin selvitystä antaessaan »toimivan ennen muuta lapsen edustajana». *Savolainen* (1984) s. 169.

lapsen toivomuksia (8 §) ja käyttää vireillepano-oikeutta lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevissa asioissa (14 § 1 mom.). Sosiaalilautakunnan tehtäviin kuuluu siis muutenkin lapsen edun valvomista eri tilanteissa.

Vaikka lapsen itsenäistä edustajaa tai asiamiestä koskevat ehdotukset hylättiinkin lapsenhuoltolain jatkovalmisteluissa, sosiaalilautakunnalle jäi tehtäviä, jotka heijastavat tämäntyyppistä ajattelua.[149] Sosiaaliviranomaisten asemaa vahvistettaessa siihen ikään kuin liitettiin mukaan myös hiukan lapsen itsenäisen edustajan roolia.

> Lapsen mielipiteen huomioon ottamisen osalta lainvalmistelussa tapahtui siis pienessä mitassa samantyyppinen kehitys kuin myöhemmin Ruotsissa. Lapsen puhevaltaan tähtäävät suunnitelmat muuttuivat lapsen mielipiteen huomioon ottamiseksi.[150] Lapsen oikeus on oikeutta vaikuttaa oman edun tulkintaan. Tässä suhteessa suomalainen oikeus ei poikkea lähestymistavaltaan useimmista vertailumaista.[151]

Lapsen mielipiteen ja toivomusten selvittäminen, tulkinta ja niiden esittäminen edellyttävät erityisen hienovaraista menettelyä. Säännökset jättävätkin sosiaaliviranomaisille varsin paljon harkintavaltaa, jonka varassa mielipide voidaan myös jättää selvittämättä. Tämä voi perustua paitsi lapsen ikään ja kehitystasoon tai lapsen ja vanhempien välisten suhteiden suojaamiseen, myös siihen, että lasta ei haluta painostaa muodostamaan asiasta mielipidettään. Lapsen mielipide ei myöskään ole sosiaaliviranomaisia sitova. Ratkaisuehdotuksessa voidaan päätyä lapsen mielipiteen kannalta vastakkaiseen tulokseen, jos sen harkitaan olevan lapsen edun mukaista. Sosiaalilautakunnan tehtävänä on siis ajaa ensisijaisesti lapsen etua eikä lapsen mielipidettä.[152]

> Lapsen mielipiteen oikeudellinen painoarvo muuttuu kuitenkin olennaisesti silloin, kun kysymyksessä on lapsen huollon tai tapaamisoikeuden täytäntöönpano. 12 vuotta täyttäneellä lapsella tai lapsella, joka on niin kehittynyt, että hänen tahtoonsa voidaan kiinnittää huomiota,

---

[149] Samoin *Savolainen* (1984) s. 173–174.

[150] Ks. Ruotsia koskeva jakso, kohta 10.1. (Uudistuksen lähtökohta: Lapsen oikeus vai lapsen etu?).

[151] Ks. Vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 5. (Lapsen kuuleminen). Siinä mainittu lapsen oikeuksien yleissopimus ratifioitiin Suomeen vuonna 1991 (Asetus 1130/1991, SopS 60).

[152] Toinen asia on, että huoltoa koskevan ratkaisun täytäntöönpano voi estyä riittävän kypsän lapsen vastustaessa sitä. Ks. tästä lähemmin *Helin – Linna – Rintala* (1997) s. 60 alk.

> on täytäntöönpanomenettelyssä oikeus itse tulkita omaa etuaan.[153] Tällä lapsen määräämisoikeudella on puolestaan tosiasiallinen vaikutus lapsen mielipiteen huomioon ottamiseen ja hänen etunsa tulkitsemiseen jo huoltoasian käsittelyn yhteydessä. Täytäntöönpanovaiheeseen luotu selvä määräämisoikeutta koskeva sääntö konkretisoi siten lapsen määräämisoikeuden periaatetta. Tämä vaikutus ulottunee myös muihin tulkintatilanteisiin.[154]

Tuomioistuin vastaa viime kädessä siitä, että lapsen oikeus vaikuttaa itseään koskevaan päätökseen toteutuu silloin, kun perheen omassa piirissä ei päästä ratkaisuun ja perheen autonomia on ikään kuin avattu viranomaisratkaisulle (LapsHL 9 § 2 mom.).[155] Lapsenhuoltolakiin omaksutun periaatteen mukaisesti lapsen mielipide ja toivomukset tulee kuitenkin ottaa huomioon myös silloin, kun perhe toimii autonomisena yksikkönä ratkaisun perustuessa vanhempien keskinäiseen sopimukseen. Huoltajille annetut ohjeet jäävät kuitenkin lähinnä perheen sisäistä päätöksentekoa koskeviksi suosituksiksi.

> Lapsen oikeus vaikuttaa vanhempiensa sopimukseen perustuu lapsen määräämisoikeutta koskevaan yleiseen periaatteeseen, joka on ilmaistu lapsenhuoltolain 4 § 2 momentissa. Sen mukaan huoltajan on lapsen kehitystaso huomioon ottaen keskusteltava lapsen henkilökohtaisista asioista lapsen kanssa ennen kuin hän tekee niistä päätöksensä. Lapsen tuetun tai itsenäisen määräämisvallan tulee myös kasvaa lapsen iän ja kehityksen mukana (LapsHL 1 § 3 mom.).[156]

Silloin, kun vanhempien välinen sopimus vahvistetaan sosiaalilautakunnassa, lautakunnan tulee periaatteessa ottaa lapsen mielipide huomioon (LapsHL 8 §). Käytännössä sosiaalityöntekijöillä on varsin vähän mahdolli-

---

[153] Ks. lapsen määräämisoikeuden rajoittamisesta lapsen edun perusteella *Helin – Linna – Rintala* (1997) s. 62, *Kurki-Suonio* (EIF III 1996) p. 287–289.

[154] Vaikka lapsen mielipiteen selvittämistä koskeva ikä jätettiin lapsenhuoltolain säännöksissä avoimeksi, oli ilmeisesti jo lakia laadittaessa selvä, että TäytäntöönpanoL:iin samaan aikaan muutettu 12 vuoden ikäraja tulisi muodostumaan eräänlaiseksi nyrkkisäännöksi, vaikka asiaan ei esitöissä puolin eikä toisin viitatakaan. Ratkaisu oli yhdensuuntainen silloin jo voimassaolleen lapseksiottamista koskevassa laissa olevan ikärajan kanssa. HE 224/82 s. 24–25. Lapsen mielipiteen ja toivomusten selvittämisestä annetuista ohjeista myös *Sosiaalihallitus* (1983) s. 37–39 sekä *Gottberg* (1997) s. 109–113.

[155] HE 224/82 s. 16, ks. myös KKO 1992:147. Tapauksessa sosiaalilautakunta oli kieltäytynyt toimittamasta uutta selvitystä vedoten siihen, että lasten etu ei sitä vaatinut. KKO pyysi sosiaali- ja terveysministeriötä vaatimaan selvityksen ao. sosiaalilautakunnalta. Ks. tarkemmin *Gottberg*in laatima tapausselostus (Lm 1993) s. 423 alk.

[156] Periaatteen merkityksestä lapsen etua tulkittaessa *Helin*in mukaan ks. *Helin* (Mattila 1984) s. 118–119.

suuksia lapsen mielipiteen selvittämiseen, ja se jääneekin yleensä perheen sisäistä päätöksentekoa koskevan suositusnormin varaan. Sosiaalilautakuntaa koskevalla erityismääräyksellä voidaan kuitenkin ajatella olevan merkitystä sovittelutilanteissa. Sosiaalilautakunnan alaisilla viranhaltijoilla olisi siten erityinen aihe pitää huolta siitä, että heidän johdollaan sovitellussa sopimuksessa myös lapsen mielipide olisi otettu huomioon. Juuri sovittelutilanteessahan perheen sisäiseen päätöksentekoon pyritään vaikuttamaan ulkoapäin.[157] Velvoite lapsen mielipiteen huomioon ottamisesta kattaisi näin kaikki asianosais- ja viranomaistahot lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevassa asiassa.[158]

Edellä olevan perusteella huomataan, että käytännössä vastuu siitä, että lapselle taataan hänen lainmukainen oikeutensa vaikuttaa omaa huoltoaan ja tapaamisoikeuttaan koskevaan ratkaisuun, jäi vanhempien ohella useimmiten sosiaalityöntekijöille. Näin oli sekä oikeudellisen menettelyn että myös sosiaalilautakunnassa vahvistettavan sopimuksen osalta. Tässä mielessä sosiaalityöntekijöiden kutsuminen lapsen asiamiehiksi ei ole liioittelua. Siihen, miten lasten mielipiteet vaikuttavat käytännön tapauksissa, palataan jäljempänä.[159]

4.4.3.4. Sosiaalilautakunta – suomalainen sovellus sovittelijoista ja asiantuntijoista

Vertailun tuloksissa todettiin yhteishuoltoa tulkintaihanteena pitävälle kaudelle olevan tyypillistä sen, että avioeroprosessia pidetään ennen muuta puolisoiden psyykkisenä kriisinä. Parisuhteen kriisejä on siksi haluttu ratkoa ensisijaisesti oikeuden ulkopuolisin keinoin sovittelemalla.[160] Sovittelussa ja

---

[157] Ks. edellä kohta 4.4.3.3.3. (Sosiaalilautakunta sovittelijana). Miten velvoittavana tällaista menettelyohjetta olisi pidettävä, jää tämän pohdinnan ulkopuolelle. Samoin jää kysymys siitä, miten velvoittavaa lapsen mielipiteiden huomioon ottaminen olisi muiden sovittelijoiden kuin sosiaalilautakuntien alaisten viranhaltijoiden osalta. Lähtökohta lienee, että sovittelutilanne on tällöin perheen sisäiseen autonomiaan kuuluva, jolloin lapsen kuuleminen on yksin huoltajien vastuulla (4 § 2 mom.). Sosiaalilautakunnan osalta poikkeus perustuu siis LapsHL 8 §:n määräykseen.

[158] Jos sovittelun kuluessa syntynyt sopimus vahvistetaan oikeudessa, jää vastuu lapsen mielipiteen huomioon ottamisesta viime kädessä tuomioistuimelle. Vanhempien saavuttama yksimielisyys vähentää kuitenkin olennaisesti tuomioistuimen velvollisuutta selvittää lapsen mielipide. Ks. em. 11 §.

[159] Ks. jäljempänä kohta 4.6.6. (Lapsen mielipide ja lapsen etu).

[160] Vertailun tuloksia koskeva jakso, kohdat 2.4. (Yhteishuolto) ja 3.3. (Avioero- ja parisuhdekäsitysten muuttuminen).

lapsen huoltoa koskevassa päätöksenteossa turvaudutaan myös mieluusti psykologiseen asiantuntemukseen.[161]

Suomessa avioeromenettelyyn psykologisoitumisen myötä liittyneet uudet tehtävät annettiin etupäässä sosiaalilautakunnille. Aivan erityisesti sosiaalilautakuntien viranhaltijoille uskottiin lapsen huollon ja tapaamisoikeuden asiantuntijatehtävät, kun muille sovittelijoille jäi lähinnä perheneuvonnan tehtäviä. Sosiaalityöntekijät pysyivät jonkin verran muuttuneessa tilanteessa myös edelleen asiantuntevina selvitysten laatijoina ja tässä ominaisuudessa heistä tuli myös lasten mielipiteiden selvittäjiä. Samalla sosiaalityöntekijöille uskottiin sovittelutehtävät, jotka riitaisten huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevien tapausten osalta liitettiin mutkattomasti niiden selvityksien laatimiseen. Sosiaalilautakunnista tuli näin yhteishuollon ihanteen vaatimia perheen ihmissuhteiden sekä lapsen kasvun ja kehityksen asiantuntijoita ikään kuin suoraan lain nojalla.

> *Eva Gottberg* on tähdentänyt, että sosiaalilautakunnan rooliin kuuluu lähinnä tosiasia-aineiston keräämistä, kun taas ongelmallisten tapausten vaatimat arviot kuuluisivat erityisesti sellaisille alan asiantuntijoille kuin esimerkiksi perhe- ja kasvatusneuvolan psykologeille tai koulukuraattoreille. Sosiaalityöntekijöiden tehtävänä olisi lähinnä huolehtia konsultointipyyntöjen osoittamisesta eteenpäin ja vastaavasti saadun materiaalin kokoamisesta.[162]
>
> Sosiaalityöntekijöiden tehtävien ymmärtäminen esitetyllä tavalla lähinnä koordinointitehtävänä on sinänsä kannatettavaa. On kuitenkin muistettava, että ihmissuhdekysymyksissä tosiasioiden ja arvioiden erottaminen toisistaan ei – jäljempänä esitettävän hovioikeusmateriaalinkaan valossa – ole aina mutkatonta. Vaikka sosiaalityöntekijöillä yleensä onkin mahdollisuus käyttää esimerkiksi perhe- ja kasvatusneuvolan apua, heidän on ainakin arvioitava, milloin konsultaatio on aiheellista ja milloin taas heidän omia voimavarojaan on syytä pitää riittävinä. Asianmukainen sovittelukin edellyttää ihmissuhdetaitoja ja -asiantuntemusta.

Sosiaalityöntekijöiden jossain määrin kotikutoinen asiantuntijuus on ehkä vaikuttanut siten, että lainsäädännöllä on lähinnä luotu mahdollisuuksia asiantuntemuksen hyväksikäyttöön huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevien tapausten yhteydessä sitomatta kumpaakaan osapuolta, asianosaisia tai sosiaalityöntekijöitä, mihinkään erityisiin velvoitteisiin. Tämä näkyy erityisesti sovitte-

---

[161] Ks. myös vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 3.1. (Avioerolapsia koskeva käyttäytymistieteellinen asiantuntemus).

[162] *Gottberg* (1997) s. 98-101.

lumahdollisuuksia koskevissa säännöksissä. Sovittelulle on menettelyssä annettu tilaa velvoittamatta – täytäntöönpanotilanteita lukuunottamatta – asianosaisia osallistumaan sovitteluun tai toisaalta kuntia järjestämään erityissovittelua.[163] Varsinaiset sosiaalilautakuntien velvoitteethan koskevat edellä todetun mukaisesti vain selvitysten laatimista, sopimusten vahvistamista ja sopimuksiin liittyvää ohjausta.[164]

4.4.4. Yhteenveto Suomessa syntyneestä yhteishuollon ihanteesta

Vuonna 1983 säädetty laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta asetti vanhempien yhteisen huollon etusijalle kaikissa tilanteissa. Yhteishuollosta tuli sen myötä epäilyksettä ihanteellinen ratkaisu Suomessa.[165] Ihanteen omaksumisen taustalla voitiin havaita olleen ainakin muutos parisuhdetta koskevissa käsityksissä. Avioeroa koskevaa lainsäädäntöä muutettiin samaan aikaan tavalla, joka ilmensi avioeron ymmärtämistä puolisoiden psyykkiseksi kriisiksi. Sen mukaisesti tärkeimmäksi välineeksi ongelmien ratkaisemisessa tuli sovittelu. Julkisen vallan puuttumisen tavoitteeksi jäi lähinnä lasten aseman turvaaminen.[166] Avioerouudistuksen sijoittumisella 1980-luvulle on tässä yhteydessä merkitystä, sillä uudistus sopi hyvin yhteen yhteishuollon ihanteen kanssa. Vaikka Ruotsissa samanlainen uudistus oli viety läpi jo 1970-luvulla, Suomessa se oli tullut mahdolliseksi vasta tässä vaiheessa.[167]

Parisuhdekäsitysten muutos liittyi myös avoliittoihin suhtautumiseen. Yksi lainvalmistelun keskeinen tavoite oli, että avoliitoissa syntyneiden lasten huolto tulisi voida muuttaa vanhempien yhteiseksi yksinkertaisessa menettelyssä.[168] Muutos oli kuitenkin alkanut jo 1970-luvulla, joten lapsenhuoltolain

---

[163] Esim. Ruotsin kunnillehan on määrätty velvollisuus järjestää sovittelua lasten huoltoa koskevissa riidoissa. Ks. Ruotsia koskeva jakso, kohta 10.4. (Vuoden 1990 menettelyllisiä uudistuksia).

[164] LapsHL (361/83) 8 § ja 16 §, LapsHA (556/94) 8–13 §, SosHuoltoA (607/83) 17 §. Tässä ei siis ole otettu huomioon nykyistä eikä aiempaa täytäntöönpanolakia tai -asetusta.

[165] Ks. edellä kohta 4.3.2. (Vuoden 1981 työryhmän ehdotus lapsen huollon sääntelystä) alakohtineen. Valmistelun edetessä yhteishuollon suosituimmuusasemaan ei enää puututtu, ks. kohta 4.4.1. (Yleisesti lain lopullisesta ehdotuksesta).

[166] Ks. edellä kohta 4.2.2. (Sovintoavioero).

[167] Ks. edellä kohta 3.3.2. (Miksi Suomessa ei uudistettu avioero-oikeutta?), vrt. Ruotsia koskeva jakso, kohta 4.3. (Yksilön vapaus ja avioeron säätely).

[168] Ks. edellä kohdat 4.3.2.2. (Vanhemmuus- , sopimus- ja yhteishuolto-olettamat) ja 4.4.3.2. (Huoltoa ja tapaamisoikeutta koskeva sopimus).

säätämisvaiheessa tehtävänä oli lähinnä aiemmin muuttuneiden käsitysten mukaisten ratkaisujen toimeenpano.[169]

Kuten jo edellä todettiin muutosta avioerolapsia koskevassa asiantuntemuksessa tai vanhempien sukupuolirooleissa oli vaikeampi havaita. Lapsenhuoltolain päämäärien katsottiin ilmeisesti yleisesti nojautuvan uusimpiin tutkimustuloksiin. Suhde tutkittuun tietoon lasten tarpeista jäi kuitenkin etäiseksi. Siihen ei esimerkiksi lain esitöissä viitattu.[170] Useissa kohdin voi kuitenkin huomata ajankohtaisten psykologispainoitteisten virtausten vaikutusta. Tällainen on esimerkiksi sovittelulle annettu keskeinen asema tai sosiaalityöntekijöiden nostaminen eräänlaisiksi lapsen edun asiantuntijoiksi.[171] Isien kohonnut arvostus psykotieteellisissä puheenvuoroissa on puolestaan saattanut vaikuttaa siihen, että tapaamisoikeus sai lopullisessa laissa hyvin keskeisen aseman.[172]

Tapaamisoikeuden tärkeyden korostamista voidaan tarkastella myös sukupuoliroolien näkökulmasta. Sen voi tulkita ilmentäneen isien aktiivisuuteen liittyneitä odotuksia tai tavoitteita.[173] Samanlaiset odotukset ovat saattaneet vaikuttaa myös siihen, että yhteinen huolto tuli ainakin teoriassa mahdolliseksi määrätä myös vastoin vanhemman tahtoa: lapsen huollon tuli kuulua molemmille vanhemmille mahdollisimman usein.[174]

Suomalaiselle yhteishuollon ihanteelle muodostui tyypilliseksi se, että tuomioistuimelle annettiin alusta pitäen laajat valtuudet määrätä lapsen huollosta lapsen edusta tekemänsä tulkinnan perusteella. Vaikka vanhempien yksimielisyydellä on suuri merkitys sekä tuomioistuinmenettelyssä että varsinkin vanhempien sopimusten vahvistamisessa sosiaalilautakunnassa, kummallakin viranomaisella on mahdollisuus olla myös vahvistamatta vanhempien sopimusta pelkästään lapsen edusta tekemänsä tulkinnan perusteella. Suomalaisen viranomaisen harkintavaltaa rajoittaa kuitenkin se, että yhteisen huollon sisältöön kuuluvat Suomessa omaksutun ihanteen mukaisesti vain lasta koskevat tärkeät päätökset, niin sanottu oikeudellinen yhteishuolto.[175]

---

[169] Ks. edellä 3.4.2. (Lapsipaketin yksilöllinen lapsikäsite).

[170] Ks. edellä kohta 4.1. (Yhteishuoltoa koskeva tulkintaihanne ja suomalaisen yhteishuollon taustaa).

[171] Ks. edellä kohta 4.4.3.4. (Sosiaalilautakunta – suomalainen sovellus sovittelijoista ja asiantuntijoista).

[172] Ks.edellä kohta 4.4.2. (Lapsen tapaamisoikeus osana lapsen huoltoa).

[173] Ks. vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 3.2. (Sukupuoliroolien muuttuminen).

[174] Ks. edellä kohta 4.3.2.3. (Yhteishuollon luonne vuoden 1981 ehdotuksessa).

[175] Ks. edellä kohta 4.3.2.3. (Yhteishuollon luonne vuoden 1981 ehdotuksessa) ja 4.4.3.2. (Huoltoa ja tapaamisoikeutta koskeva sopimus).

4.5. Yhteishuollon ihanteellisuuden tulkintoja lapsenhuoltolain säätämisen jälkeen

4.5.1. Etäistä ihannointia ja pakolla toteuttamista – vertailussa esiintyneitä tulkintoja

Edellä hahmoteltiin suomalainen yhteishuollon ihanne vertailun perusteella saatujen tekijöiden valossa. Seuraavassa tarkastelen lähemmin sitä, miten ihanteellisena yhteishuoltoa todella pidetään Suomessa ja miten ihanteellisuus vaikuttaa käytännön ratkaisutyössä. Kysymys konkretisoituu erityisesti siinä, miten suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä suhtaudutaan yhteishuollon määräämiseen vastoin toisen vanhemman tahtoa. Kysymys on viime aikoina ollut meillä myös jonkin verran keskustelun kohteena.[176]

> Vertailevassa jaksossahan ilmeni, että Kaliforniassa vanhempien määrääminen yhteishuoltoon vastoin vanhemman tahtoa on periaatteessa mahdollista ja näin ilmeisesti käytännössä myös jonkin verran tapahtuu. Yhteishuollon ensisijaisuudesta on lain tulkinnassa jonkin verran epäselvyyttä, mutta yleisesti ottaen lakia pidetään yhteishuoltoa suosivana.[177]
>
> Englannissa omaksuttiin 1990-luvun vaihteessa *parental responsibility* -käsite, joka muistuttaa läheisesti yhteishuoltoa. Vanhemmalta ei yleensä voida ottaa pois tämän vanhemmanvastuuta, vaan sitä voidaan ainoastaan muotoilla eri tilanteiden tarpeita vastaavaksi. Vanhempien asuessa erillään annetaan yleensä asumista koskeva määräys *residence order*. Kompetenssi päättää lasta koskevista asioista on tämän jälkeen aina sillä vanhemmalla, joka kulloinkin on lapsen kanssa. Tapaava vanhempi ei voi kuitenkaan tehdä ratkaisuja, jotka olisivat vastoin asumista koskevaa määräystä tai päinvastoin (*contact order*). Kyseessä on eräänlainen vuorotteleva huolto.[178]
>
> Saksan uuteen lapsen huoltoa koskevaan lainsäädäntöön ei ole otettu mahdollisuutta perustaa avioliiton ulkopuolella syntyneelle lapselle yhteistä huoltoa vastoin vanhemman tahtoa. Sen sijaan yhteisen huollon purkaminen on tehty riippuvaiseksi siitä, että yksinhuoltoa koske-

---

[176] Ks. esim. (aikajärjestyksessä) *Kurki-Suonio* (Turunen, 1992), *Gottberg* HS 15.6.1993, *Gottberg* (Gottberg – Sairisalo, 1994), *Koski* (Aho – Kulmala – Räihä – Porkka – Timlin, 1995), *Kurki-Suonio* (Vanhemmuuksia, 1996).

[177] Kaliforniaa koskeva jakso, kohdat 5.4. (Kalifornian yhteishuoltolainsäädäntö ja isien oikeudet), 5.5. (Feministinen kritiikki ja vuoden 1988 lainmuutos) ja 8. (Kalifornian avioerolapset 1990-luvulla).

[178] Englantia koskeva jakso, kohta 8.2.3. (Vanhemman vastuu, kun vanhemmat ovat eronneet tai asuvat erillään).

va ehdotus osoitetaan lapsen kannalta paremmaksi vaihtoehdoksi. Yhteishuollon purku jää siten riippumaan siitä, miten eronneiden vanhempien yhteishuoltoa tullaan arvioimaan lapsen edun näkökulmasta yhteishuoltoon verrattuna.[179]

Ruotsin uudessa syksyllä 1998 voimaantulleessa vanhempainkaaren muutoksessa on lainsäädäntöön omaksuttu Suomen tapaan viranomaisen laaja harkintavalta. Tätä ennen yhteishuoltoa ei ole voitu määrätä vastoin toisen vanhemman tahtoa. 1990-luvun vaihteessa toteutetun muutoksen jälkeen vanhempi on kuitenkin saattanut suostua yhteishuoltoon vielä oikeudenkäynnin aikanakin.[180]

Suhtautuminen yhteishuollon määräämiseen vastoin toisen vanhemman tahtoa vaihtelee siis eri vertailumaissa. Aiemmin yhteishuollon omaksuneissa maissa, Ruotsissa ja Kaliforniassa, yhteishuollon suosiminen on ollut voimakkainta. Kaliforniassa on ainakin lainsäädännön tasolla kuitenkin lähestytty neutraalimpaa suhtautumista yhteishuoltoon, kun taas Ruotsissa suuntaus on ollut päinvastainen: jokaisella lainmuutoksella 1980-luvun alusta alkaen on pyritty yhteishuollon aseman vahvistamiseen. Englannissa ja erityisesti Saksassa, suhtautuminen yhteishuoltoon on ollut huomattavasti varovaisempaa. Saksassa keskenään vihamielisten vanhempien joutumista yhteistyöhön on pidetty vakavana riskinä lapsen hyvinvoinnille. Todennäköisesti samasta syystä on Englannin vanhemmanvastuu-instituutiossa lähdetty erillään asuvien vanhempien valtuuksien selkeästä jaosta huoltajien yhteistyön sijaan. Saksassa kuten Ruotsissakin on kuitenkin juuri tullut voimaan uudistus, joka periaatteessa mahdollistaa vanhempien yhteisen huollon myös vastoin toisen vanhemman tahtoa. Se, miten näitä lakeja tullaan tuomioistuimissa soveltamaan, jää tässä tilanteessa kuitenkin avoimeksi.

Seuraavassa suhtautumista yhteishuollon suosimiseen on tarkasteltu ensin kirjallisuudessa esiintyneiden kannanottojen perusteella. Tämän jälkeen asiaa arvioidaan empiirisen hovioikeusaineiston valossa.

---

[179] Saksaa koskeva jakso, kohdat 9.2. (Avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten huolto uuden lainsäädännön perusteella) ja 9.3. (Yhteishuollon säilyttäminen tai purkaminen, kun vanhemmat asuvat erillään).

[180] 10.2. (Yhteishuollon edistäminen) ja 12. (Yhteishuollon oikeudellistuminen ja Suomen malli).

4.5.2. Yhteishuollon ihanne suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa

Lapsen huollon ratkaisemista koskeva sääntö tuli lopullisessa muodossaan lain 10 §:ksi.[181]

> *Lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan asian ratkaiseminen.* Lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskeva asia on ratkaistava ennen kaikkea lapsen edun mukaisesti. Tässä tarkoituksessa on erityisesti kiinnitettävä huomiota siihen, miten huolto ja tapaamisoikeus toteutuvat vastaisuudessa.
>
> Asia, joka koskee lapsen huollon uskomista molemmille vanhemmille tai toiselle vanhemmalle taikka tapaamisoikeutta, on ratkaistava vanhempien sopimalla tavalla, jos vanhemmat tai toinen heistä ovat lapsensa huoltajia eikä ole aihetta olettaa, että tämä ratkaisu olisi vastoin lapsen etua.

Lain yleisperustelujen mukaan periaatteellisena lähtökohtana huoltajan henkilöä koskevalle säätelylle on ollut, että

> »jokaiselle lapselle tulee lainsäädännöllä mahdollisuuksien mukaan turvata oikeus saada osakseen huolenpitoa kumpaiseltakin vanhemmaltaan lapsen syntyperästä ja vanhemman sukupuolesta riippumatta».[182]

Yleisperusteluissa ei kuitenkaan täsmennetty, miten lapsen oikeus huolenpitoon molemmilta vanhemmilta toteutetaan silloin, kun vanhemmat eivät asu yhdessä, ja mikä merkitys yhtäältä huollolla ja toisaalta tapaamisoikeudella olisi tässä suhteessa.

Yksityiskohtaisissa perusteluissa viitataan siihen, että lähtökohtana eronneiden vanhempien yhteishuollolle on yksimielisyys, vaikkakaan ei poikkeuksetta:

> »Ensinnäkin voitaneen säännönmukaisesti lähteä siitä, että huollon uskominen yhteisesti molemmille vanhemmille tulee kysymykseen lähinnä vain silloin kun vanhemmat ovat tästä yksimieliset. Muussa tapauksessa ei useinkaan ole oletettavissa, että vanhemmat pystyvät tyydyttävästi yhdessä toimimaan huoltajina. On kuitenkin huomattava, että tämäkään periaate ei ole poikkeukseton.»[183]

Sosiaalihallitus antoi lain tullessa voimaan yleiskirjeen sitä koskevista soveltamisohjeista. Näiden ohjeiden lähtökohta yhteisen huollon suosimisen

---

[181] Ks. edeltävästä vaiheesta kohdassa 4.3.2.3. (Yhteishuollon luonne vuoden 1981 ehdotuksessa).

[182] HE 224/82 s. 5.

[183] HE 224/82 s. 16.

osalta oli käytännöllisempi. Se perustui vanhempien aiemmin omaksuman käytännön jatkamiseen. Edellytyksenä oli kuitenkin puolison ja vanhemman roolien erottaminen toisistaan – yhteishuollon kansainvälisen ihanteen mukaisesti:

> »Parisuhteen päättymisen seurauksena vanhemman roolin selkiinnyttäminen ja erottaminen puolisoiden keskinäisistä suhteista on yleensä tarpeen, jotta lapsen huolto voidaan järjestää lapsen edun kannalta parhaalla mahdollisella tavalla.»[184]
>
> ...
>
> »Lapsen huoltomuodon valinta ja vanhemmuuden jatkuminen perustuvat todennäköisesti vanhemmilla luontevasti siihen, millainen käytäntö lasten hoidossa ja kasvatuksessa on ollut ennen eroa. Perheessä, jossa molemmat vanhemmat ovat osallistuneet lasten hoitoon ja kasvatukseen, on todennäköistä, että vanhempien yhteistoiminta myös eron jälkeen jatkuu ja yhteinen huolto on luonteva valinta.»[185]

Kirjallisuudessa yhteishuoltoon ovat selvimmin ottaneet kantaa *Matti Savolainen* ja *Eva Gottberg*.[186] Sitä vastoin *Markku Helin* ja *Petri Oulasmaa* ovat omissa tulkinnoissaan painottaneet lähinnä yleisesti tapauksen kokonaisarvion merkitystä ottamatta kantaa yhteishuollon paremmuuteen eri tilanteissa.[187]

Savolaisen lähtökohtana lapsen edun tulkinnassa on muiden tavoin ehdottomasti yksilöllinen ratkaisu.[188] Hän on kuitenkin tulkinnoissaan kaikista edellä mainituista eniten suosinut yhteisen huollon vaihtoehtoa tuomioistuinratkaisun yhteydessä. *Savolaisen* mukaan yksilöllistä ratkaisua tehtäessä on näet aina ensin arvioitava yhteishuollon mahdollisuutta. Yhteishuolto on ensisijainen ratkaisuvaihtoehto,

> »jonka käyttökelpoisuus lapsen etua silmällä pitäen tuomioistuimen on periaatteessa aina otettava viran puolesta huomioon – myös silloin, kun

---

[184] *Sosiaalihallitus* (1983) s. 34, vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 2.4. (Yhteishuolto).

[185] *Sosiaalihallitus* (1983) s. 34. *Savolainen* tulee jossain määrin toiseen tulokseen korostaessaan sitä, että huoltoa koskeva ratkaisu on tehtävä ennen kaikkea tulevaisuutta silmällä pitäen eikä se näin ollen voi perustua aikaisemman hyvän hoidon palkitsemiseen. *Savolainen* (1984) s. 81. Itse asiassa kyse ei tarvitse olla eri asiasta. Ennusteethan tehdään yleensä sen perusteella, miten asiat ovat olleet aikaisemmin.

[186] *Savolainen* (1984), *Gottberg-Talve* (DL 1991), *Gottberg* (1996), (1997) ja (Gottberg – Sairisalo 1994).

[187] *Helin* (Mattila 1984) s. 119, *Oulasmaa* (Oikeustiede – Jurisprudentia 1992) s. 251, 256.

[188] *Savolainen* (1984) s. 78–79, ks. *Gottberg*in osalta (1997) s. 27.

vanhemmat ovat sopineet yhteisen huollon purkamisesta ja huollon uskomisesta yksin toiselle vanhemmalle».[189]

Savolaisen tulkinta perustuu siihen, että vanhempien yhteinen huolto ymmärretään keinoksi suojata lapsen suhdetta molempiin vanhempiin. Yhteishuollon ensisijaisuus on silloin seurausta tämän suojan keskeisestä asemasta laissa.[190]

> »Tuomioistuimen tulee oikeudenkäyntimenettelyssä toimia niin, että menettelyssä ennen muuta pyritään etsimään ratkaisu, joka HTL:n yleisperiaatteiden mukaisesti voi lapsen etua parhaiten vastaavalla tavalla turvata lapsen suhteen kumpaiseenkin vanhempaan. Vasta sen jälkeen kun osoittautuu, että tällaista ratkaisua ei ole löydettävissä, on siirryttävä harkitsemaan niitä muita ratkaisuvaihtoehtoja, jotka HTL:n mukaan ovat käytettävissä.» ...
>
> »Edellä kuvattu ajatustapa tulee esiin myös HTL 9 §:n säännöksestä sillä tavoin, että siinä on *ensimmäisenä* ratkaisuvaihtoehtona mainittu huollon uskominen *molemmille vanhemmille* yhteisesti. Huollon uskominen vanhempien sijasta jollekin tai joillekin muille henkilöille on mainittu vasta viimeisenä huoltoa koskevana ratkaisuvaihtoehtona.»[191]

Savolaisen ajatus kiteytyy vielä toteamuksessa, jonka mukaan

> »julkinen intressi on voimakkaasti painottunut suojaamaan ja edistämään oikeudellisin keinoin lapsen ja kumpaisenkin vanhemman välistä myönteistä ja läheistä suhdetta – myös silloin kun vanhempien keskinäiset suhteet ovat rikkoutuneet».[192]

Tämän julkisen intressin merkityksestä prosessin johtamisessa hän toteaa vielä, että

---

[189] *Savolainen* (1984) s. 159 loppuv. 16 (s. 294). *Savolainen* mainitsee oikeusvertailevien argumenttiensa yhteydessä Neuvostoliiton vanhempainoikeuksia koskevan lainsäädännön ja myös »useimpien Yhdysvaltojen osavaltioiden lainsäädännön». Kalifornian vuoden 1980 yhteishuoltolain hän mainitsee nimenomaisesti. *Savolainen* (1984) s. 158, ks. myös loppuv. 13 s. 293, »Tietoja perheenjäsenten välisistä oikeussuhteista Neuvostoliiton avioliitto- ja perhelainsäädännössä» (LaVO 8/1983) s. 23–30 ja loppuv. 14 s. 293–294 sekä Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 5.4. (Kalifornian yhteishuoltolainsäädäntö ja isien oikeudet).

[190] Ks. edellä kohta 4.4.2. (Lapsen tapaamisoikeus osana lapsen huoltoa).

[191] Kirjoittaja käyttää lapsenhuoltolaista lyhennettä HTL. *Savolainen* (1984) s. 157, kurs. alkuperäinen. Vrt. yhteishuollon ensisijaisuuden osalta edellä kohta 4.3.2.3. (Yhteishuollon luonne vuoden 1981 ehdotuksessa).

[192] *Savolainen* (1984) s. 156 loppuviite 12 (s.293).

»viranomaistoimintoisuuden ja siihen kuuluvan tuomioistuimen omaaloitteisuuden tulisi oikeudenkäyntimenettelyssä tulla esiin sitä voimakkaammin, mitä kauemmaksi asiassa esitetyt vaatimukset ja harkittavana olevat käyttökelpoiset ratkaisuvaihtoehdot etääntyvät siitä lain asettamasta ihannetavoitteesta, että lapselle tulisi kaikissa tilanteissa turvata hyvät ja yhtä läheiset oikeudelliset ja tosiasialliset suhteet *kumpaiseenkin* vanhempaansa nähden».[193]

Tuomioistuimen on siis tutkittava asia sitä tarkemmin, mitä kauemmaksi ensisijaisesta ratkaisuvaihtoehdosta ollaan päätymässä.[194] Yhteishuollon oletetaan siis olevan lapsen edun mukainen, jos asiassa ei muuta ilmene. *Savolaisen* ajatuksen voisi näin ollen tiivistää seuraavasti: Vaikka yhteishuollolla ei lapsen edun tulkinnassa olekaan sellaista etusijaa, joka oikeuttaisi pitämään yhteistä huoltoa tärkeämpänä kuin yksilöllistä tulkintaa lapsen edusta, yhteishuolto on kuitenkin ensiksi huomioon otettava vaihtoehto. Ensisijaisuus on siis eräänlainen ratkaisevan viranomaisen päätöksentekoa ohjaavaa harkintasääntö.

Savolaisen tulkinnat suosivat ehkä yhteishuoltoa jopa enemmän kuin lain esityöt tai sosiaalihallituksen ohjeet. Tuomioistuimen valta tehdä oma ratkaisunsa silloinkin, kun se on vastoin vanhempien esittämiä vaatimuksia tai sosiaalilautakunnan suositusta korostuu nimittäin hänen esityksessään, olkoonkin että tämän vallan todellista käyttämistä pidetään enemmän tai vähemmän poikkeuksellisena.[195]

Eva Gottberg on lapsen huoltoa koskevissa kannanotoissaan asettunut selvästi toiselle kannalle. Hän on kritikoinut etenkin sitä, että yhteishuollosta tehdään lapsen edun tulkinnan pääsääntö. Näin ei hänen mukaansa voida saavuttaa lain asettamaa tavoitetta, joka on toimiva yksilöratkaisu. *Gottberg* arvioi lapsenhuoltolain 10 §:ää seuraavasti.

---

[193] *Savolainen* (1984) s. 158 (kurs. kuten tässä).

[194] Sama ajatus ilmenee *Savolaisen* näkemyksissä sosiaalilautakunnan selvityksen kohteesta. Hän painottaa myös tässä yhteydessä nimenomaan yhteishuollon mahdollisuutta ja toteaa lain lähtevän »siitä, että vanhempien yhteinen huolto olisi periaatteessa pyrittävä säilyttämään koskemattomana, jos siihen suinkin on mahdollisuuksia.» s. 215.

Toisaalta *Savolainen* ei tee samanlaista tutkinnan laajuutta koskevaa erottelua systemaattisesti silloin, kun vanhemmat ovat huollon järjestämisestä yksimielisiä. Ks. kuitenkin yhteishuollosta asumuserotilanteessa, mitä voi (silloisen AL 80 §:n huomioon ottaen) ehkä kuitenkin verrata väliaikaiseen määräykseen, jolloin yksinhuollolle on oltava erityisiä syitä LapsHL 17 §. *Savolainen* (1984) s. 166. Ks. väliaikaisista määräyksistä s. 199–200 (vaihde).

[195] Ks. viranomaisvaltaisuudesta suomalaisessa lapsen huoltoa koskevassa päätöksenteossa *Agell TfR* 1983 s. 433 alk. ja kriittisesti *Graversen* (To artikler 1984), etenkin s. 48–49.

»Ensinnäkin ratkaisun tulee aina olla *yksilöratkaisu* – juuri kyseisen lapsen etua kyseisissä olosuhteissa parhaiten toteuttava. Säännös ei jätä tilaa skemaattiselle pääsääntöajattelulle. Toiseksi siinä kytketään ratkaisun laadukkuus sen odotettavissa olevaan *toimivuuteen*. Jos vanhemmille asetetaan yhteistoimintavelvoitteita, joista heidän ei asiassa ilmenneen nojalla kohtuudella voida odottaa selviävän, tingitään toimivuudesta. Vanhingot tästä kärsii yleensä lapsi.»[196]

*Gottberg*in mukaan lapsen etua vastaa siis ennen muuta se, että huoltajien välinen suhde ei estä käytännön asioiden hoitamista. Esimerkkinä huonosti toimivista huoltosuhteista hän mainitsee yhteishuollon, jota käytetään vanhempien välisen riidan ylläpitämiseen, ja yhteishuollon, jossa toinen huoltajista on käytännöllisesti katsoen hävinnyt lapsen elämästä.[197] *Gottberg* suhtautuu varauksellisesti siihen, että yhteinen huolto määrätään silloin, kun toinen tai molemmat vanhemmista ovat yhteistä huoltoa vastaan. »Pakkoyhteishuolto» on huono lähtökohta huollon toimivuuden kannalta.[198]

Lapsen edun mukaisia ovat *Gottberg*in mukaan sitä vastoin huoltoratkaisut, jotka vastaavat mahdollisimman hyvin arkipäivässä vallitsevia hoito- ja vastuusuhteita. Ratkaisuksi yhteishuollosta erimielisille vanhemmille hän on suositellut mahdollisuutta modifioida yksin- tai yhteishuoltoa siten, että yhteisen päätöksenteon alaa rajoitetaan tai lisätään kussakin yksittäistapauksessa ilmenevien tarpeiden mukaisesti (LapsHL 9 § 3 mom.).[199]

Sekä *Savolainen* että *Gottberg* ovat tulkinneet lapsen etua yhteishuollon näkökulmasta itsenäisenä tutkijana ilman yhteyksiä mihinkään intressiryhmiin. On silti mielenkiintoista huomata, että jos heidän näkemyksiään verrataan edellä vertailumaissa esitettyihin mies- ja naisliikkeiden esittämiin kantoihin, havaitaan, että molemmat argumentoivat sukupuolensa osoittamaan suuntaan.[200] *Savolainen* korostaa yhteisen huollon ensisijaisuutta lapsen läheisten suhteiden säilyttämiseen vedoten. Hän näyttää siten ottavan lähtökohdaksi oletuksen, jonka mukaan vanhempi, jonka vanhemmuuden tukena on huoltoon liittyviä oikeuksia, kykenee paremmin pitämään lapseen yhteyttä ja näin ylläpitämään lapsen myönteistä ja läheistä suhdetta itseensä. Ajaessaan yhteishuollon ensisijaisuutta ja samalla muualla asuvan vanhemman lapseen liit-

[196] *Gottberg* (1997) s. 27–28.

[197] *Gottberg* (1997) s. 28–29.

[198] *Gottberg* (1997) s. 28, *Ketonen – Koski – Gottberg* (DL 1991) s. 744–746,

[199] *Gottberg-Talve* (DL 1991) s. 444 alk. erit. s. 447–449, 459–461, *Gottberg* HS 15.6.1993, pääkirjoitussivu, *Gottberg* (Gottberg – Sairisalo 1994) s. 90–98, *Gottberg* (1997) s. 26–29.

[200] Ks. näiden eturyhmien esittämistä kannanotoista rinnakkain Englantia koskeva jakso, kohta 8.4. (Vanhemman vastuun arviointia).

tyvien oikeuksien säilyttämistä *Savolainen* tulee ajaneeksi etupäässä juuri isien oikeuksia.

Gottberg on puolestaan korostanut huollon toimimisen edellytyksiä käytännön tilanteissa ja vastustanut huollon määräämistä yhteiseksi kaavamaisesti ja vastoin toisen vanhempien tahtoa. Nämä argumentit ovat samoja, joita myös feministioikeustieteilijät ovat esittäneet eri maissa.[201]

4.5.3. Yhteishuolto käytännön ihanteena

4.5.3.1. Yhteisen huollon yleistyminen

Yhteishuoltoa on Suomessa toistaiseksi vieläkin tutkittu melko vähän ja vähäisistäkin tutkimuksista suurin osa on huollon määräytymistä koskevia tilastollisia selvityksiä. Niiden avulla voidaan kuitenkin luonnehtia yhteishuoltoa koskevaa käytännön kehitystä.

Heti lapsenhuoltolain voimaantulon jälkeen oikeusministeriössä laadittiin edustava selvitys lapsen huoltoa koskevista *tuomioistuinratkaisuista* lain ensimmäisiltä voimassaolokuukausilta 1.1.–30.4.1984.[202] Sen perusteella yhteishuollon omaksuivat aluksi melko harvat vanhemmat. Yhteishuoltoa koskevien tuomioistuinratkaisujen osuus oli vain noin 14 % kaikista huoltoa koskeneista ratkaisuista. Suurimmassa osassa näistä ratkaisuista, noin 74 %:ssa, tuomioistuin määräsi lapset yksin äidin huoltoon, ja pienimmäksi ryhmäksi jäivät ratkaisut, joissa lapset uskottiin yksin isälle (8 %). Todennäköisesti koulutetut ja parempituloiset vanhemmat olivat ensimmäisinä kiinnostuneet uudesta mahdollisuudesta. Näin voi päätellä siitä, että yhteishuoltotapauksissa elatusavut olivat keskimäärin korkeampia kuin muissa tapauksissa.[203]

Sosiaalilautakuntien vahvistamista sopimuksista yhteishuoltoratkaisujen osuus on ilmeisesti ollut suurempi lain voimaantulosta lähtien. Ensimmäisten tilastotietojen mukaan, vuodelta 1985, sopimuksella vahvistettiin yhteishuolto noin 63 %:lle aviolapsista. Vastaavasti sopimuksin uskottiin yksin äidin

---

[201] *Gottberg* on myös vastustanut tapaamisoikeuden myötävaikuttamisen käyttämistä huolto- tai asumisratkaisun ratkaisevana »*friendly parent*» -tyyppisenä kriteerinä. *Gottberg-Talve* (DL 1991) s. 450. Ks. vielä vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 3.2. (Sukupuoliroolien muuttuminen).

[202] *Cantell – Jaakkola – Sirén* (LaVO 12/1987).

[203] *Cantell – Jaakkola – Sirén* (LaVO 12/1987) s. 31. Samoin todettiin käyneen myös Yhdysvalloissa ja Saksassa. Ks. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 7.2. (Voiko yhteishuollosta olla haittaa?) sekä Saksaa koskeva jakso, kohta 7.3. (Yhteishuolto Saksan oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa).

huoltoon noin 25 % ja yksin isän huoltoon noin 12 % aviolapsista.[204] Myöhempien selvitysten perusteella yhteishuolto on edelleen yleistynyt. Vuonna 1987 sosiaalilautakuntien vahvistamista aviolapsia koskevista sopimuksista 67 % oli yhteishuoltosopimuksia. Osuus pysyi suunnilleen samana vuosina 1988 ja 1989, mutta kohosi vuosina 1990 ja 1991 yli 70 %:iin. Vuosina 1992–1996 yhteishuoltoa koskevien sopimusten osuus aviolasten sopimuksista kasvoi 74 %:sta 78 %:iin.[205] Vastaavasti samojen sopimusten vuosittain vahvistettava määrä nousi noin 8 000:sta vuodessa yli 11 000:een. Myös kaikkien vahvistettujen huoltosopimusten määrä kasvoi tasaisesti.[206]

Seuraava *tuomioistuinkäytäntöä* koskeva selvitys tehtiin avioliittolain uudistuksen tultua voimaan vuoden 1988 alusta. *Risto Jaakkola*n laatimassa tutkimuksessa Avioero 1988, joka tosin perustui vain Helsingin raastuvanoikeuden käytäntöön, selvitettiin etupäässä muita kysymyksiä kuin lasten huollon määräytymistä. Siinä ilmoitetuista luvuista voidaan kuitenkin laskea, että yhteishuoltoon päädyttiin Helsingissä noin 30 %:ssa tapauksista. Kyseessä olivat siis ne lapsen huoltoa koskevat määräykset, jotka esiintyivät tuona aikana tuomittujen avioerojen liitännäisvaatimuksina.[207] Vuonna 1984 yhteishuoltojen osuus kaikista huoltopäätöksistä oli samassa tuomioistuimessa ollut vain noin 13 %.[208] Yhteishuoltoa koskevien ratkaisujen voidaan olettaa yleistyneen tänä aikana muissakin tuomioistuimissa. Niiden osuus jäi ilmeisesti silti huomattavasti alhaisemmaksi kuin sosiaalilautakunnissa vahvistettujen sopimusten kohdalla. Tuomioistuinmääräyksistä ei kuitenkaan ole saatavissa luotettavia tilastotietoja sen vuoksi, että suurin osa lapsen huoltoa

---

[204] *Cantell – Jaakkola – Sirén* (LaVO 12/1987) s. 10. Prosenttiluvut on ilmoitettu erikseen kaupungeissa ja maalaiskunnissa, mutta tulokset eivät poikkea yhtä prosenttiyksikköä enempää. Edellä on nojauduttu kaupunkien lukuihin, koska suurin osa sopimuksista oli tehty kaupungeissa (n = 2 364 / 1 299). Sosiaalilautakuntien vahvistamista sopimuksista on tässä ja myöhemminkin otettu huomioon vain aviolapsille vahvistetut sopimukset, joiden voidaan olettaa liittyvän perheen hajoamistilanteeseen tai tällaisessa tilanteessa syntyneen ratkaisun muuttamiseen. Au-lapsia koskevia tilastotietoja hallitsevat sellaiset yhteishuoltosopimukset, jotka on tehty isyyden vahvistamisen yhteydessä yhdessä asuvaa avoliittoperhettä ajatellen. (Yhteishuoltosopimuksia yhteensä vuonna 1985 jo 90,8 %). Au-lasten osalta vahvistetut sopimukset eivät näin ollen valitettavasti ole vertailukelpoisia tätä tutkimusta ajatellen.

[205] *Stakes* 22/1997 s. 22.

[206] Kaikkien aviolapsille vahvistettujen sopimusten määrä on vuonna 1987 4 152 kpl ja vuonna 1991 7 158 kpl, vuonna 1993 9 043, 1995 10 977 ja 1996 11 276 kappaletta. Sosiaali- ja terveyshallitus (1991) s. 19 ja sama (1992) s. 20, *Stakes* 22/1997 s. 22.

[207] *Jaakkola* (1989) s. 39.

[208] *Cantell – Jaakkola – Sirén* (LaVO 12/1987) s. 9.

koskevista tuomioistuinmääräyksistä annetaan edelleen avioeroasioiden yhteydessä, jolloin niitä ei tilastoida.[209]

> *Jussi Nieminen* kokosi 1980-luvun lopulla tapaamisoikeutta käsittelevää tutkimustaan varten empiirisen aineiston noin 400 avioeroperheestä. Vuosina 1984 ja 1987 vahvistetut lapsen huoltoa koskevat sekä tuomioistuin- että sopimusratkaisut jakaantuivat melko tasan yksinhuolto- ja yhteishuoltoratkaisujen kesken.[210] Otoksessa oli yhtä paljon sosiaalilautakunnan sopimuksella kuin tuomioistuimessakin vahvistettuja lapsen huoltoa koskevia ratkaisuja, mikä voi vääristää lopputulosta sen vuoksi, että sopimukset ilmeisesti ovat yleistyneet tuomioistuinratkaisujen kustannuksella. Sopimuksistahan näet kasvava osa on ollut yhteistä huoltoa koskevia. Joka tapauksessa voidaan perustellusti olettaa yhteishuoltojen edelleen yleistyneen kaikki huoltoratkaisutkin huomioon ottaen.

4.5.3.2. Miten vanhemmat päätyvät yhteishuoltoon?

Kuten edellä ilmeni, yhteishuoltoa koskevien ratkaisujen osuus riippuu merkittävästi päätöksen vahvistavasta viranomaisesta. Ero ei selity pelkästään sillä, että tuomioistuin käsittelee myös riitaisia lapsen huoltoon liittyviä tapauksia, sillä riitaisten tapausten osuudeksi tuomioistuimissa voidaan edelleen arvioida alle 10 % kaikista lapsen huoltoa koskevista asioista huolimatta siitä, että yhä suurempi määrä vanhemmista päätyy vahvistuttamaan lapsen huoltoa koskevan sopimuksen sosiaalivirastossa.[211] Eräs mahdollinen selitys voisi olla se, että sosiaalityöntekijöillä ja asianajajilla, yleisillä oikeusavus-

---

[209] Oikeustilastollisessa vuosikirjassa on tosin annettu lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevien alioikeusasioiden lukumäärä. Niiden mukaan esim. vuonna 1995 alioikeuksissa on käsitelty 228 lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta päättämistä koskevaa asiaa, 570 lapsen huoltoa koskevan päätöksen muuttamista ja 66 tapaamisoikeutta koskevan päätöksen muuttamista koskevaa asiaa. Päätösten sisällöstä ei ole tämän tarkempaa tietoa. Edellä olevat luvut johtaisivat siihen, että alioikeuksissa käsiteltäisiin noin kaksi kertaa useammin huollon muuttamista kuin huollosta ensi kerran päättämistä koskevaa asiaa. Myöhemmin käsiteltävässä hovioikeusaineistossa suhde oli suunnilleen päinvastoin. Tilastojen suhde selittynee juuri avioerojen yhteydessä annetuilla määräyksillä, joita ei tilastoida erikseen. On periaatteessa myös mahdollista, että sopimuksia muutetaan useammin tuomioistuimen päätöksellä kuin uudella sopimuksella. Oikeustilastollinen vuosikirja 1995, Oikeus 1996:13.

[210] Yhteishuoltopäätöksiä oli koko aineistosta tarkkaan ottaen 43 %. *J. Nieminen* (1990) s. 33, 38–39, kyselyyn vastanneista suurempi osa melko tarkkaan puolet oli yhteishuollossa olevia vanhempia. s. 121.

[211] *Jussi Niemisen* haastateltavista vuodelta 1988 alle 10 % osalta huoltoa koskeva erimielisyys oli ratkaistu tuomioistuimessa. *J. Nieminen* (1990) s. 71, vrt. edellä kohta

tajilla tai muilla lakimiehillä on oma vaikutuksensa sopimusneuvotteluihin. Tätä oletusta tukevia näkökohtia joko tutkijoiden havainnoimina tai vanhempien itsensä kertomina löytyi sosiologian ja sosiaalipolitiikan pro gradu -tutkimuksista. Seuraava sitaatti on *Jussi Niemisen* julkaistusta tutkimuksesta ja peräisin vuodelta 1988.

> »Lakimies sanoi että se on järkevää tällä tavalla että valitaan yksinhuolto. Hän sanoi, että on hullua jos kaksi vanhempaa olis yhdessä huoltajia. Jos tulee riitaa niin sehän on kamala tilanne. Jos on sovussa niin mitä merkitystä sillä asialla on. Sosiaaliviranomaiset sano sitten toisella tapaa. Se sanoi että lapsilla pitää olla kaksi huoltajaa, että tää on psykologisesti oikein. Mutta sen lakimiehen teksti sopi meille paremmin.»[212]

Riitta Kyllösen julkaisematon selvitys »Kuvaileva selonteko lapsen yhteishuollon järjestämisestä avioliiton purkauduttua» sisältää myös yhteishuoltoon päätymistä koskevia lainauksia haastatteluista vuodelta 1986.[213]

> »Silloin mä kyselin häneltä (sosiaalitarkkaajalta – RK) hirveesti siitä asiasta, hän ei tiennyt siitä oikeastaan mitään muuta kuin sanoi vain, että näin on nykyään tapana tehdä. Ja kun mä kysyin, että mitenkä se vaikuttaa kaikkiin, ylipäätänsä kaikkiin asioihin, niin hän ei tiennyt siitä ollenkaan. Se mulle jäi kaivaan, mutta (tarkkaaja – RK) oli kuitenkin sitä mieltä, että näin kuuluis tehdä.»[214]

> »Virkailija sanoi, että jos jollain lailla tulee keskenään yhteen, pystyy yhdessä sopimaan asioista, se olis lapsen kannalta paras...».[215]

3.3.3. (Avioerot syyllisyyskulissin varjossa). Avioerot kaiken kaikkiaan yleistyivät odotetusti voimakkaasti vuodesta 1988 alkaen, jolloin uusi avioeromenettely tuli voimaan, mutta niiden osuus laski taas jo parin vuoden jälkeen. Vuonna 1992 avioeroisuutta osoittava suhdeluku näytti vakiintuneen jälleen vähän yli 2,5:ksi tuhatta henkeä kohti, kun se ennen vuotta 1988 oli useana vuonna ollut noin 2. Samaan aikaan kuitenkin avoliittojen erot ovat todennäköisesti yleistyneet voimakkaasti. Avoliitossa eläneiden pariskuntien erojen osuus kaikista – siis sekä avioeroista että avoliittojen eroista – on 1980-luvun alkupuolella ollut 44 %, mutta 1985–1989 jo 62 %. Avoliitosta näyttää kuitenkin suurin osa olevan lapsettomia, jolloin edellä mainittu avoeroisuuskehitys ei suoraan heijastu lapsen huoltoa koskeviin ratkaisuihin. Lapsiperheiden määrän kehityksessä kaiken kaikkiaan näyttää tapahtuneen taite 1980-luvun alussa, mistä alkaen kaikkien lapsiperheiden yhteenlaskettu määrä on vähentynyt. *Tilastokeskus* (Väestö 1994:5) s. 38–40, 49–51.

[212] *J. Nieminen* (1990) s. 122.

[213] Kuvaileva selonteko liittyy *Kyllösen* pro gradu -tutkimukseen »Mitä se sitten on se yhteishuolto?» vuodelta 1988 *Kyllönen* (pro gradu). Siinä on suoria lainauksia huomattavasti enemmän kuin lopullisessa pro gradu -työssä, minkä vuoksi jäljempänä on nojauduttu lähinnä selontekoon, *Kyllönen* (Kuvaileva selonteko).

[214] Tapahtumat kesältä 1984. *Kyllönen* (Kuvaileva selonteko) s. 16–17.

[215] Neuvottelutilanne kesällä 1984. *Kyllönen* (Kuvaileva selonteko) s. 18.

> »Tuomari kysyi, että pannaanko lapset yhteishuoltoon. Niin todettiin, että 'juu', muttei se sitä meille kyllä yhtään selvittänyt, kun ei kysyttykään, mitä se tarkoittaa.»[216]

Lainaukset antavat muun ohessa kaunistelemattoman kuvan arkielämän päätöksenteon rationaalisuudesta. Niiden perusteella näyttää myös siltä, että ulkopuolisten vaikutus korostui etenkin tilanteissa, joissa asianosaisilla itsellään ei ollut vahvoja intressejä asiassa.[217] Samalla *Kyllösen* haastatteltavat vahvistivat ulkomaisissakin tutkimuksissa esitetyn havainnon, jonka mukaan yhteishuoltoa käytetään myös kompromissiratkaisuna.[218] Kompromissin syntymistä ovat ulkopuoliset tahot voineet olla edistämässä, kuten seuraavassa tilanteessa:

> »Se lähinnä tuli, koska mies olisi halunnut lapsista jomman kumman itsellensä, tai molemmat. Minä en suostunut siihen. Asianajajat neuvotteli yhteishuollon. Silloinhan on yhtäläinen oikeus vaikuttaa lasten – myöskin kasvatukseen ja näihin päätöksiin, mitä tässä tulee.»
> – sama haastateltava jatkaa –
> »Kyllä siinä meni jonkin verran aikaa – toinen siinä kaiken aikaa yritti, että hänelle vaan jompi kumpi. Oletan, että se oli pakon sanelema, tämä yhteishuolto.»[219]

Kymmenen vuotta myöhemmmin paineet yhteishuollosta sopimisesta näyttäisivät kasvaneen. Tähän viittaa ainankin vuodelta 1996 peräisin oleva *Kirsti Hämäläisen* julkaisematon pro gradu -tutkielma. Hän on seurannut sovitteluneuvotteluja, joita on käyty sen jälkeen, kun sosiaalityöntekijät ovat

---

[216] Kyseinen tilanne oli tapahtunut kesällä 1985. *Kyllönen* (Kuvaileva selonteko) s. 18.

[217] *Kyllönen* arvioi tilannetta yksityiskohtaisemmin. Hän totesi, että vanhemmat eivät usein osanneet kertoa syytä nopealle ensimmäiseen mielikuvaan perustuvalle päätökselleen. Joskus yhteishuoltoon turvauduttiin, jotta huoltoasia saataisiin pois päiväjärjestyksestä. Olen tulkinnut tämän niin, että vanhemmilla ei ollut joko omiin tai lapseen liittyviin syihin perustuvia vahvoja yksinhuoltoa koskevia intressejä huoltoasiassa. Ks. lähemmin *Kyllösen* omaa tulkintaa yhteishuoltoratkaisuun päätymisen syistä (pro gradu) s. 32–33.

[218] Ks. esim. *Phear – Beck – Hauser – Clark – Whitney* (Journal of Psychiatry & Law 1983 s. 419–440, etenkin s. 439: »We find that joint legal custody differs from sole legal custody in that it almost always results from a negotiated settlement. Of the 109 JOINT cases, only 17 represented original petitions for joint legal custody; the other 92 were originally petitions for sole custody». *Pearson – Thoennes* (Amer.J.Orthopsychiat. 1990) s. 233 alk. etenkin s. 240.

[219] Haastattelun kohteena olleet tapahtumat olivat kevätkesältä 1984. *Kyllönen* (Kuvaileva selonteko) s. 18. Ks. myös s. 20.

saaneet tuomioistuimelta selvityspyynnön. Sosiaalityöntekijät olivat itse valinneet sellaiset kohdetapaukset, joissa neuvottelutulokseen uskottiin päästävän. He pitivät yhteishuoltoa parempana ja itse asiassa ainoana mahdollisuutena. Vaihtoehtona he esittivät »lausunnon» antamista tuomioistuimelle, mikä sitten osoittautuikin selkeäksi painostuskeinoksi.

> »(E)li meil on tässä nyt kaks väylää edetä tässä asiassa...
> Et lausuntotie on yks, se on vähän erilainen kaavake, joka me annetaan oikeudelle, ja todennäköisesti mä luulen ja N (toinen sosiaalityöntekijöistä, K.K-S.) on samaa mieltä, et se siinä tullaan sanomaan, että se on yhteishuolto ja oikeus päättää sen mukaan, mitä me annetaan lausunto. Toinen tie on se, että te teette sopimuksen ja tuota allekirjoitatte, siinä on ne kolme kohtaa, asuminen, tapaaminen ja huoltajuus molemmille, tai on siinä useampi kohta, mutta me tullaan laittaan ruksi siihen, että huoltajuus molemmille ja te allekirjoitatte.»[220]

Vanhempia suostuteltiin näin sopimaan yhteisestä huoltajuudesta, koska lopputulos olisi oikeudenkäynnin jälkeen joka tapauksessa sama. Tämän voidaan olettaa pitävän paikkansa niiden tapausten valossa, joita olen itse aikaisemmin tarkastellut toisessa yhteydessä. Näissä vuodelta 1989 ja 1990 peräisin olleissa tapauksissa yhteishuolto määrättiin tuomioistuimessa varsin kategorisesti vanhemman ja jopa molempien vanhempien vastustuksesta huolimatta.[221]

Voidaan siis olettaa, että varsinkin niissä tapauksissa, joissa vanhemmilla ei ole ollut selvää kantaa asiaan, sosiaalityöntekijöiden tai lakimiesten vaikutus sopimuksen sisältöön on voinut olla huomattava. Lisäksi näyttäisi siltä, että yhteistä huoltoa on varsinkin sosiaalityöntekijöiden piirissä alettu suosia lain voimassaolon aikana yhä enemmän, mikä on todennäköisesti osaltaan vaikuttanut yhteishuollon yleistymiseen. Kaiken kaikkiaan vanhempien yhteinen huolto on kuitenkin yleistynyt niin huomattavasti, että esimerkiksi juuri sosiaalityöntekijöiden vaikutus ei voi sitä yksin selittää. Ilmeistä on, että kokemusten karttuessa asenteet ovat yleisestikin muuttuneet yhteishuollolle suopeammiksi.

---

[220] *Hämäläinen* (pro gradu) s. 71–72. Sovitteluun jouduttiin äidin vaatiessa yksinhuoltoa. Lähemmin tästä jäljempänä kohta 4.6.7.3. (Miksi äidit vastustivat yhteishuoltoa?).

[221] Ks. *Kurki-Suonio* (Turunen 1992) s. 167–171. Mainitut tapaukset eivät sisälly myöhemmin esiteltävään hovioikeusaineistoon, vaan liittyivät sen eräänlaiseen esitutkimukseen.

4.5.3.3. Yhteishuollosta oikeuskäytännössä

Siitä, millaiseksi suomalainen yhteishuoltomalli on alkuvuosien jälkeen muodostunut tuomioistuimien tulkinnoissa ei ollut saatavissa valmiita selvityksiä. Korkeimman oikeuden lapsenhuoltolakiin perustuvista ennakkotapauksista ei myöskään saatu johtoa tähän kysymykseen, sillä tapaukset ovat harvalukuisia ja liittyvät yleensä melko poikkeuksellisiin olosuhteisiin. Tällaisia ovat olleet päätöksen hakeminen toisen vanhemman ulkomaillemuuton varalta (KKO 1986 II 104), huostaanotetun lapsen huollon määräämiseen liittyvä menettely (KKO 1987:82), toisen vanhemman kuoleman aiheuttama ongelma lapsen huollossa (KKO 1988:29, 1988:53 ja 1998:66) tai vanhemman velvoittaminen tapaamisiin (KKO 1991:36). Ennakkopäätös (KKO 1995:72) liittyy tosiasiaseikastonsa puolesta kaikkein eniten tavallisiin »massaratkaisuihin», mutta siinäkin korkeimman oikeuden päähuomio kiinnittyi ratkaisun huonoon perustelemiseen.[222]

Jotta saataisiin käsitys siitä, millaiseksi suomalainen yhteishuoltoa koskeva ihannetulkinta on muodostunut käytännössä, oli siis kerättävä oma aineisto. Kokoavasti todeten syyt tähän olivat seuraavat: Ensinnäkin laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta jätti niin viranomaisille kuin vanhemmillekin huomattavan paljon vapaata harkintavaltaa lapsen edun tulkinnassa. Toiseksi oikeuskirjallisuudessa tulkinnoista ei ollut syntynyt sellaista selkeää yksimielisyyttä, jonka olisi voinut olettaa ilman muuta heijastuvan tuomioistuinkäytäntöön. Kolmanneksi asiasta ei ollut arvovaltaisia ennakkopäätöksiä. Tämä tavallaan seurasi jo asian luonnosta: koska lapsen etua on määrä tulkita yksilöllisesti lapsen muuttuvat olosuhteet huomioon ottaen, ei lapsen edusta tarkkaan ottaen edes voisi syntyä sellaisia ennakkotapauksia, joilla olisi yleisempää merkitystä. Neljänneksi voidaan vielä todeta, että aiheesta ei ollut olemassa julkaistuja selvityksiä, mutta että vanhempien tekemien sopimusten osalta oli viitteitä siihen suuntaan, että viranomaisten tulkinnat olivat muuttuneet yhteishuoltoa suosivimmiksi.

---

[222] KKO:n ennakkopäätöksien KKO 1997:16 ja KKO 1997:201 otsikoissa mainitaan lapsen huolto ja tapaamisoikeus. Korkeimmassa oikeudessa ratkaistavana olevat kysymykset ovat molemmissa tapauksissa kuitenkin liittyneet lapsen elatukseen. Tässä yhteydessä ei myöskään ole käsitelty lapsen palauttamista koskevia ennakkopäätöksiä Haagin lapsikaappaussopimuksen perusteella. Palauttamista koskevassa päätöksessähän ei nimenomaisesti oteta kantaa lapsen huoltoa koskevan asian ratkaisemiseen. Ks. lähemmin *Helin – Linna – Rintala* (1997) s. 323 alk.

4.6. Yhteishuollon ihanne hovioikeusaineiston valossa

4.6.1. Aineiston kuvaus

Suomalaisen yhteishuoltoa koskevan lapsen edun tulkintaihanteen tarkentamiseen tarvittiin ennen muuta selvitystä tuomioistuinten käyttäytymisestä riitaisissa tapauksissa, joissa ratkaisu jää viranomaisille ja joissa ratkaisu myös oli perusteltava avoimesti. Juuri riitaisissa tapauksissa tuomioistuimet tekevät tulkintoja lapsen edusta. Nämä tulkinnot ilmentävät puolestaan keskeisellä tavalla oikeusjärjestelmässä vallitsevaa näkemystä lapsen edusta.

> Vaikka riitaisten tapausten lukumäärä huoltoa koskevien ratkaisujen kokonaismäärään verrattuna on erittäin pieni, voidaan tästä huolimatta olettaa, että ne ohjaavat myös sopimuskäytäntöä. Vaikka suurella yleisöllä ei olisikaan aina oikeata käsitystä siitä, miten huoltoriitoja tuomioistuimessa ratkaistaan, on asioita hoitavilla asianajajilla tai yleisillä oikeusavustajilla tämäntyyppistä kokemusta käytettävissään. Tuomioistuinkäytäntö voi heijastaa yleisiä ratkaisutrendejä myös muulla tavalla. Kuten edellä on esitetty, sosiaaliviranomaisilla on merkittävä rooli sekä huoltoriitoja koskevien selvitysten laatijoina että sovittelijoina ja avustajina lapsen huoltoa koskevia sopimuksia laadittaessa. On oletettavaa, että tuomioistuinten saamat selvitykset ja erityisesti niihin sisältyvät ratkaisusuositukset heijastavat samanlaisia näkemyksiä lapsen edun tulkinnasta, joilla ohjataan lapsen huoltoa koskevan sopimuksen laatimista ja joita silmälläpitäen sopimus vahvistetaan tai jätetään vahvistamatta.[223]

Koska riitaisia ratkaisuja on vaikeata löytää tarpeeksi alioikeuksista lukuisien riidattomien joukosta, kerättiin aineisto hovioikeuksista. Tavoitteena ei siis ollut varsinaisesti hovioikeuskäytännön selvittäminen – hovioikeudet itse asiassa muuttivat alioikeuksien ratkaisuja melko harvoin – vaan tavanomaisten riitajuttujen luonnehtiminen ja analysointi. Hovioikeudet toimivat tässä ikään kuin keinona riitaisten lapsen huoltoa koskevien juttujen löytämiseksi. Hovioikeuksista valittiin Helsinki, Turku ja Kouvola, joista aineisto oli helposti kerättävissä ja edusti kuitenkin riittävän kattavasti maan eri osia. Koska tavoitteena ei varsinaisesti ollut oikeuskäytännön tarkka numeerinen selvitys vaan kvalitatiivisen kuvan saaminen yhteishuollon ihanteen toteutumisesta käytännössä, ei aineiston tarkka edustavuus ollut tarpeen.

---

[223] Ks. edellä esitetty sitaatti *Hämäläisen* pro gradu – tutkielmasta, kohdassa 4.5.3.2. (Miten vanhemmat päätyvät yhteishuoltoon?), ks. myös *Ketonen – Koski – Gottberg* (DL 1991) s. 744–745.

Helsingin, Turun ja Kouvolan hovioikeuksien päätöksistä kerättiin vuosilta 1992–1993 yhteensä 163 päätöslyhennelmää.[224] Näistä varsinaisen aineiston ulkopuolelle jätettiin tapaukset, joissa riidan osapuolina eivät olleet lapsen vanhemmat tai joissa lapsi oli huostaanotettu tai sijoitettu yksityisesti, yhteensä 14 tapausta. Varsinaiseen aineistoon tuli näin yhteensä 149 tapausta, joiden voitiin arvioida antavan melko luotettavan kuvan lapsen huoltoa koskevasta oikeuskäytännöstä. Yksityiskohtaisemmassa tarkastelussa näistä jouduttiin kuitenkin vielä poistamaan kolme tapausta. Yksi osoittautui väliaikaiseksi määräykseksi, ja kahdessa muussa vanhemmat olivat päässeet hovioikeusvaiheessa sovintoon, jonka hovioikeus oli vain vahvistanut. Ratkaisut eivät olleet muihin nähden vertailukelpoisia.[225] Lopullinen aineisto koostui siis 146 tapauksesta.

Vaikka aineisto ei ollutkaan edustava koko maata ajatellen, voitiin sitä pitää kuitenkin vertailukelpoisena aikaisempiin selvityksiin nähden, joista lähinnä on mainittava *Markku Helin*in 1970-luvulla julkaisema, edellä useasti mainittu tutkimus.[226] Kiinnostava näkökohta juuri mainittuun tutkimukseen oli esimerkiksi se, miten yhteishuollon mahdollisuus olisi vaikuttanut huoltovastuun jakautumiseen sukupuolten välillä riitaisissa tapauksissa. Aikaisemminhan oli todettu, että tuomioistuimet uskoivat huollon yhtä usein isille kuin äideillekin, vaikka asianosaisten yhteneväisten ehdotusten perusteella huolto määrättiinkin äideille valtaosassa tapauksia.[227] Sukupuolijakautuma huoltoa koskevissa ratkaisuissa ilmentäisi todennäköisesti jollain tavalla vallitsevia vanhemmuuden sukupuolirooleja. Tarkastelukohteita ei haluttu kuitenkaan määritellä sitovasti etukäteen, vaan pidettiin tärkeänä sitä, että aineistosta mahdollisesti esiin tuleville uusillekin näkökohdille olisi tilaa.

---

[224] Aineisto kerättiin toisaalta Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitokselle toimitetuista hovioikeuksien päätöslyhennelmistä ja toisaalta Turun yliopiston hovioikeustapausrekisteristä. Aineisto koottiin loppusyksyllä 1993 ja alkukeväästä 1994. Tapaukset olivat peräisin vuoden 1992 alusta alkaen ja niitä koottiin niin monta, että määräksi tuli kunkin hovioikeuden osalta runsaat 50 päätöstä, joista eri poistojen jälkeen toivottiin saatavan noin 50 tapausta hovioikeutta kohti. Aineiston keruun suoritti antamieni ohjeiden perusteella tutkimusavustaja OTK (sittemmin OTL, VT) *Petri Oulasmaa*. Luettelo hovioikeusratkaisuista on liitteenä.

[225] Em. oli tullut hovioikeuteen sen vuoksi, että asiaan osallinen oli valittanut päätöksestä olla hyväksymättä tyytymättömyyden ilmoitusta päätökseen. Väliaikaisesta määräyksestä ei LapsHL 17.2 § perusteella voi valittaa. Ratkaisut olivat Turun HO 26.8.1992 S 92/684 ja 25.8.1993 S 93/177 sekä Helsingin HO 19.8.1992 S 91/600.

[226] *Helin* (1974).

[227] Ks. edellä kohta 3.2.2. (Isien syrjintä lasten huollon määräämisessä).

Keskeisenä tarkastelun kohteena oli myös yhteishuollon ensisijaisuuden tulkinta tuomioistuimissa. Pitäisivätkö tuomioistuimet *Savolaisen* tapaan yhteishuoltoa aina ensisijaisena vaihtoehtona vai pelkästään vaihtoehtona? Mikäli yhteishuollolle annettaisiin ensi sija, miten ehdottomana tai voimakkaana se ilmenisi ajatellen erityisesti yhteishuollon määräämistä vastoin toisen vanhemman tahtoa.

Niukkoja ratkaisuperusteita täydentämään sekä sosiaalilautakuntien roolia selvittämään hankittiin myöhemmin vielä erikseen sosiaalilautakuntien selvityksiä. Näitä pyydettiin jokaisesta hovioikeudesta noin 20. Ne melko harvat tapaukset, joiden voitiin päätellä sisältävän muiden asiantuntijoiden kuten lastenpsykiatrien lausuntoja, luettiin näiden tapausten joukkoon. Kaikki pyynnön kohteena olevat tapaukset eivät sisältäneet sosiaalilautakunnan selvitystä, tai se jäi puuttumaan muusta syystä. Selvitys saatiin kaikkiaan 55 tapauksesta.[228] Näiden valossa tarkasteltiin myös erikseen lapsen mielipiteen selvittämistä ja sen merkitystä asian ratkaisun kannalta.

4.6.2. Miten lapsen huoltoa koskeva riita on muuttunut yhteishuollon vuoksi?

Riitta Kyllösen tutkimuksen perusteella voitiin päätellä, että yhteishuolto on auttanut vähentämään huoltoa koskevia riitoja. Jos toinen lasten vanhemmista ei muuten voinut hyväksyä lasten sijoittamista toisen vanhemman pääasialliseen huoltoon, saattoi huollon yhteisyys tehdä ratkaisusta helpommin hyväksyttävän.[229] Äiti tai isä pysyi silloin edelleenkin huoltajana, ja hänellä säilyi oikeus ottaa osaa lapsia koskevaan päätöksentekoon.

> *Kyllönen* totesi, että yhteishuoltoa halusi useimmiten isä, koska tämä katsoi, että ei voisi kuitenkaan saada lapsia luokseen asumaan. Tämä toteamus sai vahvistusta nyt kerätystä aineistosta, jossa isät useimmiten esiintyivät yhteishuoltoa vaativina osapuolina, kuten myöhemmin käy ilmi. Toisaalta taas niissä harvoissa tapauksissa, joissa lapsi asui isän luona, saattoi yhteishuollolla olla äidin kannalta aivan erityistä merkitystä. *Kyllönen* mainitsi esimerkkinä tapaukset, joissa äidin yksinhuollossa ollut lapsi muutti omatoimisesti isän luokse. Tilanne saattoi olla vanhemmille hämmentävä, sillä nämä eivät voineet aina olla var-

[228] Tapaukset, joista oli käytettävissä sosiaalilautakunnan selvitys, on merkitty hovioikeustapausten luetteloon. Sosiaalilautakuntien selvitysten keräämisen suoritti antamieni ohjeiden perusteella oik.yo (sittemmin OTK) *Riitta-Sisko Kekkonen.*

[229] Pääasiallisella huoltajalla tarkoitetaan yhteishuoltajaa, jonka luona lapsi asuu erillisen määräyksen perusteella ja joka siis pääasiallisesti vastaa lapsen päivittäisesti huollosta.

> moja lapsen päätöksen pysyvyydestä. Samalla luopuminen huollosta kokonaan oli erityisesti äideille vaikea ratkaisu. Vanhemmat kokivat, että yhteishuolto oli näissä tilanteissa erityisen tervetullut vaihtoehto.[230]

Lapsen huoltoa koskevat tuomioistuinriidat ovat uuden lain myötä tulleet monipuolisemmiksi kuin ne olivat ennen lapsenhuoltolakia, jolloin vanhemmat riitelivät pelkästään siitä, kumpi saisi sekä huoltajan statuksen että lapset luokseen. Uusi laki on tehnyt mahdolliseksi yksinomaan huollon muotoa koskevat riidat. Nyt analysoidussa hovioikeusaineistossa noin 45 %:ssa tapauksista (66/146) riidan aiheena olikin pääasiassa huollon muoto: tulisiko lapsi (tai lapset) määrätä yksin sen vanhemman huoltoon, jonka luona lapsi tulee asumaan, vaiko molempien vanhempien yhteiseen huoltoon. Lopuissa tapauksissa riidan pääkohteena oli lapsen asuinpaikka. Osa vanhemmista (17 %, 25/146) päätyi kuitenkin joko alun perin tai sitten riidan kuluessa yhteishuoltoon, jolloin viimeisessä vaiheessa riidan kohteena oli pelkästään lapsen asuinpaikka. Suurimman yhtenäisen ryhmän (noin 38 %, 55/147) muodostivat silti ne tapaukset, joissa riidan kohteena oli pääasiassa yksinhuolto: molemmat vanhemmat halusivat olla yksin lapsen välittömänä huoltajana. Nämä tapaukset muistuttivat siten niitä huoltoriitoja, joita käytiin ennen lapsenhuoltolain voimaantuloa.

> Osapuolten vaatimukset ilmenivät erityisesti hovioikeuksissa esitetyistä vaatimuksista. Joissakin tapauksissa tämä jäikin ainoaksi informaatioksi. Useimmiten vaatimuksia ja niissä tapahtunutta kehitystä voitiin seurata seikkaperäisemminkin. Jos alioikeuspäätöstä oli referoitu laajemmin kuin vain päätöksen sisällön osalta, oli joko pöytäkirjasta tai perusteluista nähtävissä usein myös alkuperäinen tilanne mukaan lukien mahdollinen aikaisempi päätös tai sopimus lapsen huollosta. Joissakin tapauksissa vanhempien kannat ilmenivät myös sosiaalilautakuntien selvityksistä. Vaatimuksia oli myös eri yhteyksissä ja ne saattoivat muuttuakin riidan aikana.[231]

Johtopäätöksenä voidaan todeta, että vaikka yhteishuolto uutena erilaisena vaihtoehtona on todennäköisesti auttanut monia vanhempia ratkaisemaan sopimuksin lasten huollon järjestämisen yhteiselämän purkautuessa, se on selvästi muodostunut myös uudenlaiseksi riidan kohteeksi. Tilanteissa, joissa vanhemmat ovat yksimielisiä lapsen asuipaikasta, voidaan riidellä vielä

---

[230] *Kyllönen* (Kuvaileva selvitys) s. 19–32. Eräänlaisen paralleeliryhmän näille tapauksille muodostivat jäljempänä esiteltävät vaikeasti luokiteltavat tapaukset, joissa äiti ei tyytynyt yhteishuoltoon, vaan taisteli yksinhuollosta.

[231] Tästä lähemmin etenkin kohdassa 4.6.5.4. (Asumisesta riitelevät yhteishuoltajat ja yhteishuoltoa koskeva yksimielisyys).

siitä, tulisiko lapset määrätä yksin toisen vai molempien yhteiseen huoltoon – ja näin myös tehdään.

4.6.3. Aineiston luokitus

Erityyppiset lapsen huoltoa koskevat riidat luokiteltiin riidan kohteen ja lopputuloksen perusteella. Tapauksista erotettiin ne, joissa jompikumpi vanhemmista oli joko määrätty vasten tahtoaan yhteishuoltajaksi tai jäänyt yhteisen huollon ulkopuolelle, vaikka oli esittänyt tätä koskevan vaatimuksen. Näitä tapauksia kutsutaan jäljempänä yksinkertaisesti pakko*yhteis*huolloiksi tai vastaavasti pakko*yksin*huolloiksi. Useimmissa näistä tapauksista riidan kohteena oli lopulta pelkästään huollon muoto. Lapsen asumisesta vallitsi alun perinkin yksimielisyys tai yksimielisyys muodostui riidan kuluessa.

Loput tapaukset voitiin luokitella kahteen ryhmään. Ensimmäiseen kuuluivat ne tapaukset, joissa vanhempien vaihtoehdot olivat karkeasti ottaen kaikki tai ei mitään. Lapset uskottiin yksin toiselle vanhemmalle, mutta toiselle vanhemmalle ei sen vähempi olisi myöskään riittänyt. Näille vanhemmille yhteishuolto ei ollut vaihtoehto. Nämä tapaukset muistuttivatkin siksi niitä huoltoriitoja, joita käytiin ennen lapsenhuoltolakia. Sen vuoksi niitä nimitetään jäljempänä klassisiksi huoltoriidoiksi. Tämä ryhmä oli lukumäärältään aineiston ylivoimaisesti suurin.

Viimeinen ryhmä muodosti tavallaan vastakohdan edelliselle. Siihen kuuluville vanhemmille oli jo alun perin tai myöhemmin riidan kuluessa muodostunut yhteisymmärrys yhteisen huollon jatkumisesta. He eivät kuitenkaan päässeet yksimielisyyteen siitä, kenen luona lapsi tai lapset asuisivat. Näitä riitoja nimitettiin yhteishuoltajien asumisriidoiksi.

Aineiston luokitus muodostui siis tiivistettynä seuraavaksi:

> A Pakkoyhteishuoltotapaukset, joissa yhteinen huolto oli määrätty vastoin toisen vanhemman tahtoa, yhteensä 28 tapausta.
> B Pakkoyksinhuoltotapaukset, joissa huolto oli uskottu yksin toiselle, vaikka toinen vanhemmista oli vaatinut yhteistä huoltoa, yhteensä 38 tapausta.
> C Klassiset huoltoriidat, joissa yhteishuolto ei esiinny realistisena vaihtoehtona, yhteensä 55 tapausta.
> D Yhteishuoltajien asumisriidat, joissa vanhemmat olivat päätyneet yhteishuoltoon, mutta eivät päässeet yhteisymmärrykseen lapsen asuinpaikasta, yhteensä 25 tapausta.[232]

[232] Aineiston jakaminen luokkiin oli vaativa vaihe ja muutoksia luokasta toiseen jouduttiin tekemään vielä myöhemminkin, kun tapaukset tulivat tutummiksi. *Riitta-Sisko Kekkosen* apu oli tässä työssä olennainen.

Edelläolevasta luokituksesta jäi tavallaan puuttumaan ryhmä, jossa riidan kohteena olisi ollut sekä huollon muoto että lapsen asuinpaikka. Näitä tapauksia ei ollut kovinkaan paljon, mikä vaikutti siihen, että oman luokan luominen niitä varten ei ollut järkevää. Tapaukset sijoitettiin muihin luokkiin. Tämä yleensä onnistuikin hyvin, sillä luokittelussa pyrittiin selvittämään riidan pääkohde ottaen erityisesti huomioon se, minkälaiseksi se muodostui hovioikeusvaiheessa, ja pitäen toisaalta silmällä myös toissijaisia vaatimuksia sekä tapauksen kokonaisvaikutelmaa. Näin riidan kohdetta oli mahdollisuus rajata ja samalla vähentää eri luokkien määrää ja parantaa aineiston hallittavuutta.

> Tämäntyyppinen luokitus tekee luonnollisesti väkivaltaa tapausten alkuperäisille lähtökohdille kuten koko luokitus ylipäätään. Voidaan huomauttaa esimerkiksi, että se, mistä asiaan osallinen valittaa hovioikeuteen, ei välttämättä ole hänen pääasiallinen intressinsä kohde, vaan taustalla saattaa olla taktinen veto siihen suuntaan, joka ensimmäisen oikeusasteen jälkeen näyttää suotuisimmalta. Asiaan osalliset saattavat kuitenkin vaatia ensimmäisessä vaiheessa myös »varmuuden vuoksi» enemmän kuin se tulos olisi, mihin he olisivat tyytyväisiä. Näin ollen alkuperäiset vaatimuksetkaan eivät välttämättä vastaa aina asiaan osallisten todellisia tavoitteita. Edellä kuvattu luokittelutapa oli eräänlainen kompromissi, jolla riidan kulkua arvioimalla saatiin tapaukselle painopiste, ja sen perusteella suoritettiin varsinainen luokitus. Suurin osa tapauksista jakaantui tällä tavoin vaikeuksitta edellä mainittuihin luokkiin.

Sekä huollon muodosta että asumisesta oli kuitenkin kyse pienessä (neljä tapausta), mutta jokseenkin selväpiirteisessä ryhmässä, jossa toinen vanhemmista taisteli tinkimättä sekä huollon muodosta että asumisesta. Koska tuomioistuin määräsi lapset näissä tapauksissa yhteishuoltoon vastoin toisen vanhemman tahtoa, ne luettiin pakkoyhteishuoltojen luokkaan.[233] Tapaukset olivat luokassaan poikkeuksellisia sen vuoksi, että yhteishuoltoa ei niissä vastustanut lapsen kanssa asuva vanhempi, kuten tavallisesti oli asian laita. Näissä huollon määräämistä pelkästään yksin itselleen vaati lapsesta riidan aikaan erillään asunut vanhempi, joka kolmessa tapauksessa oli äiti ja yhdessä isä. Tuomioistuimen päätöksellä yhteiseen huoltoon pakotettiin näissä neljässä tapauksessa siis lasta tapaava vanhempi, jolle yhteishuollosta ei sinänsä tuntuisi olevan mitään haittaa. Koska luokittelun kriteeriksi oli valittu ni-

[233] Turun HO 7.2.1992 S 91/1069, Turun HO 15.10.1992 S 92/745, Kouvolan HO 10.6.1992 S 92/175 ja Turun HO 19.8.1993 S 93/311.

menomaan vanhemman suhtautuminen yhteishuoltoon, oli johdonmukaista lukea nämäkin neljä tapausta pakkoyhteishuoltotapausten joukkoon.[234]

> Yhdessä edellä mainituista tapauksista lapsi oli olosuhteiden muututtua jäänyt isän luokse. Muuttunut asuinpaikka oli vahvistettu alioikeuden päätöksellä, jossa huolto samalla muutettiin yhteiseksi. Myöhemmin äidin olosuhteiden parannuttua hän halusi tavallaan aiemman oikeustilan palautettavaksi. Oikeus kuitenkin katsoi lapsen olosuhteiden tällä välin vakiintuneen (Kouvolan HO 10.6.1992 S 92/175). Toisessa tapauksessa (Turun HO 15.10.1992 S 92/745) äiti taisteli sinnikkäästi yksinhuollosta, vaikka 12 vuotta täyttänyt lapsi itse oli ilmaissut halunsa asua isänsä luona, ja lapsen asuinpaikka vaikutti näin selvältä jo ennakkoon.[235]

Pakko*yksin*huoltoihin luettiin myös kahdeksan sellaista tapausta, joissa yhteishuoltoa (turhaan) vaatinut vanhempi vaati samalla myös lasta asumaan luokseen. Näissä tapauksissa alioikeus oli jo uskonut lapsen huollon yksin toiselle vanhemmalle. Tapauksia arvioitaessa katsottiin, että hovioikeusvaiheessa esitetty asumista koskeva vaatimus oli luonteeltaan lähinnä taktinen ja sen tarkoituksena oli tukea yhteistä huoltoa koskevaa vaatimusta. Arveltiin siis, että muutoksenhaun pääasiallinen tavoite olisi ollut huollon muuttuminen yhteiseksi. Tapaukset luokiteltiin siten pakkoyksinhuolloiksi.

Muina esimerkkeinä tapausten painopisteiden määrittelystä voidaan mainita muun muassa pakko*yhteis*huoltojen luokasta kaksi tapausta, joissa tapaava vanhempi vaati lasta asumaan luokseen vielä hovioikeusvaiheessa pääasiallisen huoltajan vastustaessa alioikeuden määräämää yhteistä huoltoa. Vastaavasti asumisesta riitelevien yhteishuoltajien luokassa esiintyi yhteishuollon ohella yksinhuoltoa koskevia vaatimuksia. Molempien vanhempien

---

[234] Ruotsin vuoden 1990 lainuudistuksessa tuotiin mahdollisuus määrätä yhteishuolto tuomioistuimen käsittelyssä, sellaisissa tapauksissa joissa toinen vanhempi ei ehdottomasti vastustaisi sitä. Tämä ruotsalainen (1.10.1998 jälkeen sivuutettu) tulkinta tuki myös tapausten liittämistä pakkoyhteishuoltojen luokkaan, sillä mainituissa neljässä tapauksessa lapsesta erotetut vanhemmat vaativat ehdottomasti huoltoa vain yksin itselleen. Ks. Ruotsia koskeva jakso, kohta 10.2. (Yhteishuollon edistäminen).

[235] Tapauksessa on yhtäläisyyksiä Helsingin hovioikeuden ratkaisun 13.10.1993 S 93/2101 kanssa. Siinä 17 vuotta täyttänyt poika määrättiin yksin isänsä huoltoon. Äiti oli vaatinut vielä hovioikeudessa huollon uskomista molemmille vanhemmille yhteisesti ja pojan määräämistä asumaan luokseen. Hovioikeus kuitenkin pysytti Helsingin raastuvanoikeuden aiemman päätöksen. Niukoissa perusteluissa on viitattu lapsen ikään. Onkin epätodennäköistä, että lähes täysi-ikäinen poika olisi määrätty toisen vanhemman luokse asumaan vastoin tahtoaan. Äidin sinnikkyyttä voi osaltaan selittää se, että äidin ammatiksi oli alioikeuden päätöksessä ilmoitettu kotiäiti. Edellä viitattiin myös *Kyllösen* havaintoon, jonka mukaan äitien oli joskus erityisen vaikea luopua huoltajan statuksesta.

edellytettiin tällöin kuitenkin tavalla tai toisella suostuneen yhteishuoltoon esimerkiksi vaatimalla toissijaisesti yhteishuoltoa tai olemalla vaatimatta yhteishuoltoa koskeneeseen päätökseen muutosta.

> Esimerkkinä luokitusvaikeuksista voidaan vielä mainita eräs tapaus, joka päätyi lopulta yhteishuoltajien asumisriitojen luokkaan, vaikka luokitus olisi voinut olla toinenkin, tai joka olisi ehkä voitu jättää jopa luokittelematta (Turun HO 28.12.1992 S 92/249). Tässä tapauksessa isä vaati muutettavaksi aikaisempaa päätöstä lapsen huollon uskomisesta yksin äidille. Alioikeus ei pitänyt aiemman päätöksen muuttamista kuitenkaan perusteltuna. Isä valitti hovioikeuteen ja vaati ensissijaisesti lapsen määräämistä yksin hänen huoltoonsa ja toissijaisesti yhteiseen huoltoon siten, että lapsi asuisi hänen luonaan. Hovioikeus muutti päätöstä siten, että lapsi määrättiin yhteiseen huoltoon, mutta asumaan äitinsä luokse. Kummankin vanhemman kotikunnan sosiaalilautakunta suositteli lapsen määräämistä asumaan omassa kunnassaan asuvan vanhemman luokse, ja molemmat lautakunnat suosittelivat lisäksi huollon määräämistä yhteiseksi. Erityisen hankalaksi luokittelun teki tässä tapauksessa se, että äidin kantaa yhteishuoltoon tai muuhunkaan ratkaisuun ei missään vaiheessa tuotu esille. Luokituksessa äidin suostuminen yhteishuoltoon oletettiin annetuksi – toisin kuin yleensä – lähinnä sen vuoksi, että molempien sosiaalilautakuntien suositusten vuoksi näkyvää vastustamista olisi voitu odottaa.[236]

Hankalia rajanvetoja ilmeni noin 10 prosentissa tapauksista, joista yllä mainittua voitiin pitää vaikeimpana.

4.6.4. Ensiratkaisut ja niiden muuttamista koskevat ratkaisut

Eräs tälle aineistolle tyypillinen piirre oli uusintariitojen yleisyys.[237] Koko aineistosta yli puolet (53 %) oli tapauksia, joista voitiin havaita, että saman lapsen huollosta oli annettu ennen kyseessä ollutta hakemusasiaa aiempi lainvoimainen tuomioistuinpäätös tai vahvistettu sopimus.

---

[236] Toisaalta minkäänlainen reagointi äidin osalta ei periaatteessa ollut tarpeellistakaan alioikeuden päädyttyä äidin yksinhuoltoa merkitsevän entisen määräyksen pitämiseen voimassa.

[237] On mahdollista, että juuri huollon muuttamista koskevissa asioissa osapuolet hakevat muutosta alioikeusratkaisuun herkemmin kuin muissa tapauksissa. Uusintariitojen yleisyys olisi siten nimenomaan hovioikeusaineistolle tyypillinen piirre. Toisaalta oikeustilastoihin merkityistä huoltoa koskevista asioista noin kaksi kolmannesta oli juuri aikaisemman ratkaisun muuttamista koskevia. Ks. edellä kohta 4.5.3.1. (Yhteisen huollon yleistyminen).

> Pieni osa näistä päätöksistä oli mahdollisesti avoliitossa asuneiden vanhempien keskenään tekemiä yhteishuoltoa koskevia sopimuksia. Uusintariitojen tarkastelusta suljettiin periaatteessa pois sellaiset tapaukset, joissa aiemmin oli sovittu vain yhteisestä huollosta, mutta ei lapsen asumisesta, sillä asumista koskevan määräyksen voitiin katsoa viittaavan vanhempien erillään asumiseen. Ei ole kuitenkaan mahdotonta, että asumista koskeva sopimuksen kohta on täytetty, vaikka vanhemmat ovatkin asuneet yhdessä. Tällaisissa tapauksissa sopimus on voinut tulla ikään kuin aiheettomasti otetuksi huomioon.

Uusintariitoja oli suhteellisen tasaisesti eri luokissa. Yhteishuoltoa koskevan tulkintaihanteen kannalta voidaankin pitää merkittävänä sitä, että uusintariitoja ei pakkoyhteishuoltotapausten joukossa ollut enempää kuin muissakaan luokissa. Pakkoyhteishuoltojen suhteellisen suurta määrää ei siis voida selittää pelkästään sillä, että tuomioistuimet olisivat haluttomia muuttamaan aiempia yhteishuoltopäätöksiä.[238]

Uusintariitojen erotteleminen ja käsitteleminen erillään ei aineiston valossa näyttänyt perustellulta. Tärkein syy oli se, että aineisto olisi hajoannut tällaista luokitusta käyttäen niin pieniin osiin, että yleistykset eivät olisi olleet mahdollisia. Selkeintä oli näin ollen käsitellä aiemman ratkaisun muuttamista koskevat tuomioistuinpäätökset yhdessä niiden päätösten kanssa, joissa käsiteltiin lapsen huoltoa koskevaa asiaa ensi kertaa. Tälle menettelylle voitiin myös osoittaa oikeudellinen peruste.

Lapsenhuoltolaissa helpotettiin lapsen huoltoa koskevan asian käsittelemistä uudelleen.[239] Muuttamisen edellytykseksi riittää, että olosuhteet ovat muuttuneet. Olosuhteiden muuttumisen ei tarvitse olla olennaista. Päätöksen muuttaminen on mahdollista myös, jos siihen on *muutoin aihetta* (LapsHL 12 §). Tarkoituksena olikin nimenomaisesti sallia päätöksen muuttaminen aina, kun se on lapsen edun kannalta perusteltua.

> Aikaisempien päätösten muuttamisen kynnyksen alentamista voidaan ehkä havainnollistaa käyttämällä hyväksi *Eekelaar*in teoriaa lapsen etuun liittyvistä eriasteisista tarpeista.[240] Jos vakiintuneiden olosuhteiden muutos aikaisemmin oli perusteltua lähinnä lastensuojelullisiksi katsottavista syistä, voidaan nykyisen lain katsoa edellyttävän muutosta

---

[238] Uusintariitoja oli pakkoyhteishuoltojen luokassa 45 %, pakkoyksinhuoltojen luokassa 53 %, klassisissa huoltoriidoissa ja yhteishuoltajien asumisriidoissa molemmissa 56 %.

[239] Ks. edellä kohta 2.2.5. (Huollosta erotetun vanhemman oikeudellinen asema).

[240] Englantia koskeva jakso, kohta 7.2.4. (Eekelaar ja lasten dynaaminen itsemääräämisoikeus).

> pelkästään siitä syystä, että lapsella on oikeus maksoimoida käytettävissään olevat resurssit kaikissa huoltoaan koskevissa tilanteissa.[241]

Lain perusteluissa viitataan tässä yhteydessä suoraan lain ensimmäisen pykälän osoittamiin periaatteisiin, lapsen tasapainoiseen kehitykseen ja turvallisuuteen, toisin sanoen niihin näkökohtiin, joihin tuomioistuimen tulee kiinnittää huomiota arvioidessaan lapsen etua huoltoa koskevaa ensiratkaisua tehdessään.[242] *Savolainen* toteaakin lapsen huoltoa koskevan päätöksen muuttamisesta, että

> »aikaisemman ratkaisun muuttamista koskeva harkinta ja siinä huomioon otettavat eri tekijät eivät periaatteessa millään tavoin poikkea tilanteesta, jossa huollosta ja tapaamisoikeudesta ensimmäisen kerran annetaan ratkaisu, joko sopimuksen vahvistaminen tai tuomioistuimen päätös».[243]

4.6.5. Tuomioistuimet ja yhteishuollon ihanne

4.6.5.1. Yhteisen huollon perusteleminen toisen vanhemman vastustaessa

Keskeistä hovioikeusaineistossa ilmenevän yhteishuollon ihanteen arvioimisen kannalta oli se, miten tuomioistuimet olivat päätyneet yhteiseen huoltoon niissä tilanteissa, joissa vanhemmat olivat olleet eri mieltä huollon muodosta. Nämä pakkoyhteishuoltoa koskeneet ratkaisut olivat syntyneet pääasiassa kolmella tavalla. Tavallisinta oli, että toinen vanhemmista, yleensä lapsen pääasiallinen huoltaja, valitti – siis turhaan – yhteishuoltoa koskeneesta alioikeuspäätöksestä hovioikeuteen ja vaati yhteishuollon muuttamista yksinhuolloksi.[244] Näiden lisäksi oli sellaisia huoltoa koskevia asioita, jotka alun

---

[241] Samantyyppisesti myös *Savolainen* (1984) s. 12 alk. Lastensuojelullisesta näkökulmasta lapsen huoltoa koskevassa ratkaisussa ks. esim. *Mnookin*, Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 3.3. (Mnookinin lapsen etu -kritiikki) ja *Coester* (1983) s. 138 alk.

[242] HE 224/82 s. 7, *Helin* (Mattila 1984) s. 118–119.

[243] *Savolainen* (1984) s. 229.

[244] Turun HO: 16.4.1993 S 92/1611, Kouvolan HO: 5.2.1992 S 91/563, 17.3.1993 S 93/47, 4.11.1992 S 92/402, Helsingin HO: 17.2.1993 S 92/1525, 17.6.1992 S 91/1763, 2.12.1992 S 92/933, 22.1.1992 S 91/1403, 29.1.1992 S 91/1459, 27.5.1992 S 92/105, 27.5.1992 S 92/95, 28.4.1993 S 92/1440, 24.2.1993 S 92/1459. Ks. vielä tapauksista, joissa valittajana oli alioikeuspäätöksen perusteella tapaavaksi vanhemmaksi jäänyt vanhempi, joka vaati hovioikeudessa huollon määräämistä yksin itselleen, edellä kohta 4.6.3. (Aineiston luokitus). Näistä kaksi perustui yhteishuoltoa koskevan alioikeusratkaisun valitukseen ja kaksi alkuperäiseen purkuhakemukseen.

perinkin oli pantu vireille nimenomaan yhteishuollon purkamiseksi.[245] Pakkoyhteishuoltoa koskeva ratkaisu saattoi joskus syntyä myös siten, että alioikeuspäätöksellä huollosta erotettu vanhempi, näissä tapauksissa isä, valitti hovioikeuteen ja vaati huollon palauttamista yhteiseksi, mikä sitten tapahtuikin äidin vastustuksesta huolimatta.[246]

Tuomioistuinten perusteluista kävi hyvin ilmi lapsen edun tulkinta, jonka mukaan yhteinen huolto oli selvästi ensisijainen vaihtoehto. Siihen tuli lapsen edun vuoksi päätyä, jos erityisiä syitä huollon yhteisyyttä vastaan ei ollut osoitettu olevan.

> »Oikeudelle ei ole esitetty seikkoja, joiden perusteella isä tulisi erottaa lasten huoltotehtävästä. Lasten etu vaatii yhteiseen huoltoon määräämistä.»[247]

> »Pääsääntöisesti lasten etua parhaiten vastaa huollon järjestäminen siten, että molemmat vanhemmat ovat yhdessä lastensa huoltajia. Yhteishuollon ensisijaisuuden periaate on voimassa siitä riippumatta, asuvatko vanhemmat yhdessä lasten kanssa vai ei, ja vanhemmat ovat velvollisia yhteistoimintaan lastensa huoltoa koskevissa kysymyksissä.»[248]

> »Lasten huoltoa koskeva asia on ratkaistava ennen kaikkea lasten edun mukaisesti. Lasten huollosta annetun lain tavoitteena on se, että lasten huollosta vastaavat molemmat vanhemmat yhteisesti.»[249]

> »Lähtökohtaisesti lapsen edun mukaista on, että hänet määrätään vanhempiensa yhteishuoltoon. Asiassa ei ole esitetty mitään syytä, miksi (lapsen nimi) ei voitaisi määrätä vanhempiensa yhteishuoltoon, ja siten hovioikeus pitääkin lapsen edun mukaisena vanhempien yhteishuoltoa.»[250]

> »Hovioikeus katsoo, etteivät kihlakunnanoikeuden toteamat riitaisuudet vanhempien välillä ole sellaisia, että ne olisivat esteenä yhteishuollolle. Lapsen edun mukaista on uskoa lapsen huolto molemmille vanhemmille yhteisesti. Näin ollen on aihetta muuttaa kihlakunnanoikeuden tekemää päätöstä lapsen huollosta.»[251]

---

[245] Ks. Turun HO: 7.12.1993 S 93/1275, 3.11.1993 S 93/1006, 19.8.1993 S 93/311, Kouvolan HO 9.12.1992 S 92/536, 12.8.1992 S 92/177, Helsingin HO: 25.11.1992 S 92/1244, 4.3.1992 S 91/1606, 8.7.1992 S 91/1621.

[246] Kouvolan HO: 24.3.1993 S 92/663, 1.4.1992 S 91/557, Helsingin Ho 25.11.1992 S 92/1244.

[247] Porin RO 12.10.1992, Turun HO 16.4.1993, S 92/1611.

[248] Tampereen RO 29.7.1993, Turun HO 7.12.1993 S 93/1275.

[249] Turun HO 3.11.1993 S 93/1006, alioikeuden päätöstä muutettu tältä osin.

[250] Kouvolan HO 24.3.1993 S 92/663. HO muutti näin alioikeuden yksinhuoltoa koskenutta ratkaisua.

[251] Kouvolan HO 1.4.1992 S 91/557.

»Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta asettaa ensisijaiseksi vaihtoehdoksi yhteishuoltajuuden, mikäli vanhemmat ovat huoltajiksi sopivia.»[252]

Edellä olevissa lainauksissa yhteishuollon lapsen edun mukaisuus on ilmaistu varsin yleisellä tasolla. Jonkin verran enemmän tapauksen ominaispiirteisiin viittasi tapa perustella huollon yhteisyyttä sillä, että näin turvattaisiin paremmin lapsen myönteiset ja läheiset suhteet kumpaankin vanhempaan.[253] Huollon yhteisyyden voitiin tällöin katsoa myös ikään kuin seuraavan siitä, että lapsella oli jo läheinen suhde molempiin vanhempiin.

»Kihlakunnanoikeus harkitsee oikeaksi, lapsen myönteisten ja läheisten ihmissuhteiden turvaamiseksi lapsen ja hänen vanhempiensa välillä, lapsen edun mukaisesti hyläten hakemuksen tältä osin, että lapsen huolto uskotaan molemmille vanhemmille yhteisesti sekä että lapsi asuu äitinsä luona.»[254]

»Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta lähtee siitä, että huollon tulee turvata myönteiset ja läheiset ihmissuhteet lapsen ja hänen vanhempiensa välillä.

Sosiaalilautakunnan lausunnon perusteella raastuvanoikeus katsoo selvitetyksi, että molemmilla vanhemmilla on lämmin ja läheinen suhde lapseen ja hyvät edellytykset toimia lapsen huoltajana.»[255]

»Asiantuntijaselvityksen mukaan lapsella on läheinen suhde molempaan vanhempaan. Yhteishuolto antaa yleensä paremmat edellytykset hyvän suhteen säilymiselle myös siihen vanhempaan, jonka luona lapsi ei asu. Tämän vuoksi yhteishuoltoa on pidettävä lapsen edun mukaisena asianosaisten keskinäisistä riitaisuuksista huolimatta.»[256]

Kaikki edellä olleet lainaukset edustivat kuitenkin niitä tapauksia, joissa tuomioistuin oli edes pyrkinyt perustelemaan yhteishuoltoon päätymistä kyseisessä tapauksessa. Vetoaminen yksinkertaisesti lapsen etuun ei sen sijaan kertonut enää siitä, miten tuomioistuin on tulokseensa tullut: oliko vain sovellettu kaavamaisesti yleistä sääntöä vai oliko tarkoituksena ollut myös arvioida yksittäistä tapausta.

---

[252] Helsingin HO 18.11.1992 S 92/1100 (alioikeusratkaisusta).

[253] Samoin *Savolainen*, ks. edellä kohta 4.5.2. (Yhteishuollon ihanne suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa).

[254] Helsingin HO 8.7.1992 S 91/1621 (alioikeuden ratkaisu).

[255] Helsingin HO 30.3.1992 S 92/933 (alioikeusratkaisu).

[256] Kouvolan HO 17.3.1993 S 93/47 (Lahden RO 3.12.1992) asiantuntijaselvityksellä tarkoitettiin sosiaalilautakunnan sekä kasvatus- ja perheneuvolan selvitystä.

»On lasten edun mukaista määrätä heidät molempien asiaan osallisten huoltoon.»[257]

Varsin yleisesti yhteistä huoltoa perusteltiin myös pelkästään sosiaalilautakunnan selvitykseen vedoten. Joskus perusteeksi kelpasi myös suora lakiteksti:

»Raastuvanoikeus katsoo, että asiassa esitetty näyttö huomioon ottaen molemmat vanhemmat ovat sinänsä sopivia lasten huoltajiksi. Huomioon ottaen lasten etu ja saatu asiantuntijaselvitys raastuvanoikeus on ratkaissut asian seuraavalla tavalla.»[258]

»Lapsen huollon tarkoituksena on turvata lapsen tasapainoinen kehitys ja hyvinvointi lapsen yksilöllisten tarpeiden ja toivomusten mukaisesti.[259]

Asiassa esitetyn selvityksen ja sosiaalilautakunnan lausunnon perusteella raastuvanoikeus katsoo, että on (lapsen nimi) edun mukaista määrätä hänet edelleen vanhempiensa yhteishuoltoon.»[260]

»Asia on ollut sosiaalilautakunnassa lausunnolla. Lautakunta on suosittanut asiassa lapsen huollon uskomista molemmille vanhemmille yhteisesti.»[261]

»Raastuvanoikeus katsoo ... selvitetyksi, että molemmat vanhemmat ovat sopivia lapsen huoltajaksi. Lapsella on oikeus molempiin vanhempiin. Sosiaalilautakunta on tekemässään selvityksessä erityisesti perustellut ja puoltanut yhteishuoltoa.

Asiassa ei ole esitetty sellaista selvitystä, jonka perusteella (isä) olisi erotettava lapsensa huollosta.»[262]

Siteerattuja tuomioistuinten perusteluissa esiintyneitä tulkintoja voidaan verrata niihin tulkintoihin, joita esiintyi lain perusteluissa, viranomaisohjeissa

[257] Kouvolan HO 5.2.1992, S 91/563 (alioikeusratkaisusta). Kaikkein lyhyimmät olivat ne kolme alioikeuspäätöstä, joissa viitattiin pelkästään lainkohtiin tai lapsenhuoltolakiin yleisesti. Ks. Kouvolan HO 4.11.1992, S92/402,

Helsingin HO 27.5.1992 S 92/95, Helsingin HO 21.10.1992 S 92/1016. Niukka dokumentointi kaiken kaikkiaan sai epäilemään, olisivatko asiaan osalliset jotenkin myöntyneet yhteiseen huoltoon alioikeudessa, mutta valittaneet kuitenkin myöhemmin hovioikeuteen. Tapauksissa Turun HO 19.8.1993, S 93/311, Turun HO 19.5.1993, S 92/1202 ja Kouvolan HO 12.8.1992 S 92/177 ratkaisun perusteluksi esitettiin pelkästään, että esitetty ei ollut antanut aihetta muuttaa aikaisempaa päätöstä tai sopimusta.

[258] Helsingin RO 9.9.1991, Helsingin HO 22.1.1992 S 91/1403.

[259] Kyseessä on suora lainaus LapsHL 1 §:stä. Samanlaista perustelutekniikkaa käytti myös Turun hovioikeus, joka pykäliin viittaamatta siteerasi lakitekstiä LapsHL 10 ja 11 §:stä (Turun HO 15.10.1992 S 92/745).

[260] Helsingin HO 29.1.1992 S 91/1459 (Helsingin RO 18.9.1991 H 91/515).

[261] Helsingin RO 2.12.1991, Helsingin HO 27.5.1992 S 92/105.

[262] Helsingin RO 14.10.1991, Helsingin HO 4.3.1992 S 91/1606.

ja oikeuskirjallisuudessa.[263] Tuomioistuimet näyttäisivät tällöin olevan tulkinnoissaan lähinnä *Savolaisen* esittämiä näkemyksiä. Niiden tavoin yhteishuoltoa pidettiin selvästikin ensimmäisenä tulkintavaihtoehtona, joskus sitä näytti pidetyn jopa ainoana tulkintana lapsen edusta.[264] Sitä vastoin *Gottberg*in näkemys, jonka mukaan lapsen huollon kaikkia muotoja olisi arvioitava tasaveroisesti, ei tapausten valossa saanut kannatusta.[265] Hallituksen esityksessä ilmenevistä lain perusteluista yhteishuoltoa koskeva tulkinta tuntui poikkeavan siten, että vanhempien yksimielisyyttä yhteishuollolle ei asetettu tulkinnan lähtökohdaksi.[266] Kun vastoin vanhemman kantaa määrättyä yhteishuoltoa pidettiin lain perusteluissa poikkeuksellisena ratkaisuna, hovioikeudet määräsivät tai pysyttivät yhteishuollon tällä tavoin selvästi useammin kuin joka viidennessä kaikista ratkaisemistaan tapauksista, mitä ei enää voi pitää poikkeuksellisena.

Erityisen kauas laissa ja oikeuskirjallisuudessa asetetuista tavoitteista hovioikeusaineiston päätösten perusteissa jäätiin edellä olevan mukaan kuitenkin siinä, että lapsen huoltoa koskevat ratkaisut vaikuttivat niiden valossa vain poikkeuksellisesti perustuvan yksilölliseen lapsen etuun. Lapsen etu oli perusteluissa ikään kuin kutistunut yhteishuoltoa koskevaksi pääsäännöksi.[267] Seuraavassa esimerkissä Riihimäen kihlakunnanoikeus onnistui kuitenkin perustelemaan itsenäisen ratkaisunsa arvioiden juuri kyseessä olevan lapsen etua lain periaatteiden valossa.

> Ennen varsinaisia perusteluja tuomioistuin totesi, että lapsi oli edellisen päätöksen perusteella muuttanut isänsä luokse asumaan ja huolto oli muutettu yhteiseksi. Äidin olosuhteet olivat edellisen päätöksen jälkeen muuttuneet sikäli, että äidin kyky hoitaa lasta oli palautunut. Myös isän olosuhteet olivat muuttuneet, sillä hän oli avioitunut ja perheeseen oli syntynyt uusi lapsi. Päätöksen kohteena olleen lapsen olosuhteet olivat muuttuneet siten, että lapsi oli aloittanut koulun isän kotipaikkakunnalla.
>
> »Kihlakunnanoikeus katsoo, että lapselle on tärkeätä säilyttää yhteytensä molempiin vanhempiinsa ja että vanhempien välillä vallitsee

---

[263] Ks. edellä kohta 4.5.2. (Yhteishuollon ihanne suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa).

[264] Ks. edellä Porin RO 12.10.1992, Turun HO 16.4.1993, S 92/1611 ja Tampereen RO 29.7.1993, Turun HO 7.12.1993 S 93/1275.

[265] Ainoastaan yhdessä alioikeusratkaisussa oli yhteishuoltoa perusteltu sillä, että se vanhemmista, jonka luokse lapset määrättiin asumaan, ei vastustanut yhteishuoltoa. Ratkaisua ei muutettu hovioikeudessa. Piikkiön KO 6.8.1991, Turun HO 7.2.1992 S 91/1069.

[266] Ks. edellä kohta 4.5.2. (Yhteishuollon ihanne suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa).

[267] On mahdollista ja jopa todennäköistä, että perusteluissa ei haluttu aina tuoda esiin ratkaisevia yksityiskohtia, vaan käytettiin kategorista perustelutapaa, joka näissä tapauksissa ymmärrettävästi liittyi yhteishuollon ensisijaisuuteen.

hyvä yhteistyö lapsen huoltoa koskevissa asioissa. Kihlakunnanoikeus katsoo, että lapsen asumisessa on oltava tietty jatkuvuus. Isän olosuhteissa ja lapsen olosuhteissa vanhempiinsa ei ole kihlakunnanoikeuden 14.8.1990 julistaman päätöksen jälkeen tapahtunut olennaisia muutoksia eikä pelkästään sosiaalilautakunnan perusteluissa mainittua äidin ja lapsen suhteen kehittämistä sekä lapsen toivomuksia voida pitää lapsen edun kannalta sellaisena perusteena, että määräystä lapsen asumisesta muutetaan.»[268]

4.6.5.2. Vanhempien keskinäiset erimielisyydet ja yhteishuolto

Silloin kun yhteishuoltoa ei pidetty mahdollisena, oli tuomioistuimien tavallisimmin käyttämä peruste vanhempien keskinäinen tulehtunut suhde. Tällöin *yksin*huolto voitiin siis määrätä vastoin toisen vanhemman vaatimusta. Seuraavassa poimintoja tuomioistuimien perusteluista yksinhuollon hyväksi. Ne osoittavat samalla, miten tuomioistuimet yksinhuoltoon päätyessäänkin lähtivät yhteishuollon ensisijaisuudesta.[269]

»Koska he (= vanhemmat K.K-S.) eivät pysty tyydyttävästi yhdessä toimimaan huoltajina, yhteishuolto ei ole lapsen edun mukaista.»[270]

»Lausunnon mukaan puolisoiden välinen suhde on tällä hetkellä niin ristiriitainen ja tulehtunut, ettei yhteishuollon edellyttämä käytännön asioiden hoito ja sopiminen onnistu. Sen perusteella, mitä asiassa on ilmennyt, tämä on myös muodostunut raastuvanoikeuden mielipiteeksi.»[271]

---

[268] Kouvolan HO 10.6.1992 S 92/175 (Riihimäen KO 12.2.1992 H 91/295).

[269] Myös lähes puolessa klassisiin huoltoriitoihin kuuluneista tapauksista (24/55) päätöstä perusteltiin sillä, että kyseisessä tapauksessa ei yhteishuollolle ollut edellytyksiä. Näin tehtiin, vaikka kumpikaan osapuoli ei ollut tehnyt yhteishuoltoa koskevaa toissijaistakaan vaatimusta eikä tapauksessa ollut siis muutakaan yhteishuoltoon viittaavaa, kuten aiempaa sopimusta tai päätöstä yhteisestä huollosta, esim. Turun HO 7.7.1993 S 93/518, Turun HO 13.5.1993 S 93/227, Kouvolan HO 28.10.1992 S 92/383, Kouvolan HO 26.8.1992 S 92/98, Kouvolan HO 18.8.1993 S 93/279, Helsingin HO 27.5.1992 S 92/260, Helsingin HO 17.6.1992 S 92/583.

[270] Turun HO 15.9.1992 S 92/697, joka muutti Porin RO:n päätöstä 1.4.1992. Tapauksessa sosiaalilautakunta oli suositellut alun perinkin yhteishuollon purkamista sillä perusteella, että lapsen yhteishuoltajuus voi vanhempien keskinäisten riitaisuuksien ja toisiaan kohtaan tunteman voimakkaan epäluottamuksen vuoksi hankaloittaa lapsen jokapäiväistä hoitoa. Lautakunta oli lisäksi todennut, että vanhempien keskinäiset välit olivat riitaiset ja että he eivät selvitystyön aikana olleet pystyneet keskustelemaan keskenään lasta koskevista asioista.

[271] Tampereen RO 25.6.1991, Turun HO 11.2.1992 S 91/973 – ei muutosta.

»Sosiaalilautakunnan lausunnossa todetaan, että lasten huolto tulisi määrätä yksin (äidille), koska vanhemmat ovat erimielisiä eivätkä kykene neuvottelemaan keskenään lapsia koskevista asioista. Sosiaalilautakunnan lausunnosta ilmenevillä perusteilla hovioikeus katsoo, että lasten huolto voi parhaiten toteutua vastaisuudessa, jos huolto uskotaan yksin (äidille).»[272]

»Sosiaalilautakunnan asiassa antaman lausunnon mukaan yhteishuolto ei ole toteutunut myönteisellä tavalla, koska vanhempien keskenään ristiriitaiset kasvatusasenteet ja -menetelmät ovat aiheuttaneet häiriötä lapsen tunne-elämälle. Yhteishuolto on omiaan vaarantamaan lapsen tasapainoisen kehityksen... Koska vanhempien sopimus lapsen yhteishuollosta ei ole toteutunut lapsen edun mukaisella tavalla, kihlakunnanoikeus katsoo, että sopimuksen muuttamiseen on aihetta.»[273]

»(Isän) vaatimus lasten huollon määräämisestä molemmille vanhemmille yhteisesti hylätään, koska asianosaisten huonojen välien vuoksi yhteishuollon toimivuudelle ei ole edellytyksiä.»[274]

»Koska (vanhemmat) eivät ole voineet sopia lasten huollosta ja tapaamisoikeudesta ja heidän kesken on ilmennyt erimielisyyttä tapaamisoikeuden toteuttamisessa on pääteltävissä, että vanhempien erimielisyydet koskevat lasten kasvatusta ja huoltoa laajemminkin. Näin ollen lasten huollon uskominen vanhemmille yhteisesti ei ole lasten edun mukaista.»[275]

»Asianosaisten lausunnoista ja todistajien kertomuksesta ilmenee samoin kuin asiantuntijan lausunnoista, että asianosaisten kesken vallitsee syvät erimielisyydet ja riitaisuudet, jotka ovat alkaneet heijastua myös lapsiin.

Raastuvanoikeus katsoo, että sosiaalilautakunnan lausunnon perusteella ja todistajien kertomusten avulla on tullut näytetyksi, että lapsilla on hyvät välit molempiin vanhempiinsa. Raastuvanoikeus katsoo, että (isän) ja (äidin) välit ovat niin ristiriitaiset, etteivät he kykene yhteisymmärryksessä toimimaan lasten edun mukaisesti.

---

[272] Parikkalan KO oli 17.12.1991 määrännyt lapset vanhempien yhteiseen huoltoon, koska laissa edellytetään ensisijaisesti yhteishuoltoa ja koska selvityksen mukaan isä ei ollut sopimaton lastensa yhteishuoltajaksi. Kouvolan HO muutti päätöstä em. tavoin 25.11.1992 (S 92/76).

[273] Kuusankosken KO 17.7.1991, Kouvolan HO 3.6.1992 S 91/415 – ei muutosta.

[274] Lahden RO 4.6.1992, Kouvolan HO 14.10.1992 S 92/378 – ei muutosta.

[275] Helsingin HO 26.8.1992 S 92/838, Espoon KO oli 26.8.1992 uskonut lapset molempien vanhempien yhteiseen huoltoon. Päätökseen ei sisältynyt perusteluja. Äiti vaati hovioikeudessa huollon uskomista yksin itselleen ja tapaamisten harventamista siitä, mitä KO oli määrännyt. Asiassa oli hankittu Espoon sosiaalilautakunnan lausunto. Päätöslyhennelmästä ei ilmennyt, oliko tapaamisoikeutta koskevissa erimielisyyksissä jotain erityistä ja mihin tarkkaan ottaen hovioikeuden päättely perustui.

Raastuvanoikeus katsoo, ettei (isän) tarvetta nousta lastensa huoltajaksi voida asettaa lasten edun edelle.»[276]

»(Mor) och (far) har båda meddelat att deras relationer är så inflammerade att de inte kan fatta gemensamma beslut. Enligt socialnämndens utlåtande har parterna så stora konflikter sinsemellan att en gemensam vårdnad inte skulle fungera i praktiken.

Med beaktande av ovannämnda omständigheter anser hovrätten att en gemensam vårdnad inte är förenligt med barnens bästa.»[277]

»Kihlakunnanoikeus katsoo, ettei lapsen yhteishuolto vanhempien eripuraisuuden vuoksi ole lapsen edun mukaista.»[278]

Vanhempien väliset ristiriidat eivät kuitenkaan ilman muuta syrjäyttäneet yhteishuollon mahdollisuutta. Sosiaalilautakuntien selvityksistä löytyi kuvauksia hankalan tuntuisista ristiriidoista vanhempien välillä sellaisissakin tapauksissa, joissa lapsen huolto määrättiin myöhemmin molemmille vanhemmille yhteisesti.

Sosiaalilautakunta: »(Lapsen) vanhemmat ovat persoonallisuudeltaan ja arvomaailmaltaan hyvin erilaiset, ja siksi heidän kasvatusperiaatteensa eroavat toisistaan ratkaisevalla tavalla. ...

Yhteishuoltoa ei tässä tapauksessa voi suositella, koska se ei ole käytännössä toiminut aikaisemminkaan.»

Turun hovioikeus: »Asiassa ei ole (isän) olosuhteista esitetty sellaisia seikkoja, joihin perustuen (lapsen) huolto tulisi yksinään määrätä (äidille).»[279]

Sosiaalilautakunta: »(Isä) ei suostu olemaan (äidin) kanssa missään tekemisissä (tulemaan yhtä aikaa haastatteluun, keskustelemaan puhelimessa, pyytämään passihakemukseen nimikirjoitusta, palauttaa tililleen maksetut elatusmaksut...)

---

[276] Helsingin RO 22.6.1992, Helsingin HO 24.2.1993 S 92/1459- ei muutosta.

[277] Helsingin HO 24.2.1993 S 92/1783, päätöksellä muutettiin Tammisaaren kihlakunnan oikeuden päätöstä 26.8.1992. KO katsoi, että lausunnon ja muun selvityksen perusteella yhteishuolto oli lasten edun mukaista. Sosiaalilautakunta oli kuitenkin suositellut yksinhuoltoa.

[278] Orimattilan KO 28.4.1992, Kouvolan HO 7.10.1992 S 92/295 – ei muutosta. Samanlainen lyhyt perustelu sisältyi myös seuraaviin päätöksiin: Turun HO 25.11.1993 S 93/948 (Ylöjärven KO 11.5.1993); Kouvolan HO 13.1.1993 S 92/548 (Heinolan KO 16.9.1992); Helsingin HO 28.4.1993 S 92/1440 (Espoon KO 11.6.1992); Kouvolan HO 15.4.1992 S 92/119 (Riihimäen KO 15.1.1992), sosiaalilautakunta oli selvityksessään ehdottanut yhteishuoltoa.

[279] Turun HO 19.5.1993 S 92/1202, Halikon KO 7.8.1992.

(Isä) ei omalta osaltaan ole huolehtinut siitä, että äidin ja lasten tapaamiset toteutuvat, vaan näkee, että on yksinomaan lasten asia, miten he äitiään tapaavat.»
Raastuvanoikeus: »Asiassa on esitetty sensuuntaista selvitystä, että yhteistoiminnan sujumattomuus johtuu pikemminkin (isästä) kuin (äidistä). Lasten ja äidin välit ovat ongelmattomat. Pääsääntöisesti lasten etua parhaiten vastaa huollon järjestäminen siten, että molemmat vanhemmat ovat yhdessä lastensa huoltajia. Yhteishuollon ensisijaisuuden periaate on voimassa siitä riippumatta, asuvatko vanhemmat yhdessä lasten kanssa vai ei, ja vanhemmat ovat velvollisia yhteistoimintaan lastensa huoltoa koskevissa kysymyksissä.»[280]

Sosiaalilautakunta: »(Äiti) on perustellut yksihuoltajuutta koskevaa vaatimustaan epäluottamuksella lapsen isää kohtaan, Hän kertoo, että lapsen isän kanssa eivät pysty keskustelemaan lapsen asioista.... Selvitystyön aikana vanhempien näkökannat eivät ole toisiaan lähentyneet ja heidän keskinäiset välinsä ovat ristiriitaiset. Molemmille vanhemmille (lapsi) on tärkeä ja lapsella on lämmin suhde molempiin vanhempiinsa.»
Raastuvanoikeus: »Asiantuntijaselvityksen mukaan lapsella on läheinen suhde molempaan vanhempaan. Yhteishuolto antaa yleensä paremmat edellytykset hyvän suhteen säilymiselle myös siihen vanhempaan, jonka luona lapsi ei asu. Tämän vuoksi yhteishuoltoa on pidettävä lapsen edun mukaisena asianosaisten keskinäisistä riitaisuuksista huolimatta.»[281]

Perusteluista ilmenee myös, että tuomioistuimet edellyttivät yhteishuoltoa vastustavan osapuolen osoittavan, että vanhempien väliset riitaisuudet haittaisivat vakavasti yhteishuollon toimimista ja lapsen kehitystä.

»Lasten huollosta annetun lain tavoitteena on se, että lasten huollosta vastaavat molemmat vanhemmat yhteisesti. Jutussa esitetyn selvityksen perusteella (isä) ei ole kykenemätön huoltajaksi ja hänen suhteensa lapsiin on hyvä. Vaikka (isän) ja (äidin) välit ovat niin riitaiset, että heidän yhteistyönsä lasten huoltoa koskevissa asioissa on vaikeaa, jutussa ei ole kuitenkaan esitetty selvitystä siitä, että yhteistoiminnan vaikeus vanhempien välillä olisi estänyt lasten huoltoon liittyvien asioiden hoitoa.»[282]

---

[280] Tampereen RO 29.7.1993, Turun HO 7.12.1993 S 93/1275 – ei muutosta.

[281] Lahden RO 3.12.1993. Kouvolan HO 17.3.1993 S 93/47 – ei muutosta.

[282] Turun hovioikeus perusteli ratkaisua, vaikka ei muuttanutkaan Turun RO:n päätöksen sisältöä ja vaikka viittasikin vielä lisäksi alioikeuden mainitsemiin perusteisiin. Ro viittasi ratkaisussaan siihen, että asianosaiset eivät olleet muuttaneet yhteishuoltoa

Valkealan kihlakunnanoikeus oli perustellut ratkaisuaan seuraavasti: »Kihlakunnanoikeus katsoo, että vanhemmat eivät pysty riidoitta sopimaan lasta koskevista tärkeistä asioista. Siten kihlakunnanoikeus katsoo, etteivät olosuhteet ole päätöksen antamisen jälkeen muuttuneet siten, että sen antamaa päätöstä voitaisiin muuttaa. Lapsen huollon muuttaminen ei olisi lapsen edun mukaista.»

Kouvolan hovioikeus muutti päätöstä kuitenkin seuraavilla perusteilla: »Hovioikeus katsoo, etteivät kihlakunnanoikeuden toteamat riitaisuudet ole sellaisia, että olisivat esteenä yhteishuollolle. Lapsen edun mukaista on uskoa lapsen huolto molemmille vanhemmille yhteisesti. Näin ollen on aihetta muuttaa Valkealan kihlakunnanoikeuden 20.2.1991 tekemää päätöstä lapsen huollosta.»[283]

»Raastuvanoikeus katsoo, että lapsen oikeus tavata isäänsä on aiheuttanut erimielisyyttä vanhempien välillä, mutta ettei ole tullut esiin muita seikkoja, jotka osoittaisivat, ettei yhteishuollon toteutumiselle ole edellytyksiä.»[284]

Kirkkonummen kihlakunnanoikeus oli lausunut perusteluissaan seuraavaa: »Kihlakunnanoikeus katsoo vanhempien erimielisyyden ja kaiken muun asiassa ilmitulleen perusteella selvitetyksi, että on aihetta muuttaa lapsen huollosta tehtyä sopimusta ja että lapsen edun mukaista on uskoa sen huolto (äidille).»

Hovioikeus muutti kuitenkin päätöstä seuraavilla perusteilla: »Edellä kerrottuun nähden ja kun asiassa ei ole muutoinkaan esitetty perusteita aikaisemmin sovitusta yhteishuollosta luopumiseen hovioikeus katsoo jääneen näyttämättä, että olosuhteet olisivat mainitun sopimuksen vahvistamisen jälkeen muuttuneet siten, että sopimuksen muuttamiseen olisi syytä. Sen vuoksi ja kun lapsen huollon muuttamiseen ei ole muutoinkaan näytetty olevan aihetta on kihlakunnanoikeuden sitä koskeva määräys kumottava.»[285]

Vastaavasti yhteishuollon torjumista voitiin perustella sillä, että vanhempien väliset erimielisyydet heijastuisivat lapsen kehitykseen.[286] Yhteishuol-

---

koskevaa sopimustaan siinä yhteydessä, kun he muuttivat erilleen ja sopimuksiin ilmeisesti liitettiin lasten asumista koskevat määräykset. RO totesi myös, että huonojen välien ei ollut näytetty vaikuttaneen isän ja lasten välisiin suhteisiin. Turun RO 26.5.1993 ja Turun HO 3.11.1993 S 93/1006.

[283] Valkealan KO oli 20.2.1991, Kouvolan HO 1.4.1992 S 91/557. Todettakoon, että Kouvolan kaupungin sosiaalilautakunta oli puoltanut lapsen uskomista molempien vanhempien yhteiseen huoltoon.

[284] Helsingin RO 6.7.1992, Helsingin HO 17.2.1993 S 92/1525 – ei muutosta.

[285] Kirkkonummen KO 14.5.1992 ja Helsingin HO 25.11.1992.

[286] Ks edellä siteeratut Helsingin HO 28.4.1993 S 92/1440 ja Helsingin HO 24.2.1993 S 92/1783.

toon voitiin kuitenkin olla suostumatta, vaikka erimielisyyksien haitallisiin vaikutuksiin ei viitattukaan.[287]

Kokoavasti voidaan siis todeta, että vanhempien väliset erimielisyydet olivat tärkein syy olla määräämättä yhteistä huoltoa silloin, kun vanhempien esittämät vaatimukset huollon yhteisyydestä erosivat toisistaan. Selvältä vaikutti se, että jos erimielisyyksien voitiin perustellusti olettaa vaikuttavan haitallisesti lapsen kehitykseen, yhteishuoltoa ei määrätty. Sen sijaan epävarmemmaksi jäi, miten vanhempien erimielisyydet olisivat vaikuttaneet huollon muotoon, jos ristiriitojen aiheuttama haitta ei ulottunut vanhempien keskinäisten välien ulkopuolelle. Tuomioistuimet saattoivat edellyttää vanhempien sietävän keskinäisiä vahvoja antipatioitaan yhteisen huollon vuoksi.

> Edellä esitetyn kaltaisen tulkinnan huonona puolena on se, että yksinhuoltoa toivovan vanhemman kannattaa suhtautua vanhempien keskinäisiin erimielisyyksiin mahdollisimman epäkypsästi. Jos hän toimii siten, että lapsikin saa osansa vanhempien toisilleen aiheuttamista harmeista, mahdollisuudet yksinhuoltoon ovat paremmat.

4.6.5.3. Vallitsevien olosuhteiden muuttamatta jättäminen tai niiden muuttaminen

Pakkoyhteishuoltotapausten joukossa kaikkein yleisimmin käytetty yksittäinen peruste oli, että aiemman päätöksen tai sopimuksen muuttamiseen ei ole syytä. Sinänsä yksinkertainen lause ilmensi periaatetta, jonka mukaan vallitsevia olosuhteita huoltajuussuhteissa tai lapsen ympäristössä ei haluttu aiheettomasti muuttaa.[288]

> »Raastuvanoikeus katsoo jääneen selvittämättä, että olosuhteet ovat viimeksi annetun päätöksen jälkeen muuttuneet.»[289]
>
> »Äiti ei ole näyttänyt, että olosuhteet sopimuksen vahvistamisen jälkeen olisivat muuttuneet tai että sopimuksen muuttamiseen olisi muutoinkaan aihetta.»[290]
>
> »Selvitystyön (sosiaalilautakunnassa K.K-S.) aikana ei myöskään ollut tullut esiin seikkoja, joiden perusteella aikaisemmin vahvistettua so-

[287] Vrt. mm. yllä siteerattuja päätöksiä Turun HO 15.9.1992 S 92/697, Helsingin HO 24.2.1993 S 92/1783 ja Kouvolan HO 7.10.1992 S 92/295. Näissä yhteishuoltoa ei määrätty, mutta yhteishuollon toimimattomuuden haitallisiin vaikutuksiin ei ainakaan päätöksen perusteissa viitattu.

[288] Ks. status quo -tulkintaperiaatteesta *Savolainen* (1984) s. 92 alk. *Helin* (Mattila 1984) s. 119–121.

[289] Tampereen RO 29.7.1993, Turun HO 7.12.1993 S 93/1275 – ei muutosta.

[290] Kouvolan HO 9.12.1992 S 92/536.

pimusta tulisi muuttaa...ja kun asiassa ei ole muutoinkaan esitetty perusteita aikaisemmin sovitusta yhteishuollosta luopumiseen hovioikeus katsoo jääneen näyttämättä, että olosuhteet olisivat mainitun sopimuksen vahvistamisen jälkeen muuttuneet siten, että lapsen huollon muuttamiselle olisi syytä.»[291]

»Ottaen huomioon osapuolten asian käsittelyssä esittämän sekä Kosken sosiaalilautakunnan varsin yksityiskohtaisen lausunnon vanhempien ja lasten välisistä suhteista, erityisesti lasten huoltoa koskevien kysymysten osalta, kihlakunnanoikeus katsoo olevan lasten edun mukaista olla muuttamatta asianosaisten kesken aikaisemmin tehtyä huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevaa sopimusta.»[292]

Perustelujen valossa näyttäisi siltä, että tuomioistuimet purkaisivat vastahakoisesti aiemmin tehtyjä yhteishuoltoa koskevia sopimuksia tai päätöksiä. Kuten edellä jo todettiin, aikaisempia ratkaisuja ei pakkoyhteishuoltotapausten joukossa esiintynyt kuitenkaan sen useammin kuin muissakaan ryhmissä.[293] Tällä perusteella yhteishuollon määrääminen pakolla ei siis syntyisi sen useammin aikaisemman päätöksen muuttamatta jättämisellä kuin muissakaan luokissa. Ilmeisesti yhteishuollon ensisijaisuuden katsottiin oikeuttavan kuitenkin osin niukahkon perustelemisen. Tämän ajattelutavan mukaista olisi siten, että perustelut tulisivat erityisen tarpeellisiksi silloin, kun vanhempien yhteinen huolto ei olisi syystä tai toisesta mahdollista.[294]

Myös *klassisten huoltoriitojen* perusteluissa yleisin käytetty argumentti liittyi muutoksen aiheettomuuteen, tarkemmin vallitsevien olosuhteiden säilyttämiseen. Niin sanotun *status quo*n säilyttämisen myönteisiin vaikutuksiin lapsen kannalta viitattiin tässä luokassa lähes puolessa tapauksista (26/55, 47 %). Sitä vastoin esimerkiksi yhteishuoltajien lapsen asumista koskevien riitojen yhteydessä näin argumentoitiin 25 tapauksessa vain neljä kertaa (16 %).[295]

[291] Helsingin HO 25.11.1992 S 92/1244. Ks. myös: Turun HO 3.11.1993 S 93/1006, Kouvolan HO 12.8.1992 S 92/177, Helsingin HO 17.2.1993 S 92/1525 ja Helsingin HO 8.7.1992 S 91/1621.

[292] Aikaisempi sopimus koski siis yhteishuoltoa. Hollolan KO 16.9.1992, Kouvolan HO 9.12.1992 S/ 92/536: (Äiti) ei ole näyttänyt, että olosuhteet sopimuksen vahvistamisen jälkeen olisivat muuttuneet tai sopimuksen muuttamiseen olisi muutoinkaan aihetta. Kihlakunnanoikeuden päätöksen lopputulosta ei muuteta.

[293] Turhiksi jääneitä vaatimuksia yhteishuollon purkamiseksi tähän luokkaan sisältyi yhteensä yhdeksän kappaletta. Kaiken kaikkiaan yhteishuollon purkamista oli vaadittu 29 hakemuksessa, joista noin kaksi kolmannesta johti tulokseen.

[294] Vrt. *Savolainen* edellä kohdassa 4.5.2. (Yhteishuollon ihanne suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa).

[295] Esim. *Helin*in mukaan suomalainen oikeuskäytäntö lasten huollossa oli tosiasiallisesti vallitsevien olosuhteiden säilyttämistä. *Helin* (1974) s. 73. Ks. myös *Helin* (Mat-

Vaikka perusteluissa viitattiinkin usein vallitsevien olosuhteiden säilymisen myönteisiin vaikutuksiin, tästä ei seurannut, että vallitsevien olosuhteiden pysyvyys olisi ollut klassisten huoltoriitojen ratkaisuja yleisesti kuvaava piirre, päinvastoin, sillä kaikkiaan 10 tapauksessa päätöksellä muutettiin lapsen tai lasten konkreettista asuinpaikkaa (10/ 55 eli noin 18 %).[296] Mukaan ei laskettu niitä tapauksia, joissa ratkaisulla vahvistettiin jo aiemmin tosiasiallisesti muuttuneet huoltosuhteet. Lisäksi kahdessa tapauksessa alioikeusratkaisu olisi merkinnyt vallitsevien olosuhteiden muuttumista, mutta hovioikeus muutti päätöstä palauttaen *status quo*n.[297]

> Tapauksessa Kouvolan HO 27.10.1993 S 93/489 hovioikeus muutti lasten asumista koskenutta alioikeuden määräystä ja samalla lasten vallitsevaa asuinpaikkaa isän luota äidin luokse. Myös tapauksessa Turun HO 21.5.1992 S 91/837 lapsen asuinpaikkaa koskenutta määräystä muutettiin hovioikeusvaiheessa, joskin muutos vastasi sitä ennen tosiasiallisesti vallinneita olosuhteita. Tapauksessa Turun HO 24.8.1993 S 93/425 lapsen tosiasialliset asuinolosuhteet muuttuivat jo alioikeuspäätöksen johdosta. Päätös ei muuttunut hovioikeudessa. Samoin kävi Helsingin hovioikeuden päätöksessä 2.9.1992 S 92/556. Saman hovioikeuden ratkaisussa 27.1.1993 S 92/1458 oli kyse vakituisen asuinpaikan määräämisestä lapselle, joka oli viettänyt yhtä paljon aikaa molempien vanhempien luona. Samanlainen tilanne oli Helsingin hovioikeuden päätöksessä 22.1.1992 S 91/1230.

Kirjallisuudessa *status quo* -periaatetta on käsitelty kriittisestikin. Kritiikki on koskenut tuon periaatteen tarpeetonta soveltamista. Sen on arvioitu näet muodostaneen eräänlaisen verukkeen todellisesta päätöksenteosta vetäytymiselle.[298] Aikaisemmat tutkimukset antoivatkin aihetta tämäntyyppiselle kritiikille.

> *Markku Helin*in 1960- ja 1970-luvun vaihteessa kokoamassa ja arvioimassa aineistossa olosuhteiden pysyvyyttä arvioitiin vertaamalla kes-

---

tila 1984) s. 119–121, *Savolainen* (1984) s. 92–97 ja *Tulenheimo-Takki* (JFT 1979) s. 179–202.

[296] Turun HO 9.10.1992 S 91/1425, 13.5.1993 S93/227, Kouvolan HO 7.7.1993 S 93/291, 7.4.1993 S 93/84, 25.3.1992 S 92/60, 15.9.1993 S 93/306, Helsingin HO 17.11.1992 S 92/1762, 27.5.1992 S 92/260, 21.10.1992 S 92/1225 ja 17.6.1992 S 92/583.

[297] Kouvolan HO 4.11.1992 S 92/94 ja Kouvolan HO 26.8.1992 S 92/98.

[298] Vallitsevien olosuhteiden muuttumisen osalta klassiset huoltoriidat voidaan rinnastaa yhteishuoltajien asumisriitoihin. Molemmissa vanhempien riidan kohteena oli lapsen asuinpaikka. Myös tässä ryhmässä *status quo*n muuttuminen oli suhteellisen yleistä. Yhteishuoltajien asumisriitojen arviointia vaikeutti kuitenkin se, että lapset olivat asuneet joissakin tapauksissa sekä isän että äidin luona.

kenään asumuseron yhteydessä annettuja päätöksiä ja näiden perusteella myöhemmin annettuja avioeropäätöksiä. Lasten huoltoa koskeva päätös muuttui puolisolta toiselle avioeron yhteydessä vain 2,8 %:ssa tapauksista. Aineisto koostui tosin lähinnä riidattomista tapauksista.[299] *Anja Tulenheimo-Takin* arvioidessa vuonna 1979 oman korkeimman oikeuden »esittelijänkansionsa» sisältöä hän löysi vuosilta 1972–1978 yhteensä 64 lapsen huoltoa koskevaa korkeimman oikeuden ratkaisemaa juttua. Näistä yhdenkään kohdalla tosiasiallisia olosuhteita ei ollut muutettu.[300] Vastaavia tuloksia saatiin Englannissa 1970-luvulla tehdyissä laajoissa empiirisissä selvityksissä.[301]

Käsiteltävänä olevan hovioikeusaineiston ero aikaisempiin selvityksiin *status quo* -periaatetteen soveltamisessa on huomattava. Hovioikeuden vahvistama tai muuttama päätös johti lapsen tosiasiallisten olosuhteiden muuttumiseen yhteensä noin 16 %:ssa tapauksista.[302]

Tulokselle voidaan ajatella erilaisia selityksiä. On esimerkiksi mahdollista, että lasten ja erossa asuvien vanhempien läheinen yhteydenpito on tullut entistä yleisemmäksi. Lapset siis tapaisivat erossa asuvia vanhempiaan entistä useammin ja viettäisivät myös loma-aikojaan entistä useammin erossa asuvan vanhemman luona.[303] Tällöin lapsen asuinpaikan ja pääasiallisen huoltajan vaihtuminen ei merkitsisi niin dramaattista muutosta lapsen elämään kuin aikaisemmin.[304]

Kuten edellä todettiin lapsenhuoltolailla haluttiinkin helpottaa lapsen huoltoa koskevien aikaisempien ratkaisujen muuttamista.[305] Ensiratkaisujen osalta olosuhteiden muuttamiseen rohkaisee lapsenhuoltolain 10 §:n sisältämä lause, jonka mukaan lapsen etua arvioitaessa on erityisesti kiinnitettävä huomiota siihen, miten lapsen huolto ja tapaamisoikeus toteutuvat

[299] *Helin* (1974) s. 73.

[300] *Tulenheimo-Takki* (JFT 1979) s. 192 alk.

[301] KS. edellä Englantia koskeva jakso, kohta 6.3. (Status quo -periaate).

[302] Prosenttiosuus on laskettu niistä tapauksista, joissa riidan kohteena oli pääasiassa lapsen asuminen, toisin sanoen edellä mainitut klassiset huoltoriidat sekä yhteishuoltajien asumisriidat. Jos vallitsevien olosuhteiden muuttumista tarkastellaan koko aineiston osalta osuudeksi tulee noin 9 %, mikä sekin on huomattavasti aiempaa enemmän. Itse olen kuitenkin lähtenyt siitä, että huollon muotoon kohdistuvat riidat eivät tässä suhteessa ole vertailukelpoisia aikaisemman lain mukaisiin huoltoriitoihin, koska niissä muotoa koskeva riita ei ollut mahdollinen.

[303] Ainakin niiden lapsien määrän, jotka eivät lainkaan tapaa toista vanhempaansa, on voitu todeta vähentyneen olennaisesti vuosien 1977 ja 1988 välillä. Tätä kuvaava prosenttiluku on laskenut 26 %:sta 4 %:iin. *J. Nieminen* (1990) s. 208–209.

[304] Näin myös *Savolainen* (1984) s. 94.

[305] Ks. edellä kohta 4.6.4. (Ensiratkaisut ja niiden muuttamista koskevat ratkaisut).

tulevaisuudessa.[306] Vakiintuneiden olosuhteiden muuttuminen entistä useammin oli siis tavallaan uuden lain tarkoituskin. Se olisi tällöin vastaus edellä mainittuun todellisen päätöksenteon välttämistä koskevaan kritiikkiin.

On myös mahdollista, että asiantuntemuksen lisääntyminen lapsen kehityksen alueella on parantanut mahdollisuuksia arvioida muutoksen tarvetta lasten elämässä ja osaltaan rohkaissut muutosten toteuttamiseen. Lapsen asuinpaikan sekä huoltajan tai välittömän huoltajan muuttamista perusteltiin hovioikeustapauksissa esimerkiksi suoraan tai epäsuorasti lapsen psykososiaalisilla vaikeuksilla. Toisella vanhemmalla arvioitiin tällöin olevan paremmat mahdollisuudet lapsen tarpeiden huomioon ottamiseen.[307] Kahdessa tapauksessa alun perin jaettu sisarusparvi yhdistettiin jälleen, koska sen katsottiin paremmin vastaavan erillään asuneen lapsen tarpeita.[308]

> Osa sosiaalilautakuntien antamista selvityksistä oli yleisvaikutelmaltaan hyvätasoisia varsinkin, jos selvitystä oli tehty yhteistyössä kasvatus- ja perheneuvolan, koulukuraattorin tai -psykologin taikka muun lapsen kehityksen asiantuntijan kanssa.[309] Lapsenhuoltolain kriteerit näyttäisivät näin suosivan sentyyppistä argumentointia, missä edellytetään mainittujen erityisalojen asiantuntemusta. Asiantuntemuksen käyttö vaihteli kuitenkin huomattavasti. Nyt puheena olevista tapauksista tällaista asiantuntija-apua oli käytetty ainakin parissa tapauksessa.[310] Suurin osa selvityksistä tehtiin kuitenkin yksittäisten sosiaalityöntekijöiden oman ammattitaidon varassa.[311]

---

[306] Ks. ennusteiden kritiikistä edellä Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 6.3. (Feministinen kritiikki erityisesti psykotieteellistä vallankäyttöä kohtaan).

[307] Kouvolan HO 7.4.1993 S 93/84, Helsingin HO 27.5.1992 S 92/260.

[308] Kouvolan HO 25.3.1992 S 92/60 ja Kouvolan HO 15.9.1993 S 93/454.

[309] Käytettävissä olleista selvityksistä asiantuntija-apua oli käytetty ainakin seuraavissa tapauksissa: Turun HO: 13.9.1993 S 93/650, 21.7.1993 S 93/588, 13.5.1993 S 93/227, 15.10.1992 S 92/476, 24.8.1993 S 93/425, Kouvolan HO: 5.2.1992 S 91/563, 17.3.1993 S 93/47, 25.11.1992 S 92/76, 3.6.1992 S91/415, 4.11.1992 S 92/94, 26.8.1992 S 92/98, 17.2.1993 S 92/582, 18.8.1993 S 93/279, 15.9.1993 S 93/306, 15.9.1993 S 93/454, 27.10.1993 S 93/489, Helsingin HO: 25.11.1992 S 92/1244 ja 9.9.1992 S 92/589. Lisäksi, esim. Helsingissä asiantuntijoiden arvioita oli sisällytetty lautakunnan omaan selvitykseen, jolloin asiantuntijoiden arvio ei aina erottunut omana asiakirjanaan. Em. tapauksiin ei ole luettu sellaisia, joissa asiantuntijoiden lausuntoja on pyydetty asianosaisten toimesta.

[310] Näitä olivat ainakin Turun HO 13.5.1993 S 93/227, Kouvolan HO 15.9.1993 S 93/306.

[311] Kuitenkin avoin ja seikkaperäinen selvitys annettiin melko pienestä kunnasta sosiaalityöntekijöiden omin voimin esimerkiksi tapauksessa Helsingin HO 28.4.1993 S 92/1440. Ks. myös esimerkkiä *Gottberg*in teoksessa (1997) s. 104.

Kokoavasti voidaan todeta, että lapsen vakailla kasvuolosuhteilla oli päätösten perusteluiden valossa edelleen tärkeä asema lapsen huoltoa koskevien ratkaisujen kriteerinä. Poikkeuksia tästä tulkintaperiaatteesta tehtiin kuitenkin merkittävästi useammin kuin aikaisemman lainsäädännön voimassa ollessa. Lailla olikin rohkaistu muutosten tekemiseen tarpeen vaatiessa. Lapsen tarpeiden arvioiminen oli mahdollisesti tullut myös helpommaksi, kun lapsia koskeva asiantuntemus on lisääntynyt.

Toisaalta voitiin havaita, että yhteishuollon määräämistä vastoin toisen vanhemman tahtoa perusteltiin yleisimmin sillä, että vakiintuneita huoltajuussuhteita ei katsottu olleen syytä muuttaa. Noin kolmannes aiemmin sovitun tai määrätyn yhteishuollon purkamista koskeneista vaatimuksista jäikin toteutumatta. Näyttää näin ollen siltä, että kasvuolosuhteiden vakautta koskeva tulkintaperiaate on jossain määrin omaksuttu myös vanhempien huollon yhteisyyteen. Yhteisen huollon purkaminen edellyttää tästäkin näkökulmasta katsoen selviä syitä, jotka on myös näytettävä toteen.

4.6.5.4. Asumisesta riitelevät yhteishuoltajat ja yhteishuoltoa koskeva yksimielisyys

Kuten edellä todettiin lähtökohtana luokiteltaessa tapauksia lapsen asumisesta riitelevien yhteishuoltajien luokkaan oli, että molemmat vanhemmat olivat suostuneet yhteiseen huoltoon viimeistään hovioikeusvaiheessa. Oli siis mahdollista, että yhteishuoltoon oli suostuttu vasta riidan kuluessa. Tarkemmin tapauksia analysoitaessa osoittautuikin, että itse asiassa suuri osa vanhemmista oli aluksi vaatinut huoltoa yksin itselleen. Vain noin neljännes tapauksista oli sellaisia, joissa molemmat vanhemmat olivat alun perinkin toivoneet yhteishuoltoa (7/25).[312]

Seuraavissa tapauksissa molemmat vanhemmat tai ainakin toinen heistä vastusti aluksi yhteistä huoltoa, mutta yhteishuollosta päästiin lopulta sopimukseen ainakin siten, että hovioikeudessa vaadittiin toissijaisesti yhteistä huoltoa.

> Asiassa oli tehty jo kaksi alioikeuden päätöstä noin puolen vuoden välein, ja niissä molemmissa lapset oli määrätty vanhempien yhteiseen

[312] Turun HO: 21.5.1992 S 91/837, 13.8.1993 S 93/228, Kouvolan HO: 17.2.1993 S 92/626, 30.9.1992 S 92/322, 23.6.1993 S 92/180, Helsingin HO 18.3.1992 S 91/1250. Tapauksesta Kouvolan HO 12.5.1993 S 93/185 ei alkuperäistä vaatimusta voitu varmuudella selvittää, mutta valmius yhteishuoltoon pääteltiin siitä, että lapsi asui ennen alioikeuden päätöstä vuoroviikoin molempien vanhempien luona. Äiti, joka oli hakijana, vaati hovioikeusvaiheessa yhteishuoltoa ja lapsen asumista luonaan.

huoltoon sekä asumaan äidin luona. Noin vuoden kuluttua jälkimmäisestä päätöksestä isä teki alioikeudelle uuden hakemuksen lasten huoltoa koskevan päätöksen muuttamiseksi siten, että lapset tulisivat yksin hänen huoltoonsa tai toissijaisesti yhteiseen huoltoon, mutta asumaan hänen luokseen. Sosiaalilautakunnan selvityksessä on kirjattu molempien vanhempien kantana, että yhteishuolto ei toimi. Äiti tosin totesi, että siitä ei arkipäivän kannalta ole ollut varsinaisesti haittaakaan. Lapset, jotka olivat 10- ja 12-vuotiaita, halusivat jäädä asumaan äidin luokse. Heidän näkemyksenään oli kirjattu, että »(h)e toivoisivat vanhempien yhteishuoltajuutta, jos se vain toimisi.» Sosiaalilautakunta perusteli suositustaan lasten mielipiteellä, joka nyt oli kirjattu siten, että lapset toivoivat yhteishuoltajuuden sujuvan. Alioikeus perusteli päätöstään samoin sanoin kuin sosiaalilautakunta. Isä valitti hovioikeuteen ja vaati ensisijaisesti lasten huoltoa yksin itselleen ja toissijaisesti yhteistä huoltoa ja lasten asumista luonaan. Äiti ei esittänyt enää vaatimuksia. Alioikeuden päätöstä ei muutettu.[313]

Noin 13- ja 10-vuotiaiden poikien huollosta määrääminen oli tullut ajankohtaiseksi avioeron ensimmäisen käsittelyn yhteydessä. Vanhempien alkuperäiset vaatimukset eivät näy päätöslyhennelmästä, mutta käytettävissä olevasta sosiaalilautakunnan lausunnosta ilmenee, että molemmat vanhemmat halusivat lasten huollon yksin itselleen. Sosiaalilautakunnan näkemyksen mukaan yhteishuolto ei olisi onnistunut vanhempien erilaisten kasvatusperiaatteiden vuoksi. Sosiaalityöntekijät olivat suoraan kirjanneet lausuntoonsa, että isän dominoiva ja alistava asenne oli tullut selvitystyön aikana selväksi. Isä ei ollut antanut äidin esimerkiksi käyttää kodinkoneita. Alioikeus määräsikin lapset yksin äidin huoltoon. Valittaessaan hovioikeuteen isä vaati ensisijaisesti yksinhuoltoa, mutta toissijaisesti yhteistä huoltoa ja lasten asumista luonaan. Hovioikeuskin totesi vanhempien kasvatusperiaatteiden olevan erilaiset. Se järjesti kuitenkin asiassa suullisen käsittelyn, jossa asianosaiset olivat sittenkin ilmoittaneet pitävänsä yhteishuoltoa toimivana ratkaisuvaihtoehtona. Tämän perusteella hovioikeus muutti huollon yhteiseksi.[314]

Isä oli pannut vireille noin viisivuotiaan tytön huoltajuutta koskevan asian. Isän yksilöity vaatimus ei kuitenkaan ilmene käytettävissä olevista asiakirjoista. Isän kotikunnan sosiaaliviranomaiset suosittelivat huollon uskomista yksin isälle, mikä viittaisi siihen, että hakemus olisi koskenut lapsen yksinhuoltoa. Sosiaalilautakunnan selvityksistä käy ilmi, että äitikin oli vaatinut lapsen huoltoa yksin itselleen. Äiti toi esille isän loukanneen häntä niin paljon, että isällä ei äidin mielestä pitänyt olla lapsenkaan kanssa mitään tekemistä. Selvityksen mukaan isä ymmärsi molempien vanhempien merkityksen tytölle. Kasva-

[313] Turun HO 19.3.1993 S 92/1417.

[314] Turun HO 14.5.1993 S 92/1342.

tus- ja perheneuvolan perusteellisissa selvityksissä katsottiin, että ero äidistä, joka tyttöä oli pääasiallisesti hoitanut, olisi tässä vaiheessa haitannut tytön kehitystä. Koska tytön ja isän suhteelle tarvittiin tukea, pitivät psykologit tapaamisoikeuden jatkuvuutta tärkeänä. Sosiaalityöntekijät suosittelivat tämän vuoksi isän ja tytön suhteen tukemiseksi yhteistä huoltoa, joka määrättiinkin. Isä valitti hovioikeuteen vaatien lapsen määräämistä asumaan luokseen. Äiti ei valittanut päätöksestä. Vanhemmat taipuivat tahoillaan näin yhteiseen huoltoon.[315]

Noin 7-vuotiaan pojan ja 5-vuotiaan tytön huoltoa koskeva riita tuli ajankohtaiseksi avoliitossa asuneiden vanhempien muutettua erilleen. Äiti teki asiassa hakemuksen ja vaati molempien huoltoa yksin itselleen. Sosiaalilautakunnassa tapahtuneen selvityksen aikana vanhemmat pääsivät sopimukseen yhteisen huollon jatkumisesta, mutta vaativat kumpikin vielä lasten määräämistä asumaan luokseen. Alioikeus ratkaisi lasten asumisen sosiaalilautakunnan suosituksen mukaisesti. Isä vaati lasten asumispaikan muuttamista vielä hovioikeudessa, mutta alioikeuden päätös jäi pysyväksi.[316]

Molemmat vanhemmat hakivat avioeroa ja molemmat vaativat lasten huoltoa yksin itselleen. Isän puolesta yhteishuoltoon suostuttiin kuitenkin jo ensimmäisessä istunnossa. Myöhemmin yhteishuoltoon suostuminen kirjattiin myös äidin osalta, vaikka selvityksen mukaan äiti epäilikin yhteishuollon toimimista. Lapset määrättiin asumaan isän luokse. Ratkaisevana kriteerinä oli yli 12-vuotiaan sisaren selkeä mielipide asiasta. Sisarukset, joista toinen oli 9-vuotias poika, toivoivat pysyvänsä yhdessä. Äiti vaati kuitenkin vielä hovioikeudessa nuoremman lapsen määräämistä asumaan luokseen. Alioikeuden päätöstä ei muutettu.[317]

Tapaukset osoittavat, että yhteishuollon ensisijaisuus vaikutti myös vanhempien käyttäytymiseen. Yksinhuoltoa koskeneet vaatimukset muuttuivat usein prosessin aikana yhteishuoltoa koskeviksi ikään kuin ihannetta myötäillen. Esimerkeistäkin ilmeni, että sosiaalilautakunnan selvitysvaihe oli tässä suhteessa usein ratkaiseva. Kautta aineiston oli näiden tapausten lisäksi havaittavissa, että lasten huollon alioikeudessa hävinnyt osapuoli vaati hovi-

[315] Kouvolan HO 15.9.1993 S 93/454. Tapaus kuuluu niihin, joissa toisen vanhemman alkuperäistä kantaa ei tunnettu. Äiti oli alun perin toisesta kulttuurista, mikä saattaa selittää hänen poikkeuksellisen suorasukaista argumentointiaan lapsen isästä. Yleensä vanhemmat eivät suoraan ilmoittaneet vastustavansa lapsen ja toisen vanhemman suhdetta. Näinhän vanhempi tulee vastustaneeksi suoraan lain asettamia huollon tavoitteita. Lapsen tapaamisoikeus oli kuitenkin toteutunut vanhempien välisistä riitaisuuksista huolimatta. Ks. lain tavoitteista edellä kohta 4.4.2. (Lapsen tapaamisoikeus osana lapsen huoltoa).

[316] Turun HO 10.12.1992 S 92/627.

[317] Helsingin HO 9.9.1992 S 92/589.

oikeudessa usein ainakin toissijaisesti yhteishuoltoa. Yhteishuoltoa ja lapsen asumista koskevaa vaatimusta pidettiin siis taktisesti parempana kuin jäykkää yksinhuoltovaatimusta.

4.6.5.5. Selvityksissä olevien suositusten noudattaminen

Aikaisemmin tuomioistuimien on todettu noudattavan varsin tarkkaan sosiaalilautakuntien lausuntoja. *Helin*in 1970-luvun vaihteesseen sijoittuvassa tutkimuksessa lapsen huollosta hankittua lausuntoa noudatettiin lähes aina (96 %).[318]

Voidaan arvioida, että mitä useammin tuomioistuimet noudattavat sosiaalilautakuntien (tai nyttemmin siis kunnan vastaavan viranomaisen) suosituksia, sitä todennäköisempänä voidaan pitää, että todellista ratkaisuvaltaa käyttävät kunnan sosiaalityöntekijät ja että tuomioistuimet tyytyvät pelkästään kirjoittamaan joko laajempia tai suppeampia perusteita asiallisesti jo tehdyille ratkaisuille.

> Sosiaalilautakuntien suositukset eivät vuosina 1991–1993 olleet välttämättä avoimesti perusteltuja, sillä suosituksen taustalla saattoi olla esimerkiksi perheen salaisuudeksi luokiteltu seikka tai ylipäätään sellainen negatiivinen arvio, jota sosiaalilautakunnassa ei haluttu kirjata selvitykseen.[319] Oli siis mahdollista, että ratkaisun todelliset perusteet jäivät vain sosiaalilautakunnan omien viranhaltijoiden ja työntekijöiden keskinäiseksi asiaksi.

Yleisenä havaintona hovioikeusaineistosta voidaan todeta, että lautakuntien suosituksia noudatettiin varsin uskollisesti – ei kuitenkaan orjallisesti. Selvitystä ei ensinnäkään hankittu automaattisesti.[320] Jotkut alioikeudet olivatkin perustelleet erityisesti sitä, miksi asian ratkaisun kannalta ei tarvittu sosiaalilautakunnan selvitystä. Syynä saattoi olla esimerkiksi edellisen huoltoa koskevan asian jäljiltä käytettävissä ollut suhteellisen tuore selvitys tai se seikka, että kyseessä oleva lapsi oli itse jo tosiasiassa tehnyt ratkaisun asu-

---

[318] *Helin* (1974) s. 128.

[319] Mahdollisuus sisällyttää selvitykseen myös SosHuoltoL 57.1 §:n nojalla salassapidettävää tietoa muutoinkin kuin asianomaisen luvalla tuli lapsenhuoltolakiin vasta vuonna 1993 tehdyn muutoksen yhteydessä, joka tuli voimaan 1.8.1994. Ks. nykyinen LapsHL 16.3 § sekä HE 60/93 s. 24. Käytännöstä hovioikeusaineiston ajalta vuosilta 1991–1993 ks. *Sosiaalihallitus* (1983) s. 21–22. Vrt. arvioita vuoden 1978 voimassaolevan lainsäädännön perusteella *Ahvenainen* (Avioliitto-oikeutta 1979) s. 109–111. Ks. nykytilanteesta tarkemmin *Gottberg* (1997) s. 95 alk., missä on selvitetty myös tärkeää kysymystä sovittelijan salassapitovelvollisuudesta selvitysten näkökulmasta.

[320] Ks. *Savolainen* (1984) s. 218–220.

misestaan. Joskus selvitys jätettiin hankkimatta myös yhteishuollon ensisijaisuuden perusteella.

Esimerkiksi Helsingin RO kirjasi päätökseensä 23.4.1992 nimenomaisesti katsovansa, että lapsen edun toteuttaminen ei edellytä sosiaalilautakunnan lausunnon hankkimista. Tapauksessa oli 12-vuotias lapsi, joka oli ilmoittanut haluavansa muuttaa asumaan toisen vanhemman luokse.[321]

Päätöksessään 6.7.1992 Helsingin RO mainitsi, että asiasta oli hankittu sosiaalilautakunnan lausunto noin 13 kuukautta aikaisemmin edellistä ratkaisua varten. RO katsoi, että olosuhteissa ei ollut tapahtunut niin olennaisia muutoksia, että huoltopäätöksen muuttamiseen olisi aihetta. Myöskään Helsingin HO ei suostunut lausunnon hankkimista koskevaan asianosaisen pyyntöön.[322]

Edellistä päätöstä varten annettuun lausuntoon viitattiin myös Helsingin RO:n päätöksessä 14.10.1991, minkä yhteydesssä lykkäyspyyntö lausunnon hankkimista varten hylättiin. Myös Helsingin HO hylkäsi selvityspyynnön asiaa käsitellessään 4.3.1992 »asian jo selvitettyyn tilaan nähden aiheettomina».[323]

Toisin sen sijaan oli tapauksessa Kouvolan HO 2.12.1992 S 92/18. Siinä Imatran KO ei mainitse hankkineensa sosiaalilautakunnan lausuntoa. Syynä saattoi olla se, että KO on pitänyt asian selvittämistä sosiaalilautakunnan toimesta tarpeettomana. Tapauksessa oli noin 15-vuotias tyttö, joka oli oma-aloitteisesti jo muuttanut äitinsä luokse. Samalla kuitenkin isän yksinhuolto muutettiin molempien vanhempien yhteiseksi huolloksi sen vuoksi, että yhteishuolto on lain mukaan ensisijainen huollon muoto. Kouvolan HO, jonne asia oli tullut äidin haettua muutosta yhteishuoltoon, pyysi kuitenkin vanhempien kotipaikkakuntien sosiaalilautakunnilta yhteistyössä annettavat selvitykset. Laajojen selvitysten perusteella HO purki yhteishuollon.

Selvitys hankittiin vasta hovioikeuden toimesta myös kahdessa Helsingin hovioikeuden 27.5.1992 ratkaisemassa tapauksessa. Kummassakaan

---

321 Helsingin HO 18.11.1992 S 92/1100.

322 Helsingin HO 17.2.1993 S 92/1525.

323 HO 4.3.1992 S 91/1606. Samanlainen tilanne oli myös Helsingin HO:n päätöksessä 13.10.1993 S 93/504. Noin kolme ja puoli vuotta aiemmin annetun päätöksen jälkeen olosuhteiden ei katsottu muuttuneen. Helsingin RO hylkäsi lykkäyspyynnön, mitä myös kuultava oli vastustanut (päätös 14.1.1993). Äidin yksinhuoltoa koskevaa päätöstä ei muutettu, mutta tapaamis- ja luonapito-oikeuden ehtoihin (sekä elatusavun määrään) vahvistettiin muutoksia. Ks. myös Helsingin HO 25.8.1993 S93/289, missä ensiasteena oli Vantaan KO (30.11.1992). Koska edellinen ratkaisu oli vuodelta 1990, ei uusien selvitysten hankkimista pidetty tarpeellisena. Asiassa oli käytettävissä myös tapaamisoikeuden täytäntöönpanoa koskeva sovittelijan lausunto ilmeisesti vuodelta 1992.

tapauksessa selvitys ei aiheuttanut muutosta päätöksen lopputulokseen.[324]

Aivan oman erityisen ryhmänsä muodostivat ne kaksi Espoon kihlakunnanoikeuden ratkaisemaa tapausta, joissa yhteishuoltoa koskeva erimielisyys ratkaistiin ilman sosiaalilautakunnan selvitystä pelkästään lasten pääasiallisen huoltajan vastustuksen perusteella. Näiden ratkaisujen voidaan katsoa ilmentäneen sellaista yhteishuollon tulkintaa, jossa molempien vanhempien suostumusta yhteiseen huoltoon pidetään sen määräämisen kannalta keskeisenä. Helsingin hovioikeus oli kuitenkin molemmissa tapauksissa pyytänyt sosiaalilautakunnan selvityksen asiasta. Hovioikeuden viesti näytti selvältä: yhteishuoltoa ei olisi tullut evätä pelkästään toisen vanhemman vastustuksen vuoksi.[325]

Sosiaalilautakuntien selvitysten ja päätösten keskinäisen suhteen selvittämistä haittasi se, että niukkojen tapausselostusten ja perustelujen vuoksi selvitysten sisältämien päätössuositusten sisältöä ei voitu aina tarkasti jäljittää.[326] Lisäksi yhteensä yhdeksässä tapauksessa oli toisistaan poikkeavia suosituksia. Tällainen tilanne syntyi erityisesti, kun vanhemmat asuivat eri paikkakunnilla ja molempien olosuhteita selvitettiin eri sosiaalilautakuntien toimesta. Tällöin sosiaalilautakunnat antoivat usein molemmat omalla alueellaan asuvaa vanhempaa tavalla tai toisella puoltavan lausunnon.[327]

---

[324] Helsingin HO tapaukset 27.5.1992 (S 91/922 ja S 91/1234). Edellisessä tapauksessa Helsingin RO oli 16.5.1991 katsonut, että hakija ei ollut näyttänyt olosuhteiden muuttuneen siten, että huoltosuhteiden muuttamiseen olisi aihetta. (Isä vaati yksinhuollon muuttamista yhteishuolloksi.) HO pyysi asiasta kuitenkin sosiaalilautakunnan lausunnon. Jälkimmäisestä tapauksesta lähemmin jäljempänä.

[325] Samoin *Savolainen* (1984) s. 215. Toisessa tapauksessa selvitys ei kuitenkaan johtanut päätöksen sisällön muutokseen (Helsingin HO 27.5.1992, S 91/1234). Toisessa tapauksessa selvitys taas johti asianosaisten sopimukseen, mikä vahvistettiin sosiaalilautakunnan toimesta (Helsingin HO 19.8.1992 S 91/600). Hovioikeuden päätöksessä todettiin siis vain, että valituksesta ei anneta lausuntoa. Tapaus ei tämän vuoksi kuulunut varsinaiseen aineistoon (em. 146 tapausta).

[326] Selvitys oli päätöksen perusteella olemassa 121 tapauksessa, mutta yhdeksässä tapauksessa sen sisältöä ei pystytty tarkasti jäljittämään.

[327] Näin oli esim. seuraavissa tapauksissa: Turun HO 28.12.1992 S 92/249 (yhteishuoltajien asumisriita), Kouvolan HO 26.8.1992 S 92/98 (pakkoyksinhuoltotapaus), Helsingin HO 27.5.1992 S 91/922 (samoin), Kouvolan HO 26.8.1992 S 92/98 (klassinen huoltoriita), Kouvolan HO 15.9.1993 S 93/306 (samoin), Turun HO 7.6.1993 S 93/435 (samoin). Omalla paikkakunnalla asuvan vanhemman suosiminen seurasi siitä, että sosiaalityöntekijät eivät voineet verrata vanhempien olosuhteita keskenään. Näin ollen molempien vanhempien kotipaikkakunnalla todettiin yleensä, että estettä lapsen määräämiseksi ao. vanhemman huoltoon ei ole.

> LapsHA 8 §:n mukaan on sen sosiaalilautakunnan, jolle tuomioistuin on osoittanut selvityspyynnön, tehtävä selvitys yhteistyössä niiden kuntien sosiaalilautakuntien kanssa, joissa vanhemmilla, huoltajilla ja huoltajaksi esitetyllä on asuinpaikka. Myös lapsen asuin- tai oleskelukunnasta on tarvittaessa pyydettävä selvitys. Selvityspyynnön vastaanottaneen sosiaalilautakunnan on lähetettävä selvitys tuomioistuimelle. Asetuksen vaatima yhteistyö ymmärrettiin kuitenkin varsin suppeasti. Käytännössä se merkitsi useimmiten sitä, että selvityspyynnön saanut sosiaalilautakunta huolehti eri lausuntojen kokoamisesta ja lähettämisestä yhdessä pyynnön esittäneeseen tuomioistuimeen.

Mahdollisuutta pyytää selvityksen antajaa täydentämään annettua selvitystä oli käytetty hyväksi etenkin hovioikeustasolla (LapsHA 1.3 §). Maininnan arvoisia olivat erityisesti Kouvolan hovioikeuden yksilöidyt täydennyspyynnöt, jotka oli kohdistettu erityisesti kasvatus- ja perheneuvoloihin.[328]

> Täydennyspyynnötkin osoittivat tavallaan kriittisempää suhtautumista selvityksiin. Niiden perusteella voisi arvioida tuomioistuimien ja selvitystyön tekijöiden roolijaon olevan kehittymässä myönteiseen suuntaan. Selvitystyö olisi näin selkeämmin jäämässä tuomioistuimen ratkaisutyötä palvelemaan varsinaisen päätöksentekovallan keskittyessä riitaisissa asioissa tuomioistuimelle.

Jos mukaan lasketaan vain selvät ja yksiselitteiset poikkeamat lausunnoista – tuomioistuin noudatti siis ainakin toista suosituksista – tuli niiden noudattamisosuudeksi lähes 90 %. Todellinen luku lienee kuitenkin jonkin verran tätä pienempi, sillä niiden 55 tapauksen joukosta, joista sosiaalilautakunnan selvitys hankittiin erikseen, löytyi joitakin tuomioistuimen päätöksistä poikkeavia suosituksia. Suosituksia ei siis ilmeisesti mainittu päätöksissä aina silloin, kun niihin ei haluttu nojautua.

> Eniten poikkeamia lausuntoihin sisältyvien suositusten ja päätösten välillä – yhteensä viisi – oli yhteishuoltajien asumisriitoja koskevassa luokassa. Klassisissa yksinhuoltoriidoissa oli sosiaalilautakuntien suosituksia yleensä noudattu.[329] Pakkoyhteishuoltotapauksissa sosiaalilautakuntien suositus tuli päätöksen sisällöksi kahta tapausta lukuunottamat-

---

[328] Ks. Kouvolan HO 3.6.1992 S 92/415 sekä 15.4.1992 S 91/139. Käytännössä täydennyspyyntö osoitettiin sosiaalilautakunnalle, jota kehotettiin täydentämään lausuntoa yhteistyössä kasvatus- ja perheneuvolan kanssa. Erityisasiantuntemuksen käyttöä selvitysten yhteydessä on käsitelty jo edellä.

[329] Tapauksessa Helsingin HO 8.4.1992 S 91/1664 oli sosiaalilautakunta suositellut yhteistä huoltoa. Kumpikaan tuomioistuimista ei pitänyt yhteishuoltoa hyvänä ratkaisuna eikä kumpikaan vanhemmista tehnyt yhteishuoltoa koskevia vaatimuksia. Toinen vanhemmista oli asettunut Amerikan Yhdysvaltoihin.

ta.[330] Huomionarvoista lienee sekin, että kahdessa sellaisessa tapauksessa, joissa alioikeus oli poikennut sosiaalilautakunnan suosituksesta, hovioikeus muutti ratkaisun suosituksen mukaiseksi.[331] Ensiksi mainituista kahdesta lopullisesta poikkeamasta toinen koski huollon muotoa ja toinen lapsen asuinpaikkaa. Pakkoyksinhuoltotapauksissa oli kolme sellaista tapausta, joissa tuomioistuin poikkesi sosiaalilautakunnan suosituksesta. Kaikissa oli kyse siitä, että sosiaalilautakunnan suositusta yhteishuollosta ei noudatettu, vaan lapset määrättiin yksin toisen vanhemman huoltoon.[332]

Kokoavasti voidaan todeta, että silloinkin kun sosiaalilautakunnan selvitys asiasta pyydettiin, ei selvityksessä annettu suositus automaattisesti merkinnyt tuomioistuimen ratkaisun lopputulosta. Sosiaalilautakunnat käyttivät joka tapauksessa merkittävää valtaa suosituksia antaessaan. Tämä näkyi erityisesti niissä tapauksissa, joissa alioikeudet olivat tehneet itsenäisen, suosituksesta poikkeavan ratkaisun, mutta hovioikeudet muuttivat päätöstä takaisin lautakunnan suosituksen mukaiseksi. Kiinnostavana yksityiskohtana voidaan vielä palata edellä mainittuun kahden espoolaistapauksen muodostamaan episodiin. Helsingin hovioikeus linjasi selvityspyyntöä hyväksi käyttäen yksinhuollon asiaksi, josta ei voitu päättää vain sillä perusteella, että toinen vanhemmista ei ollut suostunut yhteiseen huoltoon.

4.6.5.6. Kokoavasti yhteishuollon suosimisesta hovioikeuksissa

Edellä hovioikeusratkaisuista ilmennyttä tulkintaa yhteishuollon lapsen edun mukaisuudesta verrattiin jo lapsen huoltoa koskevassa oikeuskirjallisuudessa esitettyihin tulkintoihin. Näihin näkökohtiin on syytä vielä lyhyesti palata. Yhteishuoltoa pidettiin ensisijaisesti lapsen edun mukaisena. Tämä tuli ilmi etenkin pakkoyhteishuoltotapausten perusteluissa, mutta niiden ohella myös muin eri tavoin. Tuomioistuin saattoi perustella erikseen, miksi yhteishuoltoon ei oltu päädytty, vaikka sitä koskevia vaatimuksia ei ollut asiaan osallisten taholta esitetty.[333] Edellä ilmennyt eräänlainen viranomaisaloittei-

---

[330] Kouvolan HO 24.3.1993 S 92/663 ja Kouvolan HO 10.6.1992 S 92/175. Tapausta on referoitu edellä kohdan 4.6.5.1. (Yhteisen huollon perusteleminen toisen vanhemman vastustaessa) lopussa.

[331] Kouvolan HO 1.4.1992 S 91/557 ja Helsingin HO 25.11.1992 S 92/1244.

[332] Turun HO 25.11.1993 S 92/697, Turun HO 6.7.1993 S 93/1 ja Kouvolan HO 15.4.1992 S 92/119.

[333] Kohdat 4.6.5.1. (Yhteisen huollon perusteleminen toisen vanhemman vastustaessa), 4.6.5.2. (Vanhempien keskinäiset erimielisyydet ja yhteishuolto) ja 4.6.5.3. (Vallitsevien olosuhteiden muuttamatta jättäminen tai niiden muuttaminen).

suus huollon yhteisyyden hyväksi näkyi myös siinä, että asianosaisten tahdonilmaisua ei nimenomaisesti pidetty riittävänä perusteena yhteisen huollon syrjäyttämiselle, vaan asian ratkaisemiseksi oli hankittava objektiivisempaa näyttöä.[334] Vastaavasti päätöksistä saattoi saada sen vaikutelman, että yhteishuoltoa voitiin pitää niin selvästi lapsen edun mukaisena, että yhteiseen huoltoon päätymistä ei katsottu tarpeelliseksi juuri perustella.[335] Tuomioistuimet nojautuivat siis selvästi *Savolaisen* esittämiin tulkintoihin yhteishuollon ensisijaisuudesta ja lapsen edun mukaisuudesta.

*Gottberg*in vaatimus yhteisen huollon toimivuudesta käytännössä näkyi kuitenkin niissä perusteluissa, joissa torjuttiin yhteinen huolto vastoin toisen vanhemman vaatimusta.[336] Tämä tapahtui usein vetoamalla siihen, että yhteishuollon toimimiselle ei ollut osapuolten keskinäisten riitaisuuksien vuoksi edellytyksiä.[337] Keskinäiset erimielisyydet eivät kuitenkaan aina johtaneet yhteishuollon syrjäyttämiseen. Yhteishuoltoon saatettiin päätyä erimielisyyksistä huolimatta myös sen seurauksena, että molemmat vanhemmat suostuivat yhteishuoltoon riidan aikana.[338]

Yhteishuoltoa koskevaa ihannetta on perusteltu etenkin lapsia koskevilla psykologisella ja psykiatrisella tutkimustuloksilla. Tutkimustulokset, joita esiteltiin tarkemmin Kaliforniaa koskevan vertailevan jakson yhteydessä, antavat kuitenkin aiheen myös edellä kuvattua hovioikeuskäytäntöä koskevaan kritiikkiin.[339] Voitiin näet todeta, että yhteishuollon paremmuudesta yksinhuoltoon verrattuna ei ole voitu esittää tieteellistä näyttöä. Avioerolasten hyvinvoinnin ei ole voitu todeta olevan yhteydessä vanhempiensa yksinvai yhteishuoltoon. Voidaankin siksi kysyä, että jos kerran eroa eri huollon muotojen välillä ei ole lasten kannalta voitu osoittaa, niin miksi yhteishuoltoa on näin voimakkaasti suosittava, vaikka sen toteuttaminen päätösten perustelujenkin valossa on vanhemmille usein kovin hankalaa? Tutkimuksissa voitiin osoittaa varsin yhdenmukaista tukea sille, että vanhempien väliset ristiriidat ovat riskitekijä lasten tasapainoiselle kehitykselle. Koska näitä risti-

---

[334] Ks. kohta 4.6.5.5. (Selvityksissä olevien suositusten noudattaminen).

[335] Ks. kohta 4.6.5.3. (Vallitsevien olosuhteiden muuttamatta jättäminen tai niiden muuttaminen) ja myös 4.6.5.1. (Yhteisen huollon perusteleminen toisen vanhemman vastustaessa).

[336] Ks. edellä 4.5.2. (Yhteishuollon ihanne suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa) .

[337] Ks. kohta 4.6.5.2. (Vanhempien keskinäiset erimielisyydet ja yhteishuolto).

[338] Ks. kohta 4.6.5.4. (Asumisesta riitelevät yhteishuoltajat ja yhteishuoltoa koskeva yksimielisyys).

[339] Ks. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 7. (Oikeudelliset huoltoratkaisut ja uudemmat tutkimustulokset) alakohtineen.

riitoja voidaan ylläpitää yhteisen huollon avulla, voidaan yhteistä huoltoa pitää selvästi myös riskinä lapsen hyvinvoinnille. Tähän toki oli eräissä tapauksissa viitattukin.[340] Tämän tosiasian huomioon ottamisen voisi kuitenkin olettaa yleisemminkin vaikuttavan siihen, että yhteisen huollon lapsen edun mukaisuus perusteltaisiin kussakin tapauksessa erikseen. Näinhän ei hovioikeusratkaisuissa suinkaan aina tehty.

4.6.6. Lapsen mielipide ja lapsen etu

> »Mä jouduin käymään jonkun sosiaali-ihmisen luona monta kertaa. Se kysyi, minkälaista mulla on äidin ja isän kanssa erikseen ja se kysyi, kumman luona mä haluaisin asua. Mä sanoin etten mä tiedä. Se sanoi että jos mä en tiedä, jonkun täytyy vaan sitten määrätä. Se oli hankala käydä siellä. Enkä mä pitänyt siitä vanhemmasta naisesta, joskus oli nuorempi, se tuntui ymmärtävän paremmin. Oikeudenpäätös tuli sitten, että mä jään äidin luokse. Niin olisin ehkä itsekin halunnut. Mä moikkaan kylillä niitä sosiaaleja. Niillä on hankala homma tollanen.» (Poika, 14 vuotta)[341]

Lapsen oikeutta vaikuttaa omaa huoltoaan koskevaan asiaan käsiteltiin yleisesti jo aikaisemmin.[342] Lasten toivomuksia ja mielipiteitä omaa huoltoaan koskevista asioista sekä niiden huomioon ottamista oli mahdollista tarkastella käyttäen hyväksi aineistoon sisältyviä sosiaalilautakuntien selvityksiä. En kuitenkaan selvittänyt systemaattisesti sitä, oliko kaikkien noin 10-vuotiaiden tai sitä vanhempien lasten mielipidettä kuultu. Itse asiassa monista päätöksistä ilmeni, että tapaus koski senikäistä lasta, jonka mielipide yleisen elämänkokemuksen mukaan olisi voitu ja näin ollen olisi pitänytkin selvittää, mutta päätöksessä ei mitään tähän viittaavaa ilmennyt. Koska tähän saattoi kuitenkin olla monia syitä, kuten lapsen haluttomuus ottaa kantaa niin kuin edellä esitetyssä esimerkissä, ei tämäntyyppinen kartoitus olisi ollut tarkoituksenmukainen. Seuraavassa on kerätty yleisiä huomioita lasten mielipiteitä koskevien selvitysten perusteella. Selvitystapa tai sen oikeellisuus jäävät luonnollisesti myös tarkastelun ulkopuolelle.

Selvin ja ehkä yllättävin havainto lasten mielipiteistä oli sama, joka tuli esiin jo tämän kohdan alussa olleessa esimerkissä. Näyttää näet siltä, että edes varttuneiden lasten ei aina ole helppo ilmaista kantaansa omaa huol-

---

[340] Ks. kohta 4.6.5.2. (Vanhempien keskinäiset erimielisyydet ja yhteishuolto).

[341] Lainaus *Leena Mäkijärven* kokoamasta kirjasta Viikonloppulapsi (1995) s. 95.

[342] Ks. edellä kohta 4.4.3.3.4. (Sosiaalilautakunnat lasten asiamiehinä).

toaan koskevassa asiassa.[343] *Arajärven* ja *Kosken* mukaan lasten valinnan vaikeus on usein seurausta lasten hyvistä suhteista molempiin vanhempiin.[344] Sen perusteella näyttäisi siltä, että huoltoriitojen kohteena olevilla lapsilla todella on usein hyvät suhteet molempiin vanhempiinsa, vaikka vanhempien välit olisivat riitaiset. Sosiaalityöntekijät olivat usein varanneet oman kohdan selvitykseensä vasta koulunsa aloittaneenkin lapsen mielipidettä varten. Varsin usein siitä kuitenkin ilmeni, että lapsi oli vetäytynyt suorasta kannanotosta jommankumman vanhemman puolesta.[345]

> »Petri (13 vuotta) on keskusteluissa ilmaissut, että hän pitää kovasti molemmista vanhemmistaan ja haluaa mielipiteissään olla heitä kohtaan ehdottoman tasapuolinen. Hän ei tahdo sanoa mitään sellaista, joka voisi pahoittaa vanhempien mielen....Tilanne, jossa hänen on *pakko* tehdä valintoja, on hänelle hyvin ahdistava, eikä ole hänen etunsa mukaista vaatia *häneltä* ratkaisuja, joihin hän ei ole vielä valmis.»[346]

> »Jukka (9 vuotta) on ikätasonsa mukaisesti normaalisti kehittynyt lapsi. Molemmat vanhemmat ovat hänelle tärkeitä. Lojaalisuus vanhempia kohtaan näkyy siinä, että Jukka ei halua eikä pysty ilmaisemaan suoraan, kumman vanhemman hän haluaisi huoltajakseen, koska kokee samalla joutuvansa hylkäämään toisen.»[347]

> »Keskusteluissa Aleksi (6 vuotta) on halunnut väistää lähes kaikki vanhempiin liittyvät kysymykset.»[348]

> »Heidi on 16-vuotias yläasteen viimeisen luokan oppilas... Heidi on ilmaissut, että hän haluaa asua Heinolassa ja käydä koulunsa loppuun täällä. Heidi ei kuitenkaan vastannut suoraan kumman vanhemman

---

[343] Erityisesti *Goldstein, Freud* ja *Solnit* ovat korostaneet lojaliteettikonfliktien aiheuttamia vaikeuksia lapselle. Ks. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 3.1.4. (Goldstein – Freud – Solnit: Beyond the Best Interest of the Child), ks. myös Saksaa koskeva jakso, kohta 6.2. (Tunnesideteoria – Bindungstheorie). Ks. myös *Arajärvi – Koski* (1989), missä kirjoittajat kertovat esimerkin 12-vuotiaasta pojasta, joka ei kykene valitsemaan vanhempiensa välillä, s. 24–26, 49.

[344] *Arajärvi – Koski* (1989) s. 26.

[345] Seuraavassa lapsista on esimerkkien luonteen vuoksi käytetty etunimiä. Kaikkien esimerkeissä esiintyvien lasten nimet on kuitenkin muutettu heidän yksityisyytensä suojaamiseksi. Samoin on muutettu muita mahdollisesti tunnistettavia yksityiskohtia kuten paikkakuntien nimiä. Todelliset tiedot ilmenevät luonnollisesti julkisista tuomioistuinasiakirjoista. Niiden esittämiselle tässä yhteydessä ei ole kuitenkaan mitään aihetta.

[346] Koulupsykologin lausunto, Turun Ho 24.8.1993 S 93/425. »Petri» oli 14-vuotias alioikeuskäsittelyn aikana, jolloin häntä myös kuultiin henkilökohtaisesti oikeudessa. Petri ilmoitti tällöinkin, ettei hän tiennyt, kummalle vanhemmista hän menisi. Turun HO kieltäytyi pojan kuulemisesta uudelleen, koska siihen ei ollut lain edellyttämää painavaa syytä.

[347] Kasvatus- ja perheneuvolan lausunto, Kouvolan HO 17.2.1993 S 92/582.

[348] Sosiaalilautakunnan selvitys, Helsingin HO 28.4.1993 S 92/2235.

luona hän haluaisi asua. ... Kysyin Heidiltä, pelkääkö hän loukkaavansa toista vanhempaa, mikäli ottaisi suoraan kantaa tähän asiaan ja Heidi myönsi näin olevan.»[349]

Silloinkin, kun lapsella oli mielipide huollosta, hänellä saattoi olla vaikeuksia sen ilmaisemisessa tai hän tunsi ehkä syyllisyyttä toisen vanhemman syrjäyttämisestä.

»Emma (8 vuotta) on ilmoittanut useasti haluavansa asua äidin ja Annin (melkein 6 vuotta) kanssa Kuusamossa. Emma ei kuitenkaan halua pahoittaa isän mieltä joutumalla sen hänelle kertomaan.» (Anni haluaa asua Emman kanssa, mutta mielipide valinnasta vanhempien kesken ei ole niin ponnekas kuin Emmalla.)[350]

»Hanna täyttää pian 13 vuotta...» (kuvausta koulumenestyksestä ja luonteesta)... »Hanna haluaa jäädä asumaan isän kanssa.» ...(Hannan perusteluja ja kuvausta molemmista vanhemmistaan. Isä on selvästi Hannalle läheisempi)... »Hän haluaisi käydä äidin luona viikonloppuisin ja arkisinkin *ja voisi soittaa hänelle vaikka joka päivä, jotta äiti ei tuntisi itseään yksinäiseksi.*»[351]

Jos taas yli 12-vuotiaalla lapsella oli selvä mielipide, sen noudattamisesta voitiin poiketakin.[352] Näin tosin tapahtui vain kerran. Turun hovioikeus ratkaisi silloin lapsen asumista koskevan asian vastoin 13-vuotiaan pojan mielipidettä. Tuomioistuin teki ilmeisesti tietoisesti ratkaisun, jota »Jussi» voi halutessaan olla noudattamatta.[353] Yli 12-vuotiaan lapsen mielipidehän on muita osapuolia sitova viimeistään täytäntöönpanovaiheessa.[354] Ratkaisu Jussin asumisesta edelleen äidin luona näyttää sosiaalilautakunnan selvityksen valossa kuitenkin hyvin perustellulta:

»Kasvatus- ja perheneuvolan tekemien tutkimusten mukaan Jussin piilotajuinen toive on saada elää kokonaisessa perheessä äidin ja isän kanssa. Tämä on yksi osoitus Jussin vaikeuksista sopeutua realiteetteihin. Kysyttäessä Jussi haluaa asua jatkossa isänsä luona, perustellen sitä kavereiden läheisyydellä, suhteellisen myöhäisillä kotiintuloajoilla ja useilla TV-kanavilla...»(Isän luona on myös mahdollisuus erilaisiin hyödykkeisiin, mutta isä ei pysty tarjoamaan Jussin kaipaamaa läsnäoloa, huolenpitoa ja hoivaa...Arvioita vanhempien persoonallisuudes-

[349] Sosiaalilautakunnan selvitys, Kouvolan HO 15.9.1993 S 93/306.

[350] Sosiaalilautakunnan selvitys, Helsingin HO 28.4.1993 S 92/1440.

[351] Sosiaalilautakunnan selvitys, Helsingin HO 9.9.1992 S 92/589, Kurs. K.K-S.

[352] Ks. 12-vuotiaan itsemääräämisoikeudesta täytäntöönpanoasiassa edellä kohta 4.4.3.3.4. (Sosiaalilautakunnat lasten asiamiehinä).

[353] Turun HO 19.5.1993 S 92/1202.

[354] Ks. edellä kohta 4.4.3.3.4. (Sosiaalilautakunnat lasten asiamiehinä) sekä tarkemmin *Helin – Linna – Rintala* (1997) s. 58 alk. ja HE 96/95 s. 28-29, 35–37.

> ta ja kasvatustavasta.) ...»(Ä)idillä on käsittääksemme kyky nähdä ja ymmärtää murrosikäisen nuoren tarpeet. Äiti pystyy asettamaan selvät rajat, joita vastaan Jussi voi kapinoida. Jussi on toteuttanut murrosikäisen tarvetta vastustaa rajoja asettavaa vanhempaa muuttamalla pois äidin luota.»
>
> Toisenlaiseen ratkaisuun päädyttiin sitä vastoin sosiaalilautakunnan suosituksessa, joka liittyi Helsingin hovioikeuden päätökseen. Sosiaalilautakunta piti ratkaisevana 10-vuotiaan pojan mielipidettä. Häntä pidettiin kykenevänä ottamaan kantaa asiaan vastoin äidin hankkimaa lastenpsykiatrin lausuntoa, jonka mukaan vastuuta ratkaisusta ei tulisi jättää 10-vuotiaalle.[355]

Kaikki hovioikeuteen päätyvät tapaukset ovat tavallisia huoltoasioita vaikeampia. Lasten hankaluuksia mielipiteen muodostuksessa tai valmiin mielipiteen ilmaisemisessa ei suoraan voida yleistää kaikkiin tilanteisiin. Esimerkit osoittavat kuitenkin selvästi, miten tärkeätä on, että lapsella on myös oikeus olla ilmaisematta mielipidettään.[356] Lasten halu vetäytyä mielipiteen muodostamisesta viittaa myös hyvin siihen, että huoltoriidan lopullisen ratkaisun tulisi olla aikuisten vastuulla, ellei lapsella ole riittävää kypsyyttä vastuun ottamisesta ratkaisun lopputuloksesta.[357]

Hovioikeusaineisto osoitti kuitenkin myös, että huoltoriitojen kohteena on sellaisiakin lapsia, joilla oli selviä mielipiteitä ja joiden kannalta on tärkeätä kyetä vaikuttamaan heitä itseään koskevaan asiaan.

> Jyrkin mielipide oli noin 12-vuotiaalla Idalla, joka oli asunut äitinsä kanssa ulkomailla viimeiset 3–4 vuotta. Tyttö oli kesän jälkeen jäänyt isänsä luokse Suomeen mahdollisesti siksi, että isä oli kieltäytynyt palauttamasta häntä asuinpaikkavaltioon. Isän mukaan oleskelu ulkomailla ei ollut tarkoitettukaan pysyväksi. Ida halusi ehdottomasti palata äitinsä

---

[355] 17.6.1992 S 92/583. Tapaus jätti lukijan jotenkin epätietoiseksi ja loi vaikutelman, että sosiaalityöntekijät eivät ehkä halunneet tai katsoneet voivansa kirjata suosituksensa todellisia perusteluja, vaan perustelivat ratkaisuaan neutraalisti lapsen mielipiteellä.

[356] Tätä edellyttää myös LapsHL 11 § 2 mom., jonka mukaan lapsen mielipiteen selvittämisestä ei saa aiheutua haittaa lapsen ja hänen vanhempansa välisille suhteille. Ks. myös edellä kohta 4.4.3.3.4. (Sosiaalilautakunnat lasten asiamiehinä).

[357] Edellä Englantia koskevassa jaksossa esiteltiin mm. *Eekelaarin* näkemyksiä lapsen dynaamisesta itsemääräämisoikeudesta. *Eekelaar* ehdotti, että lapsi saisi valita vaihtoehdoista, jotka olisivat hänen kannaltaan turvallisia ja että lapsella olisi myös oikeus tehdä virheitä. Ks. Englantia koskeva jakso, kohta 7.2.4. (Eekelaar ja lasten dynaaminen itsemääräämisoikeus) ja *Eekelaar* (IJLF 1994) s. 61. Tämäntyyppinen suhtautuminen lapsen määräämisoikeuteen edellyttää mielestäni myös vanhemmilta kypsää ja ymmärtäväistä asennoitumista lapseen. Avioerotilanteessa vanhemmallekin voi joskus olla helpompaa se, että pettymyksen tuottaneen huoltoratkaisun on tehnyt ulkopuolinen tuomari eikä oma lapsi.

luokse, ja hän ilmaisi tämän mm. kieltäytymällä ehdottomasti palaamasta isänsä luokse äidin tultua Suomeen huoltoasiaa hoitamaan. Koska äidin oli palattava työasioiden vuoksi asuinmaahansa, jäi Ida siinä vaiheessa mieluummin lastenkotiin, minkä kaikki osapuolet silloin hyväksyivät.[358]

Myös edellä mainitussa »Hannan» tapauksessa Hannalla oli selkeä ja perusteltu mielipide. Kummassakin tapauksessa sosiaalityöntekijät ja muut selvityksentekijät tulivat tulokseen, joka tuki lapsen mielipidettä. Selvitys valaisi hyvin lapsen mielipiteen syitä ja taustoja. Lapsen mielipide ja sen perustelut näyttivät kuitenkin täydentävän muuta aineistoa tärkeällä tavalla. Lapsen mielipide toimi näissä tilanteissa hyvin juuri lapsen etua koskevana todistusaineistona, jolla oli oma tärkeä merkityksensä myös lapsen kasvavaa määräämisoikeutta ajatellen.

Aineistoon sisältyi myös pari tapausta, joissa murrosiän ohittaneet 16–17 -vuotiaat lapset olivat itse tosiasiallisesti tehneet aloitteen huollon siirtämisessä muuttamalla omatoimisesti toisen vanhemman luo. Näiden tapausten käsittelyssä kunnioitettiin selvästi näiden nuorten omaa määräämisoikeutta.[359]

---

[358] Helsingin HO 8.4.1992 S 92/206. Tapaus sattui ennen Haagin lapsikaappaussopimuksen ratifioimista. Sopimuksen soveltamista olisi kuitenkin vaikeuttanut vanhempien erilainen käsitys siitä, oliko sisarten tarkoitus ollut jäädä pysyvästi ulkomaille vai oliko erityisesti keskimmäisen sisaruksen osalta tarkoitus ollutkin, että hän palaa takaisin Suomeen. Jos Ida ja hänen sisarensa olisi palautettu Haagin lapsikaappaussopimuksen perusteella äidin asuinmaahan (joka siis oli sopimuksen jäsenvaltio), olisi huoltoriidan lopputulos todennäköisesti muodostunut toisenlaiseksi. Asiakirjoihin liitettyjen sikäläisten selvitysten perusteella lapsilla oli siellä erinomaiset olosuhteet. Idan pikkusisar (8 vuotta) ilmoitti selvityksen mukaan haluavansa jäädä isänsä luokse, mikä sitten tapahtuikin. Nuorin sisaruksista oli koko riidan ajan ollutkin äidin asuinmaassa. On mahdollista, että sosiaalityöntekijät arvelivat sisarusten yhteydentarpeen turvaavan myös lasten kontaktit erossa asuviin vanhempiin. Sosiaalityöntekijät ehdottivat myös yhteishuoltoa, vaikka tunnustivatkin vanhempien kommunikaatiovaikeudet maantieteellisen etäisyyden lisäksi. Alioikeus päätyikin yksinhuoltoon kaikkien lasten osalta vanhempien etäisyyden vuoksi. Mainittakoon, että etäälläkään eri valtioissa asuminen ei sinänsä ollut yhteishuollon este. Yhteishuolto säilytettiin huolimatta lapsen muuttamisesta välittömän huoltajan kanssa Itä-Afrikkaan tapauksessa Helsingin HO 25.8.1993 S 93/289.

[359] Kouvolan HO 2.12.1992 S 92/18 ja Helsingin HO 13.10.1993 S 93/2101. Edellisen tapauksen johdosta asiassa pyydettiin selvitys hovioikeustasolla äidin vaatimuksesta. Hovioikeus purki yhteishuollon erityisesti lapsen omaan näkemykseen vedoten. Lapsen asuinpaikan osalta asiassa ei ollut mitään epäselvää. Jälkimmäisessä tapauksessa ratkaisua perusteltiin hyvin lyhyesti esitetyllä selvityksellä ja lapsen iällä. Alioikeus ilmeisestikin viittasi lapsen omaan määräämisvaltaan asiassa.

Lapsia kuultiin säännönmukaisesti asumista koskevasta asiasta. Sitä vastoin huollon muotoa koskevista asioista lasten mielipidettä kysyttiin varsin harvoin. Edellä mainitussa tapauksessa Kouvolan hovioikeus piti lapsen mielipidettä huollon muodosta ratkaisevana. 16-vuotias tyttö toivoi, että hänen vanhempiaan ei määrättäisi yhteishuoltajiksi, koska se hänen mielestään pahentaisi vanhempien välisiä ristiriitoja.[360]

> Lapsen huoltoa koskevassa sosiaalilautakunnan selvityksessä oli suositeltu yhteishuoltoa, ja alioikeus olikin määrännyt yhteishuollon suosituksen mukaisesti. Hovioikeus kuitenkin muutti ratkaisua ylläolevan mukaisesti.

Sen sijaan Turun hovioikeuden ratkaisussa 7.12.1993 S 93/1275 oikeus ei ottanut lasten mielipidettä yksinhuollon puolesta huomioon. Alioikeus totesi, että

> »(v)aikka lapsista toinen on 17-vuotias ja toinen 14-vuotias, ei heillä voida katsoa olevan riittävää kypsyyttä lausua mielipidettään huoltoa koskevassa asiassa sillä tavoin, että se yksin olisi ratkaisun perusteena.»

Tapauksessa oli kysymys siitä, että välittömänä huoltajana ollut isä halusi purkaa yhteishuollon. Lasten asumisesta ei ollut riitaa. Hovioikeus ei muuttanut päätöstä. Molemmissa yllämainituissa tapauksissa murrosikäiset lapset toivoivat nimenomaan yhteishuollon purkamista. Lasten mielipiteeseen viitattiin kuitenkin yhteishuollon säilyttämiseksi. Tapauksessa murrosikäiset lapset (15- ja 13-vuotta) olivat »toivoneet yhteishuoltoa, jos se vain toimisi.»[361]

> Viranomaisten torjuva suhtautuminen lasten mielipiteisiin huollon muodosta oli yllättävää. Huollon muodollahan voi olla selviä seurauksia lapsen omien asioiden ratkaisemisessa. Murrosikäinen lapsi voi esimerkiksi saada toiselta huoltajalta tärkeäksi kokemaansa tukea omille vaatimuksilleen esimerkiksi koulutusta tai harrastuksia koskevissa asioissa. Toisaalta lapsi voi kokea myös haitaksi sen, että toinen vanhemmista pyrkii puuttumaan hänen asioihinsa. Ne päätökset, joita vanhempien on tehtävä yhdessä huollon ollessa yhteinen, koskevat lapsen henkilöä. Päätöksenteon sujuvuus tai vaikeus vaikuttaa siten päätösten sisällön ohella suoraan lapsen elämään.

---

[360] Kouvolan HO 2.12.1992 S 92/18.

[361] Lause päätösjäljennöksen liittenä olevasta sosiaalilautakunnan selvityksestä siten, kuin se on sinne kirjattu. Turun HO 19.3.1993 S 92/1417. Tapausta on referoitu laajemmin kohdassa 4.6.5.4. (Asumisesta riitelevät yhteishuoltajat ja yhteishuoltoa koskeva yksimielisyys).

Tämän kohdan alussa esittämässäni lainauksessa 14-vuotias poika yrittää ymmärtää »sosiaaleja», joilla on hankalan tuntuinen tehtävä. Oikeustieteellisessä keskustelussa tärkeäksi noussut kysymys lapsen omien oikeuksien lisäämisestä lapsen asioita ratkaistaessa ei tunnu tulevan lainkaan merkittäväksi hänelle henkilökohtaisesti.[362] Hänen puheenvuorossaan kysymys huoltoa koskevan päätöksen tekemisestä näyttää ensisijaisesti aikuisten maailmaan kuuluvalta asialta. Vasta kun prosessi on ohi, 14-vuotias pohtii suhdettaan tehtyyn ratkaisuun ja toteaa sen menneen hänen omalta kannaltaan oikeansuuntaisesti. Monet muutkin edellä esitetyt esimerkit viittaavat siihen, että lapsia ei ehkä ole osattu ottaa mukaan päätöksentekoon heidän omilla ehdoillaan tai että lapset eivät yksinkertaisesti halua osallistua ratkaisun tekemiseen. Lapset ovat vanhempiensa riitojen keskellä vaikeammassa tilanteessa kuin ulkopuolinen ehkä tulee ajatelleeksi. Edellä selostettu »Jussin» esimerkki osoitti puolestaan, että lasten selvän mielipiteen tulkitsemisen vaikeus ei lopu siihen, että lasta pidetään ikänsä vuoksi kypsänä oman tahtonsa muodostamisessa. Murrosikäisellä avioerolapsellakin tulisi olla mahdollisuus ikäkaudelleen tyypilliseen käyttäytymiseen, kapinaankin, jolle aikuisten tulisi voida asettaa rajat. Vaikuttaakin siltä, että kysymys lasten kuulemisesta ja lasten oikeuksien toteutumisesta on esimerkkien valossa vielä huomattavasti monitahoisempi kuin oikeustieteellisten keskustelujen perusteella voitiin olettaa.[363]

4.6.7. Aineiston sukupuolijakautuma ja vanhempien muuttuvat roolit

4.6.7.1. Asumaan äidin luokse – yhä useamminko?

Hovioikeusaineiston tapauksia koskevasta sukupuolijakaumasta on ensinnäkin todettava, että tapaukset muodostivat sen mukaan selvästi kaksi toisistaan poikkeavaa ryhmää. Olennaista tältäkin kannalta oli se, riideltiinkö tapauksissa pääasiassa huollon muodosta vai oliko riidan kohteena lasten asuminen. Niissä tapauksissa, joissa riideltiin ensisijaisesti tai ainoastaan huollon muodosta, naiset olivat pääasiallisina huoltajina ylivoimaisesti suurimmassa osassa tapauksia.[364] Lapset toisin sanoen asuivat huomattavasti yleisemmin äitiensä kuin isiensä luona. Näissä luokissa äitien osuus pääasialli-

[362] Ks. vars. Englantia koskeva jakso, kohta 7.2. (Lapsen oikeuksia koskeva keskustelu) kokonaan.

[363] Ks. edellä vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 5. (Lapsen kuuleminen).

[364] Pääasiallisiin huoltajiin on tässä yhteydessä laskettu yhteishuoltajista se, joka pääasiallisesti huolehtii lapsesta ts. asuu lapsen kanssa, sekä ainoat huoltajat. Pääasialliset

sista huoltajista oli yhteensä noin 84 %.[365] Osuus vastaa suunnilleen sitä arviota, joka on esitetty kaikkien erossa asuvien pääasiallisten huoltajien sukupuolijakaumasta.[366] Yhteis- tai yksinhuollosta käytävät oikeusriidat ovat yleensä siis lasten luona asuvien äitien ja lapsia tapaavien isien välisiä riitoja.

Hovioikeusaineiston niissä tapauksissa, joissa vanhemmat riitelivät lapsen asumisesta, naiset määrättiin pääasialliseksi huoltajaksi vain 62 prosentissa tapauksia.[367] Nämä tapaukset kuuluivat siis klassisten huoltoriitojen ja asumisesta riitelevien yhteishuoltajien luokkiin. Lapset määrättiin näin ollen huomattavasti useammin isän pääasialliseen hoitoon, kun asumisesta päätti tuomioistuin. Kaikkein tavallisinta isän määrääminen pääasialliseksi huoltajaksi oli silloin, kun yhteishuoltajat riitelivät asumisesta, jolloin sukupuolten välillä ei ollut enää selvää eroa. Ero muihin luokkiin oli tässä suhteessa niin selvä, että sitä voidaan pitää merkittävänä siitä huolimatta, että tapausten yhteenlaskettu lukumäärä oli vain edellä mainittu 25 kappaletta. Klassisten huoltoriitojen yhteydessä lapset määrättiin äitien huoltoon 67 prosentissa tapauksista ja koko aineistossa äidit olivat pääasiallisia huoltajia 73 prosentissa tapauksista. Asumisesta riidelleet yhteishuoltajat näyttivät näin poikkeavan selvästi muusta aineistosta.

Hovioikeusaineistoa ei voida suoraan verrata aikaisempiin selvityksiin sen vuoksi, että tapaukset, joissa riideltiin pääasiallisesti huollon muodosta, eivät ole vertailukelpoisia ennen uuden lain voimaantuloa kerättyjen aineistojen kanssa. Sitä vastoin luokkia, joissa riidan kohteena on ollut pääasiassa lasten asuminen, voitaneen pitää vanhojen aineistojen kanssa jotakuinkin yhteismitallisina. Näiden välillä tehdyn vertailun perusteella voidaan olettaa,

---

huoltajat ovat siis niitä, joilla huollon muodosta ja tapaamisoikeusjärjestelyistä riippumatta on pääasiallinen vastuu lapsen hoidosta ja kasvatuksesta.

[365] Sukupuolijakauma lapsen asumisen osalta oli tapauksien lukumäärän perusteella seuraava:

luokka A:	82 % (äitien luona)	/ 18 % (isien luona)	
luokka B:	87 %	/ 13 %	
luokka C:	67 %	/ 29 %	4 % (jaettu)
luokka D:	52 %	/ 44 %	4 %
Koko aineisto:	73 % (äidit)	/ 25 % (isät)	2 % (jaettu)

[366] Noin 85 % lapsista on arvioitu asuvan äitinsä ja noin 15 % isänsä luona. *Tilastokeskus* (Väestö 1994:5) s. 61. Vertailun vuoksi voidaan todeta, että sosiaalilautakunnissa vahvistettujen huoltoa koskevien sopimusten perusteella tehdyt tilastot osoittavat, että äitien luona asuu 83 % lapsista. Tähän palataan lähemmin tuonnempana.

[367] Näiden luokkien yhteenlaskettu sukupuolijakauma lasten asumisen perusteella oli seuraava:

Äitien luona 62 %, isien luona 34 %, jaettiin 4 %.

että tuomioistuin määräisi nykyisin lapset aikaisempaa harvemmin isien pääasialliseen huoltoon. Isien osuus olisi pudonnut noin 50 prosentista 34 prosenttiin.[368] Kun vanhemmat olivat huollosta yksimielisiä, uskottiin lapset noin 20 vuotta aiemminkin selvästi useammin äitien huoltoon. Kaikkia pääasiallisia huoltajia koskevien jakautumien voidaankin arvioida pysyneen hämmästyttävän samanlaisina. 1960- ja 1970-luvun vaihteessa kaikista avioerotapauksista lapset määrättiin äideille 85 %:ssa, isille 10 %:ssa ja jaettiin noin 5 %:ssa tapauksista.[369] Yllä todettiin, että arviot pääasiallisten huoltajien sukupuolijakaumasta ovat nykyisin hyvin samankaltaiset.

Edellä olevat sukupuolijakaumat viittaavat siihen ehkä yllättävänkin mahdollisuuteen, että vuonna 1984 voimaan tullut uusi lainsäädäntö ja yhteishuollon mahdollisuus olisi aiheuttanut muuttoksia pelkästään huollon muotoihin: osa yksinhuolloista olisi muuttunut yhteishuolloksi. Sen sijaan lasten pääasiallista huoltajaa koskeva sukupuolijakauma olisi pysynyt lähes samana. Näin ollen keskeisin muutos olisi koskenut äitien yksinhuoltojen muuttumista osin yhteishuolloiksi. Lapset asuisivat edelleen yleensä äitiensä luona.

Tulosta voidaan vielä verrata sosiaalilautakuntien vahvistamista sopimuksista laadittuihin tilastoihin. Vuonna 1996 vahvistetuista sopimuksista laaditun tilaston perusteella saadaan tulokseksi lähes sama sukupuolijakauma. Jos nimittäin lasketaan yhteen sekä yhteishuoltoa koskevissa sopimuksissa olleet asumista koskevat määräykset että yksinhuoltoa koskeneet sopimukset, saadaan tulokseksi, että 83 % lapsista asui vahvistettujen sopimusten perusteella äitien ja 17 % isien luona.[370] Tälläkään perusteella tilanne lasten asumisen osalta ei olisi juuri muuttunut 1960-luvun lopun jälkeen.

Olisivatko vanhempien sukupuoliroolit siis muuttumassa niin hitaasti, että muutosta kahdessakymmenessä vuodessa ei olisi tapahtunut juuri nimeksikään? Asia ei ole aivan näin yksinkertainen. Vahvistettujen sopimusten pohjalta tehdyistä tilastoista voidaan nimittäin päätellä, että kehitys on ollut osin jopa päinvastainen.

---

[368] *Helin* (1974) s. 111, 128–129 ja yhteneväisesti Korkeimman oikeuden aineiston pohjalta *Tulenheimo-Takki* (JFT 1979) s. 179–202.

[369] *Helin* (1974) s. 128, 167.

[370] *Stakes* 22/1977 s. 22–23. Tilastot eivät ole aivan yhteneväiset sen vuoksi, että yksi huoltoa ja tapaamisoikeutta koskeva sopimus tehdään oikeusministeriön vahvistaman kaavakkeen mukaan aina yhtä lasta kohden, kun taas tuomioistuintapauksissa yksikkönä on tuomioistuinpäätös, joka taas on hakijakohtainen eli »vanhempikohtainen» ja voi siten koskea myös useampaa lasta samanaikaisesti. Tämän vuoksi sopimuksissa ei siis ole erikseen lukua, joka osoittaisi, milloin lapset on jaettu vanhempien kesken.

> Vuoden 1988 lukujen perusteella lapset määrättiin asumaan äitien luokse 77 prosentissa ja isien luokse 23 prosentissa tapauksista. Vuonna 1996 vastaavat luvut olivat siis 83 % ja 17 %. Laskujeni mukaan muutos on ollut hyvin tasaista sekä yksinhuoltoa koskevien sopimusten että yhteishuollon yhteydessä annettujen asumista koskevien määräysten osalta. Yksinhuoltoa koskevien sopimusten osalta äitien osuus on vuosina 1988–1996 noussut 10 prosenttia ja isien laskenut saman verran. Yhteishuollon yhteydessä annetun asumismääräyksen osalta muutos on äitien hyväksi ja isien vahingoksi samalla aikavälillä 6 prosenttiyksikköä.[371]

Tulosta on vaikea selittää. Lapsen hoitoon liittyvät sukupuoliroolit eivät siis vain olisi suunnilleen ennallaan, vaan itse asiassa näyttäisi siltä, että ne ovat muuttumassa entistä perinteisemmiksi.

> Yhdeksi selitykseksi voitaisiin ajatella sitä, että sopimusten yleistyminen olisi samalla muuttanut sukupuolijakaumaa perinteisemmäksi. Vanhemmathan ovat vapaasti sopimissaan huoltojärjestelyissä aina suosineet äitejä pääasiallisina tai ainoina huoltajina enemmän kuin tuomioistuimet. Sopimuksia on vuonna 1996 vahvistettu yli kaksinkertainen määrä vuoteen 1988 verrattuna.[372] Tätä selitystä vastaan puhuu kuitenkin se, että myös ruotsalaiset yhteishuoltotilastot osoittavat samansuuntaista kehitystä. Ruotsissa ei ole ollut samanlaista sopimusmenettelyä. Sopimusten yleistyminen ei näin ollen ole voinut aiheuttaa siellä tapahtunutta samansuuntaista muutosta.[373]

Lasten huoltoa koskevissa ratkaisuissa ilmenevä sukupuoliroolien jakautuma voi olla osa yleistä kehitystä: perinteiset sukupuoliroolit olisivat vahvistumassa. Tilanteen voidaan myös ajatella olevan seurausta yhteishuollosta. Jälkimmäinen mahdollisuus edellyttää läheisempää tarkastelua.

4.6.7.2. Yhteishuolto ja vanhemmuuden sukupuoliroolit

Yhteishuollon voisi ajatella selittävän yllättävän perinteistä sukupuolijakaumaa monella tapaa. Yksi selitys olisi se, että osallistuminen lapsen huoltoon

---

[371] Sosiaali- ja terveyshallitus 1992:3 s. 20–21 sekä *Stakes* 22/1997 s. 22–23.

[372] Kaikkien lasten huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevien sopimusten määrä oli vuonna 1988 12 401 ja vuonna 1996 32 759. Kaikkein eniten ovat kuitenkin yleistyneet aulapsia koskevat sopimukset (5 618 – 17 799). *Sosiaali- ja terveyshallitus* 1992:3 s. 20–21 sekä *Stakes* 22/1997 s. 22–23.

[373] Ruotsalaisen tilaston kohteena ovat ollet kaikki lapsen yhteishuoltoa koskevat ratkaisut. *Statistiska centralbyrån* (1993) s. 6. Laskennat oli tehty vuosilta 1992 ja 1989. Äitien osuus pääasiallisista huoltajista oli tällä välin kasvanut 5 %. Osuus oli vuonna 1992 91 % kaikista pääasiallisista huoltajista. Ks. myös *Kurki-Suonio* (Nordborg 1995) s. 189.

yhteishuoltajana »riittäisi» isille eikä riitelemiseen välittömästä huoltajuudesta olisi näin ollen enää tarvetta yhtä usein kuin aikaisemmin.

On kuitenkin mahdollista päätellä myös, että isät tyytyisivät yhteishuoltoon nykyisin sen vuoksi, että yhteishuollon sisältö on heidän kannaltaan olennaisesti toinen kuin jääminen huollon ulkopuolelle. Tässä yhteydessä en tarkoita niinkään lain yhteishuoltajalle antamia oikeuksia, jotka sinäsä ovat melko vaatimattomat, kuin yhteishuoltajuuteen liittyviä käytäntöjä. Aikaisemmin tarkastelluista amerikkalaisista tutkimuksista ilmeni esimerkisi, että erillään asuvan vanhemman aktiivisuudella tai passiivisuudella oli taipumus kasaantua. Ne lähinnä siis isät, jotka tapasivat lapsiaan useimmin, huolehtivat myös säännöllisimmin elatusmaksuista ja osallistuivat muutenkin aktiivisimmin lapsen elämään.[374] Erillään asuvien yhteishuoltajien on myös Suomessa todettu tapaavan lapsiaan keskimäärin enemmän kuin niiden erillään asuvien vanhempien, joilla ei ole yhteishuoltajan asemaa.[375]

Yhteishuolto heijastaisi tämän oletuksen mukaan sittenkin vanhemmuuden vastuun jakautumista tasaisemmin eri sukupuolten välillä. Muutos olisikin tällöin tapahtunut yhteishuollon sisällössä. Tilastothan eivät esimerkiksi kerro, viettävätkö erillään asuvat isät nykyisin enemmän aikaa lastensa kanssa. Yhteishuollon »riittävyyttä» isien kannalta voidaan siis arvioida tässä mielessä positiivisesti. Erillään asuvien vanhempien yhteishuolto näyttäytyisi tästä näkökulmasta ikään kuin sopeutumiselta joustavammiksi muuttuneisiin vanhemmuuden roolikäytäntöihin.

Negatiivisempi oletus merkitsisi vastaavasti sitä, että lasten yksinhuoltajuus tai pääasiallinen huoltajuus ei isien mielestä olisi realistinen tavoite, jolloin yhteinen huolto lasten asuessa äidin luona olisi ikään kuin riittävän hyvä kompromissi. Naisoikeustieteilijät ovat myös epäilleet, että lasten huoltoon liittyvät oikeudet ilman niihin kuuluvaa vastuuta olisi isille lasten yksinhuoltoa mukavampi ja sen vuoksi suositumpi vaihtoehto.[376]

Hovioikeusaineiston sukupuolijakauma voisi kuitenkin viestiä myös siitä, että isän oikeudellinen yhteishuolto olisi isälle »tarpeeksi hyvä» vaihtoehto ei isän itsensä vaan ennemminkin sosiaalityöntekijöiden ja tuomareiden näkökulmasta. Näin hovioikeusaineiston sukupuolijakauma kertoisikin tavallaan viranomaisten sukupuolirooleihin liittyvien ennakkoluulojen säilymisestä ja jopa vahvistumisesta.

---

[374] Ks. *Seltzer*, edellä Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 7.1. (Uudempien tutkimusten luonnehdintaa).

[375] *J. Nieminen* (1990) s. 123–124.

[376] Ks. Saksaa koskeva jakso, kohta 8.2. (Yhteishuolto ja feministinen oikeustiede).

Lapsen asumisesta riidelleet yhteishuoltajat näyttivät kuitenkin muodostavan sukupuoliroolien suhteen muusta joukosta poikkeavan ryhmän. Se seikka, että molemmat vanhemmat myöntyivät yhteishuoltoon, saattoi sinänsä olla seurausta isien ja äitien tasavertaisemmasta vanhemmuudesta, johon tuomioistuimet ja sosiaalityöntekijät vastasivat jakamalla lasten asumista koskevat määräykset suunnilleen tasan molemmille sukupuolille. Tässä ryhmässä useat lapset olivatkin tosiasiallisesti asuneet tai viettäneet muuten runsaasti aikaa molempien vanhempien luona, mikä ehkä sitten vaikeuttikin asumista koskevaa ratkaisua.[377]

Ylläesitetyt pohdinnot eivät vastaa tyhjentävästi kysymykseen yhteishuollon vaikutuksesta vanhemmuuden sukupuolirooleihin. Se jää edelleen avoimeksi. Voidaan kuitenkin vielä ajatella, että jos vanhemmuutta koskevat sukupuoliroolit todella olisivat yleisellä tasolla muuttuneet perinteisemmiksi, siis riippumatta lasten huoltoa koskevasta ratkaisukäytännöstä, voisi ylläesitettyä tulosta pitää sen aika luontevana heijastumana. Jos siis äidin antamaan hoivaan olisi tosiasiallisesti palattu, tuntuisi luontevalta reaktiolta se, että pyrittäisiin pitämään kiinni isien osallistumisesta silloinkin, kun se olisi luonteeltaan vain muodollista.

4.6.7.3. Miksi äidit vastustivat yhteishuoltoa?

Keskusteluissa yhteishuollosta nousee aika ajoin esiin käsitys, jonka mukaan oikeudellisella yhteishuollolla ei käytännössä ole juuri merkitystä. Hovioikeusaineiston valossa kysymys yhteishuollosta vaikutti sitä vastoin asiaan osallisten näkökulmasta hyvin tärkeältä, sillä siitä oltiin valmiit riitelemään tuomioistuimessa aina hovioikeutta myöten. Syitä yhteishuollon vastustamiseen kirjattiin jonkin verran sosiaalilautakuntien selvityksiin. Seuraavat lainaukset ovat suoraan niistä.

> »Isä vaatii (lapsen) huoltoa yksin itselleen, koska mielestään on joutunut huolehtimaan (lapsen) asioista yksin...»» Äiti vaatii yhteishuollon jatkumista, koska pelkää, ettei muuten saa tietää (lapseen) liittyvistä asioista.» (Turun HO 15.9.1992 S 92/697, pakkoyksinhuoltotapaus)

> »Molemmat ovat sitä mieltä, ettei mikään varsinaisesti muuttuisi, jos pojille määrättäisiin yhteishuolto. (Äiti) kuitenkin on yhteishuoltoa vastaan perustellen kantaansa sillä, etteivät hänen ja lasten isän neuvotteluvälit toimi.» (Turun HO 6.7.1993 S 93/1 pakkoyksinhuoltotapaus)

---

[377] Ks. lapsen olosuhteiden muutosta koskevista ratkaisuista kohta 4.6.5.3. (Vallitsevien olosuhteiden muuttamatta jättäminen tai niiden muuttaminen).

»Selvitystyön alkaessa ja sen kestäessä (äiti) on ollut yksinhuoltajuuden kannalla. (Isä) on yhteishuoltajuuden kannalla. (Äiti) on perustellut yksinhuoltajuutta epäluottamuksellaan lapsen isään kohtaan. Hän kertoo, että lapsen isän kanssa eivät pysty keskustelemaan lapseen liittyvistä asioista.» (Kouvolan HO 17.3.1993 S 93/47, pakkoyhteishuoltotapaus)

»Äiti ei ole ollut suostuvainen yhteishuoltoon perustellen sitä isän asiattomilla syytöksillä häntä kohtaan. Isä kertookin haluavansa yhteishuoltoa nimenomaan sillä perusteella, että ajoittain ei luota äidin kykyyn huolehtia lapsista.» (Kouvolan HO 14.10.1992 S 92/378 pakkoyksinhuoltotapaus)

»(Äiti) epäilee kuitenkin, kykenevätkö he vanhempina keskustelemaan (lasta) koskevista asioista asiallisesti. (Äiti) pelkää, että yhteishuoltoon myöntymisellä antaa (isälle) paremmat mahdollisuudet tehdä kiusaa hänelle lapsen kustannuksella. (Äiti) muistuttaa parisuhteen aikana itseensä kohdistuneesta sekä fyysisestä että psyykkisestä väkivallasta (isän) taholta asioina, joita ei pitäisi tässäkään yhteydessä ohittaa.» (Helsingin HO 2.12.1992 S 92/933, pakkoyhteishuoltotapaus)

»(Äiti) haluaa, että (lapsen) huolto uskotaan yksin hänelle. Hän katsoo yhteishuollon olevan mahdotonta, koska he, lapsen vanhemmat ovat niin erilaisia ihmisiä. (Äidin) mielestä (isä) on epäluotettava, väkivaltainen ja sopimaton huoltajaksi näiden ominaisuuksiensa vuoksi. Hän arvioi, että isä vaikeuttaisi hänen mahdollista ulkomaille muuttoaan. Lisäksi isä saattaa estää (lapselle) mahdollisesti tulevan omaisuuden hoitoa.» (Helsingin HO 4.3.1992 S 91/1606, pakkoyhteishuoltotapaus)

»(Äiti) kokee, että vanhempien välinen yhteistyö ja yhteisymmärrys eivät toimi ja etteivät vanhemmat pysty keskustelemaan asioista riitelemättä. Äidin mielestä nykyinen huoltomuoto (yksinhuolto) on hyvä lapsille. Äiti sanoo, että hän on joutunut yksin kasvattamaan lapset ja selviytymään lasten hoidosta tähänkin saakka. Äiti kokee, ettei saanut lasten isältä tukea silloin, kun olisi sitä tarvinnut.» (Isä on asunut eron jälkeen ulkomailla. Helsingin HO 27.5.1992 S 91/922, pakkoyksinhuolto)

Edellä olevat äidit ja isä perustelivat yhteisen huollon vastustamista lähinnä tuntemallaan epäluottamuksella toista vanhempaa kohtaan. Muutenkin riitaisiin väleihin liittyvän epäluottamuksen uskottiin vaikeuttavan yhteisten asioiden hoitamista. Samantyyppinen peruste oli myös se, että lapset on tähänkin asti hoidettu yksin ilman toisen vanhemman osallistumista. Yksin huoltaminen on voinut olla yhtä hyvin tosiasiallista, esimerkiksi avioliiton aikaista, mutta myös oikeudelliseen ratkaisuun perustuvaa, kuten viimeisessä tapauksessa.

Riitta Kyllösen selvityksessä esiintyi myös samantyyppisiä näkemyksiä yhteishuollon edellytyksistä. *Kyllönen* havaitsi, että yhteishuoltoa halusivat

yleensä ne vanhemmista, jotka hänen mukaansa muussa tapauksessa eivät saisi lasten huoltoa itselleen, useimmiten isät. Hänen mukaansa äidit puolestaan suostuivat yhteishuoltoon, jos heillä ei ollut mitään syytä olettaa, että yhteishuolto vaikeuttaisi sen perheen elämää, jossa lapset asuisivat eron jälkeen.[378]

Yhteishuoltoon liittyvää asianomaisten argumentointia on myös *Kirsti Hämäläisen* pro gradu -työssä, mihin kirjoittaja on dokumentoinut sosiaalityöntekijöiden kanssa käytyjä sovitteluneuvotteluja selvitystyön yhteydessä. *Hämäläinen* seurasi tarkasti kahta tapausta. Molemmissa isä vaati yhteishuoltoa ja äiti vastusti sitä. Sosiaalityöntekijät yrittivät saada äidin taivutetuksi allekirjoittamaan yhteistä huoltoa koskevan sopimuksen ja onnistuivatkin siinä.[379] Syyt, joiden vuoksi äidit vastustivat yhteishuoltoa, olivat kummassakin tapauksessa hyvin samantapaiset. *Hämäläinen* vertaa toisen äidin näkemystä isän kantaan seuraavasti:

> »Äiti käsitti huollon arkielämään liittyväksi huolenpidoksi. Yhteishuolto olisi antanut isälle valtaa sekoittaa äidin ja lapsien perhe-elämää. Isä mielsi huollon oikeudekseen, jonka mukana hän saisi vaikutusmahdollisuuden lapsensa elämään. Jossakin mielessä vanhemmat siis ymmärsivät huollon samalla tavalla vallaksi tai vaikutusmahdollisuudeksi heidän lapsensa elämään. Käsitykset erosivat kuitenkin siinä kohtaa, miten tätä valtaa käytettäisiin. Äiti oli sitä mieltä, että isä saattaisi tehdä kiusaa hänelle saamalla luvan tunkeutua heidän perhe-elämäänsä. Isä taas kiisti kiusantekotarkoituksen.»[380]

Toisen äidin kannanotoista on seuraavassa suoria lainauksia. Ne liittyvät keskusteluun, jossa sosiaalityöntekijät toisaalta vähättelevät yhteishuollon merkitystä, mutta toisaalta korostavat sitä. *Hämäläinen* kuvaakin sosiaalityöntekijöiden menettelyä tässä suhteessa taktiseksi. Yhteishuolto määritellään tilanteen mukaan tärkeäksi tai vähäpätöiseksi asiaksi.[381] Lopulta vedotaan siihen, että äidin tulisi joustaa.[382]

> »Sitä, että jos mä suostun yhteishuoltajuuteen, niin se ei millään tavalla lisää hänen velvollisuuksiaan, eikä vastuitaan. Hänellä on ihan samanlaiset tapaamisoikeudet, oli meillä yhteishuolto.»[383]

---

[378] *Kyllönen* (Kuvaileva selvitys) s. 20. Tässä yhteydessä on muistutettava, että aineisto oli koottu vuonna 1986. Ks. myös *Kyllönen* (pro gradu) s. 30–35.

[379] Ks. myös edellä kohta 4.5.3.2. (Miten vanhemmat päätyvät yhteishuoltoon?).

[380] *Hämäläinen* (pro gradu) s. 46.

[381] *Hämäläinen* (pro gradu) s. 47.

[382] *Hämäläinen* (pro gradu) s. 73 alk.

[383] *Hämäläinen* (pro gradu) s. 60.

»(E)likkä jos mä lähden jonnekin lomamatkalle, niin mun täytyy tiedottaa hänelle hän tietää KAIKKI mun menoni sillä varjolla.»[384]

»Miten sen nyt sitten voi sanoo joustoks, mut jos se on sitä, että luopuu tavallaan omasta elämästään.»[385]

»Joskus tuntuu vaan, että toisten täytyy mukautua ja toisten ei.»[386]

Yhteishuolto merkitsi ylläolevien esimerkkien naisille eräänlaista vääristyneen parisuhteen ylläpitämistä lasten isään. Naiset pelkäsivät menettävänsä mahdollisuuden päättää itse yksin omasta elämästään, jonka luonnollinen ja olennainen osa lapset olivat. He pelkäsivät myös jäävänsä alttiiksi lasten isän vallankäytölle. Pelko omaa elämää kontrolloivaa ulkopuolista valtaa kohtaan oli tavallaan osa sitä epäluottamusta, joka kohdistui toisen vanhemman yhteistyöhaluun ja -kykyyn. Olennaista yhteishuoltoa vastustavien äitien ja isienkin kannalta näyttikin olevan pelkkä heihin kohdistuvan vallankäytön mahdollisuus yhteisen huollon varjolla.

4.6.7.4. Isien huolto – yhteishuoltoa

Isät olivat selvästi useammin kuin äidit lapsestaan erillään asuvia yhteishuoltajia, mutta tämän lisäksi isät olivat hieman useammin yhteishuoltajia myös silloin, kun heillä oli pääasiallinen vastuu lapsen päivittäisestä hoidosta.[387] Aivan selvää oli kuitenkin, että isät eivät lasten pääasiallisina huoltajina ollessaan vastustaneet yhteishuoltoa yhtä usein kuin äidit. Kaikista yhteishuoltajina ja pääasiallisina huoltajina olleista isistä vain kaksi oli määrätty yhteishuoltajaksi vastoin tahtoaan (2/16, 13 %), kun vastaava lukumäärä äitien osalta oli 22 eli selvästi yli puolet (61 %).

Isien argumentit yhteisen huollon puolesta liittyivät yleensä huoltajan statukseen. Isät eivät halunneet tulla syrjäytetyiksi lapsen huollosta vaan halusivat olla vaikuttamassa lastaan koskevaan päätöksentekoon, kuten joistakin edellisessä kohdassa esitetyistä sitaateistakin ilmeni.

---

[384] *Hämäläinen* (pro gradu) s. 70, isot kirjaimet alkuperäisiä.

[385] *Hämäläinen* (pro gradu) s. 74.

[386] *Hämäläinen* (pro gradu) s. 74.

[387] Kun tapaukset, joissa lapset oli jaettu, jätetään pois, on pääasiallisina huoltajina olleiden isien lukumäärä yhteensä 37. Näistä 11:llä huolto oli yhteinen äidin kanssa (43 %). Kaikista pääasiallisina huoltajina olleista äideistä (106) huolto oli yhteisenä isän kanssa 36:lla (34 %). Kaikista yhteishuoltajista (52 tapausta) äitien pääasiallisessa huollossa lapset olivat 69 %:lla ja isien vastaavasti 31 %:lla.

> Yhteishuollon puolesta esitetty argumentointi esimerkiksi sosiaalilautakuntien selvityksissä on usein varsin yleisellä tasolla. Koska yhteishuoltoa koskeva toivomus oli sinänsä tulkintaihanteen mukainen, siis ikään kuin itsessään oikea, ei sille useinkaan esitetty erityisiä perusteita toisin kuin yhteishuollon vastustamiselle. Tämä kävi myös ilmi *Hämäläisen* sovittelua koskevasta dokumentoinnista. Koska sovittelijoiden tavoitteena oli äidin suostuttaminen yhteishuoltoon, sen sijaan että isää olisi taivuteltu yksinhuoltoon, oli keskustelun painopiste äidin ja sosiaalityöntekijöiden välisessä dialogissa.[388]

Edellä ilmeni, että yhteishuolto saatetaan kokea eräänlaisena toiseen vanhempaan kohdistuvana kontrollivaltana. Voidaan siis kysyä, päätyvätkö tuomioistuimet ja sosiaalityöntekijät herkemmin äidin osallistumiseen ja kontrolliin silloin, kun lasten pääasiallinen hoitovastuu olisi isällä. Mikään ei kuitenkaan viittaa siihen, että roolijaon tämäntyyppiseen toteuttamiseen olisi käytetty viranomaisvaltaa. Isät tulivat näissäkin tilanteissa yhteishuoltajiksi useimmiten omasta tahdostaan.

Toinen selitys taas liittyisi äitien rooliin. Äidin määrääminen yhteishuoltajaksi isän kanssa silloin, kun lapset asuvat isän luona, voisi olla äidin »äidintunteiden» huomioon ottamista. Yhteinen huolto muodostaisi silloin hyväksytymmän tavan äidille luopua lasten päivittäisestä hoidosta kuin isän yksinhuolto.[389] Myös isät ymmärtäisivät tämän, mikä selittäisi isien myötämielisyyden yhteishuollolle. Yhteishuolto olisi tässä tapauksessa eräänlainen vastaus ympäristön taholta tuleviin rooliodotuksiin.

Isien mahdollisesti suuremmalle yhteisen huollon toleranssille voidaan siis etsiä erilaisia selityksiä. Itse palaan uudelleen jo edellä esittämääni oletukseen. Sen mukaan vanhempien molemminpuolinen alttius yhteiseen huoltoon lisääntyisi niissä perheissä, joissa lastenhoitotehtävät on jo yhteiselämän aikana jaettu tasapuolisemmin. Samalla pääasiallisen huoltajan sukupuolen merkitys pienenisi. Näissä perheissä päädyttäisiin siis useammin sekä yhteiseen huoltoon että isän pääasialliseen hoitovastuuseen. Tätä oletusta tukisi erityisesti se, että isiä oli pääasiallisina huoltajina suhteellisesti eniten juuri asumisesta riitelevissä yhteishuoltajissa.

---

[388] *Hämäläisen* mukaan sosiaalityöntekijät asettivat toisen sovittelun kuluessa kahdesti kysymyksen, suostuisiko isä äidin yksinhuoltoon. Toisella kerralla kohteena oli sopimuksen väliaikaisuus – sitähän olisi mahdollista myöhemmin muuttaa ja toisella kerralla kyse oli lapsen omaisuudesta. Aloitteita yhteishuollon puolesta (»Mitä jos teillä olisi yhteishuolto...») oli vastaavasti 20. *Hämäläinen* (pro gradu) s. 45.

[389] Ks. *Kyllönen* (pro gradu) s. 76.

4.6.7.5. Äidit, isät ja ihanteet

Sukupuolten roolien samankaltaistuminen oli erityisesti 1970-luvulla julkilausuttu ohjelmallinen tavoite.[390] Lapsenhuoltolain säätämisen yhteydessä kiinnitettiin huomiota siihen, että huollon määräytyminen ei missään tilanteessa saa olla sukupuolesta riippuvaista. Tätä edellytti jo YK:n naisten syrjinnän kieltävä yleissopimus.[391] Sukupuoliroolien oletettu muutos on näkynyt lapsen huoltoa koskevassa suomalaisessa kirjallisuudessa ainakin siten, että huoltajan sukupuoleen on viitattu vain siinä yhteydessä, kun on todettu, että sukupuolella ei huollon määräytymisen suhteen ole mitään merkitystä.[392]

Vertailevan jakson tuloksissa todettiin, että erityisesti yhteishuoltoa koskevan ihanteen yhteydessä vanhempien rooleista tuli toisiaan täydentävät. Tätä ilmensi hyvin se, että tapaamisoikeus ja huolto tulivat saman asian kääntöpuoliksi.[393] Tapaamisoikeus nostettiinkin lapsenhuoltolaissa huollon rinnalle aina lain nimeä myöten.[394] Täydentävyys ilmeni myös siinä, että tapaavan ja lapsen kanssa asuvan vanhemman yhteistä huoltoa pidettiin huollon ensisijaisena vaihtoehtona.

Edellä on osoitettu, että huolimatta sukupuolineutraalista lainsäädännöstä ja oikeusdogmatiikasta lapsen huoltoa koskeva käytäntö on selvästi sukupuolittunutta. Tilastojen valossa voitiin päätellä, että perinteiset sukupuoliroolit ovat viime aikoina jopa vahvistuneet.[395] Lasten päivittäinen hoito on edelleen lähinnä äitien tehtävä, ja tapaavat vanhemmat ovat yleensä viikonloppuisiä. Äidit ovat säilyttäneet asemansa tasapuolisesta lainsäädännöstä ja oikeusdogmatiikasta huolimatta.

Olennainen muutos aiempaan verrattuna on kuitenkin erillään asuvien vanhempien yhteishuollon yleisyys. Edellä on päätelty, että osassa tapauksia yhteishuolto on todennäköisesti merkinnyt myös erillään asuvien vanhempien keskinäisten roolien muutosta. Oikeudelliselle yhteishuollolle olisi siis muodostunut tosiasiallinen sisältö, joka tarkoittaisi käytännössä aktiivista

---

[390] Ks edellä kohta 3.2.1. (Naisasialiike ja valtion perheoikeudellinen tasa-arvopolitiikka).

[391] Ks. edellä kohta 4.1. (Yhteishuoltoa koskeva tulkintaihanne ja suomalaisen yhteishuollon taustaa), vrt. myös kohta 4.3.2.2. (Vanhemmuus-, sopimus- ja yhteishuoltoolettamat).

[392] *Savolainen* (1984) s. 105–106, *Oulasmaa* (Oikeustiede – Jurisprudentia 1992) s. 245–247, *Helin* (Mattila 1984) ei käsittele huoltajan sukupuolta lainkaan, ei myöskään *Gottberg* (1997).

[393] Ks. Vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 3.2. (Sukupuoliroolien muuttuminen).

[394] Ks. edellä kohta 4.4.2. (Lapsen tapaamisoikeus osana lapsen huoltoa).

[395] Ks. edellä kohta 4.6.7.1. (Asumaan äidin luokse – yhä useamminko?).

yhteydenpitoa, tapaamisia ja luonapitoja sekä vastuullista osallistumista lasta koskevaan päätöksentekoon. Tosiasiallista yhteishuoltoa näin ilmentävissä tapauksissa myös sukupuolten perinteiset roolit olisivat murtuneet useammin kuin muissa: isät huolehtivat lapsista päivittäin ja äidit osallistuvat huoltoon lapsen oman kodin ulkopuolelta käsin.[396]

Osa yhteishuoltotapauksista jäisi oletuksen perusteella kuitenkin hyvin muodolliselle tasolle. Aiemmin selostetun kalifornialaisen tutkimuksen tuloksien mukaisesti yhteisen huollon sisällöksi voisi muodostua tällöin joko vanhempien passiivinen puuttumattomuus, jonkinlainen kylmän sodan kaltainen varuillaanolo tai pahimmillaan jatkuvat avoimet konfliktit.[397] Avoimesta konfliktista voi kertoa myös se, että lapsen huoltoa koskeva riita on kerta toisensa jälkeen tuomioistuimen ratkaistavana.[398]

Kun vanhemmat erotessaan valitsevat lastensa tulevaa huoltoa, heidän tärkeimpänä valintaperusteenaan toimivat todennäköisesti yhteishuollon synnyttämät mielikuvat. Ne perustuvat toisaalta tiedotusvälineistä ja tuttava- sekä sukulaispiiristä omaksuttuihin mielikuviin yhteishuollon käytännöistä, toisaalta parisuhteen aikaisen yhteiselämän kokemuksista. Yhteishuollon oikeudellinen perusta ei anna kovin paljoa aineksia yhteisen huollon hyvien ja huonojen puolien arvioimiselle.

Riitta Kyllösen haastattelemat vanhemmat toivat esiin sen, että uusi yhteishuolto ei varsinaisesti muuttanut heidän aikaisemmin lasten hoidossa omaksumiaan käytäntöjä. Niitä noudatettiin edelleenkin ikään kuin laista riippumatta.[399] Niillä vanhemmilla, jotka onnistuivat yhteishuollossa, oli itsellään eräänlainen sosiaalinen tilaus yhteiselle huollolle myös eron jälkeen.

> »Meidän tapauksessa se (yhteishuolto – RK) varmasti on ihan hyvä,...mutta toisaalta ei tässä mitään lakia tarvita. Laki ei tuo mitään muutosta meidän keskinäiseen toimintaamme.»[400]

Yhteinen huolto ei ehkä yksinään saa vanhempia jakamaan lapsen hoitoon liittyvää vastuuta. Muitakin tätä oletusta tukevia sitaatteja löytyi samasta selvityksestä.

---

[396] Ks. edellä kohta 4.6.7.2. (Yhteishuolto ja vanhemmuuden sukupuoliroolit) sekä kohta 4.6.7.4. (Isien huolto – yhteishuoltoa).

[397] Ks. *Maccoby – Mnookin* (1992) edellä Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 8. (Kalifornian avioerolapset 1990-luvulla).

[398] Näin esim. tapauksissa Turun HO 7.12.1993 S 93/1275 sekä 19.3.1993 S 92/1417. Ks. uusintariitojen osuudesta edellä kohta 4.6.4 (Ensiratkaisut ja niiden muuttamista koskevat ratkaisut).

[399] *Kyllönen* (Kuvaileva selonteko) s. 73–80.

[400] *Kyllönen* (pro gradu) s. 72, ks. myös (pro gradu) s. 73.

> »(J)os se pelaa, se pelaa kyllä ilman sitä nimeekin siellä. —, en mä tiedä miksi se on täytynyt keksiä, kai silläkin on aikaa saanut kulumaan. Että jos joku ei halua siitä lapsesta kantaa vastuuta, se ei siitä kanna sen takia, että se nimi on siellä. Eikä edes kukaan siihen pysty pakottaan ketään. Se on ilmeisesti jotain pehmoilua isiä kohtaan, äidithän ne yleensä on niitä yksinhuoltajia ja sitten kun on puhuttu hirveesti että isät jää paitsi.»[401]

> »Mulla oli semmonen mielikuva, että tämä muuttuu silleen, että hän (isä -RK) olisi enemmän kiinnostunut, innostunut ja ottaa enemmän osaa lasten asioihin. Mulla oli semmonen hölmö harhakuva kaikkien näitten avioliittovuosien jälkeen, että siinä voisi näin käydä.»[402]

Yhteishuollon epäonnistumisen kokemuksista kertovat ainakin vaatimukset yhteishuollon purkamisesta. Kaksi kolmasosaa hovioikeusaineistossa tehdyistä purkuvaatimuksista hyväksyttiinkin, vaikka tulkinta yleisesti suosikin yhteistä huoltoa. Yhteishuollon merkitys käytännön arkipäivässä saattaa olla niin vähäinen, että vaikeuksien korostaminen voi ulkopuolisesta tuntua liioittelulta. Nämä vaikeudet saattavat nykyisessä tuomioistuinkäytännössäkin antaa kuitenkin aiheen yhteisen huollon purkamiselle, vaikka vanhempien edellytetäänkin sietävän keskinäistä eripuraa ainakin kohtuullisessa määrin. Yhteishuollon aiheuttamat mielikuvat voivat siis nykyisen tulkinnankin mukaan olla myös todellisia uhkakuvia lapsen hyvinvoinnin kannalta. Avioerolapsia koskevissa tutkimustuloksissa mielikuvat ovat myös konkretisoituneet. Uhkia on osoitettu sisältyvän vanhempien välisiin konflikteihin.[403] Pääasiallisen huoltajan voimavarojen riittämisen on myös todettu olevan keskeinen tekijä avioerolasten hyvinvoinnin kannalta.[404]

Pääasialliset huoltajat, siis lähinnä äidit, kokivat toisinaan yhteisen huollon vaikeuttavan kohtuuttamasti myös omaa elämäänsä. Vaikeudet voivat liittyä samoihin syihin, joiden vuoksi toisesta vanhemmasta on haluttu erota. Näiden vaikeuksien hallinta voi sitoa kohtuuttomasti äidin tarvitsemia voimavaroja.

---

[401] *Kyllönen* (pro gradu) s. 73.

[402] *Kyllönen* havaitsi, että yhteishuoltoon kohdistui odotuksia erityisesti silloin, kun avioliiton aikana vastuuta lapsista ei ollut jaettu, vaan lapset olivat yleensä olleet äidin hoidettavina. Äidit saattoivat toivoa yhteishuollon muuttavan isien asenteita ja isien ottavan enemmän vastuuta lapsista. *Kyllönen* (pro gradu) s. 76, (Kuvaileva selonteko) s. 83–84.

[403] Ks. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 7.2. (Voiko yhteishuollosta olla haittaa?).

[404] Ks. esim. *Wallerstein – Kelly* (1980) tai *Kalter et al.* (Amer.J.Orthopsychiat. 1989) edellä Kaliforniaa koskeva jakso, kohdat 5.3.2.2. (Tulokset) ja 7.1. (Uudempien tutkimusten luonnehdintaa).

Yhteishuollon määräämistä lähes säännönmukaisesti vastoin naisten tahtoa voidaan pitää myös tasa-arvoon liittyvänä ongelmana.[405]

Pakkoyhteishuoltopäätöksiin avautuu sukupuoliroolien perusteella kuitenkin myös toinen näkökulma. On mahdollista, että osa vastoin äidin tahtoa yhteishuoltoa vaativista isistä olisi tuomioistuimen näkökulmasta vastuullisena ja aktiivisesti lapsen hoitoon osallistuneena vanhempana »ansainnut» huoltoon liittyviä oikeuksia. Äidin voidaan taas tulkita vastustavan yhteistä huoltoa vain siksi, että hän haluaisi huoltajan täyden statuksen yksin itselleen. Pakkoyhteishuollot voitaisiin tästä näkökulmasta tulkita esimerkiksi viranomaisten vastaukseksi muuttuneisiin vanhemmuuden rooleihin. Isille halutaan turvata ainakin huoltajan status, vaikka vastoin äidin itsekkäinä pidettyjä toiveita. Kysymys yksin- tai yhteishuollosta asettuu tästä näkökulmasta eräänlaiseksi vanhempien väliseksi oikeudenmukaisuuskysymykseksi. Isän oikeudenmukainen kohtelu vanhemmuudessa voisi kuitenkin tukea häntä jatkamaan aktiivista vanhemmuuttaan. Senkin on osoitettu edistävän lapsen hyvinvointia.[406]

4.6.8. Päätelmiä hovioikeusaineiston ilmentämästä tulkintaihanteesta

Edellä olen kuvannut laajasti riitaisia huoltoasioita. Eniten huomiota olen kohdistanut yhteishuollon ensisijaisuudelle. Voidaan kysyä, mitä merkitystä tällä on tavallista lasten huoltoa koskevaa tapausta ajatellen. Ylivoimaisesti suurin osa huoltoratkaisuistahan perustuu vanhempien sopimukseen. Riitaisista tapauksistakin suuri osa (lähes 40 % eli niin sanotut klassiset huoltotapaukset) käsiteltiin käytännöllisesti katsoen pelkästään yksinhuollon näkökulmasta.

Vuonna 1996 sosiaalilautakuntien tai vastaavien elinten vahvistamista kaikista lapsen huoltoa koskevista sopimuksista noin 90 prosenttia koski yhteishuoltoa.[407] Kaikissa sopimuksissa ovat siis mukana myös ne sopimukset, joita on tehty avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten vanhempien yhteishuollosta. Huolimatta siitä, että sopimuksia on tehty hyvin eri tilanteissa, ainoa tieto, joka niistä on näyttävästi tuotu julkisuuteen, on yhteishuoltosopimusten kasvava osuus kaikista sopimuksista.[408] Yhteishuoltosopimusten suuri

---

[405] Ks. *Kurki-Suonio* (Turunen 1992) tai sama (Nordborg 1995).

[406] Etenkin *Wallerstein – Kelly* (1980) Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 5.3.2.2. (Tulokset), ks. myös 7.3. (Eronneet isät ja lapset), vrt. kuitenkin riitaisten vanhempien osalta myös kohta 7.2. (Voiko yhteishuollosta olla haittaa?).

[407] Ks. *Stakes* 22/1997 kuvio sivulla 10.

[408] Ks. vastaava kuvio Sosiaali- ja terveyshallitus 1992:3, s. 10.

määrä on siis sellaisenaan itsenäinen tavoite. Sen ajatellaan ehkä olevan osoitus sivistyneestä ja suvaitsevasta perhekulttuurista, missä riidat voidaan sopia.

Tieto tuomioistuimien noudattamasta tulkintalinjasta todennäköisesti muokkaa sopimuskäytäntöä. Sosiaalityöntekijät ovat ainakin suosituksissaan itsekin omaksuneet yhteishuollon selvän suosituimmuusaseman, joten heidän voidaan ajatella suostuttelevan vanhempia yhteishuoltoon myös sopimusten tekotilanteissa.[409] Nykyinen tulkintalinja merkitsee sitä, että erimielisyys yhteisestä huollosta ei missään tapauksessa sulje pois yhteishuollon mahdollisuutta, vaikka asia vietäisiin tuomioistuimen ratkaistavaksi.[410]

Niille vanhemmille, jotka eivät pääse huollosta sopimukseen, yhteishuollon tahdonvastainen määräämiskäytäntö merkitsee tosiasiassa riitelemismahdollisuuksien lisäämistä tuomioistuimessa. Avoin käytäntö merkitsee myös huonompaa ennakoitavuutta ja siitä johtuen vaikeampia sopimusneuvotteluja niissä tilanteissa, joissa toinen vanhemmista valitsisi mieluummin yksinhuollon.[411]

Olen jättänyt viimeiseksi kysymyksen siitä, minkä vuoksi tulkinnat lapsen huoltoa koskevissa riidoissa suosivat niin voimakkaasti yhteishuoltoa. Miksi lapsen edulle näyttää joskus olevan vain yksi tulkinta, yhteishuolto?

Arvelen itse, että avoin ja yksilöllinen yleislauseke yhdistettynä viranomaisille annettuihin suuriin valtuuksiin lapsenhuoltolain tapaan, vaatisi tuekseen monipuolista tietoa ja keskustelua, ehkä tutkimustakin.[412] Jos muu tieto puuttuu, lapsen etua tulkitaan sen ainoan ohjenuoran varassa, jonka tuomioistuimet ja sosiaalityöntekijät laista ja muusta aineistosta saavat irti. Tämä on yhteishuollon ensisijaisuus. Epävarmuus oikeasta tulkintatavasta voi vielä voimistaa yhteishuollon suosiota, kun lapsen edun mukaiseksi arveltuun ihanneratkaisuun päädytään epäselvissäkin tilanteissa, ikään kuin varmuuden vuoksi. Pakkoyhteishuollot on mahdollista tulkita myös jonkinlaiseksi reaktioksi vuonna 1988 voimaan tulleille vapaamielisille avioeroperusteille: van-

---

[409] Ks. edellä kohta 4.4.3.3.3. (Sosiaalilautakunta sovittelijana) ja kohta 4.5.3.2. (Miten vanhemmat päätyvät yhteishuoltoon?)

[410] Ainoastaan, jos vanhemmat ovat yksimielisiä huollon uskomisesta jommallekummalle, tuomioistuimen on periaatteessa annettava tämän yksimielisen ehdotuksen mukainen ratkaisu. Vanhempien yksimielinen käsitys lapsen edun mukaisesta ratkaisustahan mahdollistaa tuomioistuimen tutkimisen vain poikkeuksellisessa tilanteessa (LapsHL 10 § 2 mom.).

[411] Vrt. Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 4.2. (Bargaining in the Shadow ot he Law).

[412] Suomen lapsenhuoltolain sisältämän laajan viranomaisvallan ja yleislausekkeen yhdistelmää on kritikoinut ainakin *Graversen* (To artikler 1984) s. 48–49.

hemmat pääsevät kyllä eroon parisuhteesta, mutta eivät huollon yhteisyydestä – lapsen edun vuoksi. Myös se, että äidit entistä useammin päätyvät lasten pääasiallisiksi huoltajiksi, voisi viitata perhekulttuurin muuttumiseen entistä perinteisempään suuntaan. Harvat uudistusmieliset isät tavoittelisivat siten lastensa huoltoa entistä huonommalla menestyksellä. Eräänlaiseksi kompromissiratkaisuksi jäisi tällöinkin äidin pakottaminen huollon yhteisyyteen.

Pakottaminen ei kuitenkaan liene koskaan hedelmällinen lähtökohta yhteistyölle. Vanhemman pakottaminen yhteishuoltoon voi olla omiaan lisäämään ja ylläpitämään vanhempien välisiä ristiriitoja, joiden on puolestaan osoitettu muodostavan riskin lapsen hyvinvoinnille.[413] Parempi lähtökohta olisikin tällöin huollon eri osa-alueiden jakaminen ja ristiriitoja aiheuttavien kysymysten rajaaminen yhteisyyden ulkopuolelle. Tällainen lähestymistapa on viety pisimmälle Englannin *Children Act*in vanhempainvastuun säätelyssä.[414] Huollon oikeudethan voidaan sen perusteella rajata lapsen eri vanhempien luona viettämän ajan perusteella. Meillä lapsen huollon eri osa-alueita koskevia yksityiskohtaisempia määräyksiä riitojen välttämiseksi on suositellut *Eva Gottberg*.[415] Hänen esittämäänsä ratkaisumallia seuraten voitaisiin toisaalta turvata aktiivisille tapaaville vanhemmille heidän asemaansa tukevia oikeuksia, toisaalta tuomioistuin täyttäisi tehtävänsä ristiriitojen ratkaisijana sen sijaan, että se osoittaisi ne takaisin vanhempien ja lasten asiaksi.

Vaikka yhteishuolto on tuonut mukanaan myös ongelmia, se on epäilemättä merkinnyt monille erossa asuville vanhemmille ja heidän lapsilleen myönteistä ja tervetullutta vaihtoehtoa. Se on ollut julkinen tunnustus sille, että erillään asuvien vanhempien välinen rakentava yhteistyö on mahdollista. Tällä yhteistyöllä on todettu olevan myönteinen merkitys lapsille. Onnistuneesta yhteishuollosta hyötyvät näin ollen kaikki osapuolet. Mielestäni erään yhteishuoltajaisän näkemyksessä tämä asia tulee osuvasti esiin:

> »Mua ei ainakaan oo sillai syrjitty pois, vaikka minä en asukaan hänen (lapsen RK) kanssaan. Minä oon silti vastuuvelvollinen pojasta vielä. Minusta se on hieno asia. Ennen vanhaan avioero tuli, lapsi jäi aina toiselle vaan, jommalle kummalle vastuu.»[416]

---

[413] Ks. tarkemmin Kaliforniaa koskeva jakso, kohta 7.2. (Voiko yhteishuollosta olla haittaa?).

[414] Ks. Englantia koskeva jakso, kohta 8.2.3. (Vanhemman vastuu, kun vanhemmat ovat eronneet tai asuvat erillään).

[415] Esim. *Gottberg* (1997) s. 19.

[416] *Kyllönen* (Kuvaileva selonteko) s. 80.

5. Vertailun tulokset ja Suomea koskeva jakso

Tutkimuksen alussa sen tutkimustehtävä määriteltiin asettamalla kolme kysymystä. Viimeisen kysymyksen mukaan tutkimuksen tuli selvittää, voidaanko vertailun perusteella saatujen tulosten avulla selittää suomalaista lapsen edun tulkinnan kehitystä lapsen huoltoa koskevan ratkaisun yhteydessä.[417] Edellä suomalaista kehitystä on arvioitu vertailusta saatujen tulosten avulla. Tässä yhteydessä voidaan vielä koota näin suomalaisesta kehityksestä saatuja tuloksia yhteen ja pohtia samalla, antavatko ne aihetta muuttaa niitä edellä selostettuja tuloksia, joita saatiin vertailevan jakson perusteella.[418]

1. Lapsen etu tuli keskeiseksi lapsen huoltoa koskevan asian ratkaisukriteeriksi vuoden 1929 avioliittolain säätämisen yhtyedessä.[419] Ensimmäinen vaihe, jolloin äidin hoiva edusti ihanteellista tulkintaa lapsen edusta, vastasi suomalaisista ihannetulkinnan vaiheista ehkä kaikkein parhaiten vertailun perusteella saatuja tuloksia. Tulkintaihanteen synty oli selvästi yhteydessä niihin käsityksiin avioerosta, joita vuoden 1929 avioliittolaki edusti. Avioeron katsottiin silloin – aiemmasta oikeustilasta poiketen – edellyttävän julkisen vallan puuttumista kaikkien avioerolasten huoltoon. Intervention voimistumisen katsottiin olleen yhteydessä lastensuojelun kehittymiseen ja lasten yhteiskunnallisen merkityksen kasvuun ylipäätään.[420]

Avioliittolain on myös arvioitu vakiinnuttaneen sukupuolten erilaisille tehtäville, rooleille, perustuvan perhekäsityksen. Naisen rooli-ihanteeksi tuli silloin perheenemäntä.[421] Ihannetulkinnan sisällön määräytyminen äidin hoivaksi liittyi myös kaikissa vertailumaissa tämän roolin vakiintumiseen. Lasten hoito ja kasvatus jäi sukupuolten tehtävien eriytyessä luontevasti naisille. Suomessa on tähdennetty sitä, että naisille annetut uudet oikeudet liittyivät juuri perheenemännän tehtäviin.[422] Näitä oikeuksia olivat vaatineet etenkin uudet nais-

---

[417] Ks. edellä tutkimuksen lähökohtia koskeva jakso, kohta 4. (Tutkimusaiheen täsmentäminen ja kysymyksenasettelu).

[418] Ks. vertailun tuloksia koskeva jakso kokonaisuudessaan. Sen kohtiin ei jäljempänä enää viitata erikseen.

[419] Ks. edellä kohta 2.1.1. (Lähtökohtana vuoden 1929 perheoikeusuudistus) ja tarkemmin sitä edeltäneestä ajasta vielä kohta 2.1.2. (Lapsen huollon määrääminen ennen vuotta 1930).

[420] Ks. edellä kohta 2.1.3.2. (Avioerouudistus ja lapsen huoltoon liittyvä interventio).

[421] Ks. edellä kohta 2.1.3.3.2. (Avioliittolain perhekäsitys).

[422] Ks. edellä kohta 2.1.3.3.2. (Avioliittolain perhekäsitys).

asialiikkeet, ja lapsen huoltoa sekä holhousta koskevat oikeudet olivat niistä eräitä keskeisimpiä.[423] Naisista tulikin vuoden 1929 uudistuksen yhteydessä lastensa huoltajia ja holhoojia avioliiton aikana yhdessä aviomiestensä kanssa ennen kaikkia vertailumaita. Lapsensa huoltajaksi määrätty eronnut nainen tuli Suomessa siten myös lapsensa täysivaltaiseksi holhoojaksi.[424]

Äidin hoivan merkitystä etenkin pienille lapsille korostettiin myös perheoikeudellisessa kirjallisuudessa, jota tästä aiheesta tuottivat etenkin *Martti Rautiala* ja *Ilmari Melander*.[425] Lapsen edun ohella huollon määräytymiseen vaikutti lain mukaan kuitenkin myös vanhemman syyllisyys avioeroon kuten vertailumaissakin.[426] Syyllisyyden vaikutus lapsen huoltoon säilyi laissa ja oikeuskäytännössä siitä huolimatta, että välirikkoperiaate sai entistä vahvemman aseman, kun asumuseromenettely omaksuttiin pohjoismaisten esikuvien mukaisesti vuonna 1948.[427]

2. Psykologista yksinhuoltajaa koskevalle ihannetulkinnalle ja siihen liittyville tekijöille ei ensi näkemältä löytynyt selvää vastinetta Suomessa.[428] Tarkempi perehtyminen asiaan paljasti kuitenkin eräälaisen ihanteen ja todellisuuden välisen eron 1970-luvun suomalaisessa perheoikeudessa. Esimerkiksi syyllisyyttä pidettiin ilmeisesti sinänsä aikansa eläneenä avioeron perusteena, mutta koska lainsäädännön uusista periaatteista ei saavutettu riittävää yksimielisyyttä, avioliittolain syyllisyysperusteita jouduttiin soveltamaan edelleen. Kaikissa vertailumaissa sitä vastoin toteutettiin 1970-luvun tuntumassa sellainen avioerouudistus, jossa syyllisyysperusteista luovuttiin.[429] Suomalainen soveltamiskäytäntö oli kuitenkin varsin joustavaa, sillä avioeroa koskevat kanteet hyväksyttiin lähes poikkeuksetta. Syyllisyydellä saattoi silti olla merkitystä, jos tuomioistuin joutui tekemään ratkaisun lapsen huollosta voimatta tukeutua puolisoiden yksimieliseen ehdotukseen. Puolisoiden yksimielisiä ehdotuksia ei ilmeisesti kuitenkaan tutkittu, vaan sopimuksia tosiasiallisesti suosittiin samaan tapaan kuin vertailumaissakin.[430]

---

[423] Ks. edellä kohta 2.1.3.3.1. (Naisasialiikkeen vaatimukset ja lainvalmistelu).

[424] Ks. edellä kohta 2.1.3.1. (Uudistuneet periaatteet).

[425] Ks. edellä 2.2.3. (Äidin hoivan merkitys oikeuskirjallisuudessa).

[426] Ks. edellä kohta 2.1.3.1. (Uudistuneet periaatteet).

[427] Ks. edellä kohdat 2.2.2. (Asumuseromenettely – sovittelua tutkimisen sijasta) ja 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä), syyllisyyden säilyminen ilmeni etenkin kohdassa 3.3.3. (Avioerot syyllisyyskulissin varjossa), josta lähemmin jäljempänä.

[428] Ks. edellä kohta 3.1. (Vertailuun perustuvat oletukset ja ajanjakson suomalaiset erityispiirteet).

[429] Ks. edellä kohta 3.3.2. (Miksi Suomessa ei uudistettu avioero-oikeutta?).

[430] Ks. edellä kohta 3.3.3. (Avioerot syyllisyyskulissin varjossa).

Niistä suomalaisista lainsäädäntöuudistuksista, jotka toteutuivat 1970-luvulla, voitiin kuitenkin tunnistaa tälle vaiheelle tyypillisiä piirteitä: vapaamielisempää suhtautumista parisuhteeseen ja lapsen edun ihanteena psykologisen vanhemmuuden perusteella määräytyvää huoltajaa, joka voi yhtä hyvin olla myös isä. Niin sanotun lapsipaketin tarkoituksena oli parantaa avoliitoissa ja muuten avioliittojen ulkopuolella syntyneiden lasten asemaa.[431] Uusi huoltopäätöksiä koskeva täytäntöönpanolaki ilmensi lapsen yksilöllisen psykologisen edun huomioon ottamista. Sama näkyi myös korkeimman oikeuden ratkaisun KKO 1978 II 80 perusteluissa. Perustelujen mukaan näin tulkittu lapsen etu oikeutti olemaan soveltamatta vieraan valtion oikeutta, koska se olisi johtanut kyseessä olleiden lasten edun vastaiseen tulokseen.[432]

Aivan selvä yhteys vertailun tuloksiin oli kuitenkin Suomessa tässä vaiheessa esiintyneellä naisten tasa-arvoon tähtäävällä liikehdinnällä ja siihen läheisesti liittyneellä äitien etusijaa koskeneella kritiikillä. Naisten tasa-arvoa vaati Suomessa aluksi Yhdistys 9, mutta tavoitteet omaksuttiin nopeasti myös viralliseen oikeuspolittiikkaan.[433] Äitien etusijaa oikeuskäytännössä kritikoitivat eduskunnan oikeusasiamiehen ohella muun muassa nuoret oikeusoppineet *Ahti Saarenpää*, *Heikki Mattila* ja *Matti Mikkola*.[434]

3. Yhteishuollosta tuli Suomessa ihanteellinen tulkinta lapsen edusta lain lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta tultua voimaan vuoden 1984 alusta.[435] Samassa yhteydessä poistui tuomioistuimien velvollisuus tehdä ratkaisu lapsen huollosta avioeroasian käsittelyn yhteydessä, mitä vertailun tulosten perusteella pidettiin tunnusomaisena yhteishuoltoa koskevan ihanteen syntymiselle. Ihannetulkinta oli selvästi yhteydessä myös uuteen sovittelumyönteiseen avioerokäsitykseen, joka ilmeni vuonna 1987 muutetuista avioliittolain säännöksistä. Samalla uusi avioerokäsitys liittyi avoliittojen entistä hyväksytympään asemaan.[436]

Sen sijaan käyttäytymistieteiden asiantuntijoiden tai toisaalta isän merkitystä korostavan yhteiskunnallisen keskustelun vaikutusta Suomessa ei voitu

---

[431] Ks. edellä 3.4.2. (Lapsipaketin yksilöllinen lapsikäsite).

[432] Ks. edellä kohdat 3.4.3. (Täytäntöönpanolaki) ja 3.4.4. (KKO 1978 II 80 – ehdottomuusperiaatteen ihanteellinen sisältö).

[433] Ks. edellä 3.2.1. (Naisasialiike ja valtion perheoikeudellinen tasa-arvopolitiikka).

[434] Ks edellä kohta 3.2.2. (Isien syrjintä lasten huollon määräämisessä).

[435] Ks. edellä kohta 4.1. (Yhteishuoltoa koskeva tulkintaihanne ja suomalaisen yhteishuollon taustaa).

[436] Ks. edellä kohdat 4.1. (Yhteishuoltoa koskeva tulkintaihanne ja suomalaisen yhteishuollon taustaa), 4.2.2. (Sovintoavioero) ja 4.4.4. (Yhteenveto suomessa syntyneestä yhteishuollon ihanteesta).

samalla tavalla tunnistaa kuin useimmissa vertailumaissa.[437] Sukupuolirooleja koskevaa keskustelua ei tosin havaittu Ruotsissakaan yhteishuollon ihanteeseen siirryttäessä. Kuitenkin molempien maiden lapsen huoltoa koskeva säätely ilmentää hyvin selvästi vanhempien roolien toisiaan täydentävää luonnetta.[438] Edellä arveltiinkin, että sukupuolirooleja koskeva muutosprosessi olisi näissä maissa ollut muita kiinteämmin yhteydessä virallisluontoiseen tasa-arvopolitiikkaan eikä niinkään kansalaisryhmien toimintaan.[439]

Psykotieteiden vaikutus yhteishuoltoon tuli puolestaan jonkin verran näkyviin oikeuskirjallisuudessa lähinnä *Matti Savolaisen* lapsen huoltoa koskevassa tuotannossa.[440] Yhteyden käyttäytymistieteellisiin tutkimuksiin voi kuitenkin arvioida Suomessa jääneen etäisemmäksi kuin vertailumaissa.[441] Vaikeiden hovioikeustapausten arvioimisessa oli silti toisinaan käytetty asiantuntijoiden kuten kasvatus- ja perheneuvoloiden apua. Yhteisen huollon ihanne on siis Suomessakin ohjannut hakemaan ratkaisun oikeutusta lasten psyykkisen kehityksen asiantuntijoilta.[442]

Hovioikeuksista koottujen lapsen huoltoa koskevien päätösten perusteella suomalaista tulkintaa ihanteellisesta huoltoratkaisusta voitiin tarkentaa. Vanhempien yhteistä huoltoa suosittiinkin niiden perusteella selvästi. Yhteishuollon ensisijaisuus oli hovioikeuksien ratkaisujen perusteella jopa ehdottomampaa kuin lain esitöiden perusteella voitiin olettaa.[443] Yhteisen huollon määräämistä vastoin toisen vanhemman esittämää vaatimusta ei hovioikeuskäytännön perusteella voitu näet pitää pelkästään poikkeuksellisena, sillä tällaisia päätöksiä oli kaikista huoltoratkaisuista noin viidennes. Aikaisemmin yhteiseksi vahvistetun huollon purkamista koskevista asioista noin kolmannek-

[437] Ks. edellä kohdat 4.1. (Yhteishuoltoa koskeva tulkintaihanne ja suomalaisen yhteishuollon taustaa) ja 4.4.4. (Yhteenveto Suomessa syntyneestä yhteishuollon ihanteesta).

[438] Ks. esim. tapaamisoikeuden merkityksestä Ruotsia koskeva jakso, kohdat 8.4. (Lapsen tarve pitää yhteyttä läheisiinsä) ja 10.3. (Yksinhuolto ja tapaamisoikeuden merkitys) ja edellä kohdat 4.4.2. (Lapsen tapaamisoikeus osana lapsen huoltoa) ja 4.4.4. (Yhteenveto Suomessa syntyneestä yhteishuollon ihanteesta).

[439] Ks. edellä kohta 4.1. (Yhteishuoltoa koskeva tulkintaihanne ja suomalaisen yhteishuollon taustaa).

[440] Ks. edellä kohta 4.1. (Yhteishuoltoa koskeva tulkintaihanne ja suomalaisen yhteishuollon taustaa).

[441] Ks. edellä kohta 4.1. (Yhteishuoltoa koskeva tulkintaihanne ja suomalaisen yhteishuollon taustaa), ja kohta 4.4.4. (Yhteenveto Suomessa syntyneestä yhteishuollon ihanteesta).

[442] Ks. edellä kohta 4.6.5.3. (Vallitsevien olosuhteiden muuttamatta jättäminen tai niiden muuttaminen).

[443] Ks. edellä kohta 4.5.2. (Yhteishuollon ihanne suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa).

sessa huolto jätettiin hovioikeuksissa edelleen yhteiseksi.[444] Yhteishuollon suosituimmuus ilmeni myös päätösten perustelemistavoista. Vaikka tuomioistuin päätyikin toisen vanhemman yksinhuoltoon, ratkaisun perustelut saatettiin aloittaa siitä, miksi yhteishuolto ei kyseisessä tapauksessa ole mahdollinen.[445]

Hovioikeusaineisto osoitti myös yhteishuollon käytäntöjen olevan selvästi sukupuolittuneita. Yhteistä huoltoa vastusti yleensä lapsen pääasiallinen huoltaja toisin sanoen se vanhemmista, jonka luona lapsi asui. Vastaavasti yhteistä huoltoa vaati se vanhempi, joka asui lapsesta erillään.[446] Käytännössä edellä sanottu merkitsi sitä, että isät yleensä vaativat yhteistä huoltoa ja äidit vastustivat, sillä niissä tapauksissa, joissa riideltiin yksin- tai yhteishuollosta, 84 % lapsista asui äidin luona. Jos tuomioistuin päätti lapsen asumisesta, sukupuolijakautuma oli tasaisempi, joskin selvä enemmistö lapsista päätyi silloinkin äitien luokse. Niiden tilastotietojen mukaan, jotka on julkaistu vahvistetuista sopimuksista, äitien osuus lasten luona asuvista sekä pääasiallisista että ainoista huoltajista on viime vuosien aikana kasvanut. Vuonna 1996 vahvistettujen sopimusten perusteella se oli 83 %.[447]

Lapsen huoltoon liittyvä vanhempien roolijako näyttäisi siis olevan selkeästi sukupuolittunutta yleisemminkin eikä vain yhteishuollosta riideltäessä. Viranomaisten vahvistamat lapsen asumista koskevat määräykset eivät kuitenkaan kerro siitä, miten paljon lapsiaan tapaavat isät tosiasiassa osallistuvat lasten huoltoon. Vanhemmilla on nykyisin ehkä moniakin erilaisia käytännön tapoja toteuttaa huollon yhteisyyttä. Lasten asumismääräyksiä koskeva sukupuolijakautuma ei tämän vuoksi anna välttämättä oikeata kuvaa vanhemmuuden sukupuolirooleista.[448]

Edellä kuvatut havainnot ovat silti merkittäviä. Niiden perusteella voidaan näet todeta, että huollon yhteisyyttä koskevassa oikeusriidassa asianosaisten roolit määräytyvät yleensä sukupuolten perusteella. Suomalainen yhteishuoltoa koskeva oikeuskäytäntö näyttäisi vastaavan ikään kuin mikrotasolla vertailun tuloksia sukupuoliroolien muutoksista. Vertailun perus-

---

[444] Ks. edellä kohdat 4.6.3. (Aineiston luokitus) ja 4.6.5.3. (Vallitsevien olosuhteiden muuttamatta jättäminen tai niiden muuttaminen).

[445] Ks. edellä kohta 4.6.5.2. (Vanhempien keskinäiset erimielisyydet ja yhteishuolto).

[446] Ks. edellä kohdat 4.6.3. (Aineiston luokitus) ja 4.6.5.1. (Yhteisen huollon perusteleminen toisen vanhemman vastustaessa).

[447] Ks. edellä kohta 4.6.7.1. (Asumaan äidin luokse – yhä useamminko?).

[448] Ks. edellä kohta 4.6.7.2. (Yhteishuolto ja vanhemmuuden sukupuoliroolit), ks. myös kohta 4.6.7.5. (Äidit, isät ja ihanteet).

teellahan voitiin yhteishuollon ihanteeseen liittää isien oikeuksia vaativien liikkeiden aktivoitumista ja toisaalta naisoikeusnäkökulmasta lähtevää isien oikeuksien vastustusta.[449]

4. Kaiken kaikkiaan Suomea koskevassa jaksossa saadut tulokset vastasivat siis varsin hyvin vertailussa saatuja tuloksia. Niitä ei näin ole tarpeen muuttaa tai tarkentaa. Samansuuntaiseen tulokseen voidaan tulla myös vertailun tulosten yhteydessä käsitellyn lapsen kuulemisen merkityksen kohdalla.[450] Suomalaisen hovioikeusaineiston perusteella lapsen oman mielipiteen voitiin yksittäistapauksessa arvioida vaikuttaneen määräävästi ratkaisun lopputulokseen etenkin, kun kyseessä ollut lapsi oli lukiolainen tai vastaavaan ikään ehtinyt nuori. Nuorempien lasten kohdalla lapsen selvä mielipide otettiin huomioon lähinnä yhtenä ratkaisun puolesta puhuvana seikkana. Huomionarvoista oli kuitenkin se, että varsin usein varttuneetkin lapset kieltäytyivät tekemästä minkäänlaista valintaa vanhempien välillä.[451] Havainto viittaa siihen, ettei lapsen edun ihanteellista tulkintaa voida tulevaisuudessakaan rakentaa lapsen oman mielipiteen varaan.[452]

[449] Vrt. vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 3.2. (Sukupuoliroolien muuttuminen).

[450] Ks. vertailun tuloksia koskeva jakso, kohta 5. (Lapsen kuuleminen).

[451] Ks. edellä kohta 4.6.6. (Lapsen mielipide ja lapsen etu).

[452] Vrt. edellä Englantia koskeva jakso, kohta 7.2.4. (Eekelaar ja lasten dynaaminen itsemääräämisoikeus).

V LOPPUSANAT

Tutkimuksen lähtökohdaksi asetettiin lapsen edun arvioiminen lapsia ja vanhempia koskevasta kulttuurista käsin. Tavoitteena oli seurata, miten sellaiset kulttuuriset arvot, jotka vaikuttavat perheoikeudessa yleisemminkin tapahtuvaan kehitykseen, ilmenevät avoimen lapsen etu -käsitteen tulkinnoissa. Tätä tutkittiin analysoimalla erityisesti lapsen edun kannalta ihanteellisena pidettyjen ratkaisujen muuttumista.

Kulttuurisidonnaisuus oli tämän tutkimuksen lähtökohtana ilman, että muita vaihtoehtoja edes arvioitiin. Näin ollen tutkimuksen ei voida sanoa osoittaneen, että kulttuurisidonnaisuus olisi tutkitusti oikea tapa lähestyä lapsen edun käsitettä. Se seikka, että tällä tutkimuksella on voitu osoittaa perheeseen liittyviä kulttuurisia piirteitä, jotka selvästi liittyvät lapsen edun tulkintoihin, tukee kuitenkin merkittävällä tavalla lähtökohtaoletusta. Lapsen edun tulkinnat muuttuivat yhdessä useampien kulttuuristen tekijöiden kanssa. Lapsen edun tulkintoja eivät siten muuttaneet esimerkiksi lastenpsykiatriset tai -psykologiset tutkimustulokset yksin, vaan siihen tarvittiin myös muiden kulttuuristen tekijöiden vaikutusta.

Muuttuvan lapsen etu -käsitteen kulttuurinen analyysi voidaan tämän tutkimuksen perusteella kuvata yksinkertaistettuna kolmion avulla, jonka huipussa on lapsi ja jonka alakulmissa ovat lapsen vanhemmat: äiti ja isä. Kolmion sivut kuvaavat eri henkilötahojen välisiä suhteita ja näitä suhteita määrittäviä kulttuurisia tekijöitä.

Sitä, millaiseksi ihanteellisessa ratkaisussa lapsen suhde oletetaan äitiinsä ja isäänsä, määrittää erityisesti psykotieteellinen asiantuntijakulttuuri. Näiden lähinnä avioerolapsia koskevien tutkimustietojen kanssa vaikutusvallasta kilpailee jossain määrin myös lapsen oma mielipide. Asiantuntijat vaikuttavat kuitenkin myös siihen, miten lasta kuullaan ja miten lapsen mielipide voidaan ottaa huomioon. Riittävän iän ja kypsyyden saavuttaneella lapsella saattaa olla jo itsenäinenkin oikeus vaikuttaa oman etunsa tulkintaan. Tällöin lapsi itsenäisesti määrittää suhdettaan isäänsä ja äitiinsä omaa huoltoaan koskevassa asiassa.

Äidin ja isän suhdetta lapsen suuntaan määrittävät vanhemmuutta koskevat sukupuoliroolit. Roolit määrittävät esimerkiksi lasten hoitoa kodeissa. Vaikka virallisesti roolit eivät määräydy sukupuolten perusteella, käytännössä ne ilmenevät edelleen selvästi sukupuolittuneina. Isien ja äitien roolien mukaisia etuja lapsen edun tulkinnoissa ajavat usein mies- ja naisliikkeet.

Kolmion pohjasivu kuvaa äitien ja isien keskinäistä suhdetta, päättyvää parisuhdetta. Tämä sivu kolmiossa voi nykyisin myös jäädä ehyeksi ja sulkea lapsen etua koskevan päätöksenteon käytännöllisesti katsoen kokonaan viranomaisilta. Jos vanhempien voidaan näet katsoa kykenevän itse päättämään lapsen edusta, jää päätöksenteko käytännöllisesti katsoen perheen sisäiseksi asiaksi. Erilainen sovittelu voi tulla myös kysymykseen yhteisen päätöksen aikaansaamiseksi, sillä perheen autonomian jatkumista tässä suhteessa voidaan nykyisin pitää ihanteena. Aikaisemmin viranomaiset sen sijaan puuttuivat suoremmin lapsen edun määrittelemiseen, sillä vanhempien välirikkoa pidettiin lasten kannalta niin vaarallisena, että ulkopuolista päätöksentekoa pidettiin välttämättömänä.

Edellä kuvatussa kolmiossa lapsen edun eri komponentit muodostavat suljettun systeemin. Suljettu systeemi ei sinänsä seuraa tutkimuksen tuloksista. Ennemminkin ne oikeuttaisivat tulkintaan, jonka mukaan edellä olevat tekijät olivat niitä lapsia ja vanhempia koskevia kulttuurisia tekijöitä, jotka voitiin tämän tutkimuksen kuluessa tunnistaa. Ne eivät sulje pois sitä mahdollisuutta, että tekijöitä on muitakin, sillä tutkimushan keskittyi juuri huoltajan valintaa koskevaan kysymykseen.

Kolmiota voidaan kuitenkin käyttää myös kuvaamaan lapsen etua onnistuneessa huoltoa koskevassa järjestelyssä. Nykyisen yhteishuoltoa koskevan tulkintaihanteen mukaan lapsen edun mukaistahan on, että lapsen suhteet molempiin vanhempiin, isään ja äitiin, ovat ongelmattomat. Sekä isä että äiti osallistuvat tahollaan lapsen huoltoon niin käytännössä – ainakin tapaamisten ja luonapitojen yhteydessä – kuin oikeudellisestikin ainakin silloin, kun on tehtävä lasta koskevia tärkeitä ratkaisuja. Myös vanhempien keskinäinen suhde toimii niin hyvin, että vanhemmat kykenevät tarvittavaan yhteistyöhön keskenään. Voidaan ajatella, että vakava häiriö kolmion jollakin tai joillakin sivuilla, vaikeuttaa lapsen koko keskeisen ihmissuhdeverkoston tasapainoa ja aiheuttaa riskin lapsen edun toteutumiselle. Asian tuominen tuomioistuimen ratkaistavaksi on yleensä merkki tällaisen häiriön olemassaolosta. Tuomioistuimen tehtävänä olisi tällöin sulkea ristiriitoja aiheuttavat tekijät asianosaisten keskinäisten suhteiden ulkopuolelle määrittelemällä uudelleen vanhempien tehtäviä. Uudelleen saavutettu tasapaino merkitsisi sitä, että lap-

sen oikeus tasapainoiseen kehitykseen sekä myönteisiin ja läheisiin ihmissuhteisiin voisi jälleen toteutua.

Tutkimuksen keskeisenä tarkoituksena on ollut perehtyä lapsen etuun muuttuvana oikeuskäsitteenä kulttuurin ja oikeuden vuorovaikutuksessa. Sen loppuun sopii lapsen runo: lapsen kulttuurinen kuvaus lapsen edusta.

Kati tykkää äidistä

Kati tykkää äidistä
äiti tykkää Katista
koira nukkuu kotona
isäkin nukkuu kotona
Katikin nukkuu päiväunta

minä oon isän lapsikaveri
eikä sulla muita tyttöjä ookkaan
ku Eila ja Kati

(Kati Kirstinä)

SUMMARY

From Maternal Care to Joint Custody – the Changing Legal Interpretations of the Best Interest of the Child

1. Starting point: a cultural approach

The best interest of the child is the most important principle in child law. It is therefore no wonder that the principle has been studied and discussed much in the legal literature. Being an open concept which emphasizes the best possible solution in each individual case, the principle of the best interest of the child leaves ample room for all kinds of value judgments and evaluations. As a consequence, some have questioned whether the best interest of the child, taken as a criterion in judicial decision-making, can give sufficient guarantees of justice.[1]

My approach differs from most of the writers in that I have presumed that interpretations of the best interest principle may be understood and analyzed from a cultural point of view. The best interest principle is truly open to different kinds of interpretations. However, there seems to be a certain contemporary cultural consensus about the ideal custodial arrangement for the child. For example, previously joint custody was regarded as a rare and often suspect arrangement for divorcing parents, whereas more recently attitudes towards joint custody have generally changed and it has become the preferred arrangement in many countries. Thus, joint custody became widely accepted as reflecting the best interest of the children of divorced parents. Therefore it is possible to conclude that although the child's best interest is to be determined individually in each single case, the act of legal

[1] See, for instance, *Mnookin* (Law and Contemporary Problems 1975), *Chambers* (Michigan Law Review 1984) *Fineman* (Harvard Law Review 1988), *Coester* (1983), *Savolainen* (1984).

interpretation does not happen in a vacuum. It is part of a cultural understanding of the child's interests. My research is an effort to describe and explain the process by which leading contemporary interpretations of child's best interest are selected and confirmed. It is an effort to understand the interactive process of law and culture.

The method of this study is comparative, because comparative legal research has often been able to illustrate the cultural elements of the law.[2] To be able to carry out the research task outlined above it was necessary to limit both the amount of materials to be considered concerning the best interest of the child and also the number of the legal systems the family law of which was to be compared. Two important choices were made in this respect. The first one concerned the situations in which the best interest of the child principle is applied. This research was limited to the divorce or separation context, so attention was concentrated on perhaps the most common type of court decision concerning children. A divorce is also a social situation which occurs in a rather similar way in most western countries, compared, for instance to care proceedings, which would have been the other case of a legal decision with the best interest of the child as a central criterion. A custody decision in the divorce or separation context could therefore be assumed to be an appropriate object for legal comparison.

The second choice concerned the different family law systems. Those chosen, (California representing an US family law system, England, Germany, Sweden, and Finland) all belong to the same western cultural tradition.[3] All these family laws are known to have the best interest of the child as the main criterion for custody decisions. My choices were made in order to emphasize similarities instead of differences in the comparison. Different ideal interpretations of the best interest of the child in very different cultural environments could be the result of variety in cultural values. Choosing regions which share western cultural values may better allow examination of how interpretations of the best interest of the child are transformed and composed.

Comparison concerning child custody in the mentioned systems of family law would still have been difficult without making one further qualification. Observation was focused on ideal custody arrangements. An ideal custody arrangement respects what was previously described a leading interpretation, against which the interpretation in a single case is examined. It reflects the contemporary cultural consensus about the best possible custodial arrange-

[2] See especially the works of *Rheinstein, Glendon* and *Bradley.*

[3] Concerning the time Germany was separated in two different legal and political systems, only developements in West-Germany have been taken into consideration.

ment for the child in the case of divorce or separation. In Finland, for instance, in the best possible post-divorce circumstances today joint custody would reflect the best interest of the child in the best possible way. To find these kinds of ideals was the first goal of the comparison.

It was also assumed that a further step might be possible. This would be to discover cultural factors which change together with ideal custodial arrangements. Today, for instance, one might assume that considerable changes in most of the results of psychological research concerning the well-being of children of divorce would result in a new ideal about the child's post-divorce custodial arrangement. In other words, the ideal would change together with general scientific opinion about the well-being of children in the case of divorce. General scientific opinion would in this case be a cultural feature which would have an influence on interpretations of the best interest of the child.

This approach gains support from the American child custody literature, where child custody law is often described in historical perspective, starting from the rule favouring maternal custody and moving toward joint custody rule. Such a historical perspective which concentrates on the question of gender with regarding to choice of custodian, may be developed toward the cultural approach described above. Therefore, criteria like religion, material well-being, education or even dividing-up of siblings do not appear in these ideals.

The material that was used for the comparison was literature on child custody. The literature was mostly, but not only, legal. However, my specific focus on ideal custodial arrangements and changes in them, had implications which are rather special for a legal study. An exact and complete knowledge about the contents of the current and past law was not necessary. But it was necessary to be able to recognize the changes in ideal arrangements reflected in written or case law. Instead of exact and detailed information about the legal norms, one needed different writers' arguments about why a certain ideal was adopted, was to be adopted, or should not be adopted or should not have been adopted. Consequently, the chosen material included writings of legal scholars but also studies and articles from other disciplines such as history, sociology, psychology and psychiatry.

2. The outcome: ideals about the child's best interest

Observations concerning ideal arrangements in the context of divorce went back at least to the beginning of the twentieth century, or even to an earlier period, depending on the history of the best interest principle in the particu-

lar family law system compared. In each of them, however, it was possible to distinguish three periods each characterized by a different custodial ideal. The first developed around idealized motherhood in the first decades of the twentieth century. Essential for this custodial ideal arrangement was therefore mother's loving care, especially in the case of a small child or a baby. Particularly In England and in the United States this was in opposition to fathers' rights at the beginning of the century. Later the legal position of mothers strengthened in general. For instance a mother could get full custodial rights after divorce in Sweden after 1915, in England after 1925, and in Finland in 1930 (but in Germany only after 1959). The last obstacle to the mother's custodianship or full custodial rights, i.e. the fault principle in divorce, diminished in importance and then disappeared in England, in Sweden and in Germany during the 70's (whereas in Finland fault was still a legal criterion in custody matters as late as 1983). The maternal preference was directly explicated in Californian civil law and in German civil law (BGB) before 1938. In England, Sweden and in Finland the maternal preference was established in case law or as a result of legal doctrine as well as later in Germany in the 1950's and 1960's.

The next type of ideal custodial arrangement, which emerged in the 1970's, had two characteristics, although these were not equally reflected in the ideals of each of the family law systems compared. The first was the sex-neutrality argument: mothers should not be preferred only because of their biological sex. Sex-neutral argumentation was one of the results of widespread campaigns for equal opportunities for both sexes throughout western world. During the 1970's maternal preference disappeared in the jurisdictions compared, excluding England, where the maternal preference prevailed in the literature along side a *status quo* principle, which actually represented sexneutrality in English child custody decision-making. The *status quo* principle, which was confirmed in the famous J. v C. case in 1970, stressed the importance of continuity in child care. Thus the *status quo* principle allowed fathers to be custodians of their children if they had previously been taking care of the child i.e. acting like mothers. In this way maternal preference and sex-neutrality were not in contradiction in England. In California and in Sweden the demands of sex-neutrality in child custody also resulted in legislative changes in 1972 and 1973. However, sex-neutrality as ideal never led to the equality of the sexes as custodians in practice: mothers kept their position as the overwhelming majority of child custodians. From this perspective, the legal reforms in fact only led to what could be called an official policy of sex-neutrality. In this respect Finland did not constitute an

exception. In Finland there was also criticism by authorities and legal writers of the maternal preference in the child custody proceedings of the 1970's.

The second characteristic was an emphasis on the psychological well-being of the child. This can also be interpreted as a consequence of the move toward sex-neutrality, especially in the United States. After the decline of the maternal presumption the best interest of the child principle was regarded as lacking in meaning as a legal concept, because there was no commonly accepted way to evaluate the child's interests.[4] At the same time, one of the best known psychological works on child custody was published. In the book "Beyond the Best Interests of the Child (1973)" *Goldstein, Freud* and *Solnit* introduced the concept, based on psychoanalytic theory, of psychological parenthood.[5] The book had a powerful impact on argumentation about the best interest of the child in court praxis in the United States. A 1979 German reform can also be connected to a similar psychological theory about the child's best interest promoted in particular, by German psychiatry professor *Lempp*.[6] But connections between the German best interest interpretations and sex-neutrality policy were less clear. In the Nordic countries Sweden and Finland, psychological arguments clearly began to gain ground in child custody discussions, but did not yet have much impact on legislation.

Changes in child custody ideals as a result of the influence of sex-neutrality and psychological arguments on interpretations of the best interests of the child primarily concerned sole custody. Most recently joint custody has became the ideal child custody arrangement. It is, however, important to distinguish between 'allowed', or 'tolerated', and 'preferred' joint custody in regard to the joint custody ideal.[7] The 'joint custody ideal' refers to joint custody as a preferred arrangement, and not as a tolerated form of child custody.

---

[4] See especially *Mnookin* (Law and Contemporary Problems 1975).

[5] This book was later translated into German (Jenseits des Kindeswohls, 1974) and into Swedish (Barnets rätt – eller rätten till barnet, 1978).

[6] See *Lempp* (FamRZ 1972 and FamRZ 1982).

[7] The most common distinction made concerning joint custody is between joint legal and joint physical custody. Joint legal custody refers in general to a custodial arrangement where one parent is the primary caretaker of the child whereas more importent decisions concerning the child are to be made by both parents together. In joint physical custody, the daily care of the child is, in general actually divided between both parents to a considerable extent also. However, concerning the joint custody *ideal* the distincion between joint legal and joint physical custody has very little, if any, importance.

Joint custody preference indicates an active policy by the state in question, but in family laws of many countries joint custody was already known before. It was a possible, though not absolutely recommended form of custody for divorced parents. An active policy of joint custody was evident in a California law reform of 1980 which made California the first family law system to prefer joint custody. In other states preference for joint custody has not always been directly explicated as policy. However, it becomes apparent in the policy of judicial non-intervention concerning custody matters in the context of divorce. Joint custody as a preference is linked with the non-intervention principle, to the effect that a divorce does not as such constitute a ground for state intervention in child custody. Consequently, the principle of non-intervention expresses a presumption in favour of prevailing joint custody even if the marriage ends. This also means that joint custody is considered in general to be in accordance with the best interest of the child.

For example, Sweden adopted the joint custody preference in 1983 together with Finland. After the reforms in both Nordic countries, a court decision about child custody could only be made in divorce proceedings if one or both parents applied for it. In Germany a similar approach has been adopted in 1998. The English parental responsibility concept, a new concept from the Children Act 1989, is a unique variant of child custody. To some extent, it is comparable to joint custody, particularly in relation to the non-intervention principle.

The influence of psychological elements was further strengthened during the transition to the ideal of joint custody. The most cited researchers regarding joint custody have been the psychiatrists *Judith Wallerstein* and *Joan B. Kelly,* but there are a number of other psychiatrists, psychologists and family therapists who have become well-known because their research findings justify the joint custody ideal. Joint custody is connected with a non-judicial approach to divorce, in which divorce is regarded as a symptom or consequence of a couple's joint psychological crisis. Here, solving the psychological problems involved becomes most important. Divorce can be seen as a part of a positive solution to the problems, but the necessary condition is that the married couple be capable of ending its relationship as partners yet continuing to cooperate as the parents of their children, as a 'binuclear family'.[8] To reach this goal it is considered to be more important to provide the parents with competent assistance in solving their problems than to offer them the opportunity for a trial in court. In every country compared,

[8] See *Ahrons – Rodgers* (1987).

the movement towards an ideal of joint custody has also been connected with the introduction of a mediation provision. Consequently, justice is becoming a less compelling issue in divorce proceedings, the outcomes of which should most of all serve the welfare of the parties and their children.[9]

In summarum, the ideals regarding custody arrangements in the context of divorce have been the following: first, maternal preference, reflecting the idealized care by a loving mother which only later brought mothers full custodial rights; second, custody of that one parent who, without any consideration of her or his sex, could provide the child with a psychologically happier childhood; and third, care by both parents, fulfilling the child's needs in harmonious, complementary cooperation as joint custodians.

3. Cultural features influencing the interpretations of the best interest principle

The next step in the study was to determine, whether there are cultural factors which correlate with the ideals and which therefore could be regarded as cultural influences on the interpretations of the best interest principle. Three such factors could be found. The first concerns the influence of psychological or psychiatric experts in defining the well-being of children of divorce. The second is related to gender roles; and the third factor consists of how divorce or the separation of cohabitants are understood in law itself or in other legal contexts.

Expert knowledge about children's well-being seems to be a very powerful influence today in the discussion concerning the child's best interest, and has contributed considerably to the formulation of the joint custody ideal. But even in the 1970's, experts in psychology and psychiatry were participating effectively in the child custody discussions, constructing concepts such as 'psychological best interest of the child', 'psychological parenthood', 'Bindungstheorie' (theory of ties) etc. As a matter of fact, some experts had already become known in the 1950's and 1960's for supporting the unique relation between mother and child. Thus experts contributed to each successive ideal about the best interest of the child. The role of the psychological expert as an interpreter of children's interests is a rather simple factor, whereas the other two cultural infuences need more explanation.

The second feature, gender roles, needs conceptual clarification. Here I refer especially to the role of the mother or father as caretaker of their chil-

[9] See *Eekelaar* (Current Legal Problems 1995).

dren. This could be called the gendered parental role as it is reflected in the legislation or in legal decision-making. The periods when the influence of the gendered parental role have changed seem to correspond either with active campaigns for women's rights or with the activities of the fathers' rights movement. This applies particularly to California and England.

In Sweden and Finland feminist movements were not as visible but there is no doubt about their success. Particularly in the 1960's and 1970's, equality policy became state policy. One of its goals was to divide the household work equally between husband and wife.[10] This might have influenced the rapid adoption of the joint custody ideal. Joint custody could have been regarded as representing the ideal in equal post-marital parenting.

The father's rights movement, which has had a powerful impact on custody legislation in California, is well-known in England and has lately also become known in Germany. It seems to have no real counterpart in Sweden or Finland. Nevertheless, the Nordic countries seem to have been forerunners in developing father's rights. One may ask whether the Nordic equality policy simultaneously promotes father's rights.

The third cultural factor that seems to be changing with ideal interpretations of the best interest of the child could be conceptualised around divorce or separation of a cohabiting couple. The influence of the divorce concept in child custody decisions was, of course, evident when fault was still playing an important role in divorce proceedings. Fault was also a criterion in custody decisions. Especially, at the end of the period of the fault grounds in different divorce laws, a parent's fault in divorce was tended to be interpreted from the child's point of view.[11] One argued, for instance, that fault in marital conduct was detrimental to the well-being of the child and therefore was against his or her best interests. The influence of fault doctrine ceased with reforms concerning divorce grounds in the advent of no-fault divorce (California in 1969, England in 1969, Sweden in 1973, Germany in 1977, and Finland in 1987).

Divorce process influenced child custody decisions in another way also, regardless of divorce grounds, namely through the intensity of intervention. In general, throughout the history of the best interest of the child, divorce proceedings have increased in frequency, diminished in intensity and become less and less dramatic. The intensity of intervention in child custody mat-

[10] See SOU 1972:41 or *Komiteanmietintö* 1970:A 8.

[11] See for England: *Smart* (1984); for Germany: *Müller-Freienfels* (1962), and for Finland: *Rautiala* (1959).

ters in general has simultaneously diminished. However, introducing the best interest principle at the beginning of the century was a sign of the state's more serious concern for children's interests. This seems to have happened at the same time as divorce became regulated more systematically after the divorce rate had increased significantly (California, around 1900; England at 1920's; Germany at 1930's; Sweden in 1915 and Finland in 1929.)

The no-fault development in divorce legislations in the 1970's was often connected with simplification of divorce proceedings. Spouses' mutual consent to divorce and ancillary matters became the ideal, and simple procedures were created to promote amicable divorce proceedings (California 1969, England 1973, 1975, 1977 and Germany 1977).[12] The court decision was said to have become a rubber stamp in most divorce cases.[13] On the other hand, the less attention was paid to the matter of divorce per se, the more attention was focused on contested child custody matters. The influence of psychological interpretations of the best interest of the child probably deepened the intensity of the inquiries. Consequently, a 'double logic' of child custody proceedings developed in this period: the court decision was functioning as a rubber stamp in uncontested cases, yet same time the court was pursuing the most intensive inquiries about the physical and psychological condition of parents in dispute.[14]

The joint custody ideal has not necessarily been connected with new divorce legislation.[15] However, two important distinctions can be made concerning the changing understanding of divorce. The shift to a more psychological understanding of divorce is the first one. This was discussed above in connection with the joint custody ideal. The consequence was an increase in all kinds of mediation services which could help disputing spouses make the transition to co-operative coparenthood. Mediation also became an alternative to custody litigation in court, acknowledged and even supported by law. California introduced mandatory mediation for custody disputes in 1981. In Sweden child custody mediation services, introduced in the 1980's in some local offices, finally became a part of every local social welfare of-

[12] The Swedish divorce reform in 1973 as well as the Finnish one in 1987, did simplify divorce law so much that divorce proceedings were automatically simplified even without any special proceedings for divorce matters.

[13] See e.g. *Mnookin – Kornhauser* (The Yale Law Journal 1979).

[14] See *Thèry* (ed. Smart – Sevenhuijsen 1989).

[15] The connection was evident in England: the Family Law Act 1996 which is connected with the ideals of Children Act 1989. The Finnish divorce reform of 1987 can also be connected to the joint custody reform of 1983.

fice's services by 1991. In Finland, the ideal of conciliation and mediation influenced both custody reform, in 1983, and divorce reform, in 1987. For instance, although no mandatory mediation was introduced, social workers are empowered to start with mediation activities instead of drawing up a social report for the court. In 1991, the German social service office (Jugendamt) was given the obligation of assisting and guiding parents in custody matters, and this task has been extended in 1998, particularly with respect to the exercise of the rights of access. The English Family Law Act 1996 represents the most recent development in this domain. According to this act, mediation is not only an instrument for additional help, but also an official alternative to court proceedings. Compared to the former *'in-court-conciliation'*, the Family Law Act 1996 represents a considerable step in the transition from court proceedings towards legal mediation, which is reflected in the adoption of a new concept of mediation, instead of conciliation.

The second feature that has accelerated the idealization of joint custody has been the increasing number of cohabiting couples for whom cohabitation represents an alternative to marriage. The legal acceptance of non-marital parenthood and the possibility of vesting non-marital fathers in particular with the same custodial rights as married fathers, requires an understanding of parenthood as not connected with marriage or any other legal or factual tie of the parents. This connection between the non-intervention principle and the legal acceptance of cohabiting was particularly evident in Sweden in the 1970's, where it resulted in the first joint custody legislation. But the cohabiting phenomenon has also been a clear contributor to the development of Finnish (1983), English (1989) and German (1997) joint custody legislation.

4. The Best Interest versus Children's Rights

The above analysis of the best interest of the child as a culturally determined concept shows no connection between the best interest of the child and the rights of the child. However there are procedural features in child custody proceedings which are connected to the rights of children, particularly to the right of the child to express her or his own opinion about the custody arrangements or the right of the child to be represented by a special advocate, guardian *ad litem* or *amicus curiae.*

In California a child has to be represented by his or her own advocate if her or his own custody is in dispute. The German reform of 1977 vests children of 14 year of age or older with considerable rights of hearing or ap-

peal. A separate representative is possible although not a rule after the 1997 reform. In England legal scientific discussion and the *Gillick* case only resulted in Children Act 1989 in requiring that the child's opinion and feelings be taken into consideration in determining her or his best interest. A rather similar development involving long discussions in different committees and resulting in a new paragraph about the child's right to be heard has been taking place in Sweden. The new paragraph came into force in 1998.

The child also has a right to express his or her own opinion also according to the UN Convention on the Rights of the Child (Art. 12). This right concerns all matters which affect the child. Custody is no doubt one such matter. According to the Convention the child shall be provided the opportunity to be heard, either directly or through a representative, in any judicial and administrative proceedings affecting her or him. The spirit of the Convention and especially Article 12 provide evidence of increasing respect for children and their opinions as a worldwide cultural phenomenon.[16]

However, there are considerable obstacles to implementing a child's rights in custody proceedings. Two vital principles have effects which seem to diminish the influence of the child's opinion. These are the best interest principle and the trend toward out-of-court negotiation and mediation, which I call here the 'proceedings in privacy principle'.

The best interest of the child is the most important principle in all matters concerning children. This also applies to the UN Convention on Rights of the Child, where the authority of the best interest principle is expressed in Article 3. In all the national jurisdictions compared here, the child's opinion is also considered from this perspective. This means that a disagreement between the child and the judge (or even the social worker) about the child's best interest rarely results in a decision in favour of the child's opinion. Consequently, to oversimplify somewhat, the child's own view either supports the decision which would have been made anyway, or has no importance at all. In reality, children, depending on their age, probably do have more to say in more specific matters such as their place of residence.[17] However, the overwhelmingly dominant position of the best interest principle is likely to mean that the experts will have more to say than the children. Another way to express this would be to say that the child's opinion in a single case will

[16] A very interesting discussion about children's rights was taken place in England. For a summary of this discussion with further documentation see *Bainham – Cretney* (1993) pp. 81–118.

[17] In Finland, for instance, children of 12 years of age or older have a right of veto concerning their own place of residence.

be examined against what in the experts' point of view can be considered a certain ideal of the best interest of the child.

Further even if children do have the opportunity to express their views, they seem not always seem to be willing to do so. This is evident on the basis of my sample, which consisted of 146 custody decisions from three different courts of appeal (Helsinki, Kouvola and Turku) and 55 welfare reports, each pertaining to one custody decision from the sample. The welfare reports, in particular, indicated that children were often likely to withdraw from their parents' disputes and were not willing to take a position which could be interpreted for or against one parent.

The preference for 'proceedings in privacy' has had the consequence that only a few custody disputes end up in court. Therefore the hearing of the child or the child's representative will only occasionally find application. Mediation has no procedural rules, even in cases where mediation is recommended by the law or by the court. Parents and mediators do not have to listen to the child even if the court does have to do so. However, an amicable settlement of a custody dispute is regarded to be in the child's best interest, because it is supposed to make it easier for the parents to co-operate afterwards. Parental co-operation is an important element of idealized joint custody.

OIKEUSTAPAUSLUETTELO:

Keskeiset ulkomaiset oikeustapaukset:

Kaliforniaa koskeva jakso:

Garska v McCoy, Länsi-Virginia, Supreme Court of Appeals 1981, kohta 6.1. (Presumption sisältö)

Englantia koskeva jakso:

De Manneville -tapaus vuodelta 1804, kohta 2.1. (Oikeudellisen kehityksen lähtökohta: isän valta perheessä)
J. v C. House of Lords 1970, kohta 6.1. (Leading case: lapsen etu ratkaisun ainoaksi perusteeksi)
Re K 1977, Re W 1982 ja B. v B. 1985, Court of Appeal, kohta 6.3. (Status quo -periaate)
Jussa v Jussa, High Court Family Division 1972, kohta 6.4. (Yhteishuolto)
Dipper v Dipper, Court of Appeal 1981, kohta 6.4. (Yhteishuolto)
Gillick v West Norfolk and Wishbeck Area Health Authority, House of Lords 1986, kohta 7.1. (Gillick-tapaus)

Saksaa koskeva jakso:

BVerfG 29.5.1959, kohta 4.2. (Naisista tasa-arvoisia huoltajia)
BVerfG 15.6.1971, kohta 6.5. (Tapaamisoikeus -alkuperäisen tunnesideteorian torjuminen)
BVerfG 3.11.1982, kohdat 4.3.2. (Vanhempien oikeus sopia yhteisestä huollosta), 4.3.3. (Yhteisen huollon perusteleminen perheen autonomian näkökulmasta), 7.1. (Yhteishuoltoa koskevan ratkaisun psykologinen perustelu – Fthenakis)
BVerfG 7.5.1991, kohta 7.6. (Hakemusmalli de lege ferenda -lähtökohdaksi)
BVerfG 7.3.1995, kohta 9.1. (Uudistuksen taustaa)

Ruotsia koskeva jakso:

NJA 1986 s. 338, kohta 10.3. (Yksinhuolto ja tapaamisoikeuden merkitys)
NJA 1989 s. 335, kohta 10.3. (Yksinhuolto ja tapaamisoikeuden merkitys)
NJA 1992 s. 93, kohta 10.3. (Yksinhuolto ja tapaamisoikeuden merkitys)

Suomalaiset korkeimman oikeuden ratkaisut:

KKO 1919 Nro 943, kohta 2.1.2.2. (Erivapausavioerot ja lasten huollon määrääminen)
KKO 1920 Nro 544, kohta 2.1.2.1. (Naimiskaaren avioerotilannetta koskevat määräykset)
KKO 1921 Nro 304, kohta 2.1.2.1. (Naimiskaaren avioerotilannetta koskevat määräykset)
KKO 1921 Nro 341, kohta 2.1.2.2. (Erivapausavioerot ja lasten huollon määrääminen)
KKO 1924 Nro 168 kohta 2.1.2.1. (Naimiskaaren avioerotilannetta koskevat määräykset)
KKO 1926 I 36 kohta 2.1.2.2. (Erivapausavioerot ja lasten huollon määrääminen)
KKO 1927 II 423 kohta 2.1.2.1. (Naimiskaaren avioerotilannetta koskevat määräykset)
KKO 1931 II 205, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1931 II 448, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1931 II 497, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1933 II 303, kohta 2.2.5. (Huollosta erotetun vanhemman oikeudellinen asema)
KKO 1935 II 150, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1937 II 566, kohta 2.2.5. (Huollosta erotetun vanhemman oikeudellinen asema)
KKO 1938 I 39, kohta 2.2.5. (Huollosta erotetun vanhemman oikeudellinen asema)
KKO 1938 II 155, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä) ja kohta 2.2.5. (Huollosta erotetun vanhemman oikeudellinen asema)
KKO 1939 II 484, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1940 II 6, kohta 2.2.5. (Huollosta erotetun vanhemman oikeudellinen asema)
KKO 1941 II 163, kohta 2.2.5. (Huollosta erotetun vanhemman oikeudellinen asema)
KKO 1942 II 25, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä) ja kohta 2.2.5. (Huollosta erotetun vanhemman oikeudellinen asema)
KKO 1943 II 214a, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1945 II 61, kohta 2.2.5. (Huollosta erotetun vanhemman oikeudellinen asema)
KKO 1946 II 147 kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1946 II 157, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1947 II 93, kohta 2.2.5. (Huollosta erotetun vanhemman oikeudellinen asema)
KKO 1947 II 199, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1947 II 364, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1948 II 127, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1948 II 132, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1948 II 149, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)

KKO 1948 II 198, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1948 II 269, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1948 II 311, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1948 II 398, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1949 II 19, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1949 II 312, kohta 2.2.5. (Huollosta erotetun vanhemman oikeudellinen asema)
KKO 1949 II 318, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1949 II 348, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1950 II 127, kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1951 II 11, kohta 2.2.5. (Huollosta erotetun vanhemman oikeudellinen asema)
KKO 1959 II 101, kohta 2.2.5. (Huollosta erotetun vanhemman oikeudellinen asema)
KKO 1964 II 27), kohta 2.2.4. (Äidin hoiva ja syyllisyys korkeimman oikeuden käytännössä)
KKO 1968 II 35, kohta 3.2.2. (Isien syrjintä lasten huollon määräämisessä)
KKO 1971 II 80, kohta 3.2.2. (Isien syrjintä lasten huollon määräämisessä)
KKO 1972 II 95, kohta 3.2.2. (Isien syrjintä lasten huollon määräämisessä)
KKO 1972 II 96, kohta 2.2.5. (Huollosta erotetun vanhemman oikeudellinen asema)
KKO 1974 II 22, kohta 3.2.2. (Isien syrjintä lasten huollon määräämisessä)
KKO 1975 II 14, kohta 3.2.2. (Isien syrjintä lasten huollon määräämisessä)
KKO 1976 II 15, kohta 3.2.2. (Isien syrjintä lasten huollon määräämisessä)
KKO 1977 II 13, kohta 3.2.2. (Isien syrjintä lasten huollon määräämisessä)
KKO 1978 II 37, kohta 3.4.3. (Täytäntöönpanolaki)
KKO 1978 II 80, kohta 3.4.4. (KKO 1978 II 80 – ehdottomuusperiaatteen ihanteellinen sisältö)
KKO 1979 II 61, kohta 3.2.2. (Isien syrjintä lasten huollon määräämisessä)
KKO 1981 II 28, kohta 3.2.2. (Isien syrjintä lasten huollon määräämisessä)
KKO 1981 II 91, kohta 3.2.2. (Isien syrjintä lasten huollon määräämisessä)
KKO 1986 II 1044, kohta 5.3.3. (Yhteishuollosta oikeuskäytännössä)
KKO 1987:82, kohta 5.3.3. (Yhteishuollosta oikeuskäytännössä)
KKO 1988:29, kohta 5.3.3. (Yhteishuollosta oikeuskäytännössä)
KKO 1988:53, kohta 5.3.3. (Yhteishuollosta oikeuskäytännössä)
KKO 1991:36, kohta 5.3.3. (Yhteishuollosta oikeuskäytännössä)
KKO 1992:147 kohta 4.4.3.3.4. (Sosiaalilautakunnat lasten asiamiehinä)
KKO 1995:72, kohta 5.3.3. (Yhteishuollosta oikeuskäytännössä)
KKO 1997:16, kohta 5.3.3. (Yhteishuollosta oikeuskäytännössä)
KKO 1997:201, kohta 5.3.3. (Yhteishuollosta oikeuskäytännössä)
KKO 1998:66, kohta 5.3.3. (Yhteishuollosta oikeuskäytännössä)

Hovioikeustapaukset

Tähdellä merkityistä tapauksista on ollut käytettävissä sosiaalilautakunnan tai vastaavan kunnan elimen laatima selvitys

Turun hovioikeus:

16.4.1993	Nro 1313	Dnro S 92/1611
7.12.1993	Nro 3800	Dnro S 93/1275 *
3.11.1993	Nro 3378	Dnro S 93/1006
19.5.1993	Nro 1716	Dnro S 92/1202 *
7.2.1992	Nro 110	Dnro S 91/1069
15.10.1992	Nro 2753	Dnro S 92/745
19.8.1993	Nro 2505	Dnro S 93/311
3.2.1993	Nro 386	Dnro S 92/876
31.3.1993	Nro 1122	Dnro S 92/1092
15.9.1992	Nro 2276	Dnro S 92/697 *
25.11.1993	Nro 3653	Dnro S 93/948 *
13.9.1993	Nro 2759	Dnro S 93/650 *
15.7.1993	Nro 2366	Dnro S 93/328
6.7.1993	Nro 2273	Dnro S 93/1 *
8.6.1993	Nro 1994	Dnro S 92/1379 *
18.6.1993	Nro 2104	Dnro S 93/96
20.11.1992	Nro 3238	Dnro S 92/743
27.3.1992	Nro 305	Dnro S 91/1313
11.2.1992	Nro 127	Dnro S 91/973
13.1.1993	Nro 81	Dnro S 92/76 *
26.2.1993	Nro 720	Dnro S 92/628
12.3.1993	Nro 899	Dnro S 93/214
8.3.1993	Nro 801	Dnro S 92/1177 *
15.3.1993	Nro 912	Dnro S 92/1214
22.4.1993	Nro 1379	Dnro S 93/63
20.10.1993	Nro 3208	Dnro S 93/734
4.5.1993	Nro 1484	Dnro S 93/133
9.10.1992	Nro 2677	Dnro S 91/1425
21.5.1992	Nro 1195	Dnro S 92/157
29.12.1992	Nro 3756	Dnro S 92/744
7.7.1993	Nro 2287	Dnro S 93/518
21.7.1993	Nro 2393	Dnro S 93/588 *
7.6.1993	Nro 1975	Dnro S 93/435
13.5.1993	Nro 1613	Dnro S 93/227 *
10.5.1993	Nro 1556	Dnro S 92/1416
15.10.1992	Nro 2766	Dnro S 92/476 *
15.4.1992	Nro 836	Dnro S 91/1464
17.1.1992	Nro 40	Dnro S 91/436
17.1.1992	Nro 33	Dnro S 91/1080
5.8.1993	Nro 2421	Dnro S 93/267

19.3.1993	Nro 993	Dnro S 92/1417
21.5.1992	Nro 1201	Dnro S 91/837
24.8.1993	Nro 2548	Dnro S 93/425 *
13.8.1993	Nro 2443	Dnro S 93/228
14.5.1993	Nro 1641	Dnro S 92/1342 *
10.12.1992	Nro 3486	Dnro S 92/627 *
28.2.1992	Nro 192	Dnro S 91/1342
28.12.1992	Nro 3704	Dnro S 92/249 *
(48 kpl)		

Kouvolan hovioikeus:

9.12.1992	Nro 1933	Dnro S 92/536
12.8.1992	Nro 1112	Dnro S 92/177
5.2.1992	Nro 99	Dnro S 91/563 *
24.3.1993	Nro 376	Dnro S 92/663 *
17.3.1993	Nro 329	Dnro S 93/47 *
10.2.1993	Nro 107	Dnro S 92/598 *
4.11.1992	Nro 1683	Dnro S 92/402
1.4.1992	Nro 478	Dnro S 91/557 *
10.6.1992	Nro 888	Dnro S 92/175
25.11.1992	Nro 1819	Dnro S 92/76 *
3.6.1992	Nro 846	Dnro S 91/415 *
19.2.1992	Nro 188	Dnro S 91/370 *
15.4.1992	Nro 589	Dnro S 91/139
19.2.1992	Nro 178	Dnro S 91/570
7.10.1992	Nro 1480	Dnro S 92/295
26.8.1992	Nro 1182	Dnro S 92/204
14.10.1992	Nro 1549	Dnro S 92/378 *
18.11.1992	Nro 1802	Dnro S 92/411
13.1.1993	Nro 13	Dnro S 92/548
10.11.1993	Nro 1733	Dnro S 93/493
15.4.1992	Nro 596	Dnro S 92/119
2.12.1992	Nro 1920	Dnro S 92/18
31.8.1993	Nro 1210	Dnro S 93/426
7.7.1993	Nro 999	Dnro S 93/339
7.7.1993	Nro 995	Dnro S 93/291
12.5.1993	Nro 628	Dnro S 93/3
14.4.1993	Nro 484	Dnro S 93/139 *
7.4.1993	Nro 445	Dnro S 93/84
17.3.1993	Nro 345	Dnro S 93/62 *
24.2.1993	Nro 232	Dnro S 92/592
25.11.1992	Nro 1826	Dnro S 92/477
4.11.1992	Nro 1691	Dnro S 92/94 *
28.10.1992	Nro 1665	Dnro S 92/383
25.3.1992	Nro 392	Dnro S 92/60
17.2.1993	Nro 101	Dnro S 92/510

17.6.1992	Nro 922	Dnro S 92/155 *
26.8.1992	Nro 1201	Dnro S 92/98 *
17.2.1993	Nro 98	Dnro S 92/582 *
18.8.1993	Nro 1122	Dnro S 93/279 *
15.9.1993	Nro 1338	Dnro S 93/306 *
17.2.1993	Nro 173	Dnro S 92/626 *
30.9.1992	Nro 1448	Dnro S 92/322
15.9.1993	Nro 1337	Dnro S 93/454 *
12.5.1993	Nro 627	Dnro S 93/185 *
28.4.1993	Nro 562	Dnro S 93/71 *
23.6.1993	Nro 946	Dnro S 93/180
27.5.1992	Nro 787	Dnro S 92/164 .
27.10.1993	Nro 1662	Dnro S 93/489 *
(48 kpl)		

Helsingin hovioikeus:

17.2.1993	Nro 563	Dnro S 92/1525
25.11.1992	Nro 4477	Dnro S 92/1244 *
17.6.1992	Nro 2124	Dnro S 91/1763
2.12.1992	Nro 4546	Dnro S 92/933 *
18.11.1992	Nro 4275	Dnro S 92/1100
22.1.1992	Nro 92	Dnro S 91/1403
29.1.1992	Nro 134	Dnro S 91/1459
4.3.1992	Nro 310	Dnro S 91/1606 *
27.5.1992	Nro 1674	Dnro S 92/105
27.5.1992	Nro 1783	Dnro S 92/95 *
8.7.1992	Nro 2422	Dnro S 91/1621 *
21.10.1992	Nro 3874	Dnro S 92/1016
26.8.1992	Nro 2807	Dnro S 92/838 *
6.5.1992	Nro 1445	Dnro S 91/1665
28.4.1993	Nro 1804	Dnro S 92/1440 *
24.2.1993	Nro 822	Dnro S 92/1459
24.2.1993	Nro 769	Dnro S 92/1783 *
10.2.1993	Nro 545	Dnro S 92/1425
27.10.1993	Nro 4523	Dnro S 93/912
13.10.1993	Nro 4340	Dnro S 93/504
13.10.1993	Nro 4298	Dnro S 93/2101
27.5.1992	Nro 1736	Dnro S 91/1234
27.5.1992	Nro 1763	Dnro S 91/922 *
8.7.1992	Nro 2329	Dnro S 92/353
30.9.1992	Nro 3466	Dnro S 92/658
8.4.1992	Nro 1100	Dnro S 91/1664
30.12.1992	Nro 5124	Dnro S 91/1521
7.4.1993	Nro 1510	Dnro S 92/1519 *
4.11.1992	Nro 4091	Dnro S 92/557 *
28.4.1993	Nro 1763	Dnro S 92/2235 *

17.11.1992	Nro 4472	Dnro S 92/1762
11.11.1992	Nro 4129	Dnro S 92/438
22.1.1992	Nro 107	Dnro S 91/1394
4.3.1992	Nro 303	Dnro S 91/1410
8.4.1992	Nro 1166	Dnro S 92/206 *
13.5.1992	Nro 1513	Dnro S 92/287 *
20.5.1992	Nro 1593	Dnro S 92/97
27.5.1992	Nro 1738	Dnro S 92/260
30.9.1992	Nro 3434	Dnro S 92/688 *
21.10.1992	Nro 3772	Dnro S 92/1225
17.6.1992	Nro 2045	Dnro S 92/583
20.5.1992	Nro 1557	Dnro S 92/326
18.3.1992	Nro 397	Dnro S 91/1250
22.1.1992	Nro 121	Dnro S 91/1230 *
25.8.1993	Nro 3450	Dnro S 93/289
27.1.1993	Nro 207	Dnro S 92/1458
2.12.1992	Nro 4499	Dnro S 92/1131
4.11.1992	Nro 4068	Dnro S 92/863
2.9.1992	Nro 2928	Dnro S 92/556
9.9.1992	Nro 3093	Dnro S 92/589 *

(50 kpl)

Sopimuksella tai väliaikaisella päätöksella päättyneet tapaukset:

Turun hovioikeus:

26.8.1992	Nro 1956	Dnro S 92/684 (väliaikainen päätös)
25.8.1993	Nro 2577	Dnro S 93/177 (sovittu)

Helsingin hovioikeus:

19.8.1992	Nro 2692	Dnro S 91/600 (sovittu)

Varsinaisen aineiston ulkopuolelle jääneet tapaukset:

Turun hovioikeus:

8.9.1993	Nro 2700	Dnro S 93/880
27.5.1992	Nro 1331	Dnro S 92/38
7.4.1993	Nro 1212	Dnro S 92/1423
14.7.1993	Nro 2355	Dnro S 93/234
21.5.1993	Nro 1738	Dnro S 93/68
16.10.1992	Nro 2778	Dnro S 92/831

Kouvolan hovioikeus:

2.9.1992	Nro 1217	Dnro S 92/337
18.9.1992	Nro 1409	Dnro S 92/349
25.3.1992	Nro 404	Dnro S 92/90

Helsingin hovioikeus:

9.12.1992	Nro 4650	Dnro S 92/1307
16.9.1992	Nro 3191	Dnro S 92/848
3.6.1992	Nro 1893	Dnro S 91/1803
29.1.1992	Nro 153	Dnro S 91/1376
28.10.1992	Nro 3922	Dnro S 92/1004

ASIAHAKEMISTO:

avioero psyykkisenä prosessina s. 65, 176, 247–248, 298, 360–361, 363, 448, 479
avioeroperhe s. 62, 181, 247–249
avioerolapsia koskevat käyttäytymistieteelliset tutkimustulokset
- avioeron haitallisuus s. 25, 28, 65 ss., 88 ss.
- lapsen lojaliteettiristiriidat s. 34, 90, 91
- psykologinen vanhemmuus s. 27, 32, 33, 39 ss., 224–227, 242, 351
- pääasiallisen hoitajan merkitys s. 66, 67
- tapaavan vanhemman merkitys s. 60–62, 66 ss. 96–98, 143, 324, 363, 416–417, 443, 444
- tunnesideteoria ks. psykologinen vanhemmuus
- vanhempien väliset ristiriidat s. 88, 91, 92–95, 101–102, 529–530
- yhteishuollon merkitys s. 61, 62, 91, 92, 94, 95, 143, 241–242, 245–246, 324, 529
- äiti–lapsi -suhteen tärkeys s. 25, 28, 134–136, 216, 362, 403

»binuclear family » ks. avioeroperhe
Conciliation court s. 44
eronneet isät (ks. myös avioerolapsia koskevat käyttäytymistieteelliset tutkimukset) s. 89, 256, 267, 271, 354, 355, 363, 415 ss., 441–442, 482, 499, 536–541, 544–549
eronneet äidit (ks. myös avioerolapsia koskevat käyttäytymistieteelliset tutkimukset) s. 86, 89–90, 254, 256, 267, 271, 355, 499, 536–544, 546–549
fathers rights movement ks. isien oikeuksia ajava liike
feministiset oikeustieteilijät, ks. naisoikeustieteilijät
Freud ks. *Goldstein – freud – Solnit*
»friendly parent » -periaate (ks. myös tapaamisoikeus) s. 72
Goldstein – Freud – Solnit s. 26, 31 ss., 41, 46, 50, 60, 70, 152, 224–227, 300, 302, 345–346, 351, 363, 364
in-court conciliation s. 127, 130
interventio, ks. julkisen vallan puuttuminen lapsen huoltoon
isien oikeuksia ajava liike s. 25, 37, 38–39, 46, 57, 72, 73, 142, 174, 263, 270, 353, 355, 363, 441, 489–490, 557
irtisanomisperusteinen avioero s. 287, 421, 448
judicial patriarchy s. 14, 117
julkisen vallan puuttuminen lapsen huoltoon s. 34, 42, 52, 129, 159, 166, 167–168, 179–180, 105–107, 191, 192–194, 196, 198–205, 238–239, 249–253, 263–265, 270, 277, 291–292, 301, 309, 326, 357–362, 363, 364, 365, 375–376, 381–383, 388, 403–406, 421, 426, 450, 468, 552–555
Kelly ks. *Wallerstein – Kelly*
lapsen ajantaju s. 34, 166
lapsen asiamies, lapsen itsenäinen edusta-

ja s. 35, 49 ss, 54, 131–132, 153–154, 172–174, 268–269, 305–306, 454, 462–463, 475–479
lapsen edun psykologisoituminen ks. psykologisen vanhemman yksinhuolto
lapsen kuuleminen ks. lapsen mielipiteet
lapsen mielipiteet s. 51–52, 78, 98, 157, 162, 180, 226, 230–234, 267, 311–312, 332–334, 363–366, 397, 432, 433–434, 437, 451–452, 453–454, 462–463, 476–479, 530–536, 557
lapsen oikeudet s. 145 ss. 268–269, 299–300, 304–306, 321–325, 332, 364, 365, 430, 433–434, 454, 477–479, 532–533, 534, 536
lapsen toiveet ks. lapsen mielipiteet
mediation ks. sovittelu
Nachscheidungs-Familie ks. avioeroperhe
naisasialiike s. 14, 16, 25, 36 ss., 108–116, 137, 344–345, 352–353, 354, 355, 363, 384–386, 412–413, 552–554
naisoikeustieteilijät s. 74, 83 ss., 142–143, 174, 211, 253–259, 270, 355, 489–490, 557
»no fault » -avioerouudistus ks. välirikkoperusteinen avioero
oikeudellinen yhteishuolto s. 57 ss. 68–69, 168–171, 91–92, 93, 100 ss., 265, 295–296, 456, 459–460, 482
perheen autonomian suoja ks. julkisen vallan puuttuminen lapsen huoltoon
perheoikeuden kehitys yksilökeskeiseksi s. 52, 159, 260, 285 ss., 361, 363, 393, 427–430, 455, 481–482, 554
perhetuomioistuin s. 42, 44, 49, 153–154, 182, 221–222, 238–239
primary caretaker presumption ks. pääasiallista hoitajaa koskeva presumptio
psykologisen vanhemman yksinhuolto s. 27, 31, 39 ss. 83, 220, 227–230, 344–347, 354, 360, 363, 432, 436–437, 554
pääasiallista hoitajaa koskeva presumptio s. 57, 75, 77 ss.
sopimusten ensisijaisuus s. 40, 47 ss. 53, 75, 83, 128, 177, 182, 198, 222, 269, 277–278, 313, 335–336, 359, 363, 364–365, 375, 382, 399, 421, 425–426, 451, 455–456, 466–469, 482, 521–524, 553
sosiaalityöntekijöiden laatima lausunto ks. sosiaalityöntekijöiden laatima selvitys
sosiaalityöntekijöiden laatima selvitys s. 84, 130–132, 161, 278, 297–299, 311, 331, 334, 402–403, 419-420, 451–452, 469–481, 495, 509, 511–514, 520–521, 524–528, 530–536, 549–550
sovittelu s. 44 ss., 53 ss., 56, 84 ss, 91, 125–127, 153–154, 177, 180–183, 249–250, 257–258, 267–268, 287–288, 297–299, 302–303, 306, 311, 321–325, 330–331, 335–336, 349, 360–362, 364–364, 395–396, 432–433, 448–449, 451, 468, 472–475, 479–481, 494–495, 554
split order s. 119–122, 133, 141
status quo -periaate s. 137–141, 163, 302, 313, 351, 517–521
sukupuoliroolit s. 15, 36-38, 87, 100–101, 102–104, 186, 219, 255–257, 285–287, 338–339, 352–356, 362, 363, 383–388, 392–393, 411–412, 415, 418, 441–442, 444, 482, 536–549, 552-557
sukupuolten tasa-arvo s. 36–37, 42, 137, 139, 164, 192–197, 211, 218–219, 255–256, 279–280, 282–283, 283, 288–289, 338–339, 344–345, 356, 376, 379, 384–386, 411–415, 420, 441, 444–445, 552–554
tapaamisoikeus s. 33, 67, 71–72, 75, 93–94, 96–98, 108, 171–172, 234–237, 251, 261, 266, 267, 279, 304–305, 313–315, 327–330, 337, 354–355, 406–408, 416–417, 420, 463–465, 482, 519
tapaamisoikeussabotaasi s. 328
»tender years » -oppi s. 14, s. 17 ss. 38, 117
terapia ks. sovittelu
tosiasiallinen yhteishuolto s. 57 ss. 70, 90–91, 100 ss., 171, 295–296, 317–321, 338
Wallerstein – Kelly s. 60–62, 63 ss., 91, 152, 163, 348–349, 363
vuoroittainen hoito, vuoroittainen asuminen ks. tosiasiallinen yhteishuolto

välirikkoperusteinen avioero s. 21, 122 ss., 175 ss., 187–188, 208, 211, 272–273, 359–360, 380–381, 394, 427, 553
yhteishuollon ensisijaisuus s. 61–62, 69, 71 ss. 99–101, 167, 241–243, 250–251, 255–259, 263, 301, 308–311, 324, 325–327, 338, 347–349, 363, 450, 452, 456, 459, 461, 481–482, 483–490, 506–524, 525, 526, 528–530, 535, 549–551, 554–556
yksinkertaistettu avioeroprosessi s. 22, 44, 53, 127–128, 130, 221–222, 363, 364, 395
äidin etusija lapsen huollossa s. 15 ss., 37, 116–122, 133–137, 163–164, 211–212, 215, 217, 218–219, 283, 289, 342–344, 358, 362, 363, 376–377, 383, 390, 397–399, 400–402, 415–420, 426–427, 552–554

Mikä on lapsen etu? Teoksessa tarkastellaan lapsen edun tulkintoja silloin, kun lapsen huollosta määrätään vanhempien erotessa. Kotimaisten tulkintojen kehittymistä arvioidaan laajan kansainvälisen vertailun avulla. Tutkija Kirsti Kurki-Suonio löysi lapsen edun tulkintojen taustalta psykologien ja psykiatrien kannanottojen lisäksi esimerkiksi naisasialiikkeiden ja isille oikeuksia ajavien ryhmien vaatimuksia. Lapsen edun tulkinnat ovat hänen mukaansa kulttuurisidonnaisia. Ne liittyvät vanhemmuutta koskeviin näkemyksiin.

Oikeusvertaileva väitöskirjatutkimus lapsen edun muuttuvista tulkinnoista sisältää runsaasti tietoa lapsen huollon määräytymisestä. Samalla se on tutkimus perheoikeuden ja perhettä koskevan kulttuurin välisestä vuorovaikutuksesta.



ISSN 0356-7206
ISBN 951-855-175-8

Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja
A-sarja n:o 222