

SUOMALAISEN LAKIMIESTEN YHDISTYKSEN
JULKAISUJA N:o 20

ILMARI MELANDER

LAPSEN HUOLLOSTA

YKSITYISOIKEUDELLINEN TUTKIMUS

I

AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA
JAKAJA

SUOMALAISEN
LAKIMIESTEN YHDISTYKSEN
JULKAISUJA
N:o 20

SUOMALAISEN LAKIMIESTEN
YHDISTYKSEN JULKAISUJA
N:o 20

ILMARI MELANDER

LAPSEN HUOLLOSTA

YKSITYISOIKEUDELLINEN TUTKIMUS

I

ÜBER DIE SORGE FÜR DIE PERSON DES KINDES
EINE PRIVATRECHTLICHE STUDIE

I

JAKAJA AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA

LAPSEN HUOLLOSTA

YKSITYISOIKEUDELLINEN TUTKIMUS

I

KIRJOITTANUT

ILMARI MELANDER

LAKITIEEENKANDIDAATTI, VARATUOMARI

Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin Yliopiston Lainopillisen Tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi historiallis-kielitieteellisessä oppialissa lauantaina joulukuun 16 päivänä 1939 kello 12.

SUOMALAINEN LAKIMIESTEN YHDISTYS

V A M M A L A 1 9 3 9
TYRVÄÄN KIRJAPAINO
OY

ISBN 978-951-855-787-9 (PDF)

ALKULAUSE.

Teos, jonka nyt saatan julkisuuteen, oli alunperin tarkoitettu käsittämään lapsen yksityisoikeudellisen huollon kokonaisuudessaan. Aiheen laajuuden takia on käynyt välttämättömäksi jättää käsittelemättä tässä teoksessa huoltolautakunnan oikeutta rajoittaa lakimääräisen ja määräyksenvaraisen huoltajan oikeuksia sekä huolto-oikeuden keskeytymistä, lakkaamista ja uudestaan syntymistä, joita tarkoitukseni on tutkia suunnittelemassani teoksen toisessa osassa.

Professori Ilmari Caselius on opastanut minua aiheen valinnassa, auliisti edistänyt työtäni neuvoilla sekä tarkastanut teoksen käsikirjoituksen, minkä johdosta esitän hänelle kunnioittavimmat kiitokseni. Ohjeita työtäni varten olen saanut myös professori Tapio Tarjanteelta, jolle pyydän lausua kiitokseni. Samoin esitän kiitokseni lakitieteen kandidaatti, varatuomari Jaakko Enäjärvelle, joka on lukenut teoksen käsikirjoituksen. Erikoisesti olen myös kiitollinen Helsingin Yliopistolle, Suomalaisten Lakimiesten Yhdistykselle, Alfred Kordelinin Säätiölle ja Baltiska Institutet nimiselle rahastolle niiltä työtäni ja sen julkaisemista varten saamastani taloudellisesta tuesta.

Helsingissä elokuussa 1939.

Ilmari Melander.

SISÄLLYSLUETTELO.

<i>Alkulause</i>	Sivu V
<i>Sisällysluettelo</i>	VII
<i>Kirjallisuusluettelo</i>	XIX
<i>Lyhennyksiä</i>	XXIX

JOHDANTO 1

- I. Vanhemmille lastensa omaisuuden ja henkilöä koskevien asioiden hoitajina kuuluvien oikeuksien ja velvollisuuksien merkitys vanhempien ja lasten välisissä oikeussuhteissa, s. 1. Roomalaisen oikeuden isänvalta ja sen merkitys, s. 2 ss. Holhous roomalaisessa oikeudessa, s. 5.
- II. Vanhempain valta uudemman ajan ulkomaisessa oikeudessa, s. 5 ss. Eräiden maiden oikeuksissa käsittää vanhempain valta lapsen omaisuuden ja sen henkilöä koskevien asioiden hoidon sekä sitäpaitsi käyttöoikeuden lapsen omaisuuteen, s. 6 s., toisissa maissa vain määräämisoikeuden lapsen henkilöä koskevilla asioilla, s. 6 s. Vårdnad-käsite Ruotsin oikeudessa, s. 7 s.

I. LAPSEN HUOLTO SUOMEN OIKEUDESSA 9

Alaikäisen lapsen holhous laajemmassa mielessä ymmärrettyinä, s. 9. Lakimääräinen ja määräksenvarainen holhooja, s. 9. Holhous suppeammassa mielessä, s. 9. Lapsen henkilöä koskevien asioiden hoito, s. 9 ss. Mitenkä sanottujen asioiden hoitoa koskevat oikeussäännökset ovat syntyneet? s. 9 s. Lapsen henkilöä koskevien asioiden hoito erotettiin sen omaisuuden hoidosta jo 1734-vuoden laissa, s. 10. Lapsen henkilöä koskevien asioiden hoidosta on käytetty lainsäädännössämme erilaisia nimityksiä, s. 10 s. Mitä tarkoitetaan lapsen kasvattamisella? s. 10. Lapsen huolto ja sitä koskevat lainsäädännökset, s. 11. Lapsen huollon käsite on omaksuttu meille Ruotsin oikeudesta, s. 11 s. Lapsen huollon käsite tieteisopissa, s. 12 s. Mitä ymmärretään lapsen huollolla? s. 13. Lapsen huoltoon on oikeudessamme kiinnitetty vähemmän huomiota kuin sen omaisuuden hoitoon, s. 13. Minkä takia on välttämätöntä erottaa lapsen huoltoon ja sen omaisuuden hoitoon kuuluvat tehtävät toisistaan? s. 13 s. Lapsen huollon käsitteestä eivät lainsäätäjämme kukaan ole olleet täysin perillä, s. 14 s. Lapsen huoltajan käsite OppivelvL:ssa, s. 14 s. Oikeudellisen ja tosiasiallisen huoltajan ero, s. 14 s. Onko perusteltua syytä vanhempain vallan käsitteen omaksumiseen oikeuteemme? s. 15 s. Mitä tarkoitetaan seuraavassa lapsen holhoojalla ja sen omaisuuden hoitajalla? s. 16 s. Lakimääräinen ja määräksenvarainen huolto, s. 17. Lasten yhteiskunnallinen huolto oikeu-

dellisessa mielessä, s. 17 s. Siirtykö lapsen huolto huoltolautakunnalle, kun lautakunta ottaa lapsen huostaansa? s. 18 ss. Huoltolautakunta on lapsen hallinnollinen huoltaja, s. 21. Lapsen huoltoon holhousoikeudellisenä käsitteenä sisältyy lakimääräinen, määräksenvarainen ja hallinnollinen huolto, s. 21.

II. HUOLTO-OIKEUDEN OLEMUS JA ERÄITÄ SITÄ KOSKEVIA YLEISIÄ PERIAATTEITA 22

1. HUOLTO-OIKEUDEN OLEMUS 22
 Huollossa on keskeinen merkitys huoltajan oikeudella ja velvollisuudella, s. 22. Oikeus objektiivisessa mielessä, s. 22. Subjekttiivinen eli subjektiivinen oikeus, s. 22 ss. Perustaako huoltosuhde huoltajalle subjektiivisen oikeuden lapsen huoltoon? s. 25 ss. Lakimääräisen huoltajan oikeus, s. 25 s. Määräksenvaraisen huoltajan oikeus, s. 26 s. Lakimääräisen ja määräksenvaraisen huoltajan velvollisuus, s. 27 ss. Velvollisuuden täyttämiseksi annetut oikeutukset, s. 27 s. Lapsen huollossa on huoltajan velvollisuudella yleensä ratkaiseva merkitys, s. 28. Lakimääräisessä ja määräksenvaraisessa huollossa kohdistuu puheenaoleva velvollisuus ensisijaisesti lapseen ja vasta toissijaisesti valtioon, s. 28. Huollossa tulee yleensä lapsen edun olla määräävänä, s. 28 s. Missä määrin huoltaja voi toteuttaa huollossa omia intressejään? s. 29. Huoltosuhde ei perusta hallinnolliselle huoltajalle subjektiivista oikeutta lapsen huoltoon, s. 29.
2. HUOLTOSUHTEESTA JOHTUVIEN OIKEUKSIEN JA VELVOLLISUUKSIEN TOTEUTTAMINEN 30
 Yleistä, s. 30. Huoltajan oikeuksien ja velvollisuuksien toteuttaminen on lapsen ja yleisen edun takia välttämätöntä, s. 31. Huoltajalle on sen vuoksi pakko antaa keinoja niiden toteuttamiseksi, s. 31. Huoltajan välitön keino tehtävänsä täyttämiseksi eli lapsen pakottaminen noudattamaan huoltajan tahtoa, s. 31 s. Huoltoon kuuluvien tehtävien välillinen toteuttaminen, s. 32. Viranomaisten puuttuminen lapsen huoltoon, s. 32.
3. KUULUUKO LAPSEN HUOLTO JULKISEEN VAI YKSITYISEEN OIKEUTEEN? 33
 Julkisen ja yksityisen oikeuden välinen ero, s. 33 ss. Mitä hyötyä on oikeuden jaosta yksityiseen ja julkiseen oikeuteen? s. 35. Kuuluuko lapsen huolto julkiseen vai yksityiseen oikeuteen? Lainsäädännön ja tieteisopin kanta, s. 36. Lakimääräinen ja määräksenvarainen huolto on luettava yksityisoikeuteen, s. 37 ss. Hallinnollinen huolto kuuluu julkiseen oikeuteen, s. 39 s. Myös lakimääräisessä ja määräksenvaraisessa huollossa on yleisellä edulla tärkeä sija, s. 40 s. Huollon vaarinpitoa koskevat säännökset kuuluvat julkiseen oikeuteen, s. 41.
4. MISSÄ MÄÄRIN LAINSÄÄDÄNTÖ VOI PUUTTUA HUOLTOSUHTEEN JÄRJESTELYYN? 41
 Huoltosuhteen yksityiskohtainen lainsäädännöllinen järjestely ei ole mahdollista, s. 41 s. Yksityiskohtaisen lainsäädännön kohteena on lähinnä

huolto-oikeuden syntyminen ja sen lakkaaminen, s. 42 s. Huollon sisältöä määrittäessä on yleisellä tavalla tärkeä merkitys, s. 43.

5. HUOLTO-OIKEUTTA KOSKEVIEN OIKEUSSÄÄNÖSTEN ABSOLUUTTINEN LUONNE 44

Perheoikeudessa on sopimuksella suhteellisen pieni merkitys, s. 44. Tässä yhteydessä tutkimme lapsen huoltajan oikeutta luovuttaa huolto sopimuksella toiselle, s. 44. Tietesopin kanta, s. 44 s. Kasvattisuhteen perustamisen vaikutus huolto-oikeuteen, s. 45 s. Eräät oikeussäännökset viittaavat näennäisesti siihen, että huoltajalla olisi jonkin verran määräämisvaltaa itse huolto-oikeuden suhteen, s. 46 s. Antamalla suostumuksensa lapsen avioliittoon huoltaja vapautuu hänelle kuuluvista oikeuksista ja velvollisuuksista, s. 46 s. Huollosta erotettu isä tai äiti voi tulla avioliiton vaikutuksesta osalliseksi toiselle puolisolalle aikaisemmin kuuluneeseen huolto-oikeuteen, s. 46 s. Sopimuksen merkitys huollon järjestelyssä avioeron yhteydessä, s. 47 ss. Huollon lopullinen järjestely avioeroa varten, s. 47 s. Huollon järjestäminen erillään asumisen ajaksi ennen avioeron myöntämistä, s. 48 ss. Onko sopimuksella, jolla huoltaja luovuttaa oikeutensa kolmannelle, mitään merkitystä? s. 50 s. Ottolapsisuhteen perustamista tarkoittava sopimus, s. 51. Yhteenvedo ja lopputulos edelläolevasta, s. 51 s. Voiko huoltaja siirtää sopimuksella huolto-oikeutensa viranomaiselle? s. 52 ss. Lopullinen yhteenvedo ja Suomen oikeuden kanta esilläolevassa kysymyksessä, s. 55. Mistä johtuu huolto-oikeuden luovuttamattomuutta koskeva sääntö? s. 55 ss. Mainittu sääntö ei estä huoltajaa luovuttamasta lapsen tosiasiallista huoltoa toiselle, s. 57 s. Miten tapahtuu lapsen tosiasiallisen huollon luovutus? s. 57. Tosiasiallisen huollon luovutukseen on uusimmassa lainsäädännössämme kiinnitetty erikoista huomiota, s. 57 s. Eräissä tapauksissa ei tosiasiallisen huollon luovuttaminen ole luvallista, s. 58 s. Huoltajan oikeus peruuttaa lapsen tosiasiallisen huollon luovutus s. 59 s. Tosiasiallisen huoltajan oikeuden luonne ja hänen suhteensa lapseen, s. 60. Tosiasiallisella huoltajalla on myös velvollisuuksia, s. 60. Tosiasiallisen huoltajan suhde kolmanteen, s. 60 s.

III. HUOLTO-OIKEUDEN SYNTYMINEN 62

1. HUOLTO-OIKEUDEN SYNTYMISPERUSTEET 62

2. LAKIMÄÄRÄISEN HUOLTO-OIKEUDEN SYNTYMINEN 62

Lakimääräinen huolto-oikeus syntyy tavallisesti luonnollisen tapahtuman eli lapsen syntymän vaikutuksesta, s. 62. Aviolapsen ja avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen vanhempien oikeus lapsensa huoltoon, s. 63. Mitä tarkoitetaan aviolapsella? s. 63 s. Lapsen aviollista syntyperää koskeva oletamus, s. 64 s. Aviolapsen huolto kuuluu yleensä sen vanhemmille yhteisesti, s. 65 s. Aviolapsen syntymiseen perustuva lakimääräinen huolto-oikeus, s. 66 s. Aviottoman lapsen syntymiseen perustuva lakimääräinen huolto-oikeus, s. 67 s. Kenelle kuuluu sellaisen aviolapsen

huolto, jonka vanhempia ei ole yhteen vihitty? s. 69 s. Lakimääräisen huolto-oikeuden syntyminen lapsen laillistuttamisen välillisenä seurauksena, s. 70 ss. Jos avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen vanhemmat menevät keskenään naimisiin, tulee huollosta erotettu puoliso säännönmukaisesti avioliiton vaikutuksesta osalliseksi lapsen huolto-oikeuteen, s. 70. Huolto-oikeuden syntymisen edellytykset mainitussa tapauksessa, s. 70 ss. Lapsen tulee olla puolisoiden avioliiton ulkopuolella siittämä, s. 70 s. Mikä vaikutus huolto-oikeuden syntymiseen puheenaolevassa tapauksessa on sillä seikalla, ettei lapsen huolto ole ennen avioliittoa kuulunut kumpaisellekaan sen vanhemmista? s. 72 ss. Lakimääräisen huolto-oikeuden syntyminen lapsen oikeudellista asemaa koskevan oikeuden päätöksen välillisenä seurauksena, s. 74 s.

3. MÄÄRÄYKSENVARAISEN HUOLTO-OIKEUDEN SYNTYMINEN

75

Ellei alaikäisellä ollut lakimääräistä huoltajaa, kuului sen määrääminen ennen KöyhäinhL:n ja LSL:n voimaantulusta aina tuomioistuimelle, s. 75 s. KöyhäinhL:n ja LSL:n säännökset ovat muuttaneet aikaisempaa oikeuttamme sikäli, että tuomioistuimen ohella saattaa voimassaolevan oikeutemme mukaan huoltolautakunta määrätä eräissä tapauksissa lapsen huolto-oikeudesta, s. 77. Missä tapauksissa kuuluu huoltajan määrääminen lapselle edelleen tuomioistuimelle ja missä tapauksissa voi huoltolautakunta ottamalla lapsen huostaansa siirtää huolto-oikeuden itselleen? s. 77 ss.

4. ERÄITÄ LAKIMÄÄRÄISEN JA MÄÄRÄYKSENVARAISEN HUOLTO-OIKEUDEN SYNTYMISTÄ KOSKEVIA YLEISIÄ PERIAATTEITA

83

Lakimääräisen huolto-oikeuden syntyessä huoltajan sopivaisuus tehtävänsä ei tule millään tavoin viranomaisten harkittavaksi, s. 83. Määräyksenvaraisen huolto-oikeuden syntyminen edellyttää sitävästoin aina oikeuden harkintaa huoltajaksi määrättävän henkilön sopivaisuudesta puheenaolevaan tehtävään, s. 83 ss. Holhoojan kelpoisuusperusteita lieene sovellettava myös kysymyksen ollessa yksinomaan lapsen huoltajan määräämisestä, s. 84. Ehdottomat huoltajan kelpoisuusperusteet, s. 84 s. Harkinnanvaraiset huoltajan kelpoisuusperusteet, s. 85. Lapsen huoltajaksi on yleensä määrättävä tehtävään parhaiten soveltuva henkilö, s. 85 s. Lakimääräisen huoltajan oikeus määrätä itselleen seuraaja, s. 85. Lapsen sukulaisten ensisijainen oikeus huoltoon, s. 85 s. Avioliiton ulkopuolella syntyneelle lapselle määrättävää huoltajaa koskevat kelpoisuusperusteet, s. 86. Lastenvalvojan määrääminen avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen huoltajaksi, s. 86. Voidaanko avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen huolto uskoa sen isälle? s. 86 s. Määräyksenvaraisen huolto-oikeuden uskominen useammalle henkilölle yhteisesti, s. 87 s. Voidaanko lakimääräiselle huoltajalle määrätä holhoojakumppani lapsen huoltoa varten? s. 88. Lapsen huolto käsittää velvollisuuden, jonka täyttämisestä ei yleensä voi kieltäytyä, s. 88 ss. Huolto-oikeuden syntymishetki, s. 90 s. Laillinen tuomioistuin lapsen huoltoa koskevissa asioissa, s. 91.

5. OTTOLAPSISUHTEEN SYNTYMINEN 92

Oikeussäännöstönä on lapseksiottaminen omaksuttu pohjoismaiseen oikeuteen harvinaisen myöhään, s. 92. Milloin on ottolapsisuhteen perustaminen paikallaan? s. 93. Ottolapsisuhteen perustamista voidaan helposti väärinkäyttää, s. 93. Ottolapsisuhteen syntymisessä on erotettava asianosaisten välinen sopimus ja viranomaisten perustava toimenpide, s. 93 s. Lapseksiottamisen ehdottomat ja harkinnanvaraiset edellytykset, s. 94 s. Ottolapsisuhteen perustaminen kuuluu meillä tuomioistuimelle, s. 95. Ottovanhempien kelpoisuusvaatimukset, s. 95 s. Voivatko useammat henkilöt ottaa yhteisesti ottolapsen, s. 96 s. Saako isä tai äiti ottaa ottolapsekseen avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsensa, s. 97 s. Ottovanhemmilta vaadittavat harkinnanvaraiset edellytykset, s. 98. Huoltajan suostumus lapseksiottamiseen, s. 99 s. Voidaanko ottolapsisuhde perustaa poikkeustapauksessa ilman toisen huoltajan suostumusta? s. 100. Isää tai äitiä, joka ei ole lapsensa huoltajana, on kuultava lapseksiottamista koskevassa asiassa, milloin se hankaluudetta voi tapahtua, s. 100 ss. Lapsen oma suostumus, s. 103 s. Lapseksiottamista tarkoittava sopimus, s. 104 ss. Sopimuksen muoto, s. 104. Onko ns. adoptio incognito Suomen oikeuden mukaan sallittu? s. 105 s. Onko lapseksiottamista tarkoittavaan sopimukseen liitetyillä ottovanhemman huolto-oikeutta rajoittavilla ehdoilla oikeudellista merkitystä? s. 106 s. Lapseksiottamista tarkoittavan sopimuksen sitovaisuus, s. 107. Eräitä prosessioikeudellisia säännöksiä, s. 108.

IV. USEAMPIEN HUOLTAJIEN KESKINÄINEN SUHDE 109

Yleistä, s. 109 s. Kun huolto-oikeus kuuluu aviopuolisolle yhteisesti, on kumpaisenkin puolison huolto-oikeus säännönmukaisesti täysin itsenäinen ja asiallisesti yhtä laaja, s. 110. Isän oikeus edustaa lasta tuomioistuimessa ja muiden viranomaisten luona on poikkeus yleisestä säännöstä, s. 110. Jokainen vähäpätöinen huoltoon kuuluva toimenpide ei edellytä molempien puolisoloiden osallistumista sitä tarkoittavaan päätökseen, s. 110 s. Useampien määräyksenvaraisten huoltajain keskinäinen suhde, s. 111. Jos toiselta huoltajalta ei voida saada lausuntoa tärkeästä lasta koskevasta asiasta, jonka ratkaiseminen ei siedä viivytystä, huoltaja voi poikkeustapauksessa ratkaista yksin tällaisen asian, s. 111. Huoltajien välisen erimielisyyksien ratkaiseminen, s. 111 s. Milloin kolmas voi olettaa huoltajalla olevan oikeuden toimia ilman kanssahuoltajan nimenomaista valtuutusta, s. 113. Voivatko puoliset järjestää huolto-oikeuden siten, että se kuuluu heidän asuessaan yhdessä vain toiselle heistä? s. 113 s. Voivatko useammat määräyksenvaraiset huoltajat jakaa huoltoon kuuluvat tehtävät sopimuksella keskenään? s. 114.

V. HUOLTO-OIKEUDEN SISÄLTÖ 115

1. HUOLTO-OIKEUDEN SISÄLLÖSTÄ YLEENSÄ 115

Huolto-oikeuden sisältöä koskevat oikeussäännökset, s. 115 s. Huoltoon kuuluvien tehtävien ryhmitteleminen erikoisiksi oikeuksiksi ja velvol-

lisuuksiksi, s. 116. Huoltajan tehtävien jako tosiasiallisiin ja oikeudellisiin tekoihin, s. 116 s. Huoltajan määräämisvallan suhteen huollon sisällöstä on sääntönä vapaa harkintaoikeus, s. 117. Lapsen huoltoon kuuluvien tehtävien tyhjentävä luetteleminen ei ole mahdollista, s. 118.

2. LAPSEN KASVATTAMINEN 118

A. *Lapsen kasvattamisesta yleensä* 118

Mitä ymmärretään lapsen kasvattamisella suppeammassa mielessä, s. 118. Useimmat lapsen kasvattamiseen kuuluvat tehtävät ovat itsestään selviä, s. 119. Yleinen säännös lapsen kasvatusta koskevista periaatteista on HL:n 33 §:n 2 momentissa, s. 119. Lapsen elintason vaikutus sen kasvatukseen, s. 119 s. Lapsen omien varojen käyttäminen sen kasvatukseen, s. 119 s. Elatusvelvollisuuden suhde huoltoon, s. 120 ss. Julkisoikeudellinen elatusvelvollisuus, s. 120 s. Yksityisoikeudellinen elatusvelvollisuus, s. 121 ss. Mitä tarkoitetaan sillä, että lapsi on taivutettava sellaisiin harjoituksiin ja toimiin kuin sen sääty, tila ja taipumukset vaativat? s. 122. Kuinka kauan kestää vanhempien yksityisoikeudellinen elatusvelvollisuus, s. 123 ss.

B. *Lapsen huoltajan suhde sen omaisuuden hoitajaan erikoisesti silmälläpitäen lapsen kasvatuksesta aiheutuvien menojen suorittamista* 126

Lapsen omaisuuden hoitajalla on välillisesti vaikutusvaltaa sen huoltoon, s. 126. Omaisuuden hoitajan suhteen tulee huoltajalla olla mahdollisimman itsenäinen asema, s. 126. Omaisuuden hoitajan tulee säännöllisin väliajoin antaa huoltajalle määräsukka huollosta aiheutuvia menoja varten, s. 126 s. Huoltajan tilintekovelvollisuus omaisuuden hoitajalle, s. 127. Omaisuuden hoitajan tilintekovelvollisuus holhouslautakunnalle, s. 127. Kuinka paljon varoja omaisuuden hoitajan on luovutettava huoltajan käytettäväksi? s. 127 s. Mitä keinoja on huoltajan ja omaisuuden hoitajan välisten erimielisyyksien selvittämiseksi? s. 128. Kenelle on elatusvelvollisen henkilön, jolle lapsen huolto ei kuulu, suoritettava elatusmaksunsa? s. 128 ss.

C. *Lapsen ruumiillinen kasvatus* 130

Mitä käsittää lapsen ruumiillinen kasvatus? s. 130. Lapsen ruumiillista kasvatusta koskevat oikeussäännökset ovat ylimalkaisia, s. 130. LSL:n säännökset niistä toimenpiteistä, joihin huoltolautakunta voi ryhtyä, jos vanhemmat laiminlyövät lapsensa ruumiillisen kasvatuksen, s. 131. Lapsen terveydenhoito, s. 131 ss. Huoltajan velvollisuudet lapsen sairastuessa, s. 131 s. Lapsen terveydenhoitoa koskevista ennakolta estävistä toimenpiteistä annetut säännökset, s. 132 ss. Rokotusvelvollisuus, s. 132 s. Lapsen ruumiillisen kasvatuksen suojaksi annetut säännökset työväen-suojelulainsäädännössä, s. 133 ss. Mitä tarkoitetaan lapsella ja nuorella henkilöllä työväensuojelulainsäädännössä? s. 133. Lapsen ikään perustuvat suojelumääräykset, s. 133 s. Lapsen työaikaa koskevat suojelumääräykset, s. 134 s. Työn laatuun perustuvat suojelumääräykset, s. 135.

D. Lapsen henkinen kasvatus 136

Mitä käsittää lapsen henkinen kasvatus? s. 136. Lapsen henkistä kasvatusta koskevien oikeussäännösten yleinen luonne, s. 136. Lapsen tietopuolinen opettaminen, s. 136 ss. Alkuopetus, s. 137 s. Oppivelvollisuus, s. 138 ss. Huoltajan vastuu lapsen oppivelvollisuuden laiminlyönnistä, s. 139 s. Oikeudellisen huoltajan ja tosiasiallisen huoltajan vastuu, s. 140. Missä määrin huoltaja on velvollinen hankkimaan lapselle opetusta ylempää sivistystä varten? s. 141 s. Huoltajan oikeus lapsen ammatin valitsemiseen, s. 142 s. Eräät lähinnä lapsen henkisen kasvatuksen suojaksi annetut oikeussäännökset, s. 143 ss.

E. Lapsen uskonnollinen kasvatus 145

Mitä tarkoitetaan HL:n 33 §:n 2 momentissa sillä, että lapsi on kasvatettava jumalanpelkoon? s. 145. Mihin uskontokuntaan lapsi kuuluu? s. 145 s. Lakimääräisen ja --määräyksenvaraisen huoltajan oikeus määrätä, mihin uskontokuntaan lapsi kuuluu, s. 146 ss. Uskonnonopetuksen antaminen lapselle, s. 148 s. Uskonnolliseen yhdyskuntaan kuulumattoman lapsen siveellinen kasvatus, s. 149 s.

3. LAPSEN VALVOMINEN 150

A. Lapsen valvomisesta yleensä 150

Mitä tarkoitetaan lapsen valvomisella? s. 150. Minkä takia käsittelemme lapsen kasvattamista ja valvomista erikseen? s. 150 s. Lapsen valvomista koskevat oikeussäännökset, s. 151. Lapsen valvomisen tarkoitus, s. 152. Missä määrin huoltajan on valvottava, ettei lapsi vahingoita omaa omaisuuttaan? s. 152 s. Huoltajan velvollisuus valvoa lasta on säädetty myös kolmannen etujen turvaamiseksi, s. 153. Mitä huoltajalta valvomisvelvollisuuden täyttämiseksi on vaadittava, ei voida yleisellä säännöllä määrätä, s. 153.

B. Lapsen valvomisen laiminlyönnin oikeusseuraamukset 154

a. Huoltolautakunnan tai oikeuden puuttuminen lapsen huoltoon 154

b. Huoltajan tuomitseminen rangaistukseen valvomisen laiminlyönnin johdosta 155

Onko olemassa rikosoikeudellista vastuuta toisen henkilön teosta? s. 155 s. Laiminlyömällä lapsen valvomisen huoltaja voi syyllistyä epävarsinaiseen ja varsinaiseen laiminlyöntirikokseen, s. 155 s. Huoltajan syyllistyminen epävarsinaiseen laiminlyöntirikokseen, s. 156 ss. Laiminlyönti voidaan rinnastaa rikosoikeudellisesti positiiviseen tekoon, jos se on velvollisuuden vastainen ja tekijälle subjektiivisesti syyksiluettava, s. 156. Huoltajalla on oikeudellinen velvollisuus estää lasta tekemästä rikosta, s. 157 s. Onko huoltajalla sanottu velvollisuus sinäkin tapauksessa, että hänen pitäisi rikoksen estämiseksi ilmoittaa lapsi syytteeseen? s. 158. Onko huoltajalla oikeudellinen velvollisuus estää

15 vuotta täyttäneeltäkin lasta tekemästä rikosta? s. 158 s. Lapsen tosiasiallisen huoltajan, opettajan ym. henkilöiden velvollisuus estää lasta tekemästä rikosta, s. 159 ss. Laiminlyönnin ja sen seurauksen välinen syysuhde, s. 161 ss. Syysuhteen lisäksi on rangaistavan laiminlyönnin edellytyksenä, että se on laiminlyöjälle subjektiivisesti syyksiluettava, s. 163. Miten on huoltajaa rangaistava, jos hän laiminlyö velvollisuutensa estää lasta tekemästä rikosta? s. 163 s. Huoltajan syyllistyminen varsinaiseen laiminlyöntirikokseen, s. 164 ss. Missä määrin huoltajan tuomitseminen rangaistukseen varsinaisesta laiminlyöntirikoksesta edellyttää, että laiminlyönti on ollut hänen puoleltaan tahallinen tai tuottamuksellinen? s. 166 ss. Onko lapsen omaisuuden hoitaja, tosiasiallinen huoltaja tai muu henkilö, jonka luona lapsi on tai jolle jokin sen kasvatukseen kuuluva tehtävä on luovutettu, vastuussa nyt kysymyksessäolevan valvomisvelvollisuuden laiminlyönnistä? s. 169 s.

c. Valvomisen laiminlyönnistä johtuva vahingonkorvausvelvollisuus 170

1) Huoltajan puheenaolevasta vahingonkorvausvelvollisuudesta yleensä 170

Perheenpään velvollisuus alaistensa aiheuttaman vahingon korvaamiseen roomalaisessa oikeudessa, s. 170 s. Voimassaolevassa ulkomaisessa oikeudessa on huoltaja yleisesti vastuussa lapsen aiheuttamasta vahingosta, s. 171 s. Huoltajan puheenaolevaa vahingonkorvausvelvollisuutta koskevat oikeussäännökset Suomen oikeudessa, s. 172 s. Yleinen sääntö huoltajan puheenaolevasta vahingonkorvausvelvollisuudesta on johdettavissa valvomisvelvollisuuden tarkoituksesta ja yleisistä vahingonkorvausvelvollisuutta koskevista periaatteista, s. 173. Huoltajan vastuu lapsen välittömästi omalle omaisuudelleen aiheuttamasta vahingosta, s. 173 s.

2) Kysymyksessäolevan vahingonkorvausvelvollisuuden teoreettinen rakenne 174

Huoltajan puheenaoleva vahingonkorvausvelvollisuus perustuu hänen laiminlyöntiinsä, s. 174. Huoltajalla on oikeudellinen velvollisuus estää lasta tekemästä vahinkoa, s. 174 s. Vahingonkorvausvelvollisuuden perustaminen laiminlyöntiin edellyttää laiminlyönnin ja sen seurauksen syysuhdetta, s. 175. Huoltaja on vastuussa vain lapsen määrätietoisista teoista, ei sitävastoin sen pelkistä ruumiinliikkeistä, s. 175. Onko huoltaja vastuussa lapsen aiheuttamasta vahingosta vain siinä tapauksessa, että hänen laiminlyöntinsä estää sitä vahinkoa aiheuttamasta voidaan lukea hänelle syyksi? s. 175 ss. Culpasääntö vahingonkorvausopissa, s. 175 ss. Suomen oikeuden mukaan on huoltaja velvollinen korvaamaan lapsen aiheuttaman vahingon vain, jos hänen laiminlyöntinsä estää sitä vahinkoa tekemästä voidaan lukea hänelle syyksi, s. 179. Yksityisoikeudellisen syyllisyyksikäsitteen ja rikosoikeudellisen tuottamuksen välinen ero, s. 179 s. Arvosteltaessa, onko huoltaja täyttänyt velvollisuutensa, on käytettävä objektiivista mittapuuta, s. 180.

- 3) Huoltajan puheenaolevan vahingonkorvausvelvollisuuden vaikutus lapsen valvomisvelvollisuuteen ja eräitä tähän korvausvelvollisuuteen liittyviä kysymyksiä 180

Huoltaja ei ole velvollinen seuraamaan joka askeleella ainakaan kehittyneempää lasta, s. 181. Lapsen iän ja kehityksen vaikutus huoltajan valvomisvelvollisuuteen, s. 181 s. Muiden olosuhteiden vaikutus sanottuun velvollisuuteen, s. 182 ss. Paikalliset olosuhteet, s. 183 s. Onko huoltajan taloudelliset olosuhteet otettava huomioon valvomisvelvollisuuden sisältöä määrittäessä? s. 184 s. Mikä vaikutus huoltajan puheenaolevaan vastuuseen on sillä seikalla, että lapsen valvomisvelvollisuus kuuluu toiselle henkilölle? s. 185 ss. Huoltajan tahdosta tapahtunut valvomisvelvollisuuden siirto, s. 185 ss. Lastenhoitajan ja kotiapulaisen valvomisvelvollisuus, s. 185. Opettajan ym. henkilöiden valvomisvelvollisuus, s. 185 s. Mikä vaikutus huoltajan valvomisvelvollisuuteen on sillä seikalla, että lapsi on vankilassa tai kasvatuslaitoksessa? s. 187. Vapautuuko huoltaja valvomisvelvollisuudesta tämän velvollisuuden kuuluessa edellämaituissa tapauksissa toiselle henkilölle? s. 188 s. Mikä vaikutus valvomisvelvollisuuteen on sillä seikalla, että lapsella on useampia huoltajia? s. 189 s. Kuuluuko lapsen valvomisvelvollisuus suojeluvalvojalle? s. 190. Useampien huoltajien keskinäinen vastuu, s. 190. Lapsen ja huoltajan vahingonkorvausvelvollisuuden keskinäinen suhde, s. 190 s.

4. LAPSEN OLINPAIKAN MÄÄRÄÄMINEN 191

Minkä takia huoltajalla on oikeus määrätä lapselle olinpaikka? s. 191. Mistä selviää huoltajan puheenaoleva oikeus meidän oikeudessamme? s. 191 s. Lapsen olinpaikan saa huoltaja yleensä määrätä vapaan harkintansa mukaan, s. 192. Lapsen olinpaikan määrittämiseen on huoltajalla positiivinen velvollisuus, s. 193. Voiko lapsi vaatia kanteella huoltajan velvoittamista määräämään sille olinpaikan? s. 193. Ellei huoltaja määrää lapselle olinpaikkaa tai jos hän väärinkäyttää oikeuttaan sen olinpaikan määrittämiseen, huoltolautakunta voi puuttua asiaan, s. 193. Lapsen olinpaikan määrittämisoikeuden rajoitukset, s. 193 ss. Useampien huoltajien keskinäinen asema lapsen olinpaikan määrittämisessä, s. 194 s. Onko huollostota erotetun puolison suostumus tarpeen lapsen viemiseen ulkomaille? s. 195 ss. Voiko huoltajan oikeutta lapsen olinpaikan määrittämiseen rajoittaa sopimuksella? s. 198 s. Lapsen olinpaikan määrittämisoikeuden julkisoikeudelliset rajoitukset, s. 199. Millä tavoin huoltaja voi toteuttaa puheenaolevan oikeutensa, jos lapsi jättää huoltajan sille määräämän olinpaikan? s. 200. Mitä keinoja huoltajalla on oikeutensa toteuttamiseksi, jos kolmas ottaa lapsen vastoin hänen tahtoaan haltuunsa? s. 200 s. Milloin on kolmannen katsottava pitävän lasta luvattomasti huostassaan? s. 201 s. Lapsen huostaansa ottaneen kolmannen väitteet, s. 202 ss. Lapsen luovuttamista koskevan oikeuden päätöksen täytäntöönpano, s. 204.

5. LAPSEN PAKOTTAMINEN 204

Lapsen pakottamisoikeus on huoltajalle välttämätön hänen velvollisuukiensa täyttämiseksi, s. 204 s. Mitä tarkoitetaan lapsen pakottamisella

laajemmassa mielessä? s. 205. Kuritusoikeus, s. 205. Lapsen pakottaminen on usein myös huoltajan velvollisuus, s. 206 s. Milloin on lapsen pakottaminen luvallista? s. 207 ss. Lapsen pakottaminen on luvallista vain kasvatustarkoituksessa, s. 208. Mitä toimenpiteitä käsittää kasvatustarkoitus? s. 208 s. Mikä merkitys on pakottajan sisäisellä motiivilla arvosteltaessa, onko pakottaminen tapahtunut sanotussa tarkoituksessa? s. 209. Tuleeko pakottamisteon olla objektiivisestikin katsoen kasvatustarkoituksessa tapahtunut ja siihen soveltuva toimenpide vai riittääkö, että vain huoltaja on pitänyt sitä sellaisena? s. 209 ss. Lapsen pahoinpitely LSL:n mielessä, s. 212. Kuritusteon rangaistavaisuutta on arvosteltava objektiivisen mittapuun mukaan, s. 212 s. RL:n 21 luvun 12 §:n 2 momentissa kuritusoikeudelle säädetyt rajat, s. 213 s. Onko lapsen pakottamisoikeus muillakin henkilöillä kuin sen huoltajalla? s. 214 ss. Kolmannella ei ole yleistä oikeutta vieraan lapsen pakottamiseen, s. 215 s. Pakottamisoikeuden luovuttaminen kolmannelle, s. 216 s. Milloin pakottamisoikeuden katsottava siirtyneen kolmannelle ilman nimenomaista sopimusta? s. 217 s. Lapsen iän vaikutus huoltajan pakottamisoikeuteen, s. 219 s. Pakottamisoikeuden ylittämisen oikeusseuraamukset, s. 220 ss. Huoltajan tuomitseminen rangaistukseen, s. 220 s. Huoltolautakunnan puuttuminen lapsen huoltoon, s. 221 s. Voiko huoltaja saada viranomaisilta apua lapsen pakottamisessa? s. 222 s.

6. LAPSEN EDUSTAMINEN 223

A. *Lapsen edustamisesta yleensä* 223

Kenelle kuuluu lapsen edustaminen yleensä? s. 223 s. Lapsen edustukseen kuuluvien tehtävien jako sen huoltajan ja omaisuuden hoitajan kesken, s. 224. Kenelle kuuluu lapsen edustaminen, jos sillä on useampia huoltajia? s. 224 s. Puheenaolevan edustamisoikeuden rajoitukset, s. 225 ss. Mitä vaaditaan huoltajalta puheenaolevan edustamisoikeutensa toteuttamiseksi? s. 227. Tuleeko huoltajan lasta edustaessaan toimia nimenomaan sen nimessä? s. 227 s. Edustusoikeuden luovuttaminen, s. 228 s.

B. *Lasta koskevat tahdonilmaisut ja sen puolesta tehtävät oikeustoimet* 229

Yleistä, s. 229. Kuuluuko työsopimuksen ja oppisopimuksen tekeminen lapsen puolesta sen huoltajalle vai omaisuuden hoitajalle? s. 229 s. Huoltajan edustusoikeutta rajoittaa lapsen oikeus tehdä eräissä tapauksissa itse työsopimuksensa, s. 230 ss. Huoltajan oikeus määrätä lapsen työvoimasta, s. 231 ss. TyösopimL:n 9 §:n tulkintaa ja eräitä lapsen itsensä tekemää työsopimusta koskevia kysymyksiä, s. 233 ss. Huoltajan oikeus saada lakkaamaan lapsen itsensä tekemä työsopimus, s. 237 ss. Voiko huoltaja etukäteen kieltää lasta, joka saa itse tehdä työsopimuksensa, ottamasta itselleen työtä? s. 241. Lapsen oppisopimus, s. 242 s. Sopimus lasta varten maksettavasta elatusavusta, s. 243.

C. Lapsen edustaminen oikeudessa ja muun viranomaisen luona 243

Huoltajan on edustettava lasta kaikissa sen henkilöä koskevissa asioissa oikeuden ja muun viranomaisen luona, s. 243. Lapsen edustaminen oikeudessa, s. 244 ss. Lapsen edustaminen riita-asioissa, s. 244 s. Lapsi syytettynä, s. 245 s. Asianomistajan oikeus, s. 246 ss. Lapsen ja huoltajan keskinäinen asema oikeudenkäynnissä, s. 248. Lastenvalvojan ja avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen äidin keskinäinen asema lapsen elatusapua koskevassa oikeudenkäynnissä, s. 248 s. Lapsen omaisuuden hoitajan ja sen huoltajan edustus-oikeus asioissa, jotka samanaikaisesti koskevat sekä lapsen henkilöä että sen omaisuutta, s. 249 s.

7. HUOLTAJAN SUOSTUMUS LAPSEN AVIOLIITTOON JA KIHLAUKSEEN 250

Alaikäisen henkilön avioliittoon vaaditaan huoltajan suostumus, s. 250. Milloin huoltaja voi evätä suostumuksensa lapsen avioliittoon? s. 252 s. Onko ehtojen liittäminen puheenaolevaan suostumukseen mahdollista, s. 253. Huoltajan suostumuksen muoto, s. 254. Huoltajan suostumuksesta solmittu avioliitto, s. 254. Tuomioistuimen lupa alaikäisen henkilön avioliittoon, s. 255. Lapsen avioliittoon annetun suostumuksen peruuttaminen, s. 256. Huoltajan suostumus lapsen kihlaukseen, s. 257 ss.

ZUSAMMENFASSUNG 261

KIRJALLISUUSLUETTELO.

- Alanen, Aatos:* Hätävarjelus yksityisen käyttämänä oikeussuojakeinona, Helsinki 1925.
- » — Syyntakeettoman henkilön vahingonkorvausvelvollisuudesta, DL 1932.
- Alexanderson, Nils:* Ett par skadeståndsproblem i svensk rättsskipning. Nordiska Jurisstämman 1926, Stockholm 1926.
- Allfeld, Philipp:* Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8 Aufl., Leipzig 1922.
- Andersen, Paul:* Hovedpunkten af Forvaltningsretten I, København 1930.
- André, Fr.:* Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder. Marburger akademische Reden. N:o 14, Marburg 1905.
- Anschütz, Gerhard:* Die Verfassung des Deutschen Reichs. 14 Aufl., Berlin 1933.
- Arnholm, Carl Jacob:* Laerebok i Familierett, Oslo 1936.
- Arvelo, A. P.:* Huoltolait. Kokoelma yhteiskunnallista huoltoa koskevia lakeja ja asetuksia, Porvoo—Helsinki 1937.
- Bentzon, Viggo:* Den danske Familierett. 2 Udgave, København 1916.
- » — Familieretlige Aftalers Retsgyldighed, TfR 1920.
- » — Familieretten. I. Aegteskabets indgaaelse og oplosning, København 1924.
- » — Personretten. 3 Udgave, København 1930.
- Berg, Paal:* Arbeidsrett, Oslo 1930.
- Bergendal, Ragnar:* Förekommer straffrättsligt ansvar för annans gärning i svensk rätt? SJ 1928.
- Dr. Bergmann:* Gegenwartsfragen des Ehe- und Kindschaftsrechts. Beiträge zum Recht des neuen Deutschland. Festschrift für Franz Schlegelberger, Berlin 1936.
- Bessau, Hallamick, Lobe, Michaelis, Oegg, Sayn, Schlieven und Seyffarth:* Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts. IV Band. Familienrecht, Berlin und Leipzig 1935. (RGRKomm.)
- Bienenfeld, Rudolf:* Die Haftungen ohne verschulden, Berlin und Wien 1933.
- Björkstén, S. R.:* Förvärvade rättigheter och lagars retroaktivitet, JFT 1925.
- Björklint, C. G.:* Lärobok i civilrätt för nybörjare. Sjunde upplagan, Lund 1934.
- » — Vår nya föräldrarätt systematiserad, SJ 1922.
- v. Blume, W.:* Die rechtliche Natur des Elternrechts aus § 1636 B.G.B. J. A. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, Nürnberg 1907.
- Borum, O. A.:* Familieretten. I. Forældrene. Born. Dansk Navnerett, København 1936.
- Brotherus, K. R.:* Uskonnonvapauslaki, Lm 1922.
- » — Valtio ja kirkko, Porvoo 1923.
- Brusiin, Otto:* Tuomarin harkinta normin puuttuessa, Vammala 1938.

Bäärnhielm, Gösta: Några ord om barnavårdsmannens processuella ställning, SJ 1920.
Candolin, A.: Till frågan om vårdnaden av barn, vilkas föräldrar leva åtskilda, JFT 1937.

Caselius, Ilmari: Den Hägerström—Lundstedtska skolan i Finland, JFT 1929.

- » — Omistajankiinnityksestä Suomen oikeuden mukaan, Helsinki 1924.
- » — Panttioikeuden käsitteestä Suomen oikeuden mukaan, Helsinki 1925.
- » — Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta: Viljo Sainio, Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta johtuvat suhteet naapureihin Suomen yksityisoikeuden mukaan, Lm 1929.

Cederberg, Lauri: Prokura Suomen lain mukaan, Helsinki 1915.

Chydenius, Jakob Vilhelm: Hustrus förmögenhetsrättsliga förhållande till mannen och hans arvingar, Helsingfors 1900.

- » — Lärobok i finsk arfs- och testamentsrätt. 3 upplagan, Helsingfors 1920.
- » — Lärobok i finsk Äktenskapsrätt, Helsingfors 1922.

Cosack, Konrad: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Die allgemeinen Lehren und das Schuldrecht. 7 Aufl., Jena 1922.

- » — Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II, 2. Gemeinschaftsrecht, Familienrecht, Erbrecht. 7/8 Aufl., Jena 1924.

de Coulanges, Fustel: Staten i forntiden. Öfversatt från fjärde upplagan af A. Z. Collin, Örebro 1872.

Curti, Arthur: Englands Privat- und Handelsrecht. I Band, Berlin 1927.

- » — Frankreichs Privat- und Handelsrecht. I Band, Berlin 1934.
- » — Schweizerisches Zivilrecht. I Band. Personen- und Familienrecht, Zürich 1910.

Deuntzer, J. H.: Den danske familieret, København 1892.

Dernburg, Heinrich: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. I. Die allgemeinen Lehren. 3 Aufl., Halle a. S. 1906.

- » — Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. II, 2. Die Schuldverhältnisse. 4 Aufl., Halle a. d. S. 1909.
- » — Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. IV. Deutsches Familienrecht. 4 Aufl., Halle a. S. 1908.
- » — System des Römischen Rechts. Der Pandekten. 8 Aufl., bearbeitet von Paul Sokolowski. I, Berlin 1911.
- » — System des Römischen Rechts. Der Pandekten. 8 Aufl., bearbeitet von Paul Sokolowski. II, Berlin 1912.
- » — Pandekten. III. Familien- und Erbrecht. 7 Aufl., Berlin 1903.

Ebermayer, Ludvig—Eichelbaum, Julius—Lobe, Adolf—Rosenberg, Werner: Das Reichs-Strafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Berlin und Leipzig 1920.

Eck, Clara: Die elterliche Gewalt im BGB. Ihr Inhalt und ihre Zuständigkeit. Archiv für Bürgerliches Recht. Band 41, Berlin 1915.

Egger, A.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. II. Das Familienrecht. Zürich 1914. 2 Aufl., Zürich 1936.

Ekeberg, Birger: Äktenskaps ingående och upplösning, Stockholm 1916.

- » — Äktenskaps rättsverknningar enligt det nya förslaget till giftermålsbalk, SJ 1918.

- Ekström, F. W.*: Privaträttens allmänna läror. I—VII. Utgiven av Einar Cavonius, Helsingfors 1921—1924.
- Endemann, F.*: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Einleitung — Allgemeiner Theil — Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1903.
- » — Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II, 2, Familienrecht. 8/9 Aufl., Berlin 1908.
- Engelmann, A.*: Das Bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluss Handels-, Wechsel- und Seerechts, Berlin 1913.
- Enneccerus, Ludvig—Kipp, Theodor—Wolff, Martin*: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I, 1. Einleitung, Allgemeiner Teil. 22—24 Aufl., Marburg 1923.
- » — Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Recht der Schuldverhältnisse. 12 Aufl., Marburg 1932.
- » — Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. IV. Das Familienrecht. 7 Aufl., Marburg 1931.
- Erich, Rafael*: Föräldramakt och förmynderskap, JFT 1909.
- » — Suomen valtio-oikeus. I osa, Porvoo 1924.
- » — Suomen valtio-oikeus. II osa, Porvoo 1925.
- Faurholt, Johannes*: Lov om Umyndighed og Vaergemaal af 30 juni 1922, København 1928.
- Federspiel, Holger*: Den Internationale Privatret i Danmark, København 1909.
- Fleiner, Fritz*: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 3 Aufl., Tübingen 1913.
- Forsman, Jaakko*: Bidrag till läran om skadestånd i brottmål enligt Finsk rätt, Helsingfors 1893.
- » — Straffrättens allmänna läror, utgivna af Lars Wasastjerna, Helsingfors 1914.
- » — De särskilda brotten. Första afdelningen. Brotten mot individens rättsgebit. 4 uppl. Helsingfors 1924.
- Frank, Reinhard*: Das strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18 Aufl., Tübingen 1931.
- Frey, Alexander*: Skiljemannainstitutet enligt Finsk Civilprocessrätt, Helsingfors 1911.
- Gadolin, A. W.*: Suomen holhousoikeuden pääpiirteet. Suomentanut Onni Heinonkoski, Helsinki 1936.
- Gehring, Paul*: Elterliche Personengewalt und Vertrag nach BGB, Berlin 1920.
- Gimmerthal, Max*: Zur väterlichen Gewalt des bürgerlichen Gesetzbuchs. Archiv für die Civilistische Praxis. 104 Band, Tübingen 1909.
- Gierke, Otto*: Deutsches Privatrecht. I. Allgemeiner Teil und Personenrecht, München und Leipzig 1936.
- Giese, Friedr.*: Die Verfassung des Deutschen Reiches, Berlin 1931.
- Gjelsvik, Nikolaus*: Norsk Personrett. Forelesninger av professor Gjelsvik. Annen utgave ved ekspedisjonschef Dr. Per Augdahl, Oslo 1934.
- Gmür, Max*: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Band II. Familienrecht. I Abteilung (Das Eherecht), Bern 1914.
- » — Band II. Familienrecht. II Abteilung. Die Verwandtschaft, Bern 1921.
- » — Band II. Familienrecht. III Abteilung. Die Vormundschaft, Bern 1918.
- Granfelt, O. Hj.*: Den materiella processledningen vid vanliga tvistemål enligt gällande finsk och svensk rätt. Andra upplagan, Helsingfors 1930.

- Granfelt, O. Hj.*: Lärobok i straffprocessrätt. Första häftet, Helsingfors 1925.
- » — Kort framställning av Finlands civilprocessrätt, Helsingfors 1927.
- » — Officialprincipen och dess tillämpning på materiellrättslig grund i vanliga tvistemål anhängiga vid underdomstol enligt gällande finsk och svensk rätt, JFT 1912.
- » — Officialprincipen och dess tillämpning på processrättslig grund, JFT 1915.
- » — Straffprocessrätt. Föreläsningar I, Helsingfors 1908 o. 1910.
- » — Konkursförvaltaren i vanliga konkurser enligt gällande finsk och svensk rätt, Helsingfors 1906.
- Grottenfelt, Julius*: Kommentar till förmynderskapslagen, Helsingfors 1924.
- » — Kommentar till strafflagen, Helsingfors 1913.
- Grönvall, F.*: Uusi avioliittolainsäädäntö selityksineen, Porvoo 1929.
- Hagerup, Francis*: Forelaesninger over Retsencyclopaedi. Tredje Udgave, Oslo 1931.
- Hagströmer, Johan*: Svensk Straffrätt. Föreläsningar. I, Uppsala 1901—1905.
- » — Svensk Straffrätt. II, Uppsala 1906.
- Hakulinen, Y. J.*: Arvostelu A. W. Gadolinin kirjasta Suomen holhousoikeuden pääpiirteet, Lm 1937.
- » — Finnische Gesetzgebung in den Jahren 1936 und 1937. Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht. Zwölfter Jahrgang, Berlin 1939.
- » — Obligationenrecht. Die Ziwilgesetze der Gegenwart. Band X, Berlin 1936.
- Hambro, Edward*: Den romerske Familie- og Arveret, Kristiania 1923.
- Hassler, Åke*: Om ställföreträdarskap i rättegång enligt svensk rätt, Lund 1920.
- » — Internationella adoptivförhållanden, Lund 1923.
- Hatschek, Julius*: Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts. 7/8 Aufl., herausgeben von Dr. Paul Kurtzig, Leipzig 1931.
- Hecker, Adolf*: Die Adoption im geltenden Recht, Rostock 1903.
- Heinsheimer, Karl*: Die Zivilgesetze der Gegenwart. Sammlung europäischer und aussereuropäischer Priwatrechtsquellen. Band I. Frankreich Code civil, Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.
- Hermanson, Robert*: Suomen valtiösääntö pääpiirteittäin. 2 pain., Porvoo 1928.
- Hernberg, Alarik*: Adoptionen. 2 uppl., Helsingfors 1932.
- » — Grunddragen av Finlands familjerätt, Helsingfors 1925.
- » — Yleissiviilioikeus Suomen lain mukaan, Helsinki 1927.
- v. Hippel, Robert*: Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1932.
- Honkasalo, Brynolf*: Kausaalisuuskysymys rikosoikeudessa, Helsinki 1933.
- » — Nulla poena sine lege, Helsinki 1937.
- » — Vahvistuskanne oikeudesta ja sen edellytyksistä Suomen oikeuden mukaan. I. Aineelliset edellytykset, Helsinki 1928.
- Huttunen, Oiva*: Avioliittolaki ynnä siihen liittyvät lait ja asetukset, Helsinki 1930.
- Ignatius, Kaarlo*: Mitenkä on sanontatapa »joka ei ole täyteen ikään tullut» Rikoslain 8 luvun 5 ja 6 §:ssä tulkittava? Lm 1921.
- von Ihering, Rudolf*: Der Zweck im Recht. Erster Band. 4 Aufl., Leipzig 1904.
- » — Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Dritter Teil. Erste Abteilung. 5 Aufl., Leipzig 1906.
- Jörs, Paul*: Geschichte und System des Römischen Privatrechts. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. II—III, Berlin 1927.
- Kaila, Eliaser*: Ennakkoturvaamisen nettelyn käsitteestä, Lm 1925.

- Kaila, Elieser*: Oikeuslogiikka. I. Muodollinen oikeuslauseoppi, Helsinki 1924.
- » — *Siviilioikeudellisen ennakkoturvaamismenettelyn käsite, kehitys ja pääperiaatteet roomalaisessa oikeudessa*, Helsinki 1926.
- Kallenberg, E.*: Svensk Civilprocessrätt. I. 2 uppl., Lund 1923.
- » — Svensk Civilprocessrätt. III, Lund 1922.
- Kaskel, Walter*: Arbeitsrecht. 3 Aufl. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. Abteilung Rechtswissenschaft XXXI, Berlin 1928.
- Kastari, Paavo*: Hans Kelsenin valtiokäsitys, Lm 1937.
- Kauppi, Kalle*: Kaupparekisteristä Suomen oikeuden mukaan rekisterimerkintäin yksityisoikeudellisia vaikutuksia silmälläpitäen, Helsinki 1927.
- Kekkonen, Urho*: Kunnallinen vaalioikeus Suomen lain mukaan, Helsinki 1936.
- Kelsen, Hans*: Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik, Leipzig und Wien. 1934.
- Kivimäki, T. M.*: Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu, Helsinki 1924.
- » — Työsopimuslain 1 §, DL 1930.
- Knitschky, W. E.*: Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern, Berlin 1899.
- Knoph, Ragnar*: Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett, Kristiania 1921.
- » — Oversikt over Norges rett, Oslo 1934.
- Kotonen, A.*: Työsopimus. Valtiotieteiden käsikirja IV, Helsinki 1924.
- Krabbe, Oluf H.*: Borgerlig Straffelov af 15 april 1930, København 1931.
- Lagberedningens förslag till revision av ärvdabalken. I. Förslag till lag om förmynderskap m.m., Stockholm 1921. (Lb. AB. I)
- Lagberedningens förslag till revision av giftermålsbalken och vissa delar av ärvdabalken. II. Förslag till lag om adoption m.m., Stockholm 1913. (Lb. GB. II)
- Lagberedningens förslag till revision av giftermålsbalken och vissa delar av ärvdabalken. III. Förslag till lag om barn utom äktenskap, Stockholm 1915. (Lb. GB. III)
- Lagberedningens förslag till revision av giftermålsbalken och vissa delar av ärvdabalken. IV. Förslag till giftermålsbalk m.m., Stockholm 1918. (Lb. GB. IV)
- Lainvalmistelukunnan ehdotukset holhouslaiksi ja julistukseksi, joka sisältää erinäisiä määräyksiä holhouksien vaarinpidoista, ynnä perustelut, Helsinki 1896.
- Lainvalmistelukunnan ehdotus laiksi työsopimuksesta perusteluineen, Helsinki 1908.
- Lainvalmistelukunnan ehdotus laiksi avioliiton ulkopuolella syntyneistä lapsista ynnä perustelut, Helsinki 1919.
- Lainvalmistelukunnan ehdotus laiksi aviopuolisoiden oikeussuhteista ynnä perustelut, Helsinki 1920.
- Lainvalmistelukunnan ehdotus laiksi lapseksiottamisesta ynnä perustelut, Helsinki 1922.
- Lainvalmistelukunnan ehdotus uudeksi aviokaareksi ynnä perustelut, Helsinki 1924.
- Lassen, Jul.*: Haanbog i Obligationsretten. Almindelig del. 3 Udgave, Kjøbenhavn 1917—1920.
- Lehtinen, J. N.*: Työsopimuslaki selityksineen, Porvoo 1937.
- v. Liszt, Franz*: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Erster Band. Einleitung und Allgemeiner Teil. Sechszwanzigste Auflage von Dr. Eberhard Schmidt, Berlin und Leipzig 1932. (Liszt—Schmidt)
- Loimaranta, Yrjö*: Suomen Evankelis-luterilaisen kirkon kirkkolaki vuodelta 1869,

- Loimaranta, Yrjö*: Suomen Evankelis-luterilaisen kirkon Kirkkolaki vuodelta 1869, Porvoo 1930.
- Lundstedt, A. V.*: Grundlinjer i skadeståndsrätten. Förra delen: Culpa-regeln, Uppsala 1935.
- Mackeldey, Ferdinand*: Lehrbuch des Römischen Rechts. Vierzehnte Ausgabe. Erster Band, Wien 1862.
- Mannio, Niilo A.*: Yhteisöllisestä juridisesta henkilöstä, Lm 1918.
- Mayr, Otto*: Die Aufsichtspflicht der Eltern nach dem BGB. J. A. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. 71 Jahrg., Nürnberg 1906.
- Merikoski, V.*: Hallinto-oikeudellinen tutkimus Yhdistymisvapaudesta, Helsinki 1935.
- » — Valtionapujärjestelmä hallintovalvonnan kannalta, Vammala 1938.
- Mezger, Edmund*: Strafrecht, München und Leipzig 1933.
- Montgomery, Robert*: Handbok i Finlands allmänna privaträtt. Första delen. Inledande läror. I. Om rättssatserna. Andra upplagan, Helsingfors 1908.
- » — Handbok i Finlands allmänna privaträtt. Första delen. Inledande läror. II. Om Rättsförhållandena. Andra upplagan, Helsingfors 1910.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band IV. Familienrecht, Berlin und Leipzig 1888.
- Müller, Ernst*: Die Klage auf Herausgabe des Kindes. Diss., Seesen a. Harz. Painovuosi tuntematon.
- Mäkinen-Ollinen, Aune*: Huoltolautakunnan köyhäinhoitolain 60 §:n ja lastensuojelulain 21 §:n 3 momentin mukaisesta ilmoittamisvelvollisuudesta, Huoltaja 1938.
- Nordling, E. V.*: Anteckningar efter prof. E. V. Nordlings föreläsningar öfver Ärfda balken. Utgifna af juridiska föreningen i Upsala, Upsala 1872.
- Ollinen, Ilmo*: Kiinteistön pakkohuutokaupasta Suomen oikeuden mukaan silmälläpitäen erityisesti ulosotto-prosessuaalisia kysymyksiä. I, Vammala 1938.
- Opet, O.—v. Blume, W.*: Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erster und zweiter Abschnitt. Bürgerliche Ehe. Verwandtschaft, Berlin 1906.
- Opet, Otto*: Das Verwandtschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Berlin 1899.
- Osseht, Hans*: Der Anspruch auf Herausgabe des Kindes. Diss., Greifswald 1912.
- Ott*: La puissance paternelle du code civil Suisse. Diss., Neuchâtel 1910.
- Palme, W. A.*: Om civilprocessens begrepp och avgränsning från den frivilliga rättsvården enligt Finlands gällande processrätt, Helsingfors 1933.
- Palmén, Johan Philip*: Skriften till hundraårsminnet af Johan Philip Palmén. I. Utdrag ur föreläsningar. Föräldrarätten, Helsingfors 1911.
- Palmgren, Bo*: Målsägandens åtalsrätt, Helsingfors 1939.
- Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz Herausgegeben von Dr. E. Strohal. II Band. 2 Hälfte. Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil). Vierte Auflage, Berlin und Leipzig 1928.
- » — IV Band. Familienrecht. Erste und zweite Auflage, Berlin 1901.
- » — IV Band. 1 Hälfte. Familienrecht. Vierte Auflage, Berlin und Leipzig 1926.
- Platou, Oscar*: Forelaesninger over udvalgte Emner af Privatrettens almindelige del, Kristiania 1914.
- Raninen, Huugo*: Fob-lauseke hankinta- ja kauppasopimuksissa, Helsinki 1934.

- Rekola, Aarne*: Saamisoikeuden vanhentuminen Suomen lain mukaan. I, Helsinki 1938.
- Reuterskiöld*: Grunddragen af den allmänna Rätts- och Samhällsläran, Uppsala 1912.
- Rikheim, Erling*: Vergemålsloven. Lov om vergemål for umyndige av 22 april 1927. NR. 3 med tilleggslov av 29 juni 1934. NR. 1, Oslo 1934.
- » — Umyndiges rettshandler, Oslo 1935.
- Ross, Alf*: Sondringen mellem privat og offentlig ret, TFR 1936.
- Rümelin, Max*: Schadensersatz ohne Verschulden, Tübingen 1910.
- Saarialho, Aarne*: Köyhäinhoitolainsäädäntö, Porvoo 1935.
- Sainio, Viljo*: Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta johtuvat suhteet naapureihin Suomen yksityisoikeuden mukaan, Tampere 1929.
- Salmela, Alfred*: Kansakoulun hallintoa, Porvoo 1933.
- Salomonsen, Olaf*: Den norske Straffeproseslov med Kommentar. I, Oslo 1925.
- Sauer, W.*: Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung. Festgabe für R. v. Frank. I, Tübingen 1930.
- Schrevelius, Fredrik*: Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civilrätt. Tredje delen. Familjerätten. Andra upplagan, Lund 1858.
- Schulthess, Herbert*: Entstehung und Untergang der elterlichen Gewalt im ehelichen Kindesverhältnis nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern 1934.
- Serlachius, Allan*: Lainopin alkeet, Porvoo 1910.
- » — Straff och skadestånd, Helsingfors 1901.
- » — Suomen rikosoikeuden oppikirja. I. Yleiset opit, Helsinki 1919.
- » — Suomen rikosoikeuden oppikirja. II, Helsinki 1924.
- Serlachius, Julian*: Suomen yleisen obligatsioonioikeuden oppikirja. Suomentanut Rafael Erich. Täydentänyt Lauri Cederberg, Helsinki 1927. (Serlachius—Cederberg)
- » — Trolofning och äktenskapslöfte, JFT 1903.
- Sieverts, Rudolf*: Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, Hamburg 1934.
- Sipilä, Arvo*: Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne Suomen varallisuus oikeutta silmälläpitäen, Helsinki 1936.
- Sjöström, Bertil*: Om treds-kodom enligt finsk och svensk civilprocessrätt, Helsingfors 1916.
- » — Om formell processledning vid underrätt i vanliga tviste- och bråttmål enligt finsk rätt, Helsingfors 1925.
- Skeie, Jon*: Den norske strafferett. I. Den almindelige del, Oslo 1937.
- Sohm, Rudolph*: Institutiot. Kuudennestatoista painoksesta suomentanut Arvo Haveri, Porvoo 1924.
- Stang, Fredrik*: Erstatsningsansvar, Oslo 1927.
- v. Staudinger, J.*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. II Band. Recht der Schuldverhältnisse. 2 Teil. Erläutert von Dr. Karl Kober und Dr. Th. Engelmann. 7/8 Auflage, München und Berlin 1912.
- » — IV Band. Familienrecht. 2 Teil. Erläutert von Dr. Th. Engelmann. Herausgegeben von Fritz Keidel. 9 Auflage, München, Berlin und Leipzig 1926.
- Stenbeck, Einar—Lindhagen, Arthur*: Den nya förmynderskapslagen, Stockholm 1924.

- Stjernstedt, Georg*: Våra äktenskapslagar, Stockholm 1921.
- Ståhlberg, K. J.*: Suomen Hallinto-oikeus. Yleinen osa. Toinen painos, Helsinki 1928.
- » — Suomen Hallinto-oikeus. Sisäasiain hallinto. Toinen painos, Helsinki 1931.
- » — Suomen hallinto-oikeus pääpiirteittäin. Toinen painos, Porvoo—Helsinki 1934.
- Sundström (Salmiala), Bruno A.*: Asianosaiskäsitteestä Suomen siviiliprosessissa. I, Hämeenlinna 1923.
- » — Sotatuomioistuin prosessioikeus. I, Porvoo 1925.
- » — Varsinaisesta osallisuudesta RL:n ja SRL:n rangaistaviksi julistamiin varsinaisiin erikoisrikoksiin erittäin silmälläpitäen extraneusta, Porvoo 1926.
- Taranger, Absalon*: Norsk Familierett. Annen utgave, Oslo 1926.
- Tarjanne, Tapio*: Asianosaisseuraanto Suomen siviiliprosessissa, Helsinki 1929.
- » — Virkasuhteen lakkaaminen Suomen valtionhallinnossa, Helsinki 1934.
- » — Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta: Urho Kekkonen, Kunnallinen vaalioikeus Suomen lain mukaan, Lm 1937.
- Thyrén, J. C. W.*: Kommentar till strafflagen kap. 14, Lund 1918.
- » — Principerna för en strafflagsreform. II Brottsbegreppets objektiva sida, Lund 1912.
- Tirkkonen, Tauno*: Lisiä oppiin asianomistajasta rikosprosessissa. I. Asianosaiskäsitteestä rikosprosessissa, Lm 1934.
- Torp, Carl*: Den danske Strafferets almindelige del, København 1905.
- Trygger, E.*: Om fullmakt såsom civilrättsligt institut, Upsala 1884.
- v. Tuhr, Andreas*: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Erster Band. Allgemeine Lehren und Personrecht, Leipzig 1910.
- » — Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Erste Hälfte. Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere Rechtsgeschäft, München und Leipzig 1914.
- » — Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Zweite Hälfte, München und Leipzig 1918.
- Tulenheimo, Antti*: Luotto rikosoikeudellisena suojeluobjektina, Helsinki 1911.
- Webler, Heinrich*: Deutsches Jugendrecht, Berlin 1936.
- Wegner, Arthur*: Jugendrecht, Berlin und Leipzig, 1929.
- Venoja, Harry*: Lisiä oppiin lapsen oikeudellisesta asemasta, DL 1936.
- Westermarck, Edv.*: Ursprung und Entwicklung der Moralbegriffe. I, Leipzig 1907.
- Westring, Hjalmar*: Den nya giftermålsbalken jämte dithörande författningar med förklaringar. Andra upplagan, Stockholm 1933.
- Westrup, C. W.*: Primitiv patria potestas, TFR 1933.
- Wiesener, G.*: Barneloven av 10 april 1915 m.m. og Pleiebarnloven av 29 april 1905. 3 utgave, Oslo 1934.
- v. Willebrand, W.*: Om trolöfning och ofullkomnade äktenskap, JFT 1903.
- Willgren, Karl*: Förvaltningsrättens allmänna läror, Helsingfors 1925.
- Windscheid, Bernhard*: Lehrbuch des Pandektenrechts. Erster Band. 7 Aufl., Frankfurt a. M. 1891.
- Winroth, A. O.*: Svensk civilrätt. I. Äktenskaps ingående och upplösning, Lund 1898.

- Winroth, A. O.*: Svensk civilrätt. III. Föräldrarätt, Uppsala 1901.
- » — Svensk civilrätt IV. Förmynderskap och kuratel, Uppsala 1903.
- » — Handbok i svensk civilrätt. I. Äktenskaps ingående och upplösning, Uppsala 1904.
- » — Strödda uppsatser. IV. Om skadestånd. 2 uppl., Uppsala 1907.
- Voipio, Viljo*: Ilman ja virtaavan veden oikeusasema. Esinekäsitetutkimus roomalaisen oikeuden mukaan, Helsinki 1923.
- Voltz, Karl-August*: Die Züchtigung fremder Kinder und die Versuche ihrer Rechtfertigung. Zeitschrift für die gesamte strafrechtswissenschaft. 50 Band, Berlin und Leipzig 1930.
- Wrede, R. A.*: Obligationsrättens allmänna del. Med tillstånd af föreläsaren utgiven av Juridiska studentfakulteten genom Lars Wasastjerna. Tredje upplagan, Helsingfors 1925.
- » — Finlands gällande civilprocessrätt. Första bandet, tredje upplagan, Helsingfors 1922.
- » — Finlands gällande civilprocessrätt. Andra bandet, tredje upplagan, Helsingfors 1923.
- » — Perintökaaren selityksiä. Toimittanut Lars Wasastjerna. Luennoitsijan ja toimittajan luvalla suomentanut A. K. Ahlfors. Toinen lisätty painos, toimittanut Ilmari Caselius, Porvoo 1925. (Wrede—Caselius)
- » — Suomen oikeus- ja yhteiskuntajärjestyksen pääpiirteet. Kansalaiskäsi-kirja, Porvoo 1931.
- » — Muistiinpanoja professori, vapaaherra R. A. Wreden esittämästä naimiskaarta selittävästä luentosarjasta. Lars Wasastjernan lainopillisen ylioppilastiedekunnan toimesta v. 1903 julkaisemasta ruotsinkielisestä teoksesta suomentanut A. K. Ahlfors, Helsinki 1916.
- » — Suomen Prosessioikeus pääpiirteittäin. Suomentanut Onni Karhunen. Toinen painos. Avustanut Bertil Sjöström, Porvoo—Helsinki 1936. (Wrede—Sjöström)
- Undén, Östen*: Föräldrar och barn enligt gällande svensk rätt. Andra upplagan, Stockholm 1927.
- Urbye, Andreas*: Norsk strafferet, Kristiania 1909.
- Ussing, Henry*: Dansk Obligationsret, København 1937.
- » — Erstatningsret, København 1937.
- » — Skyld og Skade, København 1914.

L Y H E N N Y K S I Ä.

- AL = Avioliittolaki, annettu 13/6 1929.
- A. kansakoulun
järjestysmuo-
dosta = Asetus kansakoulun järjestysmuodosta, annettu 4/6 1931.
- ALVpL = Laki avioliittolain voimaannpanosta, annettu 13/6 1929.
- AULapsL = Laki avioliiton ulkopuolella syntyneistä lapsista, annettu 27/7 1922.
- BGB = Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
- DL = Defensor Legis.
- HL = Holhouslaki, annettu 19/8 1898.
- HM = Suomen hallitusmuoto, annettu 17/7 1919.
- HO = Hovioikeus.
- JFT = Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland.
- KHO = Korkein Hallinto-oikeus.
- KirkkoL = Suomen evankelis-luterilaisen kirkon kirkkolaki, annettu 6/12 1869.
- KKO = Korkein oikeus.
- L. kansakoulun
järjestysmuo-
don perus-
teista = Laki kansakoulutoimen järjestysmuodon perusteista, annettu 18/5 1923.
- Lm = Lakimies.
- LeipomotyöL... = Leipomotyölaki, annettu 20/1 1928.
- LSA = Lastensuojeluasetus, annettu 8/5 1936.
- LSL = Lastensuojelulaki, annettu 17/1 1936.
- Lvk = Lainvalmistelukunta.
- MerimiesL = Merimieslaki, annettu 8/3 1924.
- NJA = Nytt Juridiskt Arkiv (Holm).
- NK = Naimiskaari.
- OK = Oikeudenkäymiskaari.
- OppivelvL = Laki oppivelvollisuudesta, annettu 15/4 1921.
- OppivelvLTpA. = Asetus 15 päivänä huhtikuuta 1921 annetun oppivelvollisuuslain täytäntöönpanosta, annettu 1/7 1921.
- OttolapsL = Laki ottolapsista, annettu 5/6 1925.
- PK = Perintökaari.
- RG = Reichsgericht.
- RGStr. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
- RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

RL	= Rikoslaki, annettu 19/12 1889.
RO	= Raastuvanoikeus.
RokotusL	= Rokotuslaki, annettu 10/7 1936.
SJ	= Svensk Juristtidning.
TfR	= Tidsskrift for Retsvidenskab.
TyösopimL	= Työsopimuslaki, annettu 1/6 1922.
UfR	= Ugeskrift for Retvaesen.
UL	= Ulosottolaki, annettu 3/12 1895.
ULVpA	= Asetus uuden ulosottolain voimaanpanemisesta ja siitä mitä sen johdosta on vaarinotettava, annettu 3/12 1895.
UskonnonvapL	= Uskonnonvapauslaki, annettu 10/11 1922.
VäkijuomaL ...	= Laki väkijuomista, annettu 9/2 1932.
ZGB	= Schweizerisches Zivilgesetzbuch.

JOHDANTO.

I. Lasten ja vanhempien välisissä oikeussuhteissa on tärkeä sija vanhemmille lastensa omaisuuden ja henkilöä koskevien asioiden hoitajina kuuluvilla oikeuksilla sekä velvollisuuksilla. Mainittuja oikeuksia ja velvollisuuksia järjestelevät oikeussäännökset muodostavat lasten ja vanhempien välisiä yleisiä oikeussuhteita koskevista oikeussäännöksistä selvästi erotettavan ryhmän. Niiden luonteenomaisena piirteenä on lapsen alistaminen eräin poikkeuksin täysi-ikäisyyteensä saakka edellämainittujen asioidensa hoidossa vanhempien määräämisvaltaan.¹ Sannottu alistussuhde pohjautuu luonnonjärjestykseen. Kuitenkin on lainsäädännöllä ollut sen kehittämisessä suuriarvoinen merkitys. Lainsäädännön vaikutuksesta on erikoisesti vanhemmille kuuluvia velvollisuuksia tehostettu, ja täten on siitä valtasuhteesta, jonka pääsisältönä alkuaan on ollut vanhempien omien etujen toteuttaminen, vähitellen syntynyt lapsen etujen turvaamiseksi välttämätön oikeussuhde. Kysymyksessäoleva kehitys alkoi jo roomalaisessa oikeudessa, mutta selvimmän sen huomaa kuitenkin vertaillen mainittua suhdetta roomalaisessa ja uudemman ajan oikeudessa.

Perhe roomalaisen yksityisoikeuden mielessä ei käsittänyt ainoastaan miestä, vaimoa ja heidän alaikäisiä lapsiaan, vaan siihen kuului-

¹ Lasten ja vanhempien väliset oikeussuhteet voitaneen jakaa kahteen pääryhmään. Toiseen kuuluvat mainittuun lasten alistettuun asemaan pohjautuvat eli holhousoikeudelliset oikeussuhteet, toiseen tämän alistussuhteen ulkopuolelle jäävät oikeussuhteet, kuten perintöoikeus, elatusvelvollisuus, lasten ja vanhempien välisen suhteen rikosoikeudelliset vaikutukset jne. Ks. viimeksimainituista oikeussuhteista *Serlachius: Lainopin alkeet*, s. 104 s.; *Wrede: Oikeus- ja yhteiskuntajärjestys*, s. 320 ss.; *Ekström*, s. 228; *Winroth: Sv. C. III*, s. 2 s.; *Undén*, s. 94 ss.; *Dernburg: Das bürgerliche Recht IV*, s. 259; *Kipp-Wolff IV*, s. 300 ss.; *Engelmann*, s. 696; *Knitschky*, s. 87 ss.; *Gehring*, s. 11; *Schulthess*, s. 13 s. Molempiin puheenaoleviin ryhmiin kuuluvia oikeussuhteita nimittävät *Winroth* ja *Undén* yhteisellä nimellä vanhempienoikeudeksi (*Föräldrarätt*). Ks. *Winroth: Sv. C. III*, sisällysluettelo ja *Undén*, s. 11. Sitävastoin tarkoittaa *Wrede* vanhempienoikeudella vain viimeksimainittuun ryhmään kuuluvia oikeussuhteita. Ks. *Wrede: Oikeus- ja yhteiskuntajärjestys*, s. 319 ss.

vat miehen elinaikana hänen täysi-ikäisetkin poikansa perheineen ja hänen täysi-ikäiset naimattomat tyttärensä.² Perheenpään (pater familias) oikeuksia alaisiinsa kutsuttiin isänvallaksi (patria potestas).³ Rooman kansalainen oli joko perheenpää tai perheenlapsi (filius familias) riippuen siitä, oliko hän isänvallasta vapaa (homo sui juris) vai sen alainen (homo alieni juris).⁴ Vanhemman roomalaisen oikeuden mukaan oli perheenpäällä rajaton valta, joka kohdistui hänen alaisensa sekä henkilöön että omaisuuteen. Perheenpäällä oli sekä oikeus alaisensa henkeen että oikeus myydä heidät orjiksi.⁵ Lapsen syntymisen jälkeen oli hänen vallassaan päättää, oliko lapsi sen arvoinen, että se sai jäädä eloon vai oliko sen kuoltava. Hänellä oli oikeus naittaa tyttärensä ja luovuttaa täten valtansa tyttärensä miehelle tai sille, jonka vallan alainen tämä oli, sekä valita vaimo pojalleen ja määrätä, kuka sai hoitaa hänen kuoltuaan hänen vaimonsa ja lastensa henkilöä ja omaisuutta koskevia asioita. Tuomiovalta perheen sisäisissä asioissa kuului niinkään perheenpäälle. Yleensä voitaneen siis sanoa, että määräämisvalta kaikissa lasten henkilöä koskevilla asioilla oli perheenpäällä.⁶ Puheenaoleva valta muuttui kuitenkin suuresti roomalaisen oikeuden kehittyessä. Jo Justinianuksen aikana rajoitettiin isänvaltaa huomattavasti ja keisarien aikana se oli supistunut kasvatusta varten välttämättömäksi rankaisu- ja kasvatusoikeudeksi.⁷

Roomalaisen oikeuden isänvalta käsitti alkuaan, kuten sanottu, myös perheenpään rajattoman vallan lapsen omaisuuteen. Lapset eivät voineet omistaa mitään, vaan kuului kaikki heidän saamansa omaisuus perheenpäälle. Vasta roomalaisen oikeuden kehittyessä tuli perheessä pojan omistusoikeus mahdolliseksi. Aluksi hän sai omistusoikeuden sotilaana ansaitsemaansa ja sitten vähitellen muuhunkin omaisuuteen. Kuitenkin jäi perheenpäälle hallinta- ja käyttöoikeus poikansakin omaisuuteen.⁸

² *Sohm*, s. 612 ss.; *Jörs*, s. 43. Perheeseen laajemmassa mielessä kuuluivat myös orjat ja palvelijat.

³ *Sohm*, s. 208; *Mackeldey*, s. 305; *Hambro*, s. 31.

⁴ *Sohm*, s. 208; *Hambro*, s. 32.

⁵ *Dernburg*: *Pandekten III*, s. 51; *Sohm*, s. 647; *Mackeldey*, s. 305; *Jörs*, s. 206; *Hambro*, s. 32 ss.

⁶ *Dernburg*: *Pandekten III*, s. 51; *Mackeldey*, s. 315 s.; *Sohm*, s. 648; *De Coulanges*, s. 87 s.; *Jörs*, s. 206.

⁷ *Dernburg*: *Pandekten III*, s. 51; *Mackeldey*, s. 315; *Sohm*, s. 648 s.; *Jörs*, s. 206; *Hambro*, s. 32 ss. Vrt. *Westermarck*, s. 505.

⁸ *Dernburg*: *Pandekten III*, s. 61 ss.; *Sohm*, s. 648 ss.; *Mackeldey*, s. 317 ss.; *Jörs*, s. 207 s.; *Hambro*, s. 34 ss.

Nimi patria potestas osoittaa jo, ettei vaimolla ollut osuutta miehensä valtaan. Vanhemman roomalaisen oikeuden mukaan oli aviomiehellä päinvastoin vaimoonsa samanlainen valta kuin lapsiinsa. Äiti ja lapset olivat tässä suhteessa sisarusten asemassa. He olivat kaikki saman isänvallan alaisia. Perhe-elämän johdossa oli mies, joka yksin päätti perhettä koskevat asiat. Uudemmassa roomalaisessa oikeudessa oli aviovaimon oikeudellinen asema kuitenkin huomattavasti parantunut. Mies menetti vähitellen rajattoman määräämisvaltansa vaimonsa henkilöä ja omaisuutta koskeviin asioihin ja vaimon alistussuhde miehensä muuttui rinnastussuhteeksi. Tämä ei kuitenkaan merkinnyt sitä, että vaimo olisi saanut määräämisvaltaa perheen yhteisissä asioissa. Uudemmassakin roomalaisessa oikeudessa kuului tämä oikeus vain miehelle, joka yhä edelleen määräsi yksin myös lasten henkilöä ja omaisuutta koskevat asiat.⁹ Avioeron yhteydessä voitiin tosin lapset antaa äidin huostaan ja niiden kasvattaminen uskoa hänelle, mutta tämä ei käsittänyt isänvallan siirtämistä hänelle.¹⁰

Edelläkerrotusta selviää, että varsinkin aikaisemmassa roomalaisessa oikeudessa perheenpäälle oli taattu lainsäädännössä erittäin suuri valta perheenjäseniin. Yksinomaan lainsäädäntöön perustuva käsitys roomalaisesta isänvallasta lieenee kuitenkin harhaanjohtava. Sanotun lainsäädännön syntymisestä on ensinnäkin huomattava, että perhe on vanhempi kuin valtio. Perheessä vallitseva oikeusjärjestys ei ole alkuaan ollut valtion säätämä. Se oli olemassa jo ennen valtion syntymistä ja pohjautui uskontoon. Uskonnon vaikutuksesta oli perheellä jo kauan ennen valtiollista lainsäädäntöä omat vakiintuneet tapansa, joiden ehdoton noudattaminen oli esi-isien ajoista syöpynyt veriin. Tähän perheessä vakiintuneeseen oikeusjärjestykseen ei valtion ollut helppo puuttua. Sen oli pakko sietää sitä kauan ja muuttaa sitä vain vähitellen omilla säännöksillään.¹¹ Syystä lieneekin senvuoksi sanottu, että jos perheoikeudelliset oikeussäännökset olisivat alkuaan syntyneet valtion toimesta, varhaisempien aikojen perheoikeus olisi ollut kokonaan toisenlainen.¹² Laki, joka antaa isälle rajattoman vallan lapsiinsa, ei ole

⁹ Aviovaimon ja miehen keskinäisistä suhteista roomalaisessa oikeudessa. Ks. *Dernburg*: Pandekten III, s. 8 ss.; *Sohm*, s. 623 ss.; *De Coulanges*, s. 88; *Jörs*, s. 198 s.

¹⁰ Ks. *Mackeldey*, s. 304 s.; *De Coulanges*, s. 88. Vrt. *Dernburg*: Das bürgerliche Recht IV, s. 266.

¹¹ *Westrup*, s. 297. Vrt. *Westermarck*, s. 138 ss.

¹² *De Coulanges*, s. 82.

valtion säätämä. Valtion tulevaisuus riippuu sen nuorisosta, ja siksi sen on suojattava lapsia vanhempien mielivaltaa vastaan. Ymmärtääksemme oikein mainitun perheenpään valtasuhteen alaisiinsa on myös muistettava, ettei sanottua suhdetta ollut lainsäädännössä tyhjentävästi järjestetty. Sen sisältöä määrättäessä oli uskonnolla ja yleisellä tavalla keskeinen merkitys. Tämä koski erikoisesti perheenpään velvollisuuksia. Perheensä uskonnollisten menojen ylimpänä ohjaajana, alaistensa omaisuuden hoitajana ja tuomarina perheen sisäisissä asioissa perheenpäällä oli huomattavia velvollisuuksia. Hänelle kuului myös lasten elatus ja kasvatusta. Nämä velvollisuudet eivät kuitenkaan olleet oikeudellisia, vaan moraalisia. Niiden täyttämistä ei voitu ulkonaisin pakkokeinoin toteuttaa. Mutta yksistään tällä perusteella ei voitane päätellä roomalaisen isänvallan olleen mielivaltaa. Perheenpään rajaton valta vanhemmassa roomalaisessa oikeudessa teki luonnollisesti mielivallan harjoittamisen mahdolliseksi, mutta uskonto ja yleinen tapa lienevät toiselta puolen ehkäisseet väärinkäytöksiä. Niinpä väittääkin *Westrup* historiallisen tutkimuksen osoittavan, ettei vanhemmankaan roomalaisen oikeuden isänvalta ollut mielivaltaista vallan käyttöä, vaan isien tapoihin sidottua oikeudenhoitoa.¹³ Roomalaisen oikeuden usein kohtuuttomilta tuntuvat isänvaltaa koskevat lainsäädännökset saavat siis selityksensä siitä läheisestä vaikutuksesta, joka uskonnolla ja yleisellä tavalla on ollut säännösten syntymiseen ja sisältöön.¹⁴ Esim. perheenpään oikeus ratkaista, oliko vastasyntynyt lapsi kasvatettava vai pantava heitteille, oli ilmauksena hänen velvollisuudestaan pitää huolta suvun ruumiillisen ja henkisen kunnan säilymisestä. Suvun elinkelpoisuutta heikentävien lasten elämä oli perheenpään toimesta tuhoava. Hänen rajaton valtansa alaistensa omaisuuteen johtui taas siitä, ettei omistusoikeutta alkuaan pidetty yksilölle, vaan perheelle kuuluvana oikeutena.

Roomalaisen oikeuden isänvallan järjestelyä ei voitane pitää tarkoitustaan vastaavana. Se oli jossain määrin rinnastettavissa perheenpään suhteeseen orjiin eikä siis ollut luonteeltaan lasten suojelua varten annettu valta. Se oli kohtuuttoman ankara ja siinä oli liian paljon sijaa perheenpään itsekkäille eduille.¹⁵ Selvänä osoituksena tästä on roomalaisen oikeuden oma kehitys. Perheenpään alkuaan rajatonta valtaa oli

¹³ *Westrup*, s. 300 ja s. 303 ss. Ks. myös *De Coulanges*, s. 91 ja s. 96 s.; *Jörs*, s. 206.

¹⁴ *Westrup*, s. 311.

¹⁵ Vrt. *Richard Weyl*: *Das Deutsche Jugendrecht*, Leipzig 1927, s. 5.

pakko supistaa, minkä johdosta hän asteittain menetti yhä enemmän isänvaltaansa.

Jonkinlaisena isänvallan korvikkeena oli roomalaisessa oikeudessa *holhous*. Aikaisemmassa roomalaisessa oikeudessa *holhous* oli kokonaan perheen asia. Se kuului lähimmälle agnaattisukulaiselle, jonka oli säilytettävä itselleen ja muille sukulaisille perheen omaisuus. Tästä johtuikin, että holhooja holhoojanvaltaa käyttäessään valvoi omaa eikä holhokin etua. Holhouksen mainittu luonne muuttui kuitenkin roomalaisen oikeuden kehittyessä. Myöhemmän roomalaisen oikeuden mukaan nimittivät viranomaiset holhoojan, ja hänen tehtäväkseen tuli ensisijaisesti holhokin etujen valvominen. *Patria potestaksesta* erosi *holhous* mm. siinä suhteessa, että sen tarkoituksena oli melkein yksinomaan holhokin omaisuuden hoitaminen. Holhokin henkilöä koskevien asioiden hoito kuului varsinaisesti eräiden viranomaisten ja lähimpien sukulaisten muodostamalle neuvostolle. Holhooja oli vain oikeutettu valvomaan viimeksimainittujen asioiden hoitoa. Huomattava on myös, että alaikäisen *holhous*, päinvastoin kuin isänvalta, lakkasi, kun hän tuli täysi-ikäiseksi.¹⁶

II. Perheellä nykyaikaisessa mielessä tarkoitettaneen vain isää, äitiä ja heidän alaikäisiä lapsiaan.¹⁷ Vanhemmille lastensa henkilöä koskevien asioiden sekä omaisuuden hoitajina kuuluville oikeuksille ja velvollisuuksille on ominaista, että ne on yleensä tarkoitettu lakkaaviksi, kun lapsi tulee täysi-ikäiseksi,¹⁸ ja että näissä oikeuksissa on suhteellisen vähän sijaa vanhempien omille intresseille. Näistä ynnä muista huomattavista asiallisista eroavaisuuksista huolimatta on roomalaisen oikeuden isänvallalla ollut suuri vaikutus eräiden maiden voimassaolevaankin lainsäädäntöön.¹⁹ Tämä ilmenee ainakin siinä, että vanhemmille lastensa sanottujen asioiden hoitajina kuuluvia oikeuksia ja

¹⁶ Ks. esim. *Dernburg: Pandekten* III, s. 74 ss.; *Hambro*, s. 45 ss.; *Jörs*, s. 210 ss.

¹⁷ *Arnholm*, s. 1; *Taranger*, s. 1; *Knoph*, s. 70; *Bentzon: Familieretten* I, 1924, s. 2.

¹⁸ Poikkeustapauksissa lakkaavat puheenaolevat oikeudet ja velvollisuudet, ennenkuin lapsi on tullut täysi-ikäiseksi. Tämä voi esim. johtua lapsen tai vanhemman kuolemasta, vanhemman erottamisesta lapsen henkilöä koskevien asioiden ja omaisuuden hoidosta, ottolapsisuhteen perustamisesta, alaikäisen lapsen avioliitosta ym. seikoista. Ks. *OttolapsL* 4 §; *HL* 16 ja 18 §. Vrt. myös *Code civil* 477 art., josta selviää, että Ranskassa vanhemmat voivat vapauttaa 15 vuotta täyttäneen lapsen vanhempain vallasta.

¹⁹ Vrt. *Westermarck*, s. 506.

velvollisuuksia käsitellään erikoisena varsinaisesta holhouksesta²⁰ erillisenä valtasuhteena. Tämän osoituksena on mainittava Saksan ja Ranskan siviililakikirjat, joissa kaikki kysymyksessäolevat oikeudet ja velvollisuudet on sisällytetty ns. vanhempien vallan käsitteeseen.²¹ Samaa tarkoitettaneen asiallisesti vanhempien vallalla Sveitsinkin oikeudessa, vaikkei tämän maan siviililakikirjassa käsitellä lapsen omaisuuden hoitoa vanhempain valtaa koskevassa luvussa.²² Yhteistä sanottujen maiden oikeuksille on se, että puheenaolevia vanhemmille kuuluvia oikeuksia ja velvollisuuksia käsitellään näissä yhtenäisenä varsinaisesta holhouksesta erillisenä säännöstönä sekä että vanhemmille on lastensa henkilöä koskevien asioiden ja omaisuuden hoitajina annettu huomattavasti laajemmat oikeudet kuin holhoojalle. Viimeksimainitussa suhteessa on erikoisesti mainittava, että vanhemmilla eräin poikkeuksin on esim. Ranskassa ja Saksassa käyttöoikeus heidän hoidossaan olevaan lapsen omaisuuteen, minkä vuoksi voidaan täydellä syyllä puhua holhouksesta erillään olevasta valtasuhteesta.²³

Lastensa henkilöä koskevien asioiden ja omaisuuden hoitajina ovat vanhemmat sitävästoin Pohjoismaiden ja myös Englannin oikeudessa pääpiirteittäin rinnastetut muihin holhoojiin.²⁴ Tanskan ja Norjan oikeuksiin on tosin omaksuttu vanhempain vallan käsite, mutta tämä eroaa kahdessa suhteessa siitä edelläselostetusta vanhempain vallan käsitteestä, joka esim. Saksan oikeuteen on omaksuttu. Mitä ensinnäkin tulee käsitteen asialliseen sisältöön Tanskassa ja Norjassa, rajoitetaan vanhempain valta käsittämään vain oikeus lapsen henkilöä koskevien asioiden, mutta ei omaisuuden hoitoon. Toiseksi eroaa sanottu käsite puheenaolevien maiden oikeuksissa mannermaan oikeuden omaksumasta käsitteestä siinä, että lapsen muillekin holhoojille

²⁰ Erotukseksi vanhempain vallasta tarkoitamme tässä varsinaisella holhouksella erikoiseen viranomaisten määräykseen perustuvaa oikeutta ja velvollisuutta hoitaa lapsen omaisuutta ja sen henkilöä koskevia asioita. Vrt. jäljempänä s. 9.

²¹ Ks. BGB 1626—1698 §; Code civil 371—387 art. Huolimatta siitä, että Ranskan siviililakikirjassa puhutaan vain isänvallasta, »La puissance paternelle», ymmärretään tällä kuitenkin asiallisesti juuri vanhempain valtaa. Ks. *Heinsheimer I*, s. 105; *Arthur Gurti: Frankreichs Privat- und Handelsrecht I*, s. 63.

²² Ks. ZGB 273—289 art.; *Schulthess*, s. 1 s.; *Lb. Gb. IV*, s. 423 s.; *Egger II*, s. 59.

²³ Code civil 384—387 art.; BGB 1649—1664 ja 1686 §. Kuvaavaa on myös tässä suhteessa Ranskassa vanhempain oikeus panettaa tottelematon lapsensa vankilaan. Ks. Code civil 376—382 art. Vrt. myös *Dernburg: Das bürgerliche Recht IV*, s. 266.

²⁴ Vrt. *Lb. Gb. IV*, s. 424; *Arthur Curti: Englands Privat- und Handelsrecht*, s. 73.

kuin vanhemmille kuuluvaa oikeutta hoitaa sen henkilöä koskevia asioita sanotaan vanhempain vallaksi.²⁵

Mitä erikoisesti tulee Ruotsin oikeuteen, on huomattava, ettei vanhemmilla ole tässä maassa käyttöoikeutta lastensa omaisuuteen. Tämän oikeuden, joka alkuaan vanhemmilla oli myös Pohjoismaissa, menettivät he Ruotsin oikeudessa varhain. Jo Svealaissa oli säännöksiä, joista ilmeni, että lapsen omaisuutta oli hoidettava lapsen eikä vanhempien lukuun.²⁶ Ruotsin oikeus eroaa siis tässä suhteessa oleellisesti esim. Saksan, Ranskan ja Sveitsin oikeuksista. Tästä syystä onkin oltu sitä mieltä, ettei lapsen omaisuuden hoitoa ole Ruotsin oikeudessa sisällytettävä vanhempain valtaan,²⁷ jota käsitettä eräät tutkijat sanotun maan oikeudessa edelleen käyttävät, tarkoittaen sillä vain vanhempain tai muiden holhoojain oikeutta ja velvollisuutta lapsen henkilöä koskevien asioiden hoitoon.²⁸ Vanhempain valtaa ei ole kuitenkaan omaksuttu lainsäädännöllisenä käsitteenä aikaisempaankaan Ruotsin oikeuteen. Sanotun maan voimassaolevaan oikeuteen on taas omaksuttu vårdnad-käsite, johon on sisällytetty pääpiirteittäin kaikki se, mitä pohjoismaisessa oikeudessa tarkoitetaan vanhempain vallalla.²⁹ Vårdnad-käsitteellä ymmärretään nimittäin Ruotsin oikeudessa lapsen henkilöä koskevien asioiden hoitoa. Tämän vastakohtana käsittää taas holhous suppeammassa mielessä vain lapsen omaisuuden hoidon.³⁰

Erikoisesti on huomattava, että kuten edelläolevasta selviää, Saksan, Ranskan ja Sveitsin oikeuksien vanhempain vallasta eroaa sanottu valta Tanskan ja Norjan oikeuksissa sekä vårdnad-käsite Ruotsin oikeudessa siinä, ettei vanhempain valta sinänsä voi ensiksimainituissa maissa

²⁵ Ks. Tanskassa Lov 30/6 1922 om Umyndighed og Vaergemaal 18—33 §; *Borum*, s. 55; *Bentzon*: Personretten, s. 128. Vrt. *Deuntzer*, s. 1 s. Norjassa ei vanhempain valtaa ole omaksuttu lainsäädännöllisenä käsitteenä, mutta maan^o tietoisissa ymmärretään sillä samaa kuin Tanskankin oikeudessa. Ks. *Taranger*, s. 194 s.; *Arnholm*, s. 46 s.; *Knoph*, s. 103; *Gjelsvik*: Norsk personrett, s. 35.

²⁶ Ks. esim. *Wrede—Caselius*, s. 260 s.; Lb. ÅB. I, s. 100.

²⁷ Lb. GB. IV, s. 423 s.; Lb. ÅB. I, s. 121.

²⁸ Tässä mielessä puhuu vanhempain vallasta Ruotsin tietoisissa esim. *Stjernstedt*, s. 367.

²⁹ Ks. Lag 14/7 1917 om barn utom äktenskap 2 §; Lag 14/7 1917 om adoption 12 § 1 mom.; Lag 11/6 1920 om barn i äktenskap 2—12 §; *Westring*, s. 376; *Undén*, s. 40. Perheoikeudellisen vårdnad-käsitteen luojana lienee pidettävä *Winrothia*, vaikka hän omaksuukin sanotun käsitteen Ruotsin voimassaolevaa oikeutta laajemmassa mielessä lukien siihen vanhempainoikeuden, holhouksen ja uskotun miehen toimen. Ks. *Winroth*: Handbok i svensk civilrätt, s. 1; Sv. C. III, s. 1 s.

³⁰ *Undén*, s. 40 s.; *Westring*, s. 376.

koskaan kuulua lapselle määrätylle holhoojalle. Jos lapsen vanhemmat ovat kuolleet tai menettäneet muusta syystä tämän valtansa, siirtyy lapsen henkilöä koskevien asioiden ja omaisuuden hoito määrättävälle holhoojalle, mutta ei sitävästoin vanhempain valta, joka yhtenäisenä käsitteenä käyttöoikeuksineen lapsen omaisuuteen sisältää aina sitä laajemman oikeuden. Sitävästoin siirtyy Tanskan ja Norjan oikeuksien vanhempain valta ja Ruotsin oikeuden vårdnad, kuten lasten henkilöä koskevien asioiden hoito mainituissa muissa maissa, kysymyksessäolevassa tapauksessa sellaisenaan lapselle määrätylle holhoojalle.³¹

³¹ Ks. *Erich*: JFT 1909, s. 333 ss.; *Gehring*, s. 11 ss.; Ruotsissa Lag om barn i äktenskap 11 §; Lag 27/6 1924 om förmynderskap 6 kap. 3 §; Tanskassa Lov om Umyndighed og Vaergemaal 25 § 2 mom.; *Taranger*, s. 196 ss.; *Arnholm*, s. 49 ja s. 108 s. Vrt. Motive IV, s. 724 ss.

I. LAPSEN HUOLTO SUOMEN OIKEUDESSA.

Suomen oikeudessa käsittää alaikäisen lapsen holhous laajemmassa mielessä ymmärrettynä lapsen henkilöä koskevien asioiden ja omaisuuden hoitoon kuuluvat oikeudet ja velvollisuudet. Lapsen holhoojina toimivat sen vanhemmat, erikoisesti tehtävään määrätty henkilöt tai eräissä tapauksissa huoltolautakunta. Lainsäädännössämme sisällytetään siis holhoojakäsitteseen myös lapsen vanhemmat.¹ Erotukseksi määräyksenvaraisista holhoojista sanotaan heitä kuitenkin lakimääräisiksi holhoojiksi, mikä nimitys johtuu siitä, ettei aviolapsen vanhempia eikä aviottoman lapsen äitiä tarvitse erikoisesti määrätä puheenaolevaan tehtävään, koska heidän oikeutensa siihen perustuu suorastaan lain säännökseen.² Lainsäädännössämme puhutaan kuitenkin holhouksesta myös suppeammassa mielessä ja tarkoitetaan sillä tällöin erotukseksi muista holhoojalle kuuluvista tehtävistä vain holhokin omaisuuden hoitoa.³ Ilmeistä on, että tällainen saman nimityksen käyttäminen kahdesta eri käsitteestä on omiaan aiheuttamaan sekaannusta. Aina ei ole helppo päätellä, onko lainsäätäjä käyttänyt holhoojanimitystä mainitussa laajemmassa vai suppeammassa mielessä.

Kuten jo mainittiin, sisältyy holhoukseen ensiksimmäisessä laajemmassa merkityksessä oikeutemme mukaan lapsen henkilöä koskevien asioiden ja sen omaisuuden hoito. Aikaisemmassa ruotsalais-suomalaisessa oikeudessa lainsäätäjä on kiinnittänyt pääasiallisesti huomiota vain lapsen omaisuuden hoitoon. Tutkimuksemme esineenä oleva lapsen henkilöä koskevien asioiden hoito on kauan ollut syrjäytetyssä ase-

¹ Ks. HL 6, 23, 24 ja 33 §; AULapsL 3 § 1 mom.; LSL 21 § 1 mom. verr. 12 § 2 mom.; *Erich: JFT* 1909, s. 329; *Gadolin*, s. 1 s.; *Grottenfelt: Förmynderskapslagen*, s. 41 s. Vrt. huoltolautakunnan holhouksesta jäljempänä s. 17 ss.

² HL 23 § 1 mom., 24 § 1 mom. sekä 28 § 2 ja 3 mom.; *Gadolin*, s. 1 s.; *Grottenfelt: Förmynderskapslagen*, s. 41 s. ja s. 46 ss.

³ Tätä tarkoitetaan holhouksella esim. HL:n 23 §:n 2 momentissa ja 34 §:n 1 momentissa. Vrt. AULapsL 3 § 1 mom. ja LSL 21 § 1 mom.

massa.⁴ Silloisissa yksinkertaisissa oloissa pidettiin itsestään selvänä, miten viimeksimainittuja asioita oli hoidettava. Kun kuitenkin lapsi usein lähetettiin jonkun vanhempien tuttavan luo kasvatettavaksi, annettiin määräyksiä tällaisesta kasvatustavasta, ja näistä määräyksistä lienevät sitten saaneet alkunsa lapsen henkilöä koskevien asioiden hoitoa tarkoittavat lainsäädännökset.⁵

Jo 1734-vuoden laissa erotettiin toisistaan vanhemmille lapsensa henkilöä koskevien asioiden ja omaisuuden hoitajina kuuluvat tehtävät. PK:n 20 luvun 2 §:n nojalla oli äidillä isän kuoleman jälkeen valta hoitaa lapsensa ja sen tavarat. Jos hän kuitenkin meni uuteen avioliittoon, piti hänen luopua lapsen omaisuuden hoidosta eli holhutoimesta, kuten laki sanoo, mutta tästä huolimatta hänen oli pidettävä huolta lapsestansa, ja hän sai pitää sen luonansa ja leivässänsä, jos tahtoi eikä laillista estettä ollut.

Huolimatta siitä, että oikeudessamme on jo kauan ollut lapsen henkilöä koskevien asioiden hoitoa tarkoittavia säännöksiä, ei lainsäädäntöömme ollut omaksuttu niitä varten yhtenäistä nimitystä. Toisinaan puhuttiin lapsen kasvattamisesta tai sen huostaan ottamisesta, joskus sen hoitamisesta ja luona pitämisestä.⁶ Tämä on ilmeisesti johtunut siitä, että holhokin henkilöä koskevien asioiden hoitoa on yhä edelleen viime aikoihin saakka pidetty hänen omaisuutensa hoidon rinnalla siksi vähäpätöisenä tehtävänä, ettei lainsäätäjä ole kiinnittänyt siihen tarpeeksi huomiota käyttääkseen näistä asioista johdonmukaisesti samaa nimitystä. Mutta myös voimassaolevassa oikeudessamme on tässä suhteessa huomattavissa suurta epäjohdonmukaisuutta. Useissa lainkohdissa puhutaan yhä edelleen lapsen kasvattamisesta.⁷ Lapsen kasvattamisella rajoitetummassa mielessä, sen henkilöä koskevien asioiden hoidon osana, ymmärrettäneen lapsen ruumiillista, henkistä ja siveellistä kehittämistä, sen valmistamista määrättyyn elämäntehtävään ja kaiken sen toiminnan ohjaamista tässä tarkoituksessa.⁸ Kuitenkaan ei puheenaolevissa lainsäädännöksissä tarkoiteta lapsen kasvattamisella aina yksinomaan yllämainittuja tehtäviä, vaan kaikkien lapsen henkilöä

⁴ Nordling, s. 326 s.

⁵ Ks. Nordling, s. 327.

⁶ Ks. PK 20: 2 ja 22: 2; NK 13: 3 ja 15: 1.

⁷ Ks. esim. HL 33 § 1 mom. ja 34 § 1 mom.; LSL 12 § 2 mom.; OttolapsL 2 § 1 mom.

⁸ Ks. Staudinger IV, 2, s. 1000; Gehring, s. 27; Eck, s. 42 s.; Undén, s. 46. Toisin Kipp-Wolff, joka ei lue lapsen kasvatukseen sen ruumiinhoitoa. Kipp-Wolff IV, s. 318. Vrt. jäljempänä s. 118.

koskevien asioiden hoitoa yhtenä kokonaisuutena. Kun esim. OttolapsL:ssa säädetään, että alaikäisen ottamiseen ottolapseksi on tarpeen sen tai niiden suostumus, joiden tulee kasvattaa lapsi,⁹ on ilmeistä, että tässä sillä, jonka tulee kasvattaa lapsi, on ymmärrettävä henkilöä, jolla on määräämisvalta kaikissa lapsen henkilöä koskevissa asioissa. Eihän suostumuksen antaminen ottolapsisuhteen perustamiseen sisälly lapsen kasvatukseen edelläsänotussa rajoitetussa mielessä. Mainitun epätarkan sanonnan käyttäminen näinkin uudessa laissa tuntuu omituiselta, kun oikeutemme on jo AULapsL:ssa omaksuttu lapsen huollon käsite,¹⁰ jolla ilmeisesti juuri käsitetään kaikkien lapsen henkilöä koskevien asioiden hoitoa. Se, että viimeksimainitussa laissa tarkoitetaan lapsen huollolla osaa holhouksesta, laajemmassa mielessä ymmärrettynä, selviää tämän lain 3 §:n 1 momentista, jossa säädetään, että oikeuden on tutkittava, onko avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen äiti sovelias sen huoltajaksi ja *muuten* sen holhoojaksi. Vaikkakaan puheenaolevassa laissa ei ole lapsen huollon määritelmää, osoittaa siis tämä säännös, että huolto erotukseksi lapsen omaisuuden hoidosta käsitteää juuri kaikki muut lapsen holhoojalle kuuluvat tehtävät eli siis lapsen henkilöä koskevien asioiden hoidon. Sitä, että näin on todella asianlaista, osoittaa myös HL:n 23 §:n 2 momentti, jossa sanotaan, että jos vanhemmat asuvat erillään välien rikkoutumisen vuoksi tai jos avioliitto on tuomiolla purettu, olkoon lapsen holhoojana se, jolle oikeus on uskonut sen huollon. Lapsen huollon ja holhouksen rinnastaminen tässä säännöksessä ei siis voi tarkoittaa muuta kuin juuri sitä, että ensiksimmäisellä on ymmärrettävä lapsen henkilöä koskevien asioiden ja holhouksella sen omaisuuden hoitoa.¹¹

Lapsen huollon käsite on omaksuttu meille Ruotsin oikeudesta. Huolto on suora suomennos ruotsalaisesta sanasta *vårdnad*, jota jo Ruotsissa kesäkuun 14 päivänä 1917 annetussa laissa avioliiton ulkopuolella syntyneistä lapsista johdonmukaisesti käytettiin lapsen henkilöä koskevien asioiden hoidon yhteisenä nimityksenä.¹² Sittenkin huollon käsitettä on erikoisesti kehitetty Ruotsissa kesäkuun 11 päivänä 1920 annetussa laissa avioliitossa syntyneistä lapsista.¹³ Kun AULapsL:amme säädettäessä ilmeisesti on pidetty esikuvana Ruotsin

⁹ OttolapsL 2 § 1 mom.

¹⁰ AULapsL 3 § 1 mom., 6 § 4 mom., 16 § 3 mom. ja 37 §.

¹¹ Vrt. AL 80 § ja 81 § 1 mom.

¹² Ks. mainitun lain 2 §.

¹³ Ks. mainitun lain 2—12 §.

vastaavaa lakia ja erät keskeisimmät huollon käsitettä koskevat oikeussäännökset¹⁴ ovat syntyneet skandinavialaisiin mietintöihin pohjautuvan¹⁵ avioliittolainsäädäntömme uudistamisen yhteydessä, on tärkeää todeta, että sanottu käsite on omaksuttu meille Ruotsin oikeudesta. Sitä vastaa Ruotsin oikeuden *vårdnad*- sekä Tanskan ja Norjan oikeuksien *Foraeldremyndighed*- ja *foreldremakt*-käsitteet. Tällä seikalla on merkitystä varsinkin siinä suhteessa, että oikeutemme lasten huoltoa koskevien niukkojen säännösten tulkinnassa voidaan turvautua muiden Pohjoismaiden oikeuksista saatavaan johtoon.

Esitetystä selviää, ettei lainsäädännössämme ole määritelty lapsen huollon käsitettä. Tämä johtunee joko siitä, ettei lapsen huolto sen henkilöä koskevien asioiden hoidon yhtenäisenä nimityksenä ole vieläkaan täysin vakiintunut lainsäädäntöömme, joten lainsäätäjä ei ole kiinnittänyt tähän käsitteeseen tarpeeksi huomiota, tai siitä, että hän on pitänyt sitä niin itsestään selvänä, ettei se kaipaakaan lain antamaa määritelmää. Kun puheenaoleva käsite on omaksuttu oikeuteemme vasta uusimman lainsäädäntömme yhteydessä, on luonnollista, ettei sitä ole ehditty tieteisopissamme perusteellisemmin tutkia. Jotensakin epämääräisesti määrittelee *Gadolin* holhokin huollon sanoessaan siitä seuraavaa: »Huolenpito holhokin persoonallisista asioista, joka suurin piirtein käsittää n.s. huollon, tarkoittaa pääasiallisesti henkilöllistä huoltamista, alaikäisen kasvattamista ja kehittämistä sekä määrätyissä tapauksissa holhokin valvontaa».¹⁶ Aivan toisessa mielessä puhuu sitä vastoin *Wrede* huoltotoimesta. Hän tarkoittaa nimittäin sillä jonkun omaisuusoikeudellisten asiain hoitoa tämän uskottuna miehenä.¹⁷ Ruotsin oikeudessa määrittelevät *Westring*, *Undén* ja *Stjernstedt* lapsen huollon eli *vårdnad*-käsitteen vanhempain oikeudeksi ja velvollisuudeksi huolehtia ja edustaa lasta kaikissa sen henkilöä koskevissa asioissa, mikäli lapsella ei ole itse oikeutta näiden asioiden hoitamiseen.¹⁸ Pääpiirteittäin samalla tavalla määrittelee vanhempain vallan myös Tanskan oikeudessa *Bentzon* sekä Norjan oikeudessa *Taranger* ja *Arnholm*.¹⁹ Kun nimitys lapsen huolto on omaksuttu meille Ruotsin oikeudesta ja

¹⁴ Ks. AL 80 §; HL 23 § sellaisena, kuin se on 13/6 1929 annetussa laissa.

¹⁵ Huttunen, s. 25.

¹⁶ *Gadolin*, s. 72 s. Vrt. *Grotenfelt*: *Förmynderskapslagen*, s. 63, josta selviää, ettei *Grotenfelt* ole vielä omaksunut lapsen huoltoa mainitussa mielessä.

¹⁷ *Wrede*: *Oikeus- ja Yhteiskuntajärjestys*, s. 326.

¹⁸ *Westring*, s. 376; *Undén*, s. 40; *Stjernstedt*, s. 367.

¹⁹ *Bentzon*: *Familieret* 1916, s. 297; *Taranger*, s. 194 s.; *Arnholm*, s. 47.

sillä, kuten mainitsemamme lainsäännökset osoittavat, myös käsitteellisesti tarkoitetaan samaa kuin sanotussa oikeudessa sanalla vårdnad sekä Tanskan ja Norjan oikeuksien vanhempain vallalla, on huolto käsitteäksemme meidänkin oikeudessamme määriteltävä yhtäpitävästi sanotujen maiden kysymyksessäolevien käsitteiden kanssa. Lapsen huollolla on siis Suomenkin oikeudessa ymmärrettävä oikeutta ja velvollisuutta määrätä ja huolehtia kaikista lapsen henkilöä koskevista asioista, mikäli sillä ei itsellään ole oikeutta näiden asioiden hoitamiseen.

Vaikka lapsen henkilöä koskevien asioiden hoito on oikeudessamme jo kauan voitu erottaa sen omaisuuden hoidosta, on, kuten jo on ollut puhetta, viimeksimainittuihin tehtäviin yleensä kiinnitetty enemmän huomiota kuin lapsen huoltoon. Tätä osoittaa esim. se, etteivät holhouslautakunnat ole useissa tapauksissa ryhtyneet toimenpiteisiin holhoojan määräämiseksi lapselle, jonka vanhemmat ovat kuolleet, ellei sillä ole omaisuutta. Kieltämättä on kuitenkin myönnettävä, että lapsen huollolla on vähintään yhtä suuri merkitys kuin sen omaisuuden hoidolla.²⁰

Lapsen huolto ja sen omaisuuden hoito kuuluvat säännönmukaisesti samalle henkilölle.²¹ Näin ei kuitenkaan aina ole laita. Kaikissa niissä tapauksissa, joissa ne kuuluvat eri henkilöille, on välttämätöntä erottaa niihin kuuluvat tehtävät toisistaan. Huolto-oikeuden sisällön määrääminen on myös tärkeätä huollosta erotetun puolison ja lasten välisen oikeussuhteiden selvittämiseksi. Puheenaolevan käsitteen selventämisellä on sitäpaitsi merkitystä sen vakiinnuttamiseksi oikeuteemme. Eräät säännökset uudemmassa oikeudessamme osoittavat nimittäin, ettei lainsäätäjäkään ole ollut täysin perillä siitä, mitä lapsen huollolla on ymmärrettävä. Niinpä käytetään joskus yhä edelleen, kuten aikaisemmin jo on todettu, nimitystä lapsen kasvattaminen huollon asemesta.²² Myös säädetään esim. OttolapsL:n 9 §:ssä, että ottolapsen huolto ja määräämisvalta lapsesta palautuu ottovanhemman kuoltua sen vanhemmille vain siinä tapauksessa, että oikeus, kuultuaan holhouslautakuntaa, katsoo lapsen edun sitä vaativan. Kun sanotussa säännöksessä ilmeisesti on vain kysymys lapsen henkilöä koskevien asioiden hoidosta, joita tarkoittavaksi käsitteeksi lapsen huolto oli jo ennen OttolapsL:n

²⁰ Viime aikoina onkin lapsen henkilöä koskevien asioiden hoito ollut useissa maissa vilkkaan lainsäädännön kohteena.

²¹ Ks. erikoisesti HL 23 § 1 ja 2 mom. sekä 33 § 1 mom.

²² Ks. esim. HL 34 § sellaisena, kuin se on 17/1 1936 annetussa laissa. Vrt. LSL 12 § 2 mom.

antamista omaksuttu, on tarpeetonta rinnastaa lapsen huolto ja määräämisvalta lapsesta, koska huoltoon jo sinänsä sisältyy määräämisvalta kaikissa lapsen henkilöä koskevista asioissa.

Erikoisesti on vielä syytä huomauttaa, ettei voimassaolevaankaan lainsäädäntöömme ole johdonmukaisesti omaksuttu lapsen huollon käsitettä edellämainitussa merkityksessä. OppivelvL:ssa määritellään nimittäin lapsen huoltaja henkilöksi, joka pääasiallisesti pitää huolta lapsen hoidosta ja kasvatuksesta.²³ Lapsen hoidosta ja kasvatuksesta saattavat pääasiallisesti huolehtia esim. isovanhemmat, joiden luona lapsi asuu, huolimatta siitä, että sen huolto, kuten holhous yleensä, oikeudellisesti edelleen kuuluu lapsen vanhemmille. Lapsen huoltajaan rinnastetaan siis OppivelvL:ssa henkilö, joka olematta lapsen varsinainen huoltaja edellä omaksumassamme mielessä pääasiallisesti pitää huolta sen hoidosta ja kasvatuksesta. Lapsen huoltajan käsitteen määrittelemistä täten ja käyttämistä tällaisessa merkityksessä oikeutemme muista säännöksistä poiketen ei voitane pitää hyväksyttävänä. Säännöksen synty saanee selityksensä siitä, että useat kunnat olivat kieltäytyneet ottamasta kouluunsa ilmaiseksi opetettaviksi lapsia, joiden vanhemmat olivat jättäneet ne jonkun varakkaan sukulaisensa tai muun henkilön kasvatettaviksi, mikä seikka vaikeutti kohtuuttomasti lasten koulunkäyntiä. Tämän vuoksi lisättiin OppivelvL:n 25 §:ään joulukuun 17 päivänä 1932 annetulla lailla toinen momentti, johon otettiin puheenaoleva lapsen huoltajan määritelmä. Mainitun lainmuutoksen tarkoituksena on siis oikeuttaa kysymyksessäolevat lapsen sukulaiset ja muut henkilöt panemaan lapsi kerrotussa tapauksessa maksutta sen piirin kansakouluun, jossa he itse asuvat tai oleskelevat työansiossa.²⁴ Erikoisen lapsen huoltajan käsitteen luominen tätä tarkoitusta varten tuntuu kuitenkin tarpeettomalta, koska asiallisesti olisi päästy samaan tulokseen säätämällä esim., että mitä OppivelvL:ssa on säädetty lapsen huoltajasta, on myös sovellettava siihen, joka pääasiallisesti pitää huolta lapsen hoidosta ja kasvatuksesta. Erotukseksi lapsen oikeudellisesta huoltajasta, jolla on itsenäinen suorastaan lakiin tai viranomaisen päätökseen perustuva oikeus määrätä kaikista lapsen henkilöä koskevista asioista, voidaan sitä, joka lapsen oikeudellisen huoltajan kanssa tekemänsä sopimuksen perusteella, siksi kunnes tämä toisin määrää, saa pääasiallisesti pitää huolta lapsen hoidosta ja kasvatuksesta, kutsua sen tosiasialliseksi

²³ OppivelvL 25 § 2 mom. sellaisena, kuin se on 17/12 1932 annetussa laissa.

²⁴ Ks. *Salmela*, s. 245.

huoltajaksi.²⁵ Ilmeistä on kuitenkin, että puheenaoleva lainkohta nykyisessä muodossaan on omiaan aiheuttamaan sekaannusta juuri oikeudellisen ja tosiasiallisen huoltajan käsitteiden välillä. Niinpä huomauttaa *Salmela*, ettei huoltajana voida OppivelvL:n mielessä pitää henkilöä, jolla ei ole oikeutta määrätä lapsen koulunkäynnistä, sekä että huoltajan oikeuksien siirron edellytyksenä ja näkyvänä tunnusmerkkinä voidaan sanotun lain mukaan pitää sitä, että lapsen edusmies, isä tai holhooja, on vapautettu huoltajalle kuuluvista laillisista velvollisuuksista.²⁶ Tässä on siis kokonaan sotkettu toisiinsa lapsen tosiasiallinen ja oikeudellinen huolto. Kuten jäljempänä tulemme osoittamaan,²⁷ ei lapsen oikeudellista huoltajaa yleensä voida vapauttaa hänelle kuuluvista oikeuksista ja velvollisuuksista muuta kuin viranomaisten päätöksen perusteella, ja jos näin tapahtuu, joku muu on määrättävä lapsen huoltajaksi. Laillinen oikeus ja velvollisuus määrätä lapsen koulunkäynnistä on siis varsinaisesti ainoastaan sen oikeudellisella huoltajalla ja tätä tehtävää hän ei voine *Salmelan* esittämällä tavalla pätevin oikeusvaikutuksin siirtää toiselle. Jos henkilö on taas todella vapautettu huoltajalle kuuluvista laillisista velvollisuuksista, lienee itsestään selvää, ettei hän ole velvollinen eikä oikeutettukaan huolehtimaan lapsen koulunkäynnistä.

Omaksumaamme yleistä Suomen oikeuden lapsen huoltajan käsitettä ei kuitenkaan mainittu OppivelvL:n huoltajan määritelmä horjuta. Kun sanotussa OppivelvL:n säännöksessä sanotaan nimenomaan, että lapsen huoltajalla tarkoitetaan t ä s s ä l a i s s a sitä jne., osoittaa jo se lainsäätäjän edellyttäneen lapsen huoltajalla yleensä tarkoitettavan muuta ja tahtoneen vain poikkeuksena siitä luoda erikoisen huoltajan käsitteen mainittua lakia varten.

Edelläolevasta käy ilmi, ettei Suomen eikä Ruotsinkaan lainsäädäntö tunne vanhempain vallan käsitettä. Sentähden herää kysymys, onko perusteltua syytä sanotun käsitteen omaksumiseen oikeuteemme. Vanhempain vallasta puhuvat eräät tutkijat lainopillisessa kirjallisuudessaamme. Niinpä *Erich* huomautettuaan, ettei lainsäädäntöömme ole omaksuttu mainittua käsitettä samassa mielessä kuin esim. Saksassa,

²⁵ Missä määrin tällaisen sopimuksen tekeminen on mahdollista, siitä s. 58 s. Väärinkäsitysten välttämiseksi haluamme jo tässä yhteydessä huomauttaa, että lapsen tosiasiallisellakin huoltajalla on oikeudellisia velvollisuuksia ja oikeuksia. Ks. lähemmin tosiasiallisen huoltajan käsitteestä s. 57 ss.

²⁶ *Salmela*, s. 246 s.

²⁷ Ks. jäljempänä s. 44 ss.

käyttää sitä sekä lukee siihen vanhempain oikeuden lastensa kasvattamiseen ja omaisuuden hoitamiseen.²⁸ Pääpiirteittäin samaa tarkoittavat vanhempain vallalla myös *Chydenius* ja *Grotenfelt*. He sisällyttävät nimittäin siihen lapsen henkilöä koskevien asioiden ja omaisuuden hoidon.²⁹ Senjälkeen kun oikeuteemme on omaksuttu lapsen huolto samassa mielessä kuin Tanskan ja Norjan oikeuksiin vanhempain valta, on sanotun käsitteen käyttäminen mielestämme harhaanjohtavaa. Samaten kuin äskenmainittujen maiden ja Ruotsin oikeudessa on myös meillä vanhemmille lastensa henkilöä koskevien asioiden sekä omaisuuden hoitajina kuuluvat oikeudet ja velvollisuudet yleensä rinnastettu muiden holhoojien vastaaviin oikeuksiin ja velvollisuuksiin. Vanhemmilla on tosin oikeus ja velvollisuus ennen muita henkilöitä hoitaa mainittuja tehtäviä. Erikoisesti lapsen huoltoon he ovat luonnonjärjestyksen mukaan itseoikeutettuja, minkä vuoksi tällä heidän tehtävällään on henkilöllisempi ja läheisempi luonne kuin määräyksenvaraisen huoltajan tehtävällä.³⁰ Lastensa omaisuuden hoidossa vanhemmat ovat myös eräissä suhteissa muita holhoojia vapaammassa asemassa.³¹ Näillä perusteilla ei kuitenkaan liene syytä omaksua oikeuteemme lainsäädännöllemme vierasta vanhempain vallan käsitettä huollon enempää kuin holhouksenkaan vastineeksi.³²

Lapsen huollon olemme edellä määritelleet vanhemmille tai muulle holhoojalle kuuluvaksi oikeudeksi ja velvollisuudeksi määrätä ja huolehtia kaikkien lapsen henkilöä koskevien asioiden hoidosta, mikäli lapsella ei ole itse oikeutta näiden asioiden hoitamiseen. Kuten jo on ollut puhetta, sisältää holhous laajemmassa mielessä myös lapsen huollon. Yleensä kuuluvat lapsen omaisuuden hoito ja sen huolto samalle henkilölle.³³ Näin ei kuitenkaan aina ole laita.³⁴ Jos sanotut tehtävät ovat eri henkilöillä, nimitetään tavallisesti lapsen omaisuuden hoitajaa sen holhoojaksi ja henkilöä koskevien asioiden hoitajaa huoltajaksi. Koska

²⁸ Ks. *Erich*: JFT 1909, s. 337 ss, s. 375 ja s. 378 s.

²⁹ J. W. *Chydenius*: Hustrus förmögenhetsrättsliga förhållande till mannen och hans arfvingar, Helsingfors 1900, s. 273; *Grotenfelt*: Förmyndersskapslagen, s. 131 s.

³⁰ *Gadolin*, s. 74.

³¹ Ks. HL 44 § verr. 39 ja 40 § sekä 52 §.

³² Vrt. *Winroth*: Sv. C. III, s. 1; *Ekström*, s. 227; Lb. GB. IV, s. 423 s.; Lb. AB. I, s. 121.

³³ Ks. esim. HL 23 § 2 mom. ja 33 § 1 mom. Vrt. AULapsL 3 § 1 mom.; LSL 21 § 1 mom.

³⁴ Ks. HL 34 §; AULapsL 3 § 1 mom.

holhoojaksi sanotaan kuitenkin myös henkilöä, jolle kuuluu sekä lapsen omaisuuden hoito että sen huolto, on harhaanjohtavaa puhua holhoojasta kysymyksen ollessa vain lapsen omaisuuden hoitajasta. Senvuoksi käytämmekin seuraavassa holhooja-nimitystä vain sanotussa laajemmassa mielessä tarkoittamaan lapsen omaisuuden ja sen henkilöä koskevien asioiden hoitajaa. Henkilöä, jolle kuuluu yksinomaan sanottu omaisuuden hoito, sanomme taas selvyiden vuoksi lapsen omaisuuden hoitajaksi.

Kun lapsen huolto, kuten sen holhous yleensä, kuuluu aviolapsen vanhemmille ja aviottoman lapsen äidille suorastaan lain nojalla, voidaan heitä kutsua lakimääräisiksi huoltajiksi.³⁵ Tehtävän uskominen muulle henkilölle edellyttää sitävastoin aina nimenomaista oikeuden määrystä,³⁶ minkä vuoksi tällainen henkilö on lapsen määräksenvarainen huoltaja.³⁷

Ennenkuin ryhdymme lähemmin tutkimaan huolto-oikeuden ole-musta ja sitä koskevia yleisiä periaatteita, on vielä syytä tarkastella ns. lasten yhteiskunnallista huoltoa oikeudellisessa mielessä. Uudessa LSL:ssa puhutaan lasten yhteiskunnallisesta huollosta, jolla mainitsemasamme mielessä tarkoitettaneen niitä suojelutoimenpiteitä, joihin huoltolautakunnan on sanotun lain säännösten perusteella lain 8 §:ssä mainituissa tapauksissa ryhdyttävä puheenaolevan huollon tarpeessa oleviin lapsiin nähden. Näihin toimenpiteisiin sisältyy myös huoltolautakunnan oikeus ottaa lapsi tai nuori henkilö ³⁸ huostaansa,³⁹ jolloin hänen vanhempansa, kuten LSL:n 12 §:n 2 momentissa sanotaan, menettävät oikeutensa hänen hoitamiseensa ja kasvattamiseensa ja tämä oikeus siirtyy huoltolautakunnalle. Mitä sitten käsittää se, että lapsen tai nuoren henkilön vanhemmat menettävät oikeutensa hänen hoitamiseensa ja kasvattamiseensa ja että tämä oikeus siirtyy huoltolautakunnalle? Tarkoittaanko sanotussa lainkohdassa oikeudella lapsen hoitamiseen ja kasvattamiseen vain sen hoitamista ja kasvattamista eräinä huoltoon kuuluvina tehtävinä vai huolto-oikeutta kokonaisuudessaan edellä omaksumas-

³⁵ HL 23 §, vrt. 28 § 2 ja 3 mom.; OttolapsL 4 § 1 mom.; AULapsL 3 § 1 mom. Vrt. esitykseen huolto-oikeuden syntymisestä s. 62 ss.

³⁶ Vrt. jäljempänä sopimuksen merkitykseen huolto-oikeuden syntymisessä, s. 47 ss.

³⁷ HL 24 § 1 mom. verr. 33 § 1 mom.; AULapsL 3 § 1 mom. Vrt. jäljempänä s. 75 ss.

³⁸ Mitä lapsella ja nuorella henkilöllä sanotussa laissa tarkoitetaan, selviää lain 1 §:stä.

³⁹ Ks. LSL 9 § 1 mom. ja 12 § 1 mom. Vrt. LSL 11 §.

samme mielessä? Ihmetystä herättää, että niinkin myöhään annetussa laissa kuin LSL on käytetty näin epätarkkaa sanontaa.

LSL:n 12 §:n 2 momenttiin liittyy sanotun lain 21 §:n 1 momentin säännös siitä, että huoltolautakunnan huostaan otettu lapsi tai nuori henkilö on lautakunnan holhouksen alainen, kuitenkin niin, että hänen ollessaan sijoitettuna kasvatuslaitokseen laitoksen johtaja käyttää holhoojavaltaa, paitsi milloin on kysymyksessä holhouksenalaiselle ehkä kuuluvan omaisuuden hoito. Viimeksimainitun momentin määräys, että lapsen tai nuoren henkilön ollessa sijoitettuna kasvatuslaitokseen laitoksen johtaja käyttää holhoojavaltaa, paitsi mikäli asia koskee holhouksenalaiselle ehkä kuuluvaa omaisuuden hoitoa, viittaa siihen, että momentissa on tarkoitettu holhouksella sekä lapsen tai nuoren henkilön huoltoa että hänen omaisuutensa hoitoa. Toiselta puolen on kuitenkin huomattava, että jos lainsäätäjä on sisällyttänyt holhoukseen äskenmainitussa momentissa myös huollon, tuntuu LSL:n 12 §:n 2 momentin säännös täysin tarpeettomalta. Mahdollista on siis, että kasvatuslaitoksen johtajan holhoojavallalla olisi tarkoitettu vain hänen oikeuttaan siihen osaan huoltoa, josta 12 §:n 2 momentissa on puhe, eli siis oikeutta lapsen tai nuoren henkilön hoitamiseen ja kasvattamiseen. Huoltolautakunnalle siirtyisivät siis vain viimeksimainitut tehtävät, ei huolto-oikeus kokonaisuudessaan. Kuten sanotusta selviää, ovat LSL:n säännökset puheenaolevassa suhteessa epäselvät.

Ruotsalaisessa tieteisopissa oltaneen sitä mieltä, ettei lapsen huolto kysymyksessäolevassa tapauksessa siirry lastensuojelulautakunnalle.⁴⁰ Kun lapsi otetaan lautakunnan huostaan, jää oikeudellinen huolto edelleen sen huoltajalle, vaikkei hän voikaan käyttää eräitä oleellisimpia huoltoon kuuluvia oikeuksia sentähden, että ne ovat siirtyneet lastensuojelulautakunnalle. Jos lastensuojelulautakunta katsoo itse huolto-oikeuden siirtämisen lautakunnalle tarpeelliseksi, sen on tehtävä siitä esitys asianomaiselle oikeudelle. Huolto-oikeuden siirtäminen lautakunnalle edellyttää siis aina nimenomaista oikeuden päätöstä.⁴¹

Kysymyksenalaista on kuitenkin, voidaanko mainittua Ruotsin tieteisopissa vallitsevaa mielipidettä pitää Suomen oikeuden kannalta oikeana. Mitä on ymmärrettävä sillä, että lautakunnan huostaan otetun lapsen

⁴⁰ Förslag till lag om den offentliga barnvården, Stockholm 1921, Avd. 2, s. 85 ss.; Lb. GB. IV, s. 439 s.; Undén, s. 68; Westring, s. 389; Björling, s. 297. Vastakkaisen kannan lieene Björling kuitenkin omaksunut arvostellessaan Undénin kirjaa Föräldrar och barn. Ks. SJ 1922, s. 185 ss.

⁴¹ Westring, s. 389.

oikeudellinen huolto kuuluu edelleen sen vanhemmille tai muulle tehtävään määrätyle henkilölle? Kun oikeudellinen valta määrätä lapsen hoidosta ja kasvatuksesta siirtyy huoltolautakunnalle, käsittänee tämä käytännöllisesti katsoen sen, että miltei kaikki määräämisvalta lapsen henkilöä koskeissa asioissa kuuluu huoltolautakunnalle. Lapsen hoito ja sen kasvatust muodostanevat nimittäin huolto-oikeuden pääasiallisen sisällön. Jos vanhemmilla ei ole näitä oikeuksia, tuntuu senvuoksi tarkoituksettomalta tulkita LSL:n säännöksiä siten, että huolto-oikeus siitä huolimatta kuuluisi oikeudellisesti edelleen heille. Esimerkkeinä niistä harvoista huoltajan oikeuksista, jotka tässä tapauksessa voisivat jäädä lapsen vanhemmille, on mainittava suostumuksen antaminen lapsen avioliittoon, sen sukunimen ja uskonnon muuttamiseen sekä sen ottamiseen ottolapseksi.⁴² Epätietoista on kuitenkin, ovatko lapsensa hoidosta ja kasvattamisoikeudesta tällä tavoin erotetut vanhemmat sopivia päättämään lapsensa avioliitosta sekä sen sukunimen ja uskonnon muuttamisesta. Tätä arvosteltaessa on tietysti otettava huomioon, mistä syystä vanhempien erottaminen sanotuista oikeuksista ja lapsen ottaminen huoltolautakunnan huostaan johtuu. Koska kaikki LSL:n mukaiset suojelutoimenpiteet lakkaavat alaikäiseen nähden, joka on mennyt avioliittoon,⁴³ tuntuisi joka tapauksessa uskalletulta jättää suostumuksen antaminen hänen avioliittoonsa vanhempien tehtäväksi ja antaa heille täten välillisesti määräämisvaltaa puheenaolevien toimenpiteiden lakkauttamiseksi. Arvosteltaessa taas, onko huoltolautakunnan huostaan otetun lapsen antamiseen ottolapseksi vaadittava lapsen vanhempien tai lautakunnan suostumus, on luonnollisesti myös merkitystä sillä, minkä takia lapsi on otettu lautakunnan huostaan. Lapsen huolto-oikeuden siirtyminen kokonaisuudessaan lautakunnalle ja sanotun suostumuksen antamisen kuuluminen sille voisi tuntua kohtuuttomalta niissä tapauksissa, joissa lapsen ottaminen lautakunnan huostaan ei ole johtunut vanhempien syystä. Antamalla suostumuksensa ottolapsisuhteen perustamiseen huoltolautakunta voi riistää vanhemmilta käytännöllisesti katsoen lopullisesti heidän oikeutensa lapseen. Ellei lasta anneta ottolapseksi, vanhemmat saavat nimittäin huolto-oikeutensa takaisin lautakunnan suojelutoimenpiteiden lakattua.⁴⁴ Koska ottolapsisuhteen perustamista koskevassa asiassa on

⁴² *Björklund*, SJ 1922, s. 185 ss.

⁴³ LSL 24 §.

⁴⁴ Vrt. LSL 23 §. Ks. myös lapsiksiottamisen vaikutuksesta huolto-oikeuteen jäljempänä s. 92 ss.

kuultava lapsen vanhempia siinäkin tapauksessa, ettei heidän suostumuksensa siihen ole tarpeen,⁴⁵ ei mainituin perustein liene kuitenkaan estettä huolto-oikeuden siirtämiseen huoltolautakunnalle. Julkisenä viranomaisena huoltolautakunta ei saane ryhtyä toimenpiteisiin lapsen luovuttamiseksi ottolapseksi, mikäli se on ristiriidassa lapsen vanhempien oikeutettujen etujen kanssa, ja jos lautakunta tekisikin sen, oikeus ei voi antaa suostumustaan ottolapsisuhteen perustamiseen vastoin vanhempien tahtoa, ellei siihen ole riittävää aihetta.⁴⁶ Mitä sitten tulee niihin tapauksiin, joissa lapsen ottaminen lautakunnan huostaan on johtunut huolto-oikeuden väärinkäytöksestä, tuntuu luonnolliselta, että suostumuksen antaminen ottolapsisuhteen perustamiseen on mieluummin jätettävä lautakunnan kuin lapsen hoitoon ja kasvatukseen kelpotomiksi osoittautuneiden vanhempien tehtäväksi. Koska lapsen vanhempia on ottolapsisuhteen perustamista koskevassa asiassa kuultava eikä oikeus voi antaa suostumustaan sanotun suhteen perustamiseen, mikäli siihen ei ole riittävää aihetta, lienevät siis lapsen vanhempien oikeutetut edut turvatut siinäkin tapauksessa, että suostumuksen antaminen huoltolautakunnan huostassa olevan lapsen ottamiseen ottolapseksi kuuluu lautakunnalle.⁴⁷

Käsitystä siitä, että huoltolautakunnan huostaan otetun lapsen huolto siirtyy lautakunnalle, tukee vielä oikeutemme pyrkimys keskittää lapsen henkilöön kohdistuva huolto ja sen omaisuuden hoito mikäli mahdollista samoihin käsiin. Jos katsottaisiin lapsen tai nuoren henkilön oikeudellisen huollon jäävän puheenaolevassa tapauksessa edelleen sen vanhemmille, on vaikea ymmärtää, miksi ei ole jätetty heille huoltolautakunnalle riidattomasti siirtyvää lapsen omaisuuden hoitoa, ainakin lapsen huostaan ottamisen johtuessa muusta syystä kuin vanhempien kykenemättömyydestä sanottuun omaisuuden hoitoon.⁴⁸ Kun siis LSL:n 12 §:n 2 momentin ja 21 §:n 1 momentin sanamuodot, huolimatta siitä, ettei näissä lainkohdissa ole käytetty nimitystä lapsen huolto, kuitenkin viittaavat siihen, että huoltolautakunnan huostaan otetun lapsen tai nuoren henkilön oikeudellinen huolto siirtyy lautakunnalle ja myös asialliset näkökohdat puhuvat tämän käsityksen

⁴⁵ OttolapsL 14 § 1 mom.

⁴⁶ Vrt. OttolapsL 3 §.

⁴⁷ Vrt. OttolapsL 14 § 1 mom.

⁴⁸ Ks. myös LSL:n 21 §:n 3 mom. määräystä siitä, että huoltolautakunnan tulee asianomaiselle oikeudelle tehdä ilmoitus sen holhouksen alaiseksi joutuneesta lapsesta tai nuoresta henkilöstä. Vrt. Mäkinen—Ollinen, s. 554.

puolesta, lieenee katsottava, että lapsen oikeudellinen huolto todella siirtyy puheenaolevassa tapauksessa huoltolautakunnalle.⁴⁹

Ruotsalais-suomalaisessa oikeudessa on ollut vanhastaan sääntönä, että vain fyysillinen henkilö saattaa toimia vajavaltaisen holhoojana.⁵⁰ Tästä periaatteesta tehtiin jo kesäkuun 1 päivänä 1922 annetussa KöyhäinhL:ssamme poikkeus. Sanotun lain 59 §:ssä säädetään nimitäin, että hoidokas, joka on otettu kunnan täyteen huolenpitoon, jonka voidaan otaksua kestävän hänen koko loppuikänsä, on köyhäinhuoltolautakunnan holhouksen alainen. Tammikuun 17 päivänä 1936 annetulla lailla kumotun KöyhäinhL:n 60 §:n nojalla joutui myös alaikäinen, joka köyhäinhoidon kustannuksella sai täyttä ja pysyväistä hoitoa ja kasvatusta poissa vanhempainsa tahi holhoojansa kotoa, köyhäinhuoltolautakunnan holhouksen alaiseksi.⁵¹ Kun köyhäinhuoltolautakunnan tehtävät kunnallisesta huoltolautakunnasta äsken mainittuna päivänä annetun lain nojalla ovat siirtyneet huoltolautakunnalle, voi kuitenkin voimassaolevan oikeutemme mukaan vain huoltolautakunta olla lapsen holhoojana ja siis myös sen huoltajana.⁵² Julkisenä viranomaisena eroaa huoltolautakunta siinä määrin muista huoltajista, että pidämme sopivimpana käsitellä sen toimesta tapahtuvaa huoltoa niiden huollosta erillään. Koska huoltolautakunta on hallinnollinen viranomainen, nimitämme sen huoltoa seuraavassa hallinnolliseksi huolloksi. Lapsen huoltoon holhousoikeudellisenä käsitteenä sisällytämme siis lakimääräisen, määräyksenvaraisen ja hallinnollisen huollon.

⁴⁹ Näin myös *Hakulinen*: Finnische Gesetzgebung, s. 133.

⁵⁰ *Winroth*: Sv. C. IV, s. 41.

⁵¹ Ks. KöyhäinhL 59 ja 60 § alkuperäisessä muodossaan.

⁵² Laki kunnallisesta huoltolautakunnasta 1 ja 10 §. Kun KöyhäinhL:n 60 § on kumottu, ei huoltolautakunta enää voi tulla KöyhäinhL:n säännösten nojalla sellaisen lapsen tai nuoren henkilön holhoojaksi, johon LSL:n säännöksiä on sovellettava. Vrt. LSL 1 § ja 9 § 1 mom.

II. HUOLTO-OIKEUDEN OLEMUS JA ERAITA SITA KOSKEVIA YLEISIÄ PERIAATTEITA.

1. HUOLTO-OIKEUDEN OLEMUS.

Huolto-oikeuden olemus ei ole helposti määrättävissä. Kuten esittämästämme määritelmästä selviää, käsittää huolto oikeuden ja velvollisuuden määrätä kaikista lapsen henkilöä koskevista asioista. Huollossa on siis keskeinen merkitys mainitulla huoltajan oikeudella ja velvollisuudella. Huolto-oikeuden olemuksen selvittämiseksi onkin senvuoksi niiden lähempi tarkastelu välttämätöntä.

Oikeus objektiivisessa mielessä voitaneen määritellä yhteiskunnassa vaikuttavan tahdon ilmaukseksi eli valtion voimassaolevien oikeusnormien kokonaisuudeksi. Oikeus tässä merkityksessä on siis sama kuin valtion oikeusjärjestys.¹ Tieteisopissa yleisesti kannatusta saavuttaneen mielipiteen mukaan perustuu objektiiviseen oikeuteen subjektiivinen eli subjektillinen² oikeus³, jonka tarkoituksena on suoda

¹ Ks. *Montgomery*, s. 251; *Ekström*, s. 8 s.; *Hermanson*, s. 1; *Caselius*: Omistajankiinnityksestä, s. 4; *Wrede*: Oikeus- ja yhteiskuntajärjestys, s. 5 ss.; *Serlachius*: Lainopin alkeet, s. 56 s.; *Honkasalo*: Vahvistuskanneoikeudesta, s. 1; *Merikoski*: Yhdistymisvapaudesta, s. 43; *Sainio*, s. 3 s.; *Voipio*, s. 227; *Raninen*, s. 47; *Kekkonen*, s. 1 s.; *Brusiin*, s. 1; *Knoph*, s. 23; *Reuterskiöld*, s. 58 ss.; v. *Tuhr* I, s. 21 ss. ja s. 56; *Gierke* I, s. 112 s.; *Ihering*: Geist des römischen Rechts III, 1, s. 328; *Sama*: Der Zweck im Recht I, s. 249; *Kipp-Wolff*, s. 62 ss.; *Windscheid* I, s. 87 s.; *Endemann* I, s. 22.

² Subjektiivisen oikeuden asemesta puhuvat eräät tutkijat subjektillisesta oikeudesta. Ks. *Kaila*: Lm 1937, s. 445, muist. 1.

³ *Ekström*, s. 8 s. ja s. 159; *Wrede*: Oikeus- ja yhteiskuntajärjestys, s. 43; *Serlachius*: Lainopin alkeet, s. 57; *Caselius*: Omistajankiinnityksestä, s. 5 ss.; *Honkasalo*: Vahvistuskanneoikeudesta, s. 2; *Granfelt*: Den materiella, s. 6; *Sjöström*: Om tredskodom, s. 200; *Frey*, s. 1; *Alanen*: Hätävarjelus, s. 29; *Sainio*, s. 3; *Raninen*, s. 47; *Gierke* I, s. 252; *Windscheid* I, s. 87; *E. Zitelmann*: Internationales Privatrecht I, Leipzig 1897, s. 56 s.; *Hagerup*, s. 49 s. Toisin esim. *Dernburg*, joka väittää, että subjektiivinen oikeus on ollut olemassa ennen objektiivista oikeutta ja että viimeksimainittu on syntynyt subjektiivisista oikeuksista. Ks. *Dernburg*: Pandekten I, s. 65.

jokaiselle yksilölle rajoitettu valtapiiri. Objektiivinen oikeus osoittaa määrätyin edellytyksin yksilölle valtapiirin, jossa hänen tahtonsa on määräävänä. Subjektiivinen oikeus on siis voimassaolevan oikeuden nojalla yksilölle sanotussa valtapiirissä kuuluva määräämisoikeus.⁴ Oppi subjektiivisesta oikeudesta on kuitenkin viime aikoina saanut osakseen paljon vastustusta. Tähän lienee suuresti vaikuttanut käsitys valtion luonteen muuttumisesta. Erikoisesti valistusajalla pidettiin valtion tehtävänä huolehtia siitä, että yksilöt saavat häiritsemättömästi nauttia oikeuksiaan. Käytännössä ei valtion tehtävä ole kuitenkaan koskaan rajoittunut tähän, vaan valtio on ottanut itselleen yhä enemmän positiivisia tehtäviä. Luonteenomaisia nykyaikaiselle valtiolle ovat varsinkin ne lukemattomat sosiaaliset tehtävät, joihin valtio on ryhtynyt.⁵ Viimeksimainituissa suhteissa se on lainsäädännössään puuttunut siinä määrin yksilöiden vapauspiiriin, että mainittu sille valistusajan käsityksen mukaan kuulunut tehtävä on tullut kysymyksenalaiseksi. Niinpä valtio ei esim. kansallissocialismin oppien mukaan ole syntynyt suojaamaan yksilöitten intressejä, vaan on niiden yläpuolella oleva oman itsenäisen arvon omaava realiteetti. Yksilö ei ole olemassa itsensä, vaan kansakunnan vuoksi, eikä oikeusjärjestyksen asiana ole ainakaan ensi sijassa yksilön, vaan kansakunnan suojaaminen. Myös Italiassa vallalla olevan fascistisen kannan mukaan voi yksilöllä olla oikeuksia vain, mikäli ne soveltuvat valtion tarkoituksiin.⁶

Tieteisopissa ovat eräät tutkijat kokonaan kieltäneet subjektiivisen oikeuden olemassaolon. He väittävät, että oikeus edellämainitsemassamme subjektiivisessa mielessä on vain eräs objektiivisen oikeuden ilmenemismuoto. Yksilöllä ei siis olisi objektiivisen oikeuden luomaa valtapiiriä, jossa hänen tahtonsa on määräävänä. Hänellä olisi korkeintaan oikeuksia valtion suhteen ja vain sen välityksellä oikeuksia epäsuorasti toisia kohtaan.⁷ Näistä tutkijoista on mainittava *Duguit*,⁸

⁴ *Ekström*, s. 8 s. ja s. 159; *Montgomery*, s. 253 ss.; *Honkasalo*: Vahvistuskanne-oikeudesta, s. 2; *Hermanson*, s. 4 s.; *Granfelt*: Den materiella, s. 6 s.; *Sjöström*: Om tredsokod, s. 200; *Sainio*, s. 4 s.; *Merikoski*: Yhdistymisvapaudesta, s. 43; *Frey*, s. 1; *Raninen*, s. 47; *Reuterskiöld*, s. 69; *Hagerup*, s. 50; *Hassler*: Om ställföreträdarskap, s. 2; v. *Tuhr* I, s. 54 s.; *Gierke* I, s. 251; *Windscheid* I, s. 88; *Cosack* I, s. 36.

⁵ *Honkasalo*: Nulla poena, s. 24.

⁶ *Honkasalo*: Nulla poena, s. 30 ja s. 35.

⁷ Ks. näiden mielipiteiden esityksestä *Rekola*, s. 3 s.

⁸ Ks. *Sainio*, s. 12 ss.; *Björkstén*: JFT 1925, s. 459; *Kekkonen*, s. 2 s.; *Rekola*, s. 3.

*Kelsen, Lundstedt, Hägerström ja Sainio.*⁹ Vaikka onkin myönnettävä subjektiivisen oikeuden menettäneen merkitystensä sen vuoksi, että valtio on lainsäädännössään yhä enemmän ja enemmän puuttunut yksilöiden vapauspiiriin, ovat kuitenkin mainitut subjektiivisen oikeuden käsitteen hylkäävät opit saaneet syystä osakseen suurta vastustusta.¹⁰ Erikoisesti yksityisoikeustieteessä lienee sanotulla käsitteellä yhä edelleen perustava merkitys. Sitä on sanottu mainitun oikeustieteen rakennuksen kulmakiveksi.¹¹ Kysymyksessä olevan käsitteen hylkääminen johtaisi koko yksityisoikeuden järjestelmän uudestaan luomiseen.¹² Tämän vuoksi subjektiivisen oikeuden olemassaolon kieltäjätkin myöntävät, että sanotun oikeuden käsitettä voidaan käyttää tieteellisessä tutkimustyössä.¹³

Myös subjektiivisen oikeuden olemuksesta ollaan tieteisopissa eri mieltä. Suurta kannatusta on saavuttanut ns. tahtoteoria, jonka mukaan puheenaolevalle oikeudelle on oleellista yksilön valta tahtoa jatkain. Subjektiivinen oikeus on objektiivisen oikeuden yksilölle antama tahdonvalta.¹⁴ Tahtoteoriaa vastustaa intressiteoria, jonka kannattajat väittä-

⁹ Ks. *Kelsen*, s. 40 ss.; *A. V. Lundstedt*: *Obligationsbegreppet I*, Uppsala 1929, s. 68 ss.; *Sama*: *Kritik av nordiska skadeståndsläror*, TFR 1923, s. 66 ss. ja s. 72 ss.; *A. Hägerström*: *Är gällande rätt uttryck av vilja?* Festschrift tillägnad Vitalis Norström, Göteborg 1916, s. 171 ss.; *Sama*: *Till frågan om den objektiva rättens begrepp, I Viljeteorien*, Uppsala 1917, s. 1 ss.; *Sainio*, s. 11 ss.; *Sama*: *Eräitä oikeuden olemusta käsitteleviä teorioja*, DL 1928, s. 91 ss. Vrt. sanotuista mielipiteistä ja niiden arvostelusta meillä *Caselius*: Lm 1929, s. 330 ss.; *Sama*: JFT 1929, s. 177 ss.; *Björkstén*: JFT 1925, s. 459; *Rekola*, s. 2 ss.; *Raninen*, s. 47 ss.; *Kekkonen*, s. 2; *Kaira*: *Valtio-oikeuden suhde valtio-oppiin ja politiikkaan*. Festschrift för professorn, jur. utr. dr. Otto Hjalmar Granfelt, Helsinki 1934, s. 344 ss.; *Kauppi*, s. 289 s.; *Kastari*: Lm 1937, s. 15; *A. Hernberg*: *Gäldförhållandet*, Helsinki 1934, s. 14 s.

¹⁰ Ks. tässä suhteessa edellisessä alimuistutuksessa mainittua kotimaista kirjallisuutta.

¹¹ Ks. v. *Tuhr I*, s. 53; *Sainio*, s. 1. Vrt. *Kauppi*, s. 289 s.; *Rekola*, s. 4; *Kekkonen*, s. 3; *Caselius*: Lm 1929, s. 334.

¹² Ks. *Sainio*, s. 14; *Rekola*, s. 4; *Björkstén*: JFT 1925, s. 459; *Kauppi*, s. 289 s.; *P. Heck*: *Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre*. Tübingen 1936, s. 36 ss.

¹³ Vrt. *Sainio*, s. 14 ss.; *Rekola*, s. 4; *Björkstén*: JFT 1925, s. 459; *Lundstedt*: TFR 1923, s. 73; *Kelsen*, s. 51 s.; v. *Tuhr I*, s. 61.

¹⁴ Tämän suunnan perustajana pidettäneen *Windscheidia*. Ks. *Windscheid I*, s. 88 s.; *Cossack I*, s. 36 s. Vrt. v. *Tuhr I*, s. 56 ss. Myös meidän tieteisopissamme ovat eräät tutkijat asettuneet selvästi tahtoteorian kannalle. Ks. *Montgomery*, s. 254 ss.; *Wrede*: *Oikeus- ja yhteiskuntajärjestys*, s. 43; *Hernberg*: *Yleissiviilioikeus*, s. 30. Vrt. *Caselius*: *Omistajankiinnityksestä*, s. 12 ss.; *Honkasalo*: *Vahvistuskanneoikeudesta*, s. 2 ss.; *Sainio*, s. 4 s.; *Granfelt*: *Den materiella*, s. 6;

vät, että subjektiivisen oikeuden sisältönä on yksilön intressi. Tämän teorian perustaja on *Ihering*, ja hänen mukaansa määritellään subjektiiviset oikeudet tavallisesti oikeudellisesti suojatuiksi intresseiksi.¹⁵ Sanottujen teoriain ohella on kuitenkin syntynyt useita välittäviä teorioita, jotka ovat lähentäneet tahto- ja intressiteoriaa toisiinsa.¹⁶ Käsityksemme mukaan ovatkin juuri nämä välittävät teoriat osuneet oikeaan. Tahdonvaltaa lienee pidettävä subjektiivisen oikeuden muodollisena, intressiä sen aineellisena sisältönä. Kysymyksessä olevan oikeuden määrittelemisen yksilön oikeudelliseksi tahdonvallaksi ei ilmaise mitään siitä sisällöstä, jota jokainen tahdonvalta aina edellyttää. Tahdonvallan sisältönä voi taas olla vain objektiivisen oikeuden tunnustama oikeushyvä, joka subjektiiviselta kannalta katsottuna on oikeusintressi.¹⁷ Myös yksilön intressiä lienee näin ollen pidettävä subjektiivisen oikeuden sisällöllisenä tunnusmerkkinä.¹⁸ Intressikäsitettä on kuitenkin tässä rajoitettava siten, että sillä tarkoitetaan vain objektiivista eli keskimääräis-intressiä. Sanotun intressin määrittelee *Kaila* aineellista tai henkistä olemassaoloamme tai hyvinvointiamme mahdolliseksi tekeväksi tai edistäväksi, tarvetta tyydyttäväksi tai abstraktis-aatteelliseksi hyväksi.¹⁹ Objektiivinen intressi eroaa subjektiivisesta intressistä siinä, ettei ensiksimmäintuun sisälly yksilöllisestä arvioinnista johtuvaa mielenkiintoa johonkin oikeushyvään.²⁰

Hyväksyttyämme subjektiivisen oikeuden käsitteen edellämäinitussa merkityksessä herää kysymys, perustaako huoltosuhde huoltajalle subjektiivisen oikeuden. Luonnollista on, että kysymyksen tarkastelussa on tehtävä ero lakimääräisen, määräyksenvaraisen ja hallinnollisen huoltajan välillä. Luonnonjärjestyksestä johtuu, että vanhempien intressei-

Kekkonen, s. 5 ss.; *Raninen*, s. 47; *Merikoski*: Yhdistymisvapaudesta, s. 43; *Frey*, s. 1 ja s. 10; *Rekola*, s. 4 ss.

¹⁵ Ks. *Ihering* III, s. 338 ss. Vrt. myös *Ekström*, s. 159 ss.; *Caselius*: Omistajankiinnityksestä, s. 19 s.; *Sjöström*: Om tredskodom, s. 200; *Kekkonen*, s. 5 ss.; *Honkasalo*: Vahvistuskanneoikeudesta, s. 3 muist. 16; *Rekola*, s. 5.

¹⁶ Ks. näistä *Caselius*: Omistajankiinnityksestä, s. 20 muist. 1; *Honkasalo*: Vahvistuskanneoikeudesta, s. 2 ss.; *Voipio*, s. 229; *Kekkonen*, s. 9 ss.; *Rekola*, s. 6; *Endemann* I, s. 59 alimuist. 1; *Platou*, s. 6.

¹⁷ *Honkasalo*: Vahvistuskanneoikeudesta, s. 3 s.; *Georg Jellinek*: System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen 1919, s. 43 ss.

¹⁸ *Honkasalo*: Vahvistuskanneoikeudesta, s. 2 s.; *Voipio*, s. 229; *Montgomery*, s. 256; *Sjöström*: Om tredskodom, s. 200 muist. 1; *Caselius*: Omistajankiinnityksestä, s. 19 ss.; *Mannio*: Lm 1918, s. 36 s.; *Dernburg*: Das bürgerliche Recht I, s. 111 ss.

¹⁹ *Kaila* I, s. 62. Samoin *Kekkonen*, s. 5.

²⁰ *Kekkonen*, s. 5; *Kaila* I, s. 62.

hin kuuluu lastensa hoitaminen ja kasvattaminen. Heille ei suinkaan ole samantekevää, uskotaanko heidän lastensa huolto heille vai jollekulle muulle henkilölle. Vanhempien rakkaudesta lapsiinsa syntynyt halu määrätä lapsen henkilöä koskevissa asioissa käsittäänee siis juuri mainitsemamme objektiivisen intressin, ja kun lasten huolto on oikeusjärjestyksemme mukaan suorastaan lainsäädännöksen perusteella uskottu avioliiton vanhemmille ja aviottoman lapsen äidille, ei voitane epäillä, että heille on täten perustettu subjektiivinen oikeus. Avioliiton vanhempien ja aviottoman lapsen äidin oikeutta lapsensa huoltoon lienee siis pidettävä subjektiivisena oikeutena.²¹ Tämän osoituksena on myös se, että lapsen vanhemmilla on oikeus hakea muutosta oikeuden tai hallinnollisen viranomaisen päätökseen, jolla heidät on erotettu lapsensa huollosta.²² Lakimääräiseen huoltajaan verrattuna määräyksenvarainen huoltaja on sikäli eri asemassa, ettei viimeksimainitulla ole sitä luonnonjärjestykseen perustuvaa intressiä huollettavan henkilöä koskevien asioiden määrittämiseen kuin lakimääräisellä huoltajalla. Kun myös määräyksenvaraiselle huoltajalle on kuitenkin meillä käytännössä myönnetty oikeus hakea muutosta päätökseen, jolla hänet on erotettu lapsen holhouksesta, osoittanee tämä käytännön asettuneen sille kannalle, että huoltosuhde perustaa hänellekin subjektiivisen oikeuden sanottuun tehtävään.²³ Tätä käytännön omaksumaa kantaa lieneekin pidettävä oikeana. Lapsen huolto on arkaluontoinen tehtävä. Ilmeistä on, että juuri erikoisesti lapsen menestyksellinen kasvattaminen edellyttää läheistä suhdetta huoltajan ja lapsen välillä. Koska lainsäätäjä on tuntenut sen suuren merkityksen, mikä tällaisen suhteen syntymisellä on huoltajalle kuuluvien tärkeiden velvollisuuksien täyttämisessä, hän on ilmeisesti tarkoittanut määräyksenvaraisen huoltajan ja lapsen välille perustettavaksi mikäli mahdollista samanlaisen suhteen, kuin vanhemmilla on lapsiinsa. Huoltajan sisäiselle kiintymykselle lapseen ja tehtäväänsä on siis annettu suuri arvo. Määräyksenvaraisellakin huoltajalla on objektiivinen intressi huoltoon ja tästä johtuu, että sitten kun hänet

²¹ Vrt. Saksan oikeuden kannalta v. *Tuhr I*, s. 59 ja s. 145.

²² Vrt. HL 23, 57 ja 74 §, AL 80 ja 81 § verr. 116 §; LSL 12 § 1 mom ja 17 §. Yksilön oikeus saada subjektiivinen oikeutensa oikeudenkäyntitietä toteutetuksi ei sisällä subjektiiviseen oikeuteen sen ainesosana. Ks. esim. v. *Tuhr I*, s. 240 ss.; *Honkasalo*: Vahvistuskannaoikeudesta, s. 10 s.; *Sundström*: Asianosaikäsitteestä, s. 21; *Rekola*, s. 6 ss.; *Hernberg*: Yleissiviilioikeus, s. 38 s. Vrt. *Kekkonen*, s. 17; *Tarjanne*: Lm 1937, s. 115 ss. Vrt. *Ollinen*, s. 10 ja s. 15.

²³ Muutoksenhakuoikeuden kieltäminen määräyksenvaraiselta huoltajalta edellyttäisi ilmeisesti nimenomaista sitä koskevaa lausumaa.

on tähän tehtävään määrätty, hänellä on myös oikeus hoitaa se loppuun. Lapsen huollosta voidaan hänet erottaa vain, ellei hän pysty tehtävänsä täyttämään, eikä esim. sillä perusteella, että toinen henkilö haluaa tulla lapsen huoltajaksi.^{23a} Päätökseen, jolla hänet huollosta erotetaan, hän saa senvuoksi hakea muutosta. Kuten jo olemme maininneet, on siis tässä kysymys sekä lakimääräisen että määräksenvaraisen huoltajan objektiivisesta intressistä. Huoltajan kysymyksessä olevaa intressiä ei siis voida määrätä silmälläpitäen yksilöllisestä arvioinnista johtuvaa mielenkiintoa tai vastenmielisyyttä puheenaolevaan tehtävään. Usein voi sattua, ettei lapsen huoltajalla ole käytännössä lainkaan intressiä tähän tehtävään.²⁴ Huoltajan sanotun oikeuden luonteeseen ei myöskään vaikuttane se, että huolto on myös huoltajalle määrättyssä tarkoituksessa kuuluva velvollisuus ja että huoltaja on tehtävässään sidottu lukuisiin lain määräyksiin. Myös esineen omistaja voi esim. sopimuksen perusteella olla velvollinen käyttämään esinettä määrättyssä tarkoituksessa ilman, että tällä on vaikutusta omistusoikeuden perustamaan subjektiiviseen oikeuteen.²⁵ Käsityksemme mukaan perustaa siis huoltosuhde sekä lakimääräiselle että määräksenvaraiselle huoltajalle subjektiivisen oikeuden hänelle uskotun tehtävän hoitamiseen.²⁶

Huoltosuhteen lakimääräiselle ja määräksenvaraiselle huoltajalle perustama subjektiivinen oikeus antaa kuitenkin yksipuolisen kuvan heidän huolto-oikeutensa olemuksesta. Sanotuille huoltajille annettu oikeus lapsen henkilöä koskevien asioiden hoitamiseen käsittää myös samalla velvollisuuden.²⁷ Huoltaja on sekä valtiota että lasta kohtaan velvollinen suorittamaan hänelle uskotun tehtävän. Tämän velvollisuutensa täyttämiseksi hänelle on annettu useita erilaisia oikeutuksia (befogenheter), esim. lapsen kuritusoikeus, sen valvomisoikeus jne. Näitä ei voida pitää erillisinä huoltajalle kuuluvina subjektiivisina oikeuksina,

^{23a} Vrt. kuitenkin lakimääräisen ja määräksenvaraisen huoltajan keskinäiseen suhteeseen jäljempänä s. 72.

²⁴ Ks. edellä s. 25; v. *Tuhr* I, s. 59; *Wrede*: Oikeus- ja yhteiskuntajärjestys, s. 44.

²⁵ v. *Tuhr* I, s. 59.

²⁶ Samoin ulkomaisen oikeuden kannalta *Knoph*, s. 25 s.; v. *Tuhr* I, ss. 59 ja 145; *Gehring*, s. 14. *Borumin* käsityksen mukaan ei Tanskan oikeuden vanhempainvalta ole sitävastoin subjektiivinen oikeus, vaan sosiaalinen tehtävä. Ks. *Borum*, s. 78.

²⁷ Ks. *Windsheid* I, s. 92 s.; *Gierke* I, s. 261 alimuist. 12; *E. I. Bekker*: *System des heutigen Pandektenrechts* I, Weimar 1886, s. 77 s.; *Gehring*, s. 14 s.; *Bentzon*: *Familieretten* I, 1924, s. 8 s.; *Knoph*, s. 72; *Arnholm*, s. 42; *Montgomery*, s. 272 s.; *Ekström*, s. 225.

vaan subjektiivisesta oikeudesta johtuvina oikeutuksina.²⁸ Yleensä oltaneen sitä mieltä, että lapsen henkilöä koskevien asioiden hoidossa on kysymyksessäolevalla velvollisuudella ratkaiseva merkitys ja että suurin osa mainituista oikeutuksista on annettu huoltajalle lähinnä vain tämän velvollisuuden täyttämiseksi.²⁹

Huoltajan puheenaoleva velvollisuus kohdistunee ensisijaisesti ja välittömästi lapseen ja vasta toissijaisesti valtioon.³⁰ Tästä taas johtuu, että huollossa tulee yleensä lapsen edun olla määrävänä.³¹ Mitä lapsen etu kussakin tapauksessa vaatii, ei ole kuitenkaan aina helposti määrittävissä. Siitä, onko esim. ruumiillinen kuritus tai lapsen kasvataminen jonkin määrätyn maailmankatsomuksen mukaan sille parhaaksi, voidaan olla eri mieltä. Yleisenä sääntönä lienee kuitenkin, että mainittuja oikeutuksiaan käyttäessään huoltajan on pidettävä ensisijaisesti silmällä lapsen etua. Useissa tapauksissa näiden oikeutuksien käyttäminen on luvallista vain lapsen edun sitä vaatiessa ja huoltaja on myös samalla velvollinen käyttämään niitä. Niinpä on esim. hänen kuritusoikeutensa myös velvollisuus lasta kohtaan. Kuritus on luvallista vain kasvatustarkoituksessa ja ellei se tapahdu tässä mielessä, se on oikeuden vastaista. Samoin on huoltajan oikeus antaa suostumuksensa huollettavan avioliittoon säädetty lapsen etua silmälläpitäen. Huoltajan velvollisuus on estää arvostelukyvytöntä lasta solmimasta sille epäedullista avioliittoa. Luonnollisena seurauksena lapsen edun ensisijaisuudesta on, ettei huoltaja saa käyttää hänelle annettuja oikeutuksia omaksi edukseen, jos se on ristiriidassa lapsen edun kanssa. Hän ei saa esim. evätä suostumustaan lapsen avioliittoon tai sille edulliseen työ sopimukseen sentähden, että hänelle itselleen olisi edullista käyttää lasta ilmaisena työvoimana kotonaan.³²

Lapsen edun toteuttaminen kaikissa huoltajan määrättävissä asioissa on kuitenkin käytännössä mahdotonta. Kuten jo mainittiin, on usein

²⁸ Vrt. *Ekström*, s. 250 s.; *Montgomery*, s. 258; *Hermanson*, s. 5; *J. Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I*, Berlin 1904, s. 150 ss.; *Gierke I*, s. 254 s.; *v. Tuhr I*, s. 61.

²⁹ Ks. *Windscheid I*, s. 92 s.; *Bentzon: Familieretten I*, 1924, s. 8 s.; *Knoph*, s. 72; *Arnholm*, s. 42; *Montgomery*, s. 272; *Ekström*, s. 225.

³⁰ Vrt. *Granfelt: Officialprincipen*, JFT 1912, s. 5 s.; *Willgren*, s. 303 s.; *Wrede: Civilprocessrätt I*, s. 34 s.

³¹ *Egger II*, 2, s. 59; *Schulthess*, s. 2; *Knoph*, s. 72; *Arnholm*, s. 42; *Bentzon: TFR 1920*, s. 284. Se, että lapsen etu on otettava ensisijaisesti huomioon sen huollossa, selvinnee myös eräistä positiivisen oikeutemme säännöksistä. Ks. HL 23 § 2 mom.; AULapsL 3 § 2 mom.; OttolapsL 3 § verr. 4 § 1 mom.

³² Vrt. *Cosack II*, 2, s. 220.

vaikea sanoa, mitä todella on pidettävä lapsen etuna. Sitäpaitsi voi huoltajan ja lapsen etu joutua ristiriitaan jokapäiväisten huoltoon kuuluvien asioiden hoidossa, joihin lapsen etua valvovat viranomaiset eivät voi puuttua muuta kuin huoltajan ilmeisesti väärinkäyttäessä tai laiminlyödessä tehtävänsä. Tällaisissa tapauksissa huoltaja voi helposti toteuttaa omia intressejään, vaikka se olisikin vastoin lapsen etua.³³

Huoltajan omille intresseille on myös sijaa hänen subjektiivisessa oikeudessaan olla lapsen huoltajana. Tätä osoittanee se, että huoltaja voidaan vain lain määräämissä tapauksissa erottaa tehtävästään, eikä siis, käyttääksemme ennen mainittua esimerkkiä, ellei hän ole törkeästi väärinkäyttänyt tai laiminlyönyt tehtäviään, yksinomaan sillä perusteella, että häntä pystyvämpi henkilö voitaisiin määrätä lapsen huoltajaksi.^{33a}

Mitä edellä on sanottu lakimääräisen ja määräyksenvaraisen huolto-oikeuden olemuksesta, ei pidä paikkaansa hallinnollisen huollon osalta. Huoltolautakunta on julkinen viranomainen. Lapsen huoltoon sillä on viranomaisille yleensä kuuluva toimivalta, jota toiselta puolen vastaa toimivellisuus. Lautakunnalla on edellämainitut huoltovellisuuden täyttämiseksi annetut oikeudet, kuten kuritusoikeus, mutta huoltosuhde ei sitävastoin perusta sille kosketeltua subjektiivista oikeutta puheenaolevaan tehtävään. Lapsen huoltoa ei ole annettu lautakunnalle sen omien yksilöllisten intressien, vaan lapsen ja julkisen intressin toteuttamiseksi. Lakimääräisestä ja määräyksenvaraisesta huollosta eroaa siis hallinnollinen huolto oleellisesti siinä suhteessa, että kahdessa ensiksi mainitussa on jossain määrin sijaa huoltajan yksilöllisille intresseille, hallinnollisessa huollossa ei sitävastoin lainkaan.³⁴ Tärkeä ero on myös siinä, ettei hallinnollinen huoltaja saa hakea yleensä muutosta päätökseen, jolla sen toimenpide lapsen huostaanottamisesta on hylätty.³⁵

³³ Huoltajan omien intressien toteuttamiselle on paljon mahdollisuuksia esim. lapsen kasvatuksessa, koulun ja ammatin valitsemisessa sille jne.

^{33a} Vrt. s. 72.

³⁴ Ks. R. Erich: Kompetensfördelning, kompetensprövning och kompetenskontroll enligt Finlands författningsrätt, JFT 1924, s. 72 s.; Sama: Valtio-oikeus II, s. 289 s.; Ståhlberg: Hallinto-oikeus I, s. 109 ss.; Willgren, s. 137 ss.; Tarjanne: Virkasuhteen lakkaaminen, s. 18 s.; Hatschek, s. 323 ss.

³⁵ LSL 17 § 1 ja 2 mom. sekä 51 §. KHO p. 9/5 1938 N:o 1916. Vrt. KöyhäinhL 70 §.

2. HUOLTOSUHTEESTA JOHTUVIEN OIKEUKSIEN JA VELVOLLISUUKSIEN TOTEUTTAMINEN.

Perhesuhteesta johtuville henkilöön kohdistuville oikeuksille on yleensä ominaista, ettei niiden toteuttaminen perheoikeudellisella kanneella ole mahdollista.³⁶ Tämä koskee erikoisesti aviopuolisoiden keskinäisiä henkilökohtaisia oikeussuhteita. Avioliitosta johtuviin puolisoiden oleellisiin henkilökohtaisiin oikeuksiin kuuluu esim. oikeus asua yhdessä³⁷ ja oikeus sukupuoliyhteyden harjoittamiseen. Kuitenkin on näiden oikeuksien toteuttaminen vastoin toisen puolison tahtoa oikeudellisin keinoin mahdotonta. Jos puoliso ilman pätevää syytä kieltäytyy asumasta toisen puolison kanssa tai harjoittamasta sukupuoliyhteyttä hänen kanssaan, loukattu puoliso ei voi oikeudellisin keinoin saattaa kysymyksessäolevia oikeuksiaan voimaan. Hän ei saa väkivalloin toteuttaa niitä³⁸ eikä voi myöskään oikeudessa ajaa kannetta toisen puolison velvoittamiseksi asettumaan hänen kanssaan asumaan tai harjoittamaan sukupuoliyhteyttä hänen kanssansa. Puolison oikeus hakea avioeroa sillä perusteella, että toinen puoliso pätevättä syyttä karttaa yhteiselämää, on omiaan välillisesti pakottamaan puolisoja keskinäisten henkilökohtaisten velvollisuuksien täyttämiseen, mutta avioeronkaan avulla puoliso ei saa sanottuja oikeuksiaan toteutetuksi. Hän menettää päinvastoin kaiken mahdollisuuden tähän. Kosketeltu perhesuhteesta johtuville puhtaasti henkilökohtaisille oikeuksille luonteenomainen piirre johtuu kysymyksessäolevien oikeuksien eettisestä luonteesta. Ketään ei voi pakottaa alistumaan mainittujen oikeuksien toteuttamiseen. Tällaiseen pakkoon perustuva avioliitto olisi joka tapauksessa luotu sortumaan. Nykyaikana olisi näiden oikeuksien toteuttamisen turvaaminen pakkokeinoin vastoin yhteiskunnassa vallitsevaa käsitystä.

³⁶ *Bentzon*: Familieretten I, 1924, s. 8; RGR Komm. IV, s. 1.

³⁷ Puolisoiden yhdessäasuminen ei ole kuitenkaan avioliiton kannalta oikeudellisesti välttämätöntä. Mikään ei estä puolisoja sopimasta, että he asuvat esim. eri paikkakunnilla. Tällaiseen sopimukseen perustuva erillään asuminen ei luonnollisesti oikeuta puolisoa hakemaan avioeroa sillä perusteella, että toinen puoliso muka karttaa yhteiselämää. Vrt. AL 76 §.

³⁸ Jos aviomies pakottaa vaimonsa kanssansa sukupuoliyhteyteen, ei häntä voitane tosin rangaista väkisinmakaamisesta, koska sanottu rikos edellyttää naisen pakottamista luvattomaan sekaannukseen. Sitävastoin hänet voidaan tuomita rangaistukseen pakottamisesta. Ks. RL 25: 4 ja 12; *Forsman*: De särskilda brotten I, s. 120.

Myös huoltosuhde on pohjimmaltaan eettinen suhde. Aviopuolisoiden keskinäisistä henkilöä koskevista oikeussuhteista se eroaa kuitenkin siinä, että siitä johtuvien oikeuksien ja velvollisuuksien oikeudellinen toteuttaminen on paljon laajemmassa mielessä mahdollista kuin ensiksi-mainitussa suhteessa. Tätä tarkasteltaessa on ensinnäkin muistettava, että aviopuolisoiden keskinäiset henkilöä koskevat oikeudet ja velvollisuudet ovat yleensä luonteeltaan puhtaasti henkilökohtaisia. Niiden siirtäminen toiselle henkilölle ei ole mahdollista.³⁹ Huoltajalle kuuluvat tehtävät voi sitävastoin toinenkin henkilö suorittaa. Kun huoltosuhteesta huoltajalle johtuvien velvollisuuksien toteuttaminen on lapsen ja myös yleisen edun kannalta välttämätöntä, on valtiovallan pakko huolehtia siitä, että se todella tulee tehdyksi. Koska tämä tehtävä on ensisijaisesti uskottu lapsen huoltajalle, on luonnollista, että hänellä tulee olla keinoja velvollisuuksiensa täyttämiseksi.

Roomalaisen oikeuden isänvalta oli luonteeltaan esinekohtainen oikeus. Perheenlapset olivat lähinnä rinnastettavissa orjiin ja muihin esineisiin. Huolimatta roomalaisen oikeuden isänvallan ja oikeutemme huoltosuhteen suurista eroavaisuuksista ei voitane kieltää, että myös huoltajan sanottuun suhteeseen perustuva oikeus muistuttaa jossain määrin esineoikeudellista suhdetta.⁴⁰ Huoltajan ja huollettavan välinen suhde on luonteeltaan alistussuhde. Huollettava on alistussuhteessa huoltajaansa. Määräämisvalta melkein kaikissa lapsen henkilöä koskevissa asioissa kuuluu huoltajalle ja lapsi on velvollinen noudattamaan huoltajan niissä antamia määräyksiä sekä yleensä tottelemaan huoltajan käskyjä,⁴¹ ja ellei se tätä tee, huoltajalla on oikeus pakottaa se kaikkeen, mikä on sanotun tehtävän täyttämiseksi välttämätöntä. Jos lapsi esim. vastoin huoltajan tahtoa lähtee pois kotoa, huoltaja saa tuoda sen väkivalloin takaisin. Jotta lapsi saataisiin tottelemaan, ovat luvallisia myös ruumiillinen kuritus, moitteet ym. keinot, jotka muiden ihmisten tekeminä sisältäisivät rangaistavan teon.⁴² Kuten omistaja esineeseen nähden, huoltaja saa siis yleensä omin valloin toteuttaa oikeutensa lasta

³⁹ Vrt. v. Tuhr I, s. 219.

⁴⁰ Ks. v. Tuhr I, s. 145; Schrevelius III, s. 147.

⁴¹ Taranger, s. 2 s. Vrt. v. Tuhr I, s. 62 ja s. 145.

⁴² Sveitsin oikeudessa on nimenomainen lasten tottelemisvelvollisuutta koskeva säännös. Ks. ZGB 275 art. 1 mom. Sanottu lapsen velvollisuus selviää myös Code civilin 371 ja 374 art. Meillä ei ole tästä nimenomaista säännöstä, mutta kysymyksessäoleva velvollisuus on suoraan johdettavissa huollon luonteesta. Ellei lapsella olisi velvollisuutta totella huoltajan määräyksiä, olisi huoltajan tehtävän täyttäminen mahdotonta.

kohtaan. Välittömänä keinona tehtävänsä täyttämiseksi on siis huoltajalla lapsen pakottaminen noudattamaan hänen tahtoaan.

Turvautumalla mainittuun välittömään keinoon ei huoltaja kuitenkaan aina saa tahtoaan toteutetuksi. Tähän voi olla syynä se, etteivät hänelle annetut pakottamiskeinot ole kyllin tehokkaita taikka että lapsi on luonteeltaan sellainen, ettei niiden käyttäminen voi tulla kysymykseen, mutta myös esim. se, että hänen tehtäviensä täyttäminen kohtaa esteitä muiden kuin lapsen puolelta. Näissä tapauksissa tulee kysymykseen huoltoon kuuluvien tehtävien ns. välillinen toteuttaminen, joka tapahtuu siten, että huoltaja pyytää viranomaisilta apua tehtävänsä täyttämiseksi. Jos esim. kolmas ottaa lapsen luvottomasti haltuunsa tai huoltaja ei muusta syystä välittömin keinoin saa lasta palaamaan luokseen, hän voi saada tähän viranomaisten apua. Erikoisesti on huomattava, että jos lakimääräinen tai määräyksenvarainen huoltaja tarvitsee apua velvollisuuksiensa täyttämisessä, hän saattanee turvautua tätä varten holhous- tai huoltolautakunnan apuun.⁴³

Lapsen ja sen kanssa yhtäpitävä yleinen etu ei ole kuitenkaan riittävästi turvattu sillä, että huoltajalle on vain varattu mahdollisuus saada viranomaisten apua tehtävänsä täyttämisessä. Jos huoltaja laiminlyö tehtävänsä, täytyy myös viranomaisilla olla oikeus omasta aloitteestaan puuttua niihin. Tämä voi tapahtua monella eri tavalla. Huoltajalle annetaan varoitus ja määrätään, että hänen on ryhdyttävä lapsen hyväksi johonkin toimenpiteeseen, joka on sen ruumiilliseen, henkiseen tai siveelliseen hoitoon tarpeen. Lapselle määrätään suojeluvalvoja tai pahimmassa tapauksessa huoltaja erotetaan kokonaan tehtävästään.⁴⁴ Viimeksimainitussa tapauksessa määrätään lapselle oikeuden toimesta toinen huoltaja tai se otetaan huoltolautakunnan huostaan, jolloin huolto siirtyy sanotulle lautakunnalle lapsen hallinnollisena huoltajana. Päinvastoin kuin aviopuolisoiden henkilöön kohdistuviin oikeuksiin nähden on siis huoltajan tehtävien toteuttaminen välttämätöntä. Kun nämä tehtävät voi siirtää toiselle henkilölle, on siihen ryhdyttävä, jos huoltaja osoittautuu ilmeisesti toimeensa kykenemättömäksi. Huollon toteuttamisessa on siis tärkeä merkitys sillä, että jos huoltaja väärinkäyttää tai laiminlyö tehtävänsä, viranomaisella on määrätyissä tapauksissa oikeus ja samalla myös velvollisuus vastoin huoltajan tahtoakin puuttua niihin viran puolesta.

⁴³ Ks. HL 48 §; LSL 6, 7 ja 9 §; LSA 4 §.

⁴⁴ Ks. LSL 9, 11 ja 12 §; HL 57 §.

3. KUULUUKO LAPSEN HUOLTO JULKISEEN VAI YKSITYISEEN OIKEUTEEN?

Roomalaisen oikeuden ajoista lähtien on erotettu toisistaan julkinen ja yksityinen oikeus. Yksityisoikeuden selitetään säännöstelevän yksityisten välisiä perhettä, varallisuus oikeuksia ja yleensä yksityiselämää koskevia suhteita ja julkisen oikeuden julkisen vallan järjestelyä ja sen käyttöä. Tieteisopissa on kuitenkin esitetty eriäviä mielipiteitä siitä, mitä on pidettävä perusteena puheenaolevassa oikeuden kahtiajaossa.⁴⁵ Paljon kannatusta on saavuttanut ns. intressiteoria. Sen mukaan luetaan yksityisoikeuteen oikeussäännökset, joiden pääasiallisena tarkoituksena on yksityisten intressien huomioonottaminen, julkiseen oikeuteen taas valtion sekä muiden julkisten yhdyskuntain intressejä ensisijaisesti järjestävät oikeussäännökset.⁴⁶ Tämän teorian omaksuvat meillä mm. *Montgomery, Ekström, Wrede, Serlachius, Erich, Honkasalo, Kaila, Kekkonen ja Brusiin*.⁴⁷ Yksityisen ja julkisen oikeuden rajaa määräävistä teorioista on myös mainittava ns. subjektiteoriat, joiden mukaan oikeussuhde on julkisoikeudellinen, jos toinen tai molemmat subjektit esiintyvät siinä julkisen vallan kannattajan ominaisuudessa. Näiden teorioiden kannalla ovat mm. *Mayer, Fleiner, Jellinek ja Ståhlberg*.⁴⁸ Erikoisesti meidän oikeustieteessämme on viime aikoina voitannut alaa ns. Hatschekin laajennettu subjektiteoria. Sen mukaan kuuluu oikeussuhde julkiseen oikeuteen, kun toinen osapuoli on siinä toisen julkisen vallan alainen, olkoonpa tämä julkisen vallan kannattaja sitten valtio tai muu julkisoikeudellinen yhdyskunta sekä myös, kun molemmat keskenään tasa-arvoiset osapuolet ovat tällaisen julkisen vallan alaisia. Yksityisoikeudellinen on taas oikeussuhde, jossa eri osapuolten

⁴⁵ Ks. näistä mielipiteistä tarkemmin *Kaila I*, s. 69 ss.; *Andersen*, s. 16 ss.; *Fleiner*, s. 50 ss. Erikoisesti intressi- ja subjektiteorioista *Palme*, s. 104 ss.; *Merikoski*: Yhdistymisvapaudesta, s. 36 ss.

⁴⁶ Ks. esim. *Dernburg*: Das bürgerliche Recht I, s. 49; *Sama*: Pandekten I, s. 34; *Björöling*, s. 1.

⁴⁷ *Montgomery*, s. 1 ss.; *Ekström*, s. 5 s.; *Wrede*: Oikeus- ja yhteiskuntajärjestys, s. 27; *Serlachius*: Lainopin alkeet, s. 31; *Erich*: Valtio-oikeus I, s. 10; *Honkasalo*: Vahvistuskannetoikeudesta, s. 12 s.; *Kaila I*, ss. 73 ja 78; *Kekkonen*, s. 14; *Brusiin*, s. 134.

⁴⁸ *Otto Mayer*: Deutsches Verwaltungsrecht I, Systematisches Handbuch des Deutschen Rechtswissenschaft VI, München und Leipzig 1914, s. 15 s.; *Fleiner*, s. 50 s.; *Georg Jellinek*: Allgemeine Staatslehre, Berlin 1929, s. 386; *Ståhlberg*: Hallinto-oikeus I, s. 6. Vrt. *Ståhlbergin* kannan suhteen *Palme*, s. 107 ja *Merikoski*: Yhdistymisvapaudesta, s. 42 alimuist. 35.

väliset suhteet ovat riippumattomat heidän alistamisestaan julkisen vallan alaisiksi.⁴⁹ Tieteisopissamme hyväksyvät viimeksimainitun teorian *Granfelt, Möller ja Palme* sekä eräin varauksin myös *Merikoski*.⁵⁰

Kosketeltujen teoriain perusteella lienee kuitenkin vaikea määrätä mitään absoluuttista rajaa julkisen ja yksityisen oikeuden välille. Intressiteoriaa vastaan voidaan huomauttaa, että myös yksityisten välisiä oikeussuhteita säännösteltäessä julkinen oikeus on aina taustana.⁵¹ Kaikki oikeustieteen haarat käsittävät julkisen edun vuoksi säädettyjä oikeussäännöksiä. Kehitys on osoittanut, että sellaisetkin osat oikeusjärjestystä, jotka kuuluivat aikaisemmin riidattomasti yksityisoikeuteen, ovat tulleet yhä enemmän julkisoikeudellisen lainsäädännän kohteeksi. Julkinen intressi on siis saanut siinä määrin jalansijaa myös yksityisoikeudessa, ettei aina ole helppo ratkaista, onko sitä vai yksityistä intressiä pidettävä määräävänä.⁵² Subjektiteorioita on katsottu meidän oloihimme soveltumattomiksi, koska meillä pidetään oikeussuhdetta eräissä tapauksissa julkisoikeudellisena, vaikka molemmat osapuolet ovat yksityisiä henkilöitä, jotka eivät ole keskenään julkisoikeudellisessa yhteisvelvoitus-suhteessa.⁵³ Sitäpaitsi on sanottu, etteivät nämä teoriat, kuten ei myöskään laajennettu subjektiteoria, siinä tapauksessa, etteivät oikeusnormit synnytä mitään varsinaista oikeussuhdetta, osoita, onko normi julkis- vai yksityisoikeudellinen. Näin on esim. sen säännöksen laita, että alle 21-vuotias henkilö on alaikäinen.⁵⁴ Laajennettua subjektiteoriaa vastaan huomauttaa sitäpaitsi *Merikoski*, että sitä »juuri niiltä osilta, joissa se olennaisesti eroaa aikaisemmista subjektiteorioista (s.o. siinä, että saman julkisen vallan alaisten yksityisten henkilöiden välinen suhde kuuluu julkiseen oikeuteen) vaivaa sama epämääräisyys kuin intressiteorioita ja että tällaisissa tapauksissa sen seikan ratkaisu, kuuluuko yksilöiden välinen oikeussuhde julkiseen vai yksityiseen oikeuteen, viime kädessä kuitenkin riippuu julkisen intressin voimakkuudesta».⁵⁵

⁴⁹ *Hatschek*, s. 15. Vrt. *Merikoski*: Yhdistymisvapaudesta, s. 42; *Palme*, s. 107.

⁵⁰ *Granfelt*: Anmälan av *Palme*. Civilprocessens begrepp, JFT 1933, s. 401; *Möller*: JFT 1928, s. 456; *Palme*, s. 106 s.; *Merikoski*: Yhdistymisvapaudesta, s. 42 s. Vrt. *Granfelt*: Civilprocessrätt, s. 20.

⁵¹ *Erich*: Valtio-oikeus I, s. 10.

⁵² Vrt. *Knoph*, s. 36; *Serlachius*: Lainopin alkeet, s. 31; *Erich*: Valtio-oikeus I, s. 10.

⁵³ *Merikoski*: Yhdistymisvapaudesta, s. 41; *Palme*, s. 106.

⁵⁴ *Andersen*, s. 17; *Merikoski*: Yhdistymisvapaudesta, s. 42 s. Vrt. *Platou*, s. 1.

⁵⁵ *Merikoski*: Yhdistymisvapaudesta, s. 43.

Edellämainitut vaikeudet yksityisoikeuden ja julkisen oikeuden rajan määrittämisessä ovat johtaneet siihen, että eräiltä tahoilta on asetettu kysymyksenalaiseksi, onko ylipäänsä mahdollista erottaa yleispätevin kriteerioin yksityistä ja julkista oikeutta toisistaan.⁵⁶ On väitetty; ettei mikään oikeudenhaara kuulu yksinomaan julkiseen tai yksityiseen oikeuteen, vaan että kaikkiin oikeuden osiin painavat sekä yksityis- että julkisoikeudelliset oikeussäännökset suuremmassa tai pienemmässä määrässä leimansa.⁵⁷ Joskin on myönnettävä sanotussa väitteessä olevan paljon perää, mentäneen kuitenkin liian pitkälle, jos esitetyillä perusteilla kokonaan hylätään puheenaoleva oikeuden kahtiajako. Tosin johtuu julkisen ja yksityisen oikeuden läheisestä elimellisestä yhteydestä, ettei niiden välille voida määrätä ehdotonta rajaa, mutta tästä huolimatta on kosketellulla jaolla ilmeisesti sekä käytännössä että oikeustieteessä suuri merkitys.⁵⁸ Erikoisesti on huomattava, että meillä pohjautuu hallinnollisten ja oikeudellisten viranomaisten toimivallan jako julkisen ja yksityisen oikeuden väliseen eroon.⁵⁹ Mainitun oikeuden kahtiajaon vaikutuksesta on kehitetty ja korostettu yksityisessä ja julkisessa oikeudessa vallitsevia täysin vastakkaisia periaatteita, mikä on ollut omiaan selventämään oikeustieteen eri osia. Tutkimuksemme kannalta on tärkeä todeta, että julkisessa oikeudessa on yleisellä edulla huomattavasti suurempi merkitys kuin yksityisoikeudessa ja että yksilön velvollisuudella on myös julkisessa oikeudessa tärkeä sija. Aina kun on kysymys yksityisoikeudellisesta oikeussuhteesta, jossa kuitenkin julkinen etu on myös määräävinä, on siis muistettava, ettei siihen ilman muuta sovelleta yksityisoikeudessa vallitsevia periaatteita.⁶⁰

Julkisen ja yksityisen intressin vaihtuvaisuudesta ja epätasällisuudesta huolimatta on käsittääksemme julkisen ja yksityisen oikeuden eroa määriteltäessä intressiteorialla suurimmat ansiot. Omaksumme siis intressiteorian ja määrittelemme, kuten *Kaila*, julkisen oikeuden oikeusalaksi, jossa julkiset intressit ovat etusijassa määräävinä, yksityisoikeu-

⁵⁶ Ks. *Ross*, s. 109 ss. Julkisen ja yksityisen oikeuden välisen eron kieltäjinä on erikoisesti mainittava *Weyr* ja *Kelsen*. Ks. *Kekkonen*, s. 13.

⁵⁷ Ks. *Ross*, s. 123.

⁵⁸ Vrt. *Knoph*, s. 36 s.; *Erich*: Valtio-oikeus I, s. 10.

⁵⁹ OK 10: 26. Ks. *Palme*, s. 100 s.

⁶⁰ Nekin, jotka arvostelevalle ankarasti oikeuden jakoa yksityiseen ja julkiseen oikeuteen, myöntävät sillä olevan tässä suhteessa tärkeän merkityksen. Ks. *Ross*, s. 125.

den taas alaksi, jossa yksilöintressit saavat olla määräävinä, sillä tavoin kuin julkiset intressit sen myöten antavat.⁶¹

Myös lasten huollon käsitteen ymmärtämiseksi ja yleisten huoltoa koskevien periaatteiden johtamiseksi on tärkeätä todeta, kuuluuko huolto julkiseen vai yksityiseen oikeuteen. Roomalaisessa oikeudessa luettiin patria potestas ja holhous, joihin sisältyi se, mitä meidän oikeudessaamme ymmärretään lapsen huollolla, yksityisoikeuteen kuuluvaan perheoikeuteen.⁶² Todennäköisesti juuri roomalaisen oikeuden vaikutuksesta⁶³ on vanhempain valtaa ja holhousta koskevat oikeussäännökset otettu useiden maiden siviililakikirjoihin perheoikeuden yhteyteen⁶⁴ ja niitä on ulkomaalaisessa tieteisopissa yleisesti käsitelty yksityisoikeudessa perhe- tai henkilöoikeuden osana.⁶⁵ Niinikään Suomen oikeudessa vallitsevan mielipiteen mukaan luettaneen lakimääräinen ja määräyksenvarainen holhous yksityiseen oikeuteen. Tällä kannalla lienevät ainakin *Ekström*, *Wrede*, *Serlachius*, *Hakulinen* ja *Merikoski*.⁶⁶ Holhouksen lukemisesta yksityisoikeuteen ei tieteisopissa olla kuitenkaan yksimielisiä. Mm. *Glaessing* ja *Schultheis* väittävät, että holhous kuuluu Saksan oikeudessa julkiseen oikeuteen ja että myös vanhempain valta, sikäli kuin se on holhoukseen rinnastettavissa, on osa julkista oikeutta.⁶⁷

⁶¹ *Kaila* I, s. 78. Vrt. *Ekström*, s. 5 s.; *Serlachius*: Lainopin alkeet, s. 31; *Brusiin*, s. 134; *Kekkonen*, s. 14.

⁶² Ks. esim. *Dernburg*: Pandekten I, s. 34 s. ja s. 38.

⁶³ Huomaa kuitenkin, ettei esim. vanhempi saksalainen oikeus erottanut toisistaan julkista ja yksityistä oikeutta. Ks. *Dernburg*: Das bürgerliche Recht I, s. 49; *Gierke* I, s. 28.

⁶⁴ Ks. Saksassa BGB 1626—1698 ja 1773—1921 §; Ranskassa Code civil 371—515 art.; Sveitsissä ZGB 273—301 ja 360—456 art.

⁶⁵ Ks. esim. *Dernburg*: Das bürgerliche Recht IV, s. 1 s.; *Engelmann*, s. 695 ss. ja s. 706 ss.; *Planck* IV,¹ s. 3; *Bentzon*: Personretten, s. 3 s.; *Sama*: Familieretten I, 1924, s. 3 s.; *Taranger*, s. 2; *Gjelsvik*: Norsk Personrett, s. 1 ss. ja s. 32 ss.; *Arnholm*, s. 10.

⁶⁶ *Ekström*, s. 6 ja s. 227 ss.; *Wrede*: Oikeus- ja yhteiskuntajärjestys, s. 300; *Serlachius*: Lainopin alkeet, s. 102 ss.; *Hakulinen*: Finnische Gesetzgebung, s. 133; *Merikoski*: Valtionapujärjestelmä, s. 25 s. Vrt. *Wrede*: Civilprocessrätt I, s. 34 s.; *Granfelt*: Officialprincipen I, JFT 1912, s. 323 s.; *Willgren*, s. 303 s. Myös *Montgomery* pitäneen holhoojan ja holhokin välistä suhdetta yksityisoikeudellisena. Ks. *Montgomery*, s. 273 s.

⁶⁷ *Glaessing*: Die öffentlich-rechtliche Natur des neuen deutschen Vormundschaftsrechtes, Archiv für Öffentliches Recht, XVI, Tübingen und Leipzig 1901, ss. 188 ja 449; *Schultheis*: Der öffentlich-rechtliche Wirkungskreis des Vaters, Vormunds und Pflegers, insbesondere im Disziplinarverfahren, Archiv des Öffentlichen Rechts, XXXIX, Tübingen 1920, s. 28. Vrt. *Bergmann*, s. 271.

Luonnollista on, että juuri lasten huollossa valtiolla on tärkeitä intressejä valvottavanaan. Kansan elinvoima on sen nuorisossa. Koko valtion tulevaisuus riippuu siitä, että sille kasvatetaan uusia valtion tarkoitusperien toteuttamiseen pystyviä kansalaisia. Valtiolle ei näin ollen ole yhdentekevää, miten tämä kasvatusta tapahtuu. Tästä huolimatta lienee varmaa, ettei julkinen, vaan lapsen intressi on ainakin lakimääräisessä ja määräksenvaraisessa huollossa ensi sijassa määräävänä.⁶⁸

Kuten olemme usein maininneet, käsittää sanottu huolto sekä oikeuden että velvollisuuden. Eräin rajoituksin huoltajalla on oikeus määrätä kaikista lapsen henkilöä koskevista asioista, mutta hän on myös sekä valtiota että lasta kohtaan velvollinen täyttämään hänelle uskotun tehtävän.⁶⁹ Sitä, että julkisella edulla on mainitun velvollisuuden suhteen määräävä merkitys, ei voitane kieltää,⁷⁰ mutta käsittääksemme on tämä velvollisuus ainakin lakimääräisessä ja määräksenvaraisessa huollossa olemassa ensisijaisesti lapsen ja vasta toissijaisesti julkisen intressin vartenottamiseksi. Sanottuun huoltoon sisältyvän julkisen intressin toteaminen ei liene näin ollen riittävä peruste sen lukemiseen julkiseen oikeuteen. Lapsen huoltoa koskevien oikeussäännösten pääasiallinen tarkoitus on lapsen ja sen huoltajan keskinäisten suhteiden järjestäminen. Pohjimmiltaan on tässä kysymys sangen yksityisluontoisista perhesuhteesta johtuvista oikeuksista ja velvollisuuksista, mitä osoittaa jo se, että nämä oikeussuhteet ovat suureksi osaksi luonteeltaan sellaisia, ettei niiden yksityiskohtainen lainsäädännöllinen järjestely ole ollut mahdollista. Valtiovalta on pitänyt mahdollisena vain osittaista puuttumista niihin. Lasten huolto on vanhempien luonnollinen oikeus. Kun tämä tehtävä kuuluu suorastaan lain nojalla aviolapsen vanhemmille ja aviottoman lapsen äidille, lienee tässäkin suhteessa pidetty ensisijaisesti silmällä vanhempien ja lapsen intressejä. Lainsäätäjä lienee lähtenyt siitä, että lapsen kannalta sen vanhemmilla on parhaat edellytykset puheenaolevaan tehtävään. Tietysti on myönnettävä, että myös valtiolle on useimmiten edullisinta lapsen huollon uskominen sen vanhemmille, mutta lasten huollon järjestelyssä lienee tällä näkökohdalla ollut toisarvoinen merkitys. Yleiseen oikeustajuntaan ammoisista ajoista juurtunutta vanhempain luontaista oikeutta puheenaolevaan tehtävään

⁶⁸ Vrt. *Granfelt*: Officialprincipen I, JFT 1912, s. 323 s.; *Willgren*, s. 303 s.; *Merikoski*: Valtionapujärjestelmä, s. 25 s.

⁶⁹ *Gimmerthal*, s. 392; v. *Blume*: Die rechtliche Natur des Elternrechts aus § 1636 BGB, s. 97; *Giese*, s. 262 s.; *Gierke* I, s. 261 muist. 12; *Windscheid* I, s. 92 s.; *Knoph*, s. 72; *Bentzon*: Familieretten I, 1924, s. 8 s.; *Ekström*, s. 225.

⁷⁰ Vrt. *Montgomery*, s. 273; *Gimmerthal*, s. 390; *Giese*, s. 262 s.

lienee pidetty pääasiallisesti silmällä. Ainakaan mainitussa tapauksessa ei siis valtio ole ottanut lapsen huoltoa tehtäväkseen.⁷¹ Se on vain pidättänyt itselleen oikeuden valvoa sitä ja lainsäädännössä säännöstellä huoltajan oikeuksia ja velvollisuuksia. Vaikkakin siis on myönnettävä, että vanhemmilla lastensa lakimääräisinä huoltajina on julkisen edun vaatimia velvollisuuksia valtiota ja lasta kohtaan, täytynee ainakin heidän lakimääräinen huoltonsa lukea yksityisoikeuteen.⁷²

Se, mitä edellä on sanottu, ei kuitenkaan joka suhteessa sovi määräysvaraiseen huoltajaan. Jos lapsen vanhemmat eivät syystä tai toisesta voi olla sen huoltajina, määrää yleensä oikeus lapselle huoltajan.⁷³ Tällaista valtion viranomaisten toimesta määrättyä huoltajaa, jolla ei ole lapsen vanhemmille kuuluvaa luontaista oikeutta huoltoon, voitaisiin tietysti pitää jonkinlaisena valtion virkamieheen rinnastettavana henkilönä, jonka yksinomaisena tehtävänä olisi julkisen intressin toteuttaminen, ja sen vuoksi voitaisiin myös väittää, että määräysvarainen huolto kuuluisi julkiseen oikeuteen.⁷⁴ Omasta puolestamme asettuisimme kuitenkin sille kannalle, että määräysvaraista huoltoa ei ole tarkoitettu oikeudessamme niin oleellisesti lakimääräisestä huollosta eroavaksi. Päinvastoin tuntuu siltä, että ensiksimmäinen huolto on tahdottu järjestää mikäli mahdollista lakimääräisen huollon kaltaiseksi. Tätä osoittaa jo se, että niitä oikeudessamme käsitellään samassa laissa ja että samat oikeussäännökset yleensä määräävät sekä lakimääräisen että määräysvaraisen huollon sisällön. Määräysvaraisen huoltajan oikeus tehtävänsä perustuu tosin valtion viranomaisten nimenomaiseen määräykseen, mutta myös sanotun huoltajan määräämisessä ja hänen tehtävässään lienee ratkaiseva merkitys lapsen edulla eikä julkisella edulla. Puheenaolevan tehtävän hoidossa viimeksimainitulla huoltajalla on sama itsenäinen asema kuin lakimääräiselläkin huoltajalla. Sitäpaitsi on vielä huomattava, ettei määräysvaraistakaan huoltajaa määrätä täysin mielivaltaisesti, vaan siksi on mieluummin nimitettävä joku lapsen sukulaisista.⁷⁵ Kun siis valtion ei voida katsoa ottaneen huoltoa tässä tapauksessa omaksi tehtäväkseen ja huoltajaksi

⁷¹ Tätä se ei ole tehnyt sellaisissakaan maissa, joissa valtion toimialan katsotaan ulottuvan huomattavasti pitemmälle kuin meillä. Vrt. Saksan voimassaolevan oikeuden kannalta *Anschütz*, s. 561; *Giese*, s. 262 s.

⁷² Vrt. *Gehring*, s. 14.

⁷³ Huoltolautakunnasta lapsen huoltajana ks. jäljempänä s. 75 ss.

⁷⁴ Vrt. v. *Blume*: Die rechtliche Natur des Elternrechts aus § 1636 BGB, s. 97; *Opet-Blume IV*, s. 499 ja s. 505.

⁷⁵ HL 24 § 1 mom.

on ensisijaisesti määrättävä joku lapsen sukulaisista, osoittanee jo tämänkin, että määräksenvarainen huolto on tahdottu järjestää täysin lakimääräisen huollon korvikkeeksi ilman, että on ollut tarkoituksena antaa sille suuremmassa määrässä julkisoikeudellista luonnetta kuin lakimääräisellekään huollolle. Mainittujen perusteiden nojalla pidämme siis selvänä, että myös määräksenvarainen huolto on luettava yksityisoikeuteen.

Kuuluuko sitten hallinnollinen huolto julkiseen vai yksityiseen oikeuteen? Vastaus riippunee siitä, onko lapsen ottamisen huoltolautakunnan huostaan katsottava tapahtuvan ensisijaisesti lapsen vai yleisen edun turvaamiseksi. Ilmeistä on, että on ollut tarkoituksena taata LSL:n säännöksillä jokaiselle lapselle sen olemassaololle ja kehitykselle tarpeellisten edellytysten toteuttaminen. Erikoisesti LSL:n 8 §:n 1 momentin a, b, c ja d kohdista sekä 9 §:n 1 momentin säännöksistä selviää, että lautakunnan on ryhdyttävä mainitussa laissa säädettyihin toimenpiteisiin, jos lapsen huoltaja ei pysty tai ei halua täyttää hänelle uskottua tehtävää. Tällä ei ole kuitenkaan vielä ratkaistu, tapahtuuko huoltolautakunnan puuttuminen lapsen huoltoon lähinnä lapsen vai yleisen edun vuoksi. Ainakin LSL:n 8 §:n 2 momenttiin perustuvat toimenpiteet lienevät lähinnä rinnastettavissa irtolaisten ja alkoholistien käsitelyyn, jossa julkinen intressi on määräävänä. Huoltolautakunnan puuttuessa lapsen huoltoon muilla perusteilla on huomattava, että jos tässä olisi kysymys vain lapsen yksilöllisten intressien turvaamisesta, olisi uuden huoltajan määrääminen sille oikeuden toimesta useimmissa tapauksissa riittävä toimenpide. Sanotun lautakunnan puuttuminen huoltoon ei olisi lainkaan tarpeen. Lapsen ottamisessa huoltolautakunnan huostaan lienee siis julkisella edulla ratkaiseva merkitys. Koska LSL:n 8 §:n 1 momentissa säädetään, että huoltolautakunnan tulee ryhtyä lapseen tai nuoreen henkilöön nähden tässä laissa mainittuihin suojelutoimenpiteisiin, jos lapsi on yhteiskunnan huollon tarpeessa, osoittanee tämä, että tässä on ensisijaisena tarkoituksena yhteiskunnan edun turvaaminen. Kun huoltolautakunta valtion viranomaisena ottaa lapsen huollon tehtäväkseen, tapahtunee tämä siis senvuoksi, että valtio haluaa lähinnä oman etunsa toteuttamiseksi säilyttää välittömän määräämisvaltansa lapsen valvontaan ja kasvatukseen. Kysymyksessäoleva valtion etu lienee kuitenkin usein yhtäpitävä lapsen edun kanssa, minkä vuoksi huoltolautakunnan toiminta lapsen huoltajana ei käytännöllisesti katsoen tässä suhteessa yleensä eroa muiden huoltajien toiminnasta. Myös muuten on sanottava, että kosketeltua eroa lukuunotta-

matta huoltolautakunnalla on lapsen pääpiirteittäin samanlainen asema kuin lakimääräisellä ja määräksenvaraisellakin huoltajalla. Kun lapsen ottaminen lautakunnan huostaan ja sen huollon uskominen lautakunnalle tapahtunee siis ensisijaisesti julkisen intressin toteuttamiseksi ja lautakunnan on myös puheenaolevassa tehtävässään pidettävä lähinnä tätä intressiä silmällä, sanottu huoltosuhde on käsittääksemme luettava julkiseen oikeuteen.⁷⁶ Asian näin ollen ei hallinnollisen huollon käsitteleminen oikeastaan kuulu tämän esityksen puitteisiin. Koska yhtenäisen silmäyksen luominen kaikkiin lapsen huoltoa koskeviin säännöksiin selventää tutkimuksemme esineenä varsinaisesti olevaa lakimääräistä ja määräksenvaraista huoltoa sekä lapsen huollon yleisiä periaatteita ja hallinnollista huoltoa koskevilla säännöksillä on tärkeä merkitys yksityisoikeuteen luettavan huollon lakkaamiseen nähden, käsittelemme sitä kuitenkin seuraavassa laajemmin kuin tutkimuksemme kannalta muuten olisi välttämätöntä.

Sisällyttäessämme lakimääräisen ja määräksenvaraisen huollon yksityisoikeuteen olemme tällä tahtoneet korostaa sanottua huoltoa koskevien säännösten pääasiallista tarkoitusta huoltajan ja huollettavan keskinäisten oikeuksien ja velvollisuuksien järjestäjinä. Sitävastoin meillä ei suinkaan ole ollut tarkoituksena kieltää sitä tärkeätä tosiasiaa, että yleisellä edulla on lapsen yksityisoikeudellisessakin huollossa tärkeä sija.⁷⁷ Tämän vuoksi tahdomme vielä nimenomaan korostaa, että sanottua huoltoa koskevia oikeussäännöksiä tulkittaessa on aina muistettava, ettei niihin ilman muuta sovelleta yksityisoikeudessa vallitsevia periaatteita.⁷⁸ Julkinen intressi ilmenee yksityisoikeudellisessa huollossa monella eri tavalla. Usein se on yhtäpitävä lapsen oman intressin kanssa. Valvomalla lapsen ruumiillista ja henkistä kasvatusta toteuttaa valtio omia intressejään. Myös lapsen omaisuuden hoidon valvominen kuuluu valtion viranomaisten tehtäviin, mutta tässä on ehkä lähinnä kysymys lapsen oman välittömän edun valvomisesta. Lapsen huollon valvomisessa suojaa valtio sitävastoin välittömästi sekä omaa että sen kanssa yhtäpitävää lapsen etua. Tästä johtuu, että erikoisesti määräyksillä siitä, kenelle huolto kuuluu, on julkisen edun kannalta tärkeä merkitys. Tämän tehtävän uskominen ensisijaisesti lapsen vanhemmille on usein myös julkisen intressin kannalta suotavinta. Määräyksen-

⁷⁶ Näin myös Hakulinen: *Finnische Gesetzgebung*, s. 133.

⁷⁷ Vrt. Bentzon: *Familieretten I*, 1924, s. 8; Taranger, s. 2 s.; Arnholm, s. 12; Opet-Blume IV, s. 4; Schulthess, s. 2 ja s. 14 ss.; Gehring, s. 11.

⁷⁸ Vrt. edellä s. 35.

varaisen huoltajan nimityksessä on taas oikeuden viran puolesta valvottava, että lapsen etu ja sen kanssa yhtäpitävä yleinen etu otetaan varteen.⁷⁹ Julkisen intressin kannalta voi myös huollon sisältöä koskevilla oikeussäännöksillä olla merkitystä. Määräämällä, miten lapset on kasvatettava, valtio voi suuressa määrässä toteuttaa omia intressejään. Tärkeänä tekijänä on tässä suhteessa varsinkin oppivelvollisuus, jonka avulla lapsia voidaan taivuttaa omaksumaan myös määrätty valtiollinen katsantokanta. Pisimmälle ulottuu kuitenkin valtion vaikutusvalta siinä suhteessa, että se voi erottaa huoltoon sopimattoman henkilön kokonaan tästä tehtävästä. Lakimääräisen ja määräyksenvaraisen huoltajan erottaminen huollosta lienee kuitenkin mahdollista vain siinä tapauksessa, että se lapsen kannalta osoittautuu välttämättömäksi.⁸⁰

Tarkastellessamme lakimääräistä ja määräyksenvaraista huoltoa silmälläpitäen lähinnä siitä johtuvaa huoltajan ja huollettavan välistä suhdetta tulimme siihen tulokseen, että tämä huoltosuhde on luonteeltaan yksityisoikeudellinen. Kaikessa holhouksessa on kuitenkin, kuten sanottu, tärkeä merkitys äsken kosketellulla valtion valvovalla toiminnalla. Myös mainitun huollon ylin valvonta on valtion viranomaisilla. Sekä lakimääräinen että määräyksenvarainen huoltaja erotetaan toimestaan viranomaisen päätöksellä ja viimeksimainitun nimittää oikeus tähän tehtävään. Oikeuden ohella valvoo myös holhous- ja huoltolautakunta useissa suhteissa lakimääräistä ja määräyksenvaraista huoltoa. Vaikka kaikki huollon vaarinpitoa koskevat säännökset ovat myös huollettavan kannalta tärkeitä, lienee ne annettu lähinnä julkisen edun turvaamiseksi, minkä vuoksi ne on luettava julkiseen oikeuteen.⁸¹ Puheenaolevaa huollon vaarinpitoa käsittelemmekin senvuoksi seuraavassa vain sikäli, kuin sillä on merkitystä tutkimuksemme varsinaisen aiheen kannalta.

4. MISSÄ MÄÄRIN LAINSÄÄDÄNTÖ VOI PUUTTUA HUOLTOSUHTEEN JÄRJESTELYYN?

Useimmista muista oikeussuhteista eroavat perhesuhteeseen perustuvat henkilöä koskevat oikeussuhteet siinä, ettei niiden yksityiskohtai-

⁷⁹ Vrt. *Granfelt*: Officialprincipen I, JFT 1912, s. 5 s.

⁸⁰ *Giese*, s. 263; *Anschütz*, s. 561; *Schulthess*, s. 14 ss.

⁸¹ Ks. *Montgomery*, s. 273; *Kaila*: Siviilioikeudellinen ennakkoturvaamismenettely, ss. 11 ja 112; *Sama*: Lm 1925, s. 83; *Fleiner*, s. 50 s. Vrt. *Gadolin*, s. 2; *Wrede*: Civilprocessrätt I, s. 34 s. ja s. 47 s.; *Kallenberg* I, s. 27 ja s. 64 ss.

nen oikeudellinen järjestely ole mahdollista. Perhe-elämä rakentuu henkilökohtaiseen rakkauteen ja sen synnyttämät vaatimukset ovat usein eettisin eikä oikeudellisin keinoin toteutettavissa.⁸² Tämä koskee erikoisesti aviopuolisoiden keskinäistä henkilökohtaista suhdetta, mutta myös suuressa määrin lapsen ja vanhempien välistä oikeussuhdetta. Kuten roomalaisessa oikeudessa,⁸³ ei siis voimassaolevassakaan oikeudessa lainsäädännöstä saa tyhjentävää käsitystä lapsen ja vanhempien välisistä oikeuksista ja velvollisuuksista.

Vanhempina aikoina on lapsen ja vanhempien välisten henkilöön kohdistuvien oikeuksien ja velvollisuuksien järjestäminen jäänyt miltei kokonaan lainsäädännön ulkopuolelle.⁸⁴ Lainsäädännön kohteena oli lähinnä vain lapsen omaisuuden hoidon järjestely. Sen henkilöä koskevien asioiden hoitoa tarkoittavat säännökset ovat syntyneet vasta myöhemmin. Mitä edellä on sanottu lapsen ja vanhempien välisestä henkilökohtaisesta suhteesta, soveltunee myös pääasiallisesti määräyksenvaraiseen huoltajaan. Ryhtyessään järjestelemään hänen ja lapsen välistä henkilökohtaista suhdetta lainsäätäjät puuttuu arkaluontoiseen asiaan. Määräyksenvaraiseenkin huoltoon perustuva huoltosuhde pysyy aina pohjimmiltaan eettisenä suhteena, jonka yksityiskohtainen lainsäädännöllinen järjestely ei ole mahdollista.⁸⁵

Tarkoitustaan vastaavan huollon on mukauduttava huoltajan ja huollettavan yksilöllisten ominaisuuksien mukaan. Samanlaiset säännökset eivät sovi kaikkia tapauksia varten. Liian sitovien määräysten antaminen huollon sisällöstä voisi sentakia olla enemmän vahingoksi kuin hyödyksi. Tästä johtuakin, että lähinnä vain huolto-oikeuden syntyminen ja sen lakkaaminen ovat tulleet yksityiskohtaisen lainsäädännön kohteeksi. Kuitenkaan ei huolto-oikeuden sisältöäkään ole voitu jättää kokonaan lainsäädännön ulkopuolelle. Ei ole aina takeita siitä, että huoltaja kiintymyksestä lapseen täyttäisi hänelle asetettavat vaatimukset. Erikoisesti avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten vanhemmat laiminlyövät helposti alkeellisimmatkin velvollisuutensa lapsiaan kohtaan. Myöskään ei saa yliarvioida määräyksenvaraisen huoltajan kiintymystä lapseen. Tämän vuoksi on lainsäädännön pakko puuttua myös huollon sisällön järjestelyyn. Tätä varten on huoltajalle kuuluville oikeuksille määrätty yleisiä rajoja. Toisinaan ovat nämä

⁸² Bentzon: Familieretten I, 1924, s. 8; Taranger, s. 3; Westrup, s. 300.

⁸³ Ks. edellä s. 3 ss.

⁸⁴ Ks. edellä s. 9 s.

⁸⁵ Vrt. Arnholm, s. 11 ss.; Taranger, s. 3.

rajat ns. minimirajoja, kuten OppivelvL:n säännökset lapselle hankittavasta pienimmästä tietomäärästä. Maksimirajan sisältää sitävastoin esim. RL:n 21 luvun 12 §:n 2 momentissa oleva määräys siitä, milloin laillinen kuritusoikeus on katsottava ylitetyksi.

Huollon sisältöä määrättäessä ei kuitenkaan tarvitse rajoittaa yksinomaan varsinaisiin sen sisältöä koskeviin oikeussäännöksiin. Myös säännöksistä, jotka koskevat huoltajan erottamista tehtävästään, saadaan tässä suhteessa johtoa.⁸⁶ Sitävastoin on yleisiä huollon sisältöä koskevia säännöksiä lainsäädännössä vältetty.⁸⁷ Tällaisten määräysten antaminen johtaa helposti mitään sanomattomien itsestään selvien periaatteiden pukemiseen lainsäädännön muotoon.⁸⁸ Useita lapsen huoltoon kuuluvia pääperiaatteita voinee pitää niin itsestään selvinä, ettei lainsäädännön tarvitse niihin puuttua.⁸⁹ Toiselta puolen on kuitenkin huomattava, että huoltajan on monessa suhteessa sovellettava tehtävänsä mikäli mahdollista huollettavan yksilöllistä tarvetta silmälläpitäen. Kaikkia tapauksia varten ei ole olemassa kirjoittamattomiakaan yleispäteviä sääntöjä. Kun huoltajille ei aina voi asettaa samanlaisia vaatimuksia, on kysymys siitä, ovatko he täyttäneet tehtävänsä, usein ratkaistava in casu.⁹⁰

Oikeussäännön puuttuessa on huollon sisältöä määrättäessä yleisellä tavalla tärkeä merkitys. Yleistä tapaa huollon sisältöön sovellettaessa on kuitenkin muistettava ottaa huomioon huoltajan ja huollettavan yhteiskunnalliset olosuhteet. On lähdettävä siitä, mitä yleensä vastaavanlaatuisissa olosuhteissa on tapana. Kun siis yksityiskohtaisten määräysten antaminen huollon sisällöstä ei ole mahdollista, jää huoltajalle tehtävänsä hoidossa laaja harkintaoikeus. Tämän takia on huoltajan henkilökohtaisilla ominaisuuksilla tässä suhteessa suuriarvoinen merkitys.

⁸⁶ Ks. esim. LSL 8 § ja HL 57 § 2 mom.

⁸⁷ Tähän ryhmään kuuluva säännös on meillä HL:n 33 §:n 2 momentissa.

⁸⁸ Tässä suhteessa on hyvänä esimerkkinä Sveitsin siviililakikirjan 271 art. säännös, joka on näin kuuluva: »Eltern und Kinder sind einander allen Beistand und alle Rücksicht schuldig, die das Wohl der Gemeinschaft erfordert.» Samoin 332 art. 1 momentti, joka on seuraavan sisältöinen: »Die Ordnung, der die Hausgenossen unterstellt sind, hat auf die Interessen aller Beteiligten in billiger Weise Rücksicht zu nehmen.

⁸⁹ Knoph, s. 73 s.

⁹⁰ Vrt. Serlachius: Lainopin alkeet, s. 95 ss.

5. HUOLTO-OIKEUTTA KOSKEVIEN OIKEUSSÄÄNNÖSTEN ABSOLUUTTINEN LUONNE.

Perheoikeudelle on luonteenomaista, että asianosaisten keskeisillä sopimuksilla on siinä suhteellisen pieni merkitys.⁹¹ Kun esim. velvoite-oikeus kokonaan perustuu sopimuksiin, eivät ne perheoikeudessa ole yleensä mahdollisia, koska perhe-elämä tavallisesti yksinomaan objektiivisen oikeuden absoluuttisten säännösten perusteella järjestyy tarkoitustaan vastaavasti. Luonnollista on, että perheoikeuteen läheisesti liittyvää lapsen huoltoakin tutkittaessa herää näin ollen kysymys, onko sopimuksella sijaa huollon järjestelyssä. Tässä yhteydessä tutkimme kuitenkin vain lapsen huoltajan oikeutta luovuttaa huollon sopimuksella toiselle.

Tieteisopissa vallitsevan mielipiteen mukaan ei oikeutta ja velvollisuutta määrätä lapsen henkilöä koskevista asioista voi yleensä luovuttaa yksityisellä sopimuksella toiselle.⁹² Kuitenkin on sanotun oikeuden luovutusta koskevalla sopimuksella erikoisesti pohjoismaisessa oikeudessa huollon järjestelyssä avioeron johdosta tai puolisoiden erillään asumisen ajaksi suorastaan lain säännösten perusteella merkitystä. Sääntönä on, että viranomaisten on mainitussa huollon järjestelyssä noudatettava sanottua sopimusta, mikäli se ei ole ilmeisesti ristiriidassa lapsen edun kanssa.⁹³ Tämän ohella joidenkin tutkijain mielestä mainitulla sopimuksella on eräissä muissakin suhteissa merkitystä. Näistä tieteisoppineista on ensinnäkin mainittava *Bentzon*, jonka mukaan avio- puolisoiden tekemä sopimus siitä, kumpi heistä saa lapset huollettavakseen erillään asumisen ajaksi, on pätevä siksi, kunnes sitä viranomaisten toimesta muutetaan.⁹⁴ Myös katsoo *André* olevan lapsen henkilöä koskevien asioiden hoidon luonteen ja siveellisten käsitysten mukaista, että toinen puoliso, luovutettuaan mainitussa tapauksessa

⁹¹ Ks. esim. *Bentzon*: TfR 1920, s. 250 ss.; *Sama*: Familieretten I, 1924, s. 9 s.; *Knoph*, s. 72 s.; *Wrede*: Oikeus- ja yhteiskuntajärjestys, s. 301.

⁹² Näin *Dernburg*: Das bürgerliche Recht IV, s. 270; *Kipp-Wolff* IV, s. 323; *Endemann* II, 2, s. 505; *Gmür* II, 2, s. 91; *Planck* IV, s. 389; *Staudinger* IV, 2, s. 981, s. 1006 ja s. 1009; *RGR Komm.* IV, s. 362; *Cosack* II, 2, s. 225; *Gimmerthal*, s. 390; *Schulthess*, s. 2; *Eck*, s. 39; *André*, s. 26; *Gehring*, s. 34; *Deuntzer*, s. 291; *Taranger*, s. 203; *Arnholm*, s. 49; *Borum*, s. 70; *Undén*, s. 68 s. Vrt. *Schrevelius* III, s. 147 s.

⁹³ Ks. HL 23 § 2 mom. Samoin Ruotsissa, Tanskassa ja Norjassa. Ks. L om barn i äktenskap 9 §; Lov om Umyndighed og Vaergemaal 24 §; Lov om foreldre og ektebarn 3 §.

⁹⁴ Ks. *Bentzon*: TfR 1920, s. 284 ss.; *Sama*: Familieretten I, 1924, s. 9.

lapsen kysymyksessä olevien asioiden hoidon sopimuksella toiselle puolisolle, saa ottaa lapsen tältä pois vain siinä tapauksessa, että lapsen etu sitä vaatii.⁹⁵ *Undén*in mielestä ei tällaisella sopimuksella ole muita oikeusvaikutuksia, kuin että puoliso, jonka luona lapsi ei asu, on toistaiseksi estetty huolto-oikeuttaan käyttämästä. Hänen oikeutensa ja velvollisuutensa lapseen nähden määräytyvät toistaiseksi sanotun sopimuksen perusteella, mutta mitään ehdotonta pätevyyttä ei sopimuksella kuitenkaan ole. Oikeudellinen huolto kuuluu edelleen molemmille puolisoille yhteisesti, vaikka toisen puolison oikeudet ja velvollisuudet ovat keskeytyneet.⁹⁶ Vielä pitemmälle menevät kuitenkin *Bentzon*, *Wiesener* ja *Knitschky* väittäessään, että huolto-oikeus voidaan eräissä tapauksissa luovuttaa yksityisellä sopimuksella kolmannellekin henkilölle.⁹⁷ *Bentzon* ja *Knitschky* huomauttavat, että joskus voi olla perusteltu syy siirtää oikeus ja velvollisuus lapsen henkilöä koskevien asioiden hoitoon toiselle henkilölle, vaikka viimeksimainittu ei voi tai ei tahdo ottaa lasta ottolapsekseen. Useissa maissa ei esim. se, jolla itsellään on avioliitossa syntyneitä jälkeläisiä, saa ottaa ottolasta.⁹⁸ Huomattava on myös, että ottolapsisuhteen perustamisessa siirtyy lapselle huoltoon kuulumattomiakin oikeuksia, esim. perintöoikeus, josta usein voi johtua, ettei henkilö halua antaa lapselle ottolapsen oikeuksia. Kun kuitenkin lapselle edullinen huolto-oikeuden siirto voitaisiin tästä huolimatta usein järjestää yksityisellä sopimuksella, pitävät *Knitschky* ja *Bentzon* kohtuuttomana, ettei se olisi mahdollista ja että ainoa keino sanotun oikeuden siirtämiseen olisi ottolapsisuhteen perustaminen.

Kuten ulkomaisessa lainsäädännössä, ei myöskään Suomen oikeudessa ole huolto-oikeuden luovuttamiskieltoa.⁹⁹ Aikaisemmin oli meillä yleistä ns. kasvattisuhteen perustaminen yksityisellä sopimuksella. Henkilö otti huostaansa vieraan lapsen antaakseen sille kodin sekä pitääkseen huolta sen elatuksesta ja kasvatuksesta. Myös lainsäädännössä rinnastettiin kasvattivanhempien ja -lapsen suhde eräissä tapauksissa vanhempien ja lapsen väliseen suhteeseen.¹⁰⁰ Tästä huolimatta lienee

¹⁰⁰ Ks. tästä jäljempänä s. 246 ss.

⁹⁶ *Undén*, s. 69.

⁹⁷ *Bentzon*: TfR 1920, s. 284 ss.; *Knitschky*, s. 157 s., vrt. s. 243; *Wiesener*, s. 23.

⁹⁸ Ks. esim. Saksassa, Sveitsissä ja Ranskassa BGB 1741 §; ZGB 264 art. 1 mom.; Code civil 344 art.

⁹⁹ Nimenomainen tätä koskeva säännös oli ehdotuksessa Saksan siviililakikirjaksi. *Motive* IV, s. 842; *Gehring*, s. 52.

¹⁰⁰ RL 16:10,₂; 16:19,₂; 16:20,₂; 30:1; 20:6 ja 20:11. K. palkkaussääntö isän-

katsottava, ettei mainitunlainen kasvattisuhteen perustaminen tuottanut kasvattivanhemmille kaikkia vanhempainsuhteesta johtuvia oikeuksia ja velvollisuuksia.¹⁰¹ Kysymyksenalaista on, voidaanko lapsen huolto-oikeuteenkaan nykyisen oikeutemme mielessä katsoa siirtyneen näissä tapauksissa kasvattivanhemmille. Vanhemmilla lienee ollut oikeus ottaa lapsi milloin tahansa pois kasvattivanhemmilta, joten lapsen oikeudellisen huollon täytynee katsoa kuuluneen edelleen sen vanhemmille.

Voidaanko sitten voimassaolevan oikeutemme mukaan huolto-oikeus siirtää sopimuksella toiselle henkilölle? Kuten *Gehring* Saksan oikeuden kannalta huomauttaa, ei voine kieltää eräiden oikeussäännöksien viittaavan siihen, että huoltajalla olisi jonkin verran määräämisvaltaa huolto-oikeuteenkin nähden.¹⁰² Tässä suhteessa on oikeutemme kannalta mainittava AL:n 3 §:n säännös siitä, ettei alaikäinen, joka ei ennen ole ollut naimisissa, saa mennä avioliittoon huoltajansa suostumuksetta, josta, verrattuna HL:n 18 §:ään, selviää, että huoltaja antamalla suostumuksen lapsen avioliittoon voi välillisesti vaikuttaa siihen, että hän itse vapautuu huoltajan oikeuksista ja velvollisuuksista.¹⁰³ Huoltajan kysymyksessä olevan suostumuksen välillisenä seurauksena on siis koko huolto-oikeuden lakkaaminen. Eräissä tapauksissa voi myös huoltajan tahdonilmaisusta johtua, että toinen henkilö tulee osalliseksi ensiksimainitulla olevaan huolto-oikeuteen. Näin on laita esim. siinä tapauksessa, että aviottoman lapsen isä menee lapsen äidin kanssa naimisiin. Avioliiton perusteella tulee myös isä lapsen lakimääräiseksi huoltajaksi.¹⁰⁴ Puheenaolevia tapauksia lähemmin tarkasteltaessa lienee kuitenkin myönnettävä niiden vain näennäisesti tukevan sitä käsitystä, että huoltajalla olisi varsinaisessa mielessä määräämisvaltaa huolto-oikeuteenkin nähden. Huolto-oikeuden lakkaaminen tai syntyminen ei johdu niissä siitä, että huoltaja käyttäisi määräämisvaltaansa sanotun oikeuden suhteen, vaan täysin ulkopuolisten seikkain vaikutuksesta. Huoltajan oikeudesta antaa suostumuksensa lapsen avioliittoon on vielä huomautettava, että edellämainittu¹⁰⁵ periaate lapsen edun määräävästä

nille ja-palkkolisille, annettu 30/1 1865, 10 ja 11 §; KA. elinkeinoista, annettu 31/3 1879, 34 § 3 mom.

¹⁰¹ Lvk ehdotus laiksi lapseksiottamisesta, s. 8.

¹⁰² *Gehring*, s. 34 ss.

¹⁰³ Erikoista Ranskan oikeudelle on vanhempien oikeus vapauttaa 15 vuotta täyttänyt lapsi vanhempien vallasta. Code civil 477 art.

¹⁰⁴ HL 23 § 1 mom. verr. AULapsL 3 § 1 mom.

¹⁰⁵ Ks. edellä s. 28 s.

asemasta huollossa koskee erikoisesti tätä suostumusta.¹⁰⁶ Mainittua oikeutusta ei ole annettu huoltajalle hänen omien intressiensä toteuttamiseksi niin, että hän sitä käyttämällä voisi vapautua oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan. Päinvastoin huoltajalla on tämä oikeutus yksinomaan lapsen etujen varteenottamiseksi. Huolto-oikeuden lakkaaminen on tässä tapauksessa vain välillinen seuraus mainitusta suostumuksesta eikä suinkaan huoltajalle annetun oikeuden tarkoitus. Kysymyksessä olevasta säännöksestä ei siis voida päätellä huoltajalla olevan määräämisvaltaa itse huolto-oikeuteen nähden.¹⁰⁷ Myös toisessa koskettelemassamme tapauksessa on huolto-oikeuden syntyminen lapsen isälle vain välillinen seuraus lapsen vanhempien avioliitosta. Sanottu avioliitto ei ole mikään huolto-oikeuden luovuttamista tarkoittava muoto, vaan siitä kokonaan erillinen oikeustoimi, jonka välillisenä seurauksena vain tässä poikkeustapauksessa on se, että huollosta aikaisemmin erotettu isä suorastaan lain nojalla tulee osalliseksi lapsen huoltoon. Lapsen isän huolto-oikeus johtuu siis suorastaan lain säännöksestä eikä varsinaisesti puolisoitten avioliitosta. Esittämiemme tapausten perusteella ei siis voi päätellä, että huoltajalle olisi annettu määräämisvaltaa itse huolto-oikeuteen nähden.

Sitävastoin oikeutemme säännökset huollon järjestelystä avioeron yhteydessä osoittavat, että huoltajalla kuitenkin on sanotussa suhteessa jossain määrin määräämisvaltaa. Kysymyksessä olevassa järjestelyssä on huolto-oikeudesta tehdyllä sopimuksella suuri merkitys. Jos lapsen vanhemmat ovat sopineet siitä, kummalle heistä lapsen huolto on tuleva avioeron jälkeen tai heidän asuessaan välien rikkoutumisen vuoksi erillään, oikeuden on annettava päätöksensä heidän sopimuksensa mukaan, jollei se ole vastoin lapsen etua.¹⁰⁸ Mitä ensinnäkin tulee lasten huoltoon avioeron jälkeen, voi siis toinen puoliso sopia siitä, että hän luopuu oikeudestaan lapsen huoltoon. Huolto ei kuitenkaan siirry toiselle puolisolle sanotun sopimuksen perusteella, vaan vasta kun oikeus on asiasta sopimuksen mukaisesti määrännyt. Tuomitessaan avioliiton purkautumaan oikeuden on määrättävä lapsen huollosta.¹⁰⁹ Vasta oikeuden päätöksen perusteella jää huolto-oikeus lopullisesti yksinomaan toiselle puolisolle.¹¹⁰ Mainitulla sopimuksella on vain se merkitys, että oikeuden

¹⁰⁶ Ks. tästä jäljempänä s. 246 ss.

¹⁰⁷ Vrt. *Gehring*, s. 46 s.

¹⁰⁸ HL 23 § 2 mom.; AL 80 § 1 mom. ja 81 §.

¹⁰⁹ Tämä selviää AL 80 §:n 1 momentista.

¹¹⁰ *Bentzon*: *Familieretten* I, 1924, s. 256; *Schulthess*, s. 71 s.

on annettava päätöksensä sen mukaan, ellei se ole vastoin lapsen etua. Itse huolto-oikeudesta ei siis toinen puoliso sanotun sopimuksen perusteella vapaudu.

HL:n 23 §:n 2 momentissa säädetään, että oikeuden on myös siinä tapauksessa, että lapsen vanhemmat asuvat erillään välien rikkoutumisen vuoksi, annettava päätöksensä lapsen huollosta heidän toivomuksensa mukaan, jos he ovat yksimieliset ja ellei se ole vastoin lapsen etua. Kun mainittua säännöstä verrataan AL:n 81 §:ään, selvinnee tästä, että kysymys siitä, kumpi puolisoista saa sanottuna aikana olla lasten huoltajana, tulee oikeuden tutkittavaksi vain, jos jompikumpi puolisoista sitä vaatii. Lasten huollon järjestely ei siis tässä tapauksessa välttämättömästi edellytä oikeuden päätöstä, joten se voidaan sitä aikaa varten, jonka puoliset asuvat erillään ennen avioeron myöntämistä, järjestää yksinomaan puolisoliden sopimuksen nojalla. Mainittu HL:n säännös tarkoittanee tapauksia, joissa puoliset huolimatta siitä, ettei se ole välttämätöntä, saattavat kysymyksen lasten huollosta puheenaolevana aikana oikeuden tutkittavaksi. Tällöin oikeuden on määrättävä asiasta heidän sopimuksensa mukaan, ellei se ole vastoin lapsen etua. Mahdollista on tietysti myös, että kysymys tulee muiden asioiden yhteydessä oikeudessa esille ja puoliset tulevat silloin, vaikkeivät he olisikaan siitä aikaisemmin sopineet, ennen oikeuden ratkaisua yksimielisiksi.¹¹¹ Mitä edellä on sanottu oikeuden avioeron yhteydessä lasten huollosta antamasta päätöksestä, pitää myös paikkansa sen erillään asumisen ajaksi annettuun päätökseen nähden. Oikeuden on annettava päätöksensä puolisoliden sopimuksen mukaan, ellei se ole vastoin lapsen etua.¹¹² Sopimuksella ei kuitenkaan ole sitä merkitystä, että puoliso yksinomaan sen perusteella vapautuisi lapsen huollosta. Tämä vaikutus on vasta oikeuden päätöksellä.

Kun oikeuden päätös ei ole lasten huollon järjestelyssä erillään asumisen aikana lainkaan tarpeen, jos puoliset siitä sopivat eikä kysymystä jommankumman puolison vaatimuksesta saateta oikeuden tutkittavaksi, on syytä tarkastaa, voiko tässä tapauksessa toinen puoliso pätevin oikeusvaikutuksin yksityisellä sopimuksella toistaiseksi vapautua lapsen huollosta. Kuten jo olemme maininneet, pitää Bentzon Tanskan ja André Saksan oikeuden kannalta tällaista sopimusta pätevänä siksi, kun-

¹¹¹ Lapsen huollosta on oikeuden määrättävä esim., ennenkuin se voi ratkaista, paljonko elatusapua puolison, jolle huolto ei kuulu, on suoritettava toiselle puolisolle. Ks. Undén, s. 65 s.

¹¹² AL 81 § verr. AL 80 § 1 mom. ja HL 23 § 2 mom.

nes sitä viranomaisten toimesta muutetaan.¹¹³ Kysymyksenalaista on kuitenkin, voidaanko sanotussa tapauksessa puhua huolto-oikeudesta luopumisesta, sanan varsinaisessa merkityksessä. Jos lapsen oikeudellinen huolto kokonaisuudessaan jäisi todella sanotun sopimuksen perusteella yksin toiselle puolisolle, voisi tämä sinä aikana, jona hänen oikeutensa perustuu puheenaolevaan sopimukseen, tehdä ilman toisen puolison suostumusta tärkeitä lasta koskevia päätöksiä. Niinpä hänellä olisi periaatteessa esim. oikeus lapsen viemiseen pois maasta ja sen antamiseen ottolapseksi. Tämä ei kuitenkaan voine olla tarkoituksena. Kun lapsen huollon lopulliseen järjestelyyn on aina tarpeen oikeuden päätös ja kysymyksessäoleva sopimus näin ollen puolisoitten tarkoituksesta riippumatta käsittää vain sen väliaikaisen järjestelyn, on luonnollista, ettei puoliso, jolle huolto on uskottu, saa sanotun sopimuksen perusteella ryhtyä toimenpiteisiin, jotka tekevät huollon uuden, lopullisen järjestelyn mahdottomaksi. Olisimme siis sitä mieltä, ettei sopimuksella, jolla toinen puoliso luopuu lapsen huollosta erillään asumisen ajaksi, samaten kuin ei oikeudenkaan täksi ajaksi huollosta antamalla väliaikaisella päätöksellä¹¹⁴ ole sitä vaikutusta, että huolto-oikeus niiden perusteella jäisi täysin oikeusvaikutuksin yksin toiselle puolisolle. Viimeksimainittu puoliso saa lähinnä vain oikeuden toistaiseksi määrätä lapsen jokapäiväiseen huoltoon kuuluvista tehtävistä. Hän saa pitää lapsen luonaan, määrätä sen hoidosta, kasvatuksesta jne., mutta ei sellaisista laajakantoisista periaatteellisista kysymyksistä, jotka ilmeisesti loukkaavat toisen puolison oikeutta päästä asiassa tehdyn uuden ratkaisun perusteella jälleen käyttämään huolto-oikeuttaan. Kuten *Undén* sanoo, lienee pidettävä selvänä, että sopimuksen mukaisesti huollosta erotetun puolison oikeudet ja velvollisuudet ovat tänä aikana keskeytyneet. Ne eivät ole lakanneet, mutta hän on estetty niitä käyttämästä.¹¹⁵ Huolto-oikeuden kokonaisuudessaan yhtenäisenä käsitteenä eli ehdottoman määräämisvallan kaikissa lapsen henkilöä koskevissa asioissa ei siis voitane katsoa jääneen sanotun sopimuksen nojalla yksin toiselle puolisolle.

Verrattuna lapsen tosiasiallisen huollon luovutusta koskevaan sopi-

¹¹³ Ks. edellä s. 44 s.

¹¹⁴ Vrt. *Borumiin*, joka väittää, että jos lapsen huollosta on annettu päätös puolisoitten asuessa erillään ennen avioeron myöntämistä, tätä kysymystä ei tarvitse kaikissa tapauksissa ratkaista uudestaan avioeron yhteydessä. *Borum*, s. 66. Samoin *Candolin*, s. 581 s.

¹¹⁵ *Undén*, s. 69.

mukseen¹¹⁶ nyt kysymyksessäoleva sopimus on kuitenkin siinä suhteessa erikoisasemassa, että se turvaa huoltajan toisen puolison puuttumiselta hänen tehtävänsä. Ilmeistä on nimittäin, että mainittu sopimus sinä aikana, jonka se on voimassa, on esteenä lapsen huollosta luopuneen puolison puuttumiseen vastoin toisen puolison tahtoa sanottuun tehtävään. Tällaisen oikeuden suominen hänelle olisi huollon luonteen ja siveellisten käsitysten vastaista.¹¹⁷ Sopimus sitonee siis häntä sikäli, että hän on yleensä menettänyt oikeudellisen määräämisvalan lapsen huoltoon kuuluviin asioihin. Niinpä hän ei esim. voine saada täytäntöönpanoviranomaisten apua lapsen luovuttamiseksi itselleen, oli se sitten toisen puolison tai jonkun muun henkilön luona, jolle tämä on uskonut sen tosiasiallisen huollon.¹¹⁸ Jos sopimuksessa huoltajaksi määrätty puoliso kuitenkin käyttää väärin valtaansa, toisella puolisollla on tehokkaita keinoja tämän ehkäisemiseksi. Ensinnäkin on huomattava, että hän voi mainitun sopimuksen estämättä saattaa kysymyksen huollon järjestelystä erillään asumisen aikana milloin tahansa oikeuden tutkittavaksi.¹¹⁹ Kun sopimuksessa huollosta luopunut puoliso ei halua pitää sopimusta voimassa eivätkä puoliset siis ole enää asiasta yksimielisiä, oikeus voi päättää siitä vapaan harkintansa mukaan ja uskoa huollon esim. sopimuksen mukaan siitä erotetulle puolisolle. Sanottu sopimus on siis vain voimassa toistaiseksi eli siksi, kunnes sitä oikeuden päätöksellä muutetaan. Puolisoiden oikeus sopia siitä, kummalle heistä lapsen huolto erillään asumisen aikana ennen avioeron myöntämistä kuuluu, sisältää siis jonkinlaisen poikkeuksen yleisestä sanotun oikeuden luovuttamattomuutta koskevasta periaatteesta. Vastoin tätä periaatetta huoltaja voi kysymyksessäolevassa tapauksessa pätevin oikeudellisin vaikutuksin luopua yksityisessä sopimuksessa toisen puolison hyväksi toistaiseksi eräistä lapsen huoltajana hänelle kuuluvista tärkeistä oikeuksista ja velvollisuuksista.¹²⁰

Edellä olemme tarkastaneet esillä olevaa kysymystä silmälläpitäen lähinnä aviopuolisoi, joille lapsen huolto kuuluu yhteisesti. Onko

¹¹⁶ Vrt. jäljempänä s. 57 ss.

¹¹⁷ *André*, s. 32; *Undén*, s. 69.

¹¹⁸ *Undén*, s. 69.

¹¹⁹ AL 81 §.

¹²⁰ Tosiasiallisen huollon luovutuksesta eroaa puheenaoleva huolto-oikeuden luovutus siinä, että huoltaja on viimeksimainitussa tapauksessa sopimukseen oikeudellisesti sidottu siksi, kunnes kysymys saatetaan oikeuden tutkittavaksi. Tosiasiallisen huollon luovutusta tarkoittavalla sopimuksella ei sitävastoin ole lapsen huollon suhteen sanottua vaikutusta. Ks. jäljempänä s. 59 s.

sitten sopimuksella, jolla huoltaja luovuttaa oikeutensa kolmannelle henkilölle, mitään merkitystä? Sen, että huoltajalla on tässä suhteessa jonkinlainen määräämisvalta huolto-oikeuteenkin nähden, osoittanevat oikeutemme säännökset ottolapsisuhteen perustamisesta.¹²¹ Ilmeistä on, että alle 21-vuotiaan henkilön ottamisessa ottolapseksi useimmiten on pääasiallisena tarkoituksena huolto-oikeuden siirtäminen ottovanhemmille. Lapseksiottamisella ottovanhemmat tahtonevat juuri saada määräämisvallan lapsen hoitoon, kasvatukseen ynnä muihin sen henkilöä koskeviin asioihin. Muilla ottolapsisuhteen perustamisesta johtuvilla oikeusseuraamuksilla lienee tavallisesti tässä tapauksessa toisarvoinen merkitys. Kun alaikäisen henkilön ottamiseen ottolapseksi on tarpeen lapsen huoltajan suostumus,¹²² edellyttää siis ottolapsisuhteen perustaminen huoltajan ja tulevien ottovanhempien välistä sopimusta. Lapsen huoltaja sitoutuu antamaan lapsen ottolapseksi tuleville ottovanhemmille. Antaessaan suostumuksensa ottolapsisuhteen perustamiseen huoltaja siis käyttää määräämisvaltaansa (disponoi) itse huolto-oikeuden suhteen. Ottolapsisuhdetta ei oikeutemme mukaan kuitenkaan perusta huoltajan ja ottovanhempien välinen yksityinen sopimus. Sen syntymiseen on aina tarpeen oikeuden päätös, jolla on tässä suhteessa perustava merkitys.¹²³ Huolto-oikeuden siirto perustuu siis oikeuden päätökseen eikä puheenaolevaan huoltajan ja tulevien ottovanhempien väliseen yksityiseen sopimukseen. Huoltajan määräämisvalta itse huolto-oikeuteen nähden ilmenee ottolapsisuhteen perustamisessa kuitenkin siinä, että hänen vallassaan on tehdä aloite tämän suhteen perustamiseksi ja ettei sen perustaminen ilman hänen suostumustaan ole mahdollista.¹²⁴

Lukuunottamatta mainittua puolisoiden erillään asumisen ajaksi lasten huollosta tekemää sopimusta ei yksityisellä sopimuksella, jolla huolto-oikeus jätetään yksin toiselle puolisolle tai luovutetaan kolmannelle henkilölle, liene oikeutemme mukaan sille tarkoitettua vaikutusta. Sen, ettei huolto-oikeuden luovuttaminen yleensä tavallisella yksityisellä sopimuksella ole mahdollista, osoittavat OttolapsL:n lukuisat mää-

¹²¹ Ks. näistä tarkemmin huolto-oikeuden syntymisen yhteydessä s. 92 ss.

¹²² OttolapsL 2 § 1 mom. Vrt. jäljempänä s. 99 s.

¹²³ OttolapsL 1 §; Lvk ehdotus laiksi lapseksiottamisesta, s. 10; *Undén*, s. 70. Ks. jäljempänä s. 93 ss.

¹²⁴ Määräyksenvaraisenkaan huoltajan suostumuksetta ei ottolapsisuhteen perustaminen ole mahdollista, koska sanotullakin huoltajalla on subjektiivinen oikeus huoltoon. OttolapsL 2 § 1 mom.

räykset niistä edellytyksistä, joiden vallitessa ottolapsisuhteen perustaminen vain on sallittua, ja se, että näiden edellytysten olemassaolon toteaminen on annettu oikeuden tehtäväksi, jolla on vapaa harkinta-oikeus päättäessään, antaako se suostumuksensa sanotun suhteen perustamiseen,¹²⁵ sekä oikeutemme yksityiskohtaiset säännökset niistä tapauksista, joissa puolisoiden lasten huollosta tekemällä sopimuksella on merkitystä. Jos huolto-oikeuden siirtoa yksityisellä sopimuksella olisi pidetty luvallisenä, on luonnollista, että sanotut yksityiskohtaiset säännökset olisivat olleet tarpeettomia.

Vielä on tutkittava, voiko huoltaja siirtää sopimuksella huolto-oikeutensa viranomaiselle. Tässä suhteessa on huomattava LSL:n 9 §:n 2 momentin c kohdan ja 11 §:n säännökset lapsen tai nuoren henkilön ottamisesta huoltolautakunnan huostaan.¹²⁶ Ensiksimmäisessä lainkohdassa sanotaan, että lautakunnan on siinä kosketellussa tapauksessa otettava vanhempien suostumuksella lapsi tai nuori henkilö toistaiseksi huostaansa. 11 §:stä taas selviää, että jos 9 §:n 2 momentissa mainitut toimenpiteet osoittautuvat riittämättömiksi tai jos suojeluvalvonta ei ole johtanut tarkoitettuun tulokseen, huoltolautakunnan on koetettava saada aikaan lapsen tai nuoren henkilön vanhempien tai holhoojan kanssa kirjallinen sopimus, jolla lapsi luovutetaan lautakunnan huostaan kodin ulkopuolella kasvatettavaksi. Samassa pykälässä säädetään vielä nimenomaan, että kerrotulla sopimuksella on yhtäläinen pätevyys ja vaikutus, kuin jos lapsen ottaminen kodin ulkopuolella kasvatettavaksi olisi tapahtunut LSL:n 12 §:ssä mainitun päätöksen perusteella. Mainitut säännökset osoittavat, että lapsi tai nuori henkilö voidaan ottaa LSL:n nojalla kahdessa mielessä huoltolautakunnan huostaan. Lain 9 §:n 2 momentin c kohdassa on kysymys tilapäisestä huostaanottamisesta, joka tapahtuu vanhempien suostumuksella, mutta ei edellytä kirjallista sopimusta. Jos tällainen lapsen huostaanottaminen osoittautuu riittämättömäksi, on lautakunnan ryhdyttävä 11 §:ssä mainittuihin toimenpiteisiin, jotka tarkoittavat lapsen tai nuoren henkilön pysyväisempää huostaanottamista sekä edellyttävät huoltolautakunnan ja lapsen tai nuoren henkilön vanhempien taikka holhoojan välistä kirjallista sopimusta lapsen luovuttamisesta lautakunnan huostaan. Molemmissa näissä tapauksissa

¹²⁵ Ks. OttolapsL 3 § ja jäljempänä s. 95 ss. Koska oikeus perustaa ottolapsisuhteen, olisi ollut oikeampaa puhua OttolapsL:ssa tämän suhteen perustamisesta eikä oikeuden suostumuksesta siihen. Vrt. OttolapsL 1 § 1 mom. ja 3 §.

¹²⁶ Tarkempia määräyksiä siitä, milloin mainittu huostaanottaminen voi tulla kysymykseen, on LSL:n 8, 9 ja 11 §:ssä.

tapahtunee lapsen tai nuoren henkilön luovuttaminen lautakunnan huostaan oikeastaan huoltajan ja huoltolautakunnan välisen sopimuksen perusteella. Ero lieene vain siinä, että 9 §:n 2 momentin c kohdan nojalla on suullinen sopimus riittävä, mutta 11 §:ssä mainittuun pysyvää-
sempään huostaanottamiseen vaaditaan kirjallinen sopimus. Ellei lap-
sen huoltaja anna suostumustaan ensiksi mainittuun säännökseen perus-
tuvaan tilapäiseen huostaanottamiseen, ei huoltolautakunnalla liene
pakkokeinoja lapsen tai nuoren henkilön ottamiseen sanotussa mielessä
huostaansa.¹²⁷ LSL:n 11 §:ssä mainitussa tapauksessa on taas huostaan-
ottaminen tarkoitettu järjestettäväksi ensisijaisesti lautakunnan ja lap-
sen tai nuoren henkilön huoltajan välisellä vapaaehtoisella sopimuksella,
mutta ellei sopimusta saada aikaan, se tapahtuu huoltolautakunnan pää-
töksen perusteella.¹²⁸

Tutkiessamme edellä, siirtyykö huoltolautakunnan huostaan otetun
lapsen tai nuoren henkilön huolto lautakunnalle, olemme pitäneet sil-
mällä lautakunnan päätöksen perusteella tapahtuvaa huostaanottamista
ja tulleet siihen tulokseen, että huolto-oikeus tässä tapauksessa siirtyy
sanotulle lautakunnalle.¹²⁹ Koska kirjallisella lapsen luovuttamista
lautakunnan huostaan tarkoittavalla sopimuksella on LSL:n 11 §:n
nojalla yhtäläinen pätevyys ja vaikutus, kuin jos lapsen ottaminen kodin
ulkopuolella kasvatettavaksi olisi tapahtunut mainitun päätöksen perus-
teella, siirtyy huolto-oikeus ainakin sanotun lain 11 §:ssä mainitussa
tapauksessa huoltolautakunnan ja huoltajan välisen kirjallisen sopimuk-
sen perusteella huoltolautakunnalle. Epätietoista on sitävästoin, siir-
tyykö sanottu oikeus myös puheenaolevan lain 9 §:n 2 momentin c koh-
dassa mainitun huoltajan suostumuksen nojalla tälle lautakunnalle.
Omasta puolestamme olemme sitä mieltä, ettei viimeksimainitussa
tapauksessa ole kysymys itse huolto-oikeuden siirrosta. Tähän viittaa
se, että LSL:n 12 §:n 1 momentissa puhutaan vain lain 11 §:ssä maini-
tusta sopimuksesta, mutta ei lainkaan 9 §:n 2 momentin c kohdassa tar-
koitetusta suostumuksesta. Ellei huoltaja suostu viimeksimainitussa
lainkohdassa säädettyyn toimenpiteeseen, ei siis huoltolautakunta voine
tehdä 12 §:n 1 momentissa tarkoitettua päätöstä lapsen tai nuoren hen-
kilön ottamisesta LSL:n 9 §:n 2 momentin c kohdan nojalla toistaiseksi

¹²⁷ Tähän viittanee erikoisesti LSL:n 12 §:n 1 momentin sanamuoto, josta sel-
vinnee, että vain, ellei lain 11 §:ssä mainittua sopimusta saada aikaan, lautakunnan
tulee päättää, onko lapsi tai nuori henkilö otettava sen huostaan.

¹²⁸ LSL 12 § 1 mom.

¹²⁹ Ks. edellä s. 17 ss.

huostaansa. Kun 12 §:n 1 momentin säännökset eivät siis käsittäne lapsen tai nuoren henkilön huostaanottamista 9 §:n 2 momentin c kohdassa selostetussa tapauksessa, ei ensiksimmäitun pykälän 2 momentissa sanottuja, sen ensimmäisessä momentissa puheenaolevaa tapausta koskevia oikeusseuraamuksiakaan voitane ulottaa kysymyksessä olevan lain 9 §:n 2 momentin c kohdassa kosketeltuun lapsen tai nuoren henkilön tilapäiseen huostaanottamiseen. Huoltolautakunnan ottaessa lapsen huoltajan suostumuksella toistaiseksi huostaansa ei siis lapsen huolto-oikeus siirtynyt lautakunnalle. Lapsen ja sen huoltajaan nähden joutuneen lautakunta pääpiirteittäin samaan asemaan kuin lapsen tosiasiallinen huoltaja.¹³⁰ Lautakunnalla on siis vain oikeus pitää lapsi huostas-
saan siksi, kunnes sen huoltaja toisin määrää.¹³¹ Huolto-oikeuden luovuttaminen sopimuksen perusteella huoltolautakunnalle on näin ollen mahdollista ainoastaan LSL:n 11 §:n säännösten nojalla eli jos tämän lain 9 §:n 2 momentissa mainitut toimenpiteet osoittautuvat riittämättömiksi tai jos suojeluvalvonta ei ole johtanut tarkoitettuun tulokseen.¹³² Sitävastoin esim. sopimuksen tekeminen sellaisen lapsen ottamisesta lautakunnan huostaan, joka ei ole yhteiskunnallisen huollon tarpeessa,¹³³ ei liene sanotun säännöksen perusteella mahdollista. Yleistä sääntöä siitä, että huoltaja voisi luovuttaa sopimuksella lapsen huollon muissa-
kin tapauksissa huoltolautakunnalle, ei mainituista säännöksistä voitane johtaa. Kun positiivisessa oikeudessa ei ole mitään säännöksiä, jotka osoittaisivat, että huolto-oikeus voidaan luovuttaa sopimuksella viranomaisille,¹³⁴ vaan lainsäädännössämme on päinvastoin tarkasti

¹³⁰ Ks. tästä jäljempänä s. 57 ss.

¹³¹ Tästä johtuu luonnollisesti, ettei LSL:n 21 §:n 3 momentissa säädettyä ilmoitustakaan ole tehtävä tilapäisesti lautakunnan huostaan otetun lapsen osalta. Ks. *Mäkinen—Ollinen*, s. 554.

¹³² Ks. LSL:n 11 §:n sanamuotoa.

¹³³ Vrt. LSL 8 §.

¹³⁴ Valtion kasvatustaloksista 16/5 1924 annetun asetuksen 15 §:n ja 16 §:n 6 kohdan säännökset edellyttävät tosin, että huoltaja saattaisi luovuttaa sosiaaliministeriön lastensuojelutoimistolle taikka tämän valtuuttamalle henkilölle vanhempain- tai holhoojavalvontansa lapsen, kunnes se täyttää 18 vuotta. Mainittuja säännöksiä ei voitane kuitenkaan soveltaa. Asetuksella ei voi muuttaa HL:n absoluuttisia säännöksiä. Huolto-oikeuden luovuttaminen sopimuksella viranomaiselle on tullut vasta LSL:n antamisen jälkeen mahdolliseksi. Aviottoman lapsen äitikään ei voi luovuttaa huolto-oikeuttaan sopimuksella lastenvalvojalle. AULapsL:n 15 §:n 2 momentissa sanotaan nimenomaan, että lastenvalvoja on määrättävä lapsen holhoojaksi. Jos taas lastenvalvoja sanotun lain 16 §:n 3 mom. nojalla ottaa lapsen huostaansa, ei sen huolto siirtynyt hänelle, vaikka lapsen äiti olisikin tehnyt tästä lasten-

määrätty, miten huolto-oikeus kussakin tapauksessa syntyy,¹³⁵ tuntuu siltä, ettei kosketeltua tapausta lukuunottamatta sanotun oikeuden luovuttaminen sopimuksella viranomaisillekaan ole mahdollista.

Myös Suomen oikeudessa lienee siis sääntönä, ettei huoltaja voi luovuttaa puheenaolevaa oikeuttaan sopimuksen perusteella muille henkilöille tai viranomaisille. Puolisoiden lasten huollosta avioeroa tai ennen sitä tapahtuvaa erillään asumista varten tekemällä sopimuksella on se merkitys, että oikeuden on annettava päätöksensä heidän toivomuksensa mukaan, ellei se ole vastoin lapsen etua. Ottolapsisuhteen perustamista koskevat oikeussäännökset osoittavat myös, että huoltajalla on määräämisvaltaa itse huolto-oikeuteen nähden. Sanottu oikeus voitaneen kuitenkin luovuttaa toiselle puolisolle yksityisellä sopimuksella vain, jos puoliset asuvat välien rikkoutumisen vuoksi erillään, ja tämäkin on vain rajoitetussa mielessä mahdollista. Luovutus ei kohdistu koko huolto-oikeuteen ja sopimus on voimassa vain siksi, kunnes sitä oikeuden toimesta muutetaan. Sitäpaitsi voidaan huolto-oikeus LSL:n 11 §:ssä tarkoitettussa merkityksessä kirjallisella sopimuksella luovuttaa huoltolautakunnalle. Muissa tapauksissa ei huoltaja voine luovuttaa sopimuksella lapsen oikeudellista huoltoa yksityiselle henkilölle tai viranomaiselle.

Mistä sitten johtuu kysymyksessäolevan oikeuden luovuttamattomuutta koskeva sääntö? Eräät tutkijat katsovat sen johtuvan siitä, että huoltajan puheenaoleva oikeus ja velvollisuus on pakottavaa oikeutta.¹³⁶ Toiset perustavat tämän käsityksen mainitun oikeuden ja velvollisuuden puhtaasti henkilökohtaiseen luonteeseen¹³⁷ tai siihen, että niiden luovuttaminen on hyvän tavan vastaista.¹³⁸ Sitäpaitsi on vielä kerrottua mieli- pidettä perusteltu sillä, että lapsen henkilöä koskevien asioiden hoito sisältää oikeudellisen velvollisuuden.¹³⁹

Pakottavaan oikeuteen luetaan oikeussäännökset, joille on luonteen-

valvojan kanssa sopimuksen. Tässä lienee nimittäin vain kysymys tilapäisestä lapsen hoitamisesta, kunnes sen huollosta on lopullisesti määrätty.

¹³⁵ Ks. esitystä huolto-oikeuden syntymisestä s. 62 ss.

¹³⁶ Näin esim. *Endemann* II, 2 s. 505; *Cosack* II, 2, s. 225; *Schulthess*, s. 2. Vrt. *Wrede*: Oikeus- ja yhteiskuntajärjestys, s. 301.

¹³⁷ *Dernburg*: Das bürgerliche Recht IV, s. 270; *Eck*, s. 39.

¹³⁸ *G. Planck*: Begründung des Entwurfs eines Familienrechts für das Deutsche Reich, Berlin 1880, s. 1450; *Opet*, s. 217; *Motive* IV, s. 752; *André*, s. 26; *Taranger*, s. 203.

¹³⁹ *Staudinger* IV, 2, s. 981; *Kipp-Wolff* IV, s. 323; *Gimmerthal*, s. 390; *André*, s. 26; *Knoph*, s. 72 s.; *Arnholm*, s. 49; *Borum*, s. 70.

omaista, että niitä on sovellettava silloinkin, kun henkilöt, joiden olója ne on tarkoitettu järjestämään, eivät sitä tahtois. Vastoin kysymyksessä olevien säännösten määräyksiä ei siis sanottujen olojen järjestäminen sopimuksella ole mahdollista.¹⁴⁰ Huolto-oikeuden luovuttamattomuutta koskevan säännön perustetta ei kuitenkaan ole selvitetty sillä, että luetaan huoltajan oikeus ja velvollisuus pakottavaan oikeuteen. Oikeussäännöksen pakottava luonne on nimittäin seuraus eikä syy. Tässä suhteessa sanoo *Gehring* sattuvasti: »Der Verweis auf zwingendes Recht enthält also in Wirklichkeit keine Begründung, sondern er gibt ein Urteil über die Art des betreffenden Rechtssatzes, das seinerseits wieder selbständiger Begründung bedarf.»¹⁴¹ Samaa on myös sanottava huolto-oikeuden luovuttamattomuutta koskevan säännön johtamisesta sanotun oikeuden puhtaasti henkilökohtaisesta luonteesta. *Windscheid*, jota on pidettävä viimeksimainitun käsitteen luoja, määrittelee puhtaasti henkilökohtaiset oikeudet oikeutetusta henkilöstä erottamattomiksi oikeuksiksi.¹⁴² Määritelmästä selviää, että muodolliseen puhtaasti henkilökohtaisen oikeuden käsitteeseen vetoaminen ei myöskään selitä syytä huolto-oikeuden luovuttamattomuuteen. Se on vain saman periaatteen uudelleen toistamista. Jos taas perustamme huolto-oikeuden luovuttamattomuuden siihen, että se on hyvän tavan vastaista, ei tälläkään ole päästy asian ytimeen, koska mielessämme herää heti kysymys, miksi se sitten on hyvän tavan vastaista. Pohjimmainen syy sanotun oikeuden luovuttamattomuuteen lienee sitävastoin siinä, että huolto sisältää oikeudellisen velvollisuuden, jolla on oikeuspoliittisesti suuri merkitys.¹⁴³ Kun valtiolla on lasten huollossa tärkeitä etuja valvottavanaan, ei sen kannalta ole yhdentekevää, kenelle tämä tehtävä kuuluu. Valtion etu vaatii, että se uskotaan henkilölle, jolla on erikoisesti huoltajalle kuuluvien velvollisuuksien täyttämiseen tarpeelliset edellytykset. Koska lapsen vanhemmilla on luontainen oikeus ja useimmiten parhaat edellytykset puheenaolevaan tehtävään, on heille voitu uskoa lastensa huolto yleensä suorastaan lainsäännöksen perusteella. Muissa tapauksissa on sitävastoin jätetty viranomaisten tehtäväksi harkita, onko henkilöllä, jolle huolto uskotaan, tehtävän täyttämiseen todella edellytyksiä. Huol-

¹⁴⁰ Ks. esim. *Windscheid* I, s. 69; *Dernburg*: *Pandekten* I, s. 49 ss.; *Sama*: *Das bürgerliche Recht* I, s. 56 ss.; *v. Tuhr* I, s. 25 ss.; *Wrede*: *Oikeus- ja yhteiskuntajärjestys*, s. 27 s.; *Ekström*, s. 43 ss.; *Montgomery*, s. 74.

¹⁴¹ *Gehring*, s. 57.

¹⁴² *Windscheid* I, s. 92 alimuistutus 1. Ks. myös esim. *v. Tuhr* I, s. 219.

¹⁴³ *Gehringin* käsityksen mukaan on oikeuspoliittisia seikkoja pidettävä sanotuna pääasiallisena syynä. *Gehring*, s. 60 ss.

tajan nimittämisessä on siis julkisella edulla huomattava sija. Tämän edun vartenottamiseksi on huoltajan määrääminen viranomaisen toimesta yleensä välttämätöntä. Lapsista ei saa tehdä sopimuksen perusteella luovutettavaa kauppatavaraa, joista loppujen lopuksi on sängen vaikea tietää, kenelle niiden oikeudellinen huolto kuuluu. Oikeuspoliittisesti on juuri tärkeä merkitys huollon pysyvällä järjestelyllä ja sillä, että aina tiedetään ja on helposti todettavissa, kuka kulloinkin on puheenaolevasta tehtävästä vastuussa. Huollon luovuttamattomuutta tarkasteltaessa on siis muistettava, että huolto käsittää myös velvollisuuden, josta huoltaja ei voi vapautua siirtämällä sen sopimuksella toiselle. Huoltajalle kuuluvien oikeuksien siirtäminen ilman velvollisuuksia ei myöskään ole mahdollista, koska oikeudet on annettu pääasiallisesti juuri velvollisuuksien täyttämiseksi.¹⁴⁴

Kysymyksessäoleva huolto-oikeuden luovuttamattomuutta koskeva periaate käsittää huolto-oikeuden kokonaisuudessaan. Mainittuja poikkeuksia lukuunottamatta ei sanottua oikeutta eikä myöskään huoltajalle siitä johtuvia oikeutuksia voida pätevin oikeusvaikutuksin luovuttaa sopimuksella toiselle henkilölle tai viranomaiselle. Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, että huoltajan olisi henkilökohtaisesti hoidettava kaikki huoltoon kuuluvat tehtävät. Tehtäviensä hoidossa hän saa käyttää apulaisia. Mikäli se ei vaaranna lapsen etua eikä ole hyvien tapojen vastaista, huoltaja voi sopimuksen nojalla luovuttaa sanottujen tehtävien hoidon toiselle. Lapsen tosiasiallisen huollon luovuttaminen on siis mahdollista.¹⁴⁵ Käytännössä ovat tällaiset sopimukset yleisiä. Ne voidaan tehdä kirjallisesti tai suullisesti. Usein syntynevät ne pelkästään konkludenttisella toiminnalla. Milloin puheenaolevan sopimuksen on katsottava olevan olemassa, on ratkaistava in casu. Tärkeänä johtona lienee tässä yleinen tapa.

Lapsen tosiasiallisen huollon luovutukseen on uusimmassa lainsäädännössämme kiinnitetty erikoista huomiota.¹⁴⁶ LSL:ssä määritellään kasvattilapsi lapseksi, jota muun kuin huoltolautakunnan toimenpiteestä kasvatetaan yksityisessä lastenkodissa tai muun henkilön kuin vanhem-

¹⁴⁴ Vrt. Gehring, s. 59 ss.; Staudinger IV, 2, s. 981; Kipp-Wolff IV, s. 303; Gimmerthal, s. 390; André, s. 26; Knoph, s. 72 s.; Arnholm, s. 49; Borum, s. 70.

¹⁴⁵ Dernburg: Das bürgerliche Recht IV, s. 270 s.; Kipp-Wolff IV, s. 324; Staudinger IV, 2, s. 1006; Gehring, s. 64; André, s. 28; Undén, s. 69 s. ja s. 129 s.; Arnholm, s. 49; Taranger, s. 257. Vrt. Schrevelius III, s. 147 s.

¹⁴⁶ Ks. LSL VI luku. Vrt. myös edellä s. 45 alimuist. 100 mainittuihin lainkohtiin.

painsa tai erityisesti määrätyn holhoojan luona.¹⁴⁷ Sanotun lain kasvattilapsikäsitteen ulkopuolelle jää koululaiskotiin taikka yksityisen henkilön luo koulunkäynnin ajaksi, lomanviettoon tai muusta tilapäisestä syystä sijoitettu lapsi.¹⁴⁸ Milloin erityiset syyt antavat siihen aiheutta, huoltolautakunta voi kuitenkin päättää, että lapsi, jota siitä huolimatta, että se oleskelee muun kuin vanhempainsa tai holhoojansa luona, ei ole edellä sanotun perusteella luettava kasvattilapseksi, on toistaiseksi sellaisena pidettävä.¹⁴⁹ Kasvattilapsen käsite, jonka määrittämisessä vanhemman oikeutemme kasvattilasta koskevista hajanaisista säännöksistä ei ollut paljoakaan apua, on siis LSL:ssä määritelty. Aina kun lasta on pidettävä sanotun lain mukaan kasvattilapsena, on kysymys sen tosiasiallisen huollon luovutuksesta, mutta tämän lisäksi on puheena olevan huollon luovutuksen katsottava tapahtuneen useissa tapauksissa, vaikka lapsi ei olekaan mainitussa mielessä kasvattilapsi. Tosiasiallisen huollon luovutus on esim. usein tapahtunut, kun lapsi on sijoitettu koululaiskotiin taikka yksityisen henkilön luo koulunkäynnin ajaksi, lomanviettoon tai muusta tilapäisestä syystä.¹⁵⁰

Lapsen tosiasiallisen huollon luovutusta tarkoittava sopimus ei voine koskaan käsittää kaikkia huoltoon kuuluvia oikeutuksia.¹⁵¹ Huoltajalle lapsen henkilöä koskevissa asioissa annetun määrittämisvallan luovuttamista toiselle henkilölle on eräissä suhteissa pidettävä ilman muuta lapsen edun ja hyvien tapojen vastaisena. Niinpä on huoltajan esim. aina itsensä päätettävä, antaako hän lapsen ottolapseksi tai suostumuksensa sen avioliittoon. Muilla henkilöillä hän voinee sitävastoin hoidattaa tehtävät, joiden hoitamisessa hänen henkilökohtaisilla ominaisuuksillaan ei ole ratkaisevaa merkitystä ja joita ei senvuoksi ole tarkoitettu pidätettäviksi hänelle. Huoltajalle pidätettyjä oikeutuksia ovat esim. suostumuksen antaminen lapsen avioliittoon, sen nimen ja uskonnon muuttamiseen sekä sen antamiseen ottolapseksi.¹⁵² Tosiasiallisen huollon luovutus ei siis voi käsittää oikeutuksia; joille on luonteenomaista, että ne ovat tarkoitettut ja omiaan aikaansaamaan pysyvän muutoksen lapsen oikeudelliseen asemaan. Luonnollista on, ettei lapsen tosiasiallista huol-

¹⁴⁷ LSL 25 § 1 mom.

¹⁴⁸ LSL 25 § 2 mom.

¹⁴⁹ LSL 25 § 3 mom.

¹⁵⁰ Ks. kasvattilapsista Lvkehdotusta laiksi lapseksiottamisesta, s. 7 s.; *Hernberg: Familjerätt*, s. 111 ss.; *Undén*, s. 27 ss.; *Lb. GB. IV*, s. 451.

¹⁵¹ Vrt. *Undén*, s. 69; *Arnholm*, s. 49.

¹⁵² Ks. erikoisesti UskonnonvapL:n 6 § 4 mom.

toa saa siirtää kenelle tahansa. Luvallista ei ole esim. sen siirtäminen henkilölle, joka ilmeisesti ei pysty tehtävää täyttämään.¹⁵³

Sopimus, jolla huoltaja luovuttaa lapsen tosiasiallisen huollon toiselle, on siinä suhteessa erikoisasemassa, että huoltaja saattaa siitä riippumatta milloin tahansa kieltäytyä luovuttamasta sanottua huoltoa sopimuskumppanilleen, tai jos hän on sen jo tehnyt, hän voi peruuttaa tälle antamansa oikeuden ja ryhtyä itse huoltoon kuuluvia tehtäviä hoitamaan. Kun huoltaja ei voi luovuttaa oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan pätevin oikeusvaikutuksin sopimuksella toiselle, on luonnollista, ettei tosiasiallisenkaan huollon luovutusta koskeva sopimus häntä tässä suhteessa sido.¹⁵⁴ Vaikka tosiasiallisen huollon luovutusta koskevassa sopimuksessa olisikin nimenomaan sovittu siitä, että lapsen oikeudellinen huoltaja sitoutuu olemaan määrättyä aikana puuttumatta lapsen huoltoon, ei tällaisella ehdolla ole mitään merkitystä. Se on ilman muuta pätemätön.¹⁵⁵ Aina kun lapsen etu vaatii, huoltaja on sekä oikeutettu että velvollinen ottamaan lapsen tosiasiallisen huollon pois siltä, jolle sen on luovuttanut.¹⁵⁶ Kun huoltaja yleensä yksin harkitsee, mitä lapsen etu kussakin tapauksessa vaatii, merkitsee tämä käytännössä sitä, että hän saa milloin tahansa ottaa lapsen pois ja peruuttaa toiselle luovuttamansa oikeuden sen tosiasialliseen huoltoon. Tästä säännöstä lienee kuitenkin tehtävä poikkeus siinä tapauksessa, että lapsen riistäminen tosiasialliselta huoltajalta törkeästi loukkaa sen etua. Näin on laita esim., jos lapsi on sairaalloisuutensa vuoksi annettu jonkin laitoksen hoidettavaksi eikä kysymyksessä olevaa hoitoa sen terveyttä suuresti vaarantamatta voida keskeyttää.¹⁵⁷ Muuten lienee yleensä sanottava, että ellei lapsen huoltaja luovuta lasta sen tosiasialliselle huoltajalle, viimeksimainittu ei voi saada puheena olevaa hänelle sopimuksessa luovutettua oikeutta toteutetuksi,¹⁵⁸ ja, jos lapsi on jo hänelle luovutettu, hänellä on vain oikeus toistaiseksi eli siksi, kunnes lapsen oikeudellinen huoltaja toisin määrää, huolehtia hänelle annetusta tehtävästä. Kun tosiasialliselle huoltajalle voi syntyä vahinkoa siitä, että lapsen oikeu-

¹⁵³ Vrt. LSA 16 §.

¹⁵⁴ *Staudinger* IV, 2, s. 1006; *Gehring*, s. 79; *Eck*, s. 58 s.; *Undén*, s. 70.

¹⁵⁵ *Staudinger* IV, 2, s. 1006; *Undén*, s. 70. Vrt. *Motive* IV, s. 752.

¹⁵⁶ *André*, s. 28. Vrt. *Hernberg*: *Familjerätt*, s. 114.

¹⁵⁷ Vrt. *Gehring*, s. 81 s., ja myös jäljempänä s. 198 s. niitä tapauksia, joissa sopimus voi rajoittaa huoltajan oikeutta lapsen olinpaikan määräämiseen.

¹⁵⁸ *Gehring*, s. 79 ja s. 83 ss.

dellinen huoltaja ei täytä heidän välistään sopimusta nyt kysymyksessä olevassa suhteessa, on luonnollista, että tämä vahinko on yleisten vahingonkorvausperiaatteiden mukaan oikeudellisen huoltajan korvattava, mikäli hänen toimenpiteensä eivät ole johtuneet tosiasiallisen huoltajan omasta syystä.¹⁵⁹

Puheenaolevan huollon luovutuksen vaikutuksesta tosiasiallinen huoltaja tulee itse lapseen nähden siinä laajuudessa, kuin sanottu huolto on hänelle luovutettu, käytännöllisesti katsoen samaan asemaan kuin oikeudellinen huoltaja. Siksi kunnes lapsen oikeudellinen huoltaja toisin määrää, ensiksimmäinen on oikeutettu huolehtimaan hänelle siirrettyistä tehtävistä.¹⁶⁰ Lapsi on näissä asioissa alistettu välittömästi hänen määräämisvaltaansa. Tosiasiallisella huoltajalla ei ole kuitenkaan lapsen suhteen itsenäistä oikeutta. Se on oikeudelliselta huoltajalta johdettu oikeus.¹⁶¹ Senvuoksi hän on tehtävänsä hoidossa samojen rajoitusten alainen kuin viimeksimainittukin huoltaja. Tosiasiallisella huoltajalla ei ole subjektiivista oikeutta hänelle siirrettyyn tehtävään. Oikeudellinen huoltaja voi erottaa hänet siitä, kuten jo on sanottu, milloin tahansa eikä ensiksimmäinen voi kanteella vaatia, että hänet oikeutettaisiin edelleen toimimaan lapsen tosiasiallisena huoltajana.¹⁶²

Kuten oikeudelliselle huoltajalle, ei tosiasiallisellekaan huoltajalle kuulu yksinomaan oikeuksia, vaan myös velvollisuuksia. Hänelle luovutetut tehtävät tosiasiallinen huoltaja on velvollinen täyttämään ja ellei hän sitä tee, kohtaavat häntä eräissä tapauksissa samat oikeusseuraukset kuin oikeudellistakin huoltajaa.¹⁶³ Tosiasiallisen huoltajan ohella on usein kuitenkin myös oikeudellinen huoltaja vastuussa sanottujen velvollisuuksien täyttämisestä.¹⁶⁴ Tosiasiallisen huoltajan suhde kolmanteen tulee lähinnä riippumaan kysymyksessä olevan huollon luovutusta koskevan sopimuksen sisällöstä. Pääperiaatteena lienee pidettävä, että tosiasiallinen huoltaja on siinä laajuudessa, kuin sanottu

¹⁵⁹ Gehring, s. 79; Undén, s. 69 s. ja s. 130. Vrt. NJA 1913, s. 603, jossa selostetussa oikeustapauksessa mainitunlainen vahingonkorvausvaatimus on hylätty.

¹⁶⁰ Gehring, s. 71; Staudinger IV, 2, s. 1006 s.

¹⁶¹ Vrt. v. Tuhr I, s. 168 s.

¹⁶² Vrt. Gehring, s. 74.

¹⁶³ Ks. tässä suhteessa esim. LSL VI lukua ja 45 §; OppivelvL 16 § verr. 25 § 2 mom. ja jäljempänä s. 159 ss., s. 169 s. ja s. 185 ss.

¹⁶⁴ Ks. tästä esim. s. 188 s.

huolto on hänelle uskottu, oikeutettu edustamaan lasta kolmanteen nähden ja niinkään turvattu kolmannen aiheettomalta puuttumiselta hänen tehtäväänsä.¹⁶⁵ Mainitun periaatteen ilmauksena ovat eräät positiivisen oikeutemme säännökset, joissa tosiasiallinen huoltaja rinnastetaan oikeudelliseen huoltajaan.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Vrt. LSL 20 § 1 mom.; LSA 15 §; Gehring, s. 78 ss.

¹⁶⁶ Ks. OppivelvL 25 § 2 mom. verr. 5, 6 ja 16 §; RL 25:2.

III. HUOLTO-OIKEUDEN SYNTYMINEN.

1. HUOLTO-OIKEUDEN SYNTYMISPERUSTEET.

Edellä on ollut useasti puhetta siitä, että lapsen henkilöä koskevien asioiden ja sen omaisuuden hoito kuuluu säännönmukaisesti samalle henkilölle.¹ Lapsen omaisuuden hoitajan oikeus tehtävänsä syntyy myös samalla tavoin ja yleensä samanaikaisesti kuin huolto-oikeus. Huolto-oikeuden syntymisperusteet ovat siis yhtäpitävät lapsen omaisuuden hoitajan oikeuksien syntymisperusteiden kanssa. Huolto-oikeuden syntymisperusteena on tavallisesti luonnollinen tapahtuma eli lapsen syntymä taikka oikeuden tai hallinnollisen viranomaisen päätös. Aikaisemmin on jo mainittu, että sanotun oikeuden luovuttaminen sopimuksen perusteella huoltolautakunnalle on eräin edellytyksin mahdollista.² Poikkeustapauksissa huolto-oikeus voi myös syntyä lapsen lailistuttamisen tai sen oikeudellista asemaa koskevan oikeuden päätöksen välillisenä seurauksena.

Huolto-oikeuden syntymistä seuraavassa esityksessä tarkasteltaessa pidämme ensiksi silmällä lakimääräistä ja sitten määräyksenvaraista huoltoa. Koska hallinnollisen huollon syntyminen tulee lähemmin pohdittavaksi lakimääräisen ja määräyksenvaraisen huollon lakkaamisen yhteydessä, koskettelemme sitä tässä vain, mikäli se on määräyksenvaraisen huolto-oikeuden syntymisen selventämiseksi välttämätöntä. Lopuksi tarkastelemme vielä erikseen huolto-oikeuden syntymistä lapsiksiottamisen johdosta.

2. LAKIMÄÄRÄISEN HUOLTO-OIKEUDEN SYNTYMINEN.

Lakimääräinen huolto-oikeus syntyy tavallisesti luonnollisen tapahtuman eli lapsen syntymän vaikutuksesta. Lapsen vanhemmat tai toi-

¹ Ks. edellä s. 13 ja s. 16 s.

² Ks. edellä s. 52 ss.

nen heistä tulee lapsen syntymän johdosta sen huoltajaksi. Kuten edellä on mainittu,³ lasten huolto on yleensä taattu vanhemmille erikoisena oikeutena, jota heiltä ei voi ilman pätevää syytä riistää. Syystä voitaneen olettaa, että ainakin aviolapsen vanhemmilla on parhaat edellytykset lastensa huoltoon. Yhtä selvää ei sitävastoin ole, että aviottoman lapsen vanhemmat soveltuvat tähän tehtävään. Viimeksimainittu vanhemmat ovat usein siveellisesti rappeutuneita henkilöitä, joilla ei huoltajalle tarpeellisesta kyvystä puhumattakaan ole sitä rakkautta lapsiinsa, jota menestyksellinen huolto edellyttää. Sitäpaitsi on huomattava, ettei aviottoman lapsen huollon uskominen sen vanhemmille yhteisesti ole mahdollista. Useimmiten ei tällaisen lapsen vanhemmilla ole sen siirtämisen jälkeen elatusavun suorittamista lukuunottamatta mitään tekemistä toistensa kanssa. Kun sanotun lapsen vanhemmat eivät asu yhdessä, tuottaisi huolto-oikeuden yhteinen käyttäminen hankaluuksia. Jo lapsen olinpaikan määäämisestä voisi aiheutua riitaisuuksia ja lapsi saattaisi joutua vanhempien riitojen välikappaleeksi. Edellä selostetut vaikeudet aviottoman lapsen huollon järjestelyssä ovat johtaneet siihen, että lapsen isä on yleensä suljettu huollosta pois. Huolto on uskottu ensisijaisesti äidille, joka luonnonjärjestyksen mukaan on lasta lähempänä.

Lapsen syntyessä joutuu siis, kuten sanottu, sen huolto molemmille vanhemmille, jos lapsi on aviolapsi. Ratkaistaessa kysymystä, ketkä ovat aviolapsia, on pääsääntönä, että kaikki avioliitossa siitetyt lapset ovat aviolapsia.⁴ Ennen AL:n voimaantumista oli aviolapsen oikeudet sitäpaitsi lapsella, jonka mies oli siittänyt kihlatun morsiamensa kanssa tahi aviolupauksin taikka salavuoteudessa, jota oli seurannut kihlaus tai miehen antama, mutta jommankumman kuoleman johdosta täyttämättä jäänyt aviolupaus.⁵ Niinikään oli pätemättömässä avioliitossa tai kihlauksessa siitettyä lasta pidettävä aviolapsena, jos äiti oli ollut vilpittömässä mielessä.⁶ Sitäpaitsi oli vielä väkisinmaaten siite-

³ Ks. edellä s. 17 ja s. 26 s.

⁴ *Chydenius*: Arfs- och testamentsrätt, s. 20; *Venoja*: DL 1936, s. 313.

⁵ NK 5:1; PK 8:1 ja 2; *Chydenius*: Arfs- och testamentsrätt, s. 23 s., s. 25 ja s. 29 s.; *Wrede*: Naimiskaari, s. 100 ss.; *Wrede-Caselius*, s. 66 ss.; Lvk ehdotus uudeksi aviokaareksi ynnä perustelut, s. 123; *Grönvall*, s. 244 s.; *Huttunen*, s. 264 s.

⁶ NK 5:2; PK 8:3 ja 4; *Chydenius*: Arfs- och testamentsrätt, s. 28 s.; *Wrede*: Naimiskaari, s. 103 s.; *Wrede-Caselius*, s. 68 s.; *Huttunen*, s. 264 s.; *Grönvall*, s. 245; Lvk ehdotus uudeksi aviokaareksi ynnä perustelut, s. 123.

tyllä lapsella aviolapsen oikeudet.⁷ Avioliittolainsäädäntömme uusimisen yhteydessä supistettiin kuitenkin aviolapsen käsitettä melkoisesti.⁸ Sääntönä on edelleen, että aviolapsia ovat kaikki avioliitossa siitetyt lapset. Aviolapsen asema on myös lapsella, joka on siitetty avioliitossa, vaikkapa tuo avioliitto myöhemmin peruutuisikin, samoin avioliiton ulkopuolella siitetyllä lapsella, jonka vanhemmat sittemmin menevät keskenään avioliittoon.⁹ Sitävastoin on lapsella, joka on väkisinmaaten siitetty, kihlakumppanien siittämä tai jonka vanhemmat jälkeinpäin ovat kihlautuneet, vain samanlainen oikeudellinen asema kuin avioliiton ulkopuolella syntyneellä lapsella, jonka lapsen isä on asianomaisessa järjestyksessä tunnustanut omakseen.¹⁰ Voimassaolevan oikeutemme mukaan ovat siis aviolapsia vain avioliitossa siitetyt lapset, lapset, jotka ovat siitetyt myöhemmin peruutuneessa avioliitossa, ja avioliiton ulkopuolella syntyneet lapset, joiden vanhemmat sittemmin ovat menneet keskenään avioliittoon. Aviottomia ovat taas kaikki lapset, joilla sanotun mukaan ei ole aviolapsen oikeuksia eli lapset, joiden vanhemmat eivät lapsen siittämisen aikana eivätkä jälkeinpäinkään ole olleet naimisissa keskenään.

Mitä sitten tarkoittaa se, että lapsi on avioliitossa siitetty? Luonnollista on, että tässä on kysymys vain puolisoitten keskenään siittämistä lapsista. Jos esim. aviomies siittää avioliiton aikana lapsen jonkun muun naisen kuin vaimonsa kanssa, on lapsi avioton. Näytöksen esittäminen siitä, ettei lapsi ole aviovaimon synnyttämä, ei tuota vaikeuksia. Vaikeampi on sitävastoin todistaa, ettei vaimon avioliiton aikana synnyttämä lapsi ole hänen miehensä siittämä. Sanotun seikan toteen näyttämistä kohtaavat vaikeudet ovat johtaneet yleiseen olettamukseen lapsen aviollisen syntyperän hyväksi. Jo roomalaisesta oikeudesta lähtien on ollut sääntönä »Pater est quem nuptiae demonstrant.» Sanottu sääntö sisältää lähinnä sen, että mies, joka väittää, ettei hänen vaimonsa

⁷ PK 8: 6; *Chydenius*: Arfs- och testamentsrätt, s. 29; *Wrede-Caselius*, s. 71; Lvk ehdotus uudeksi aviokaareksi ynnä perustelut, s. 123; *Grönvall*, s. 244 s.; *Huttunen*, s. 264.

⁸ ALVpL 6 §; Lvk ehdotus uudeksi aviokaareksi ynnä perustelut, s. 123 s.; *Huttunen*, s. 264 s.; *Grönvall*, s. 244; *Venoja*: DL 1936, s. 313 ss.

⁹ ALVpL 6 § 1 ja 2 mom.

¹⁰ ALVpL 6 § 3 mom.

synnyttämä lapsi ole hänen siirtämänsä, on asiassa todistusvelvollinen.¹¹ Tämä sääntö on omaksuttu useimpien maiden lainsäädäntöön ja niissäkin maissa, joissa ei näin ole tapahtunut, sitä noudatetaan yleisesti.¹² Viimeksimainittuihin maihin kuuluu myös Suomi.¹³ Puheenaolevan olettamuksen oikeutusta on puolustettu sillä, että se estää miestä saattamasta aiheettomasti oikeuden tutkittavaksi lapsen syntyperää ja vaimonsa mahdollista uskottomuutta koskevia asioita, joiden toteennäyttäminen on useissa tapauksissa mahdotonta. Aiheettomat oikeudenkäynnit ovat omiaan vaarantamaan perhe-elämän tasaista kulkua ja saattamaan sen koko yhteiskunnan silmissä huonoon valoon.¹⁴ Lapsen aviollista syntyperää koskevaa olettamusta vastaan voidaan toiselta puolelta huomauttaa, että eräissä tapauksissa lapselle voisi olla etua siitä, ettei sitä ilman muuta oletettaisi aviolapseksi. Tällainen olettamus voi esim. estää sitä saamasta elatusapua isältään, joka ehkä on sen äidin aviomiestä paremmassa taloudellisessa asemassa. Huomattava on myös, että kun aviomies väittää, ettei lapsi ole hänen siirtämänsä, on syytä epäillä väitteessä olevan perää. Näistä vastaväitteistä huolimatta on kuitenkin yhteiskunnan, vanhempien ja koko perhe-elämän kannalta parasta, ettei lapsen oikeudellista asemaa saateta epäilyksenalaiseksi, ilman että siihen on riittäviä perusteita, minkä vuoksi näyttövelvollisuuden säilyttämisen aviomiehelle lienee yleensä paikallaan.¹⁵

Kuten edellä on sanottu, kuuluu aviolapsen huolto suorastaan lainsäädännön perusteella sen vanhemmille. HL:n 23 § 1 momentissa säädetään, että alaikäisen lakimääräisinä holhoojina olkoot molemmat vanhemmat yhteisesti. Saman lain 34 §:n 1 momentissa sanotaan edelleen, että isä ja äiti, jotka eivät ole mielipuolia, ovat, vaikka he eivät olekaan lapsen holhoojia, oikeutetut ja velvolliset kasvattamaan lapsensa, jolla,

¹¹ Tässä yhteydessä emme mielestämme voi puuttua kysymykseen siitä, miten laajalti puheenaolevaa sääntöä on sovellettava. Ks. tästä esim. *Chydenius: Arfs- och testamentsrätt*, s. 20 ss.; *Winroth: Sv. C. III*, s. 25 ss.; *Undén*, s. 17 ss.; *Bentzon: Familieret 1916*, s. 271 ss.; *Borum*, s. 6 ss.; *Taranger*, s. 199 s.; *Arnholm*, s. 35 ss.; *Dernburg: Das bürgerliche Recht IV*, s. 239 ss.; *Endemann II*, 2, s. 521 ss.; *RGKomm. IV*, s. 318 s.; *Staudinger IV*, 2, s. 852 ss.; *Planck IV*, s. 343 ss.

¹² Sääntö on omaksuttu lainsäädäntöön esim. Ruotsissa, Ranskassa, Sveitsissä ja Saksassa. Ks. Lag 14/6 1917 om äktenskaplig börd 1 §; Code civil 312 art.; ZGB 252 art.; BGB 1591 § 2 mom.

¹³ Ks. esim. *Chydeniuksen* esitystä lapsen aviollisesta syntyperästä, jossa hän omaksuu puheenaolevan säännön epäilyksettä oikeuteemme. *Chydenius: Arfs- och testamentsrätt*, s. 20 ss.

¹⁴ *Bentzon: Familieret 1916*, s. 271.

¹⁵ *Borum*, s. 7.

kuten jo on todettu, tarkoitetaan lapsen huoltoa.¹⁶ Se, että alaikäisen lakimääräisinä holhoojina ovat hänen vanhempansa yhteisesti, sanotaan nimenomaan HL:n 23 §:n 1 momentissa. Koska saman pykälän 2 momentissa kuitenkin puhutaan rinnatusten lapsen holhouksesta ja huollosta, on epätietoista, tarkoitetaanko pykälän 1 momentissa olevassa säännöksessä lapsen holhouksen kuulumisesta vanhemmille yhteisesti, holhouksella yksinomaan lapsen omaisuuden hoitoa vai sekä huoltoa että omaisuuden hoitoa. Sen, että myöskin lapsen huolto kuuluu avioliiton aikana, puolisoitten asuessa yhdessä, vanhemmille yhteisesti, osoittavat kuitenkin riidattomasti HL:n 23 §:n 2 momentin ja AL:n 80 §:n määräykset siitä, miten lapsen huolto on järjestettävä, jos sen vanhemmat asuvat erillään välien rikkoutumisen vuoksi tai avioliitto on tuomion perusteella purettu. Vanhemmille yhteisesti kuuluu vain sellaisen avioliiton lapsen huolto, jonka vanhemmat asuvat yhdessä. Jos vanhemmat asuvat erillään välien rikkoutumisen vuoksi tai avioliitto on tuomiolla purettu, määrää oikeus, kumpi puolisoista saa olla lapsen huoltajana. Aikaisemmin on jo mainittu, että lapsen huolto voidaan erillään asumisen ajaksi järjestää myös puolisoitten välisen sopimuksen nojalla.¹⁷

Sääntönä on siis, että kun lapsi syntyy tai on siitetty avioliitossa, tulevat molemmat vanhemmat sen huoltajiksi. Huolto-oikeus syntyy heille suorastaan lain nojalla. Se perustuu luonnolliseen tapahtumaan, lapsen syntymään, eikä edellytä viranomaisen harkintaa vanhempien sopivaisuudesta tähän tehtävään. Eri mieltä voitaneen kuitenkin olla siitä, syntyykö huolto-oikeus suorastaan lain nojalla lastensa huollosta erotetullekin puolisolle erottamisen jälkeen syntyneeseen lapseen. Mikäli tällainen lapsi on ennen huollosta erottamista siitetty, voitaisiin ajatella, että erottamispäätös ulotettaisiin myös siihen sen syntymästä lukien. Koska mainituksessa päätöksessä lienee kuitenkin nimenomaan todettava, keitä lapsia päätös koskee, ei tämä käy päinsä. Epätietoista on, syntyykö lapsi elävänä tai syntyykö ehkä useampia lapsia samalla kertaa. Näin ollen tuntuu siltä, että päätös, jolla vanhemmat erotetaan lastensa huollosta, koskee vain päätöksessä nimettyjä jo syntyneitä lapsia. Jos lastensa huollosta erotetulle puolisolle syntyy erottamispäätöksen jälkeen avioliiton lapsi, lienee hän erottamisesta huolimatta suorastaan lain nojalla sen huoltaja, siksi kunnes hänet on asianmukaisessa järjestyksessä myös puheenaolevan lapsen huollosta erotettu. Tämä ei kui-

¹⁶ Ks. edellä s. 13 ja alimuist. 22.

¹⁷ Ks. edellä s. 48 ss.

tenkaan pidä paikkaansa, jos vanhemmat ovat asetetut holhouksenalaisiksi. Jos isä tai äiti on itse holhouksenalainen, on hänelle määrätty holhooja myös lapsen holhoojana, ellei oikeus määrää siksi toista henkilöä.¹⁸

Muissa tapauksissa menettää lakimääräinen huoltaja lapsen syntymään perustuvan huolto-oikeutensa vain oikeuden tai huoltolautakunnan päätöksen perusteella.¹⁹ Siihen saakka, kunnes hänet on tällaisen päätöksen perusteella sanotusta tehtävästä erotettu, hän on suorastaan lain nojalla lapsensa huoltaja.

Yleistä periaatetta huolto-oikeuden syntymisestä lapsen syntymän johdosta on sovellettava myös lapseen, joka on siitetty myöhemmin purkautuneessa avioliitossa. Vaikka avioliitto purkautuisikin, on lapsen huolto-oikeus tullut vanhemmille lapsen syntymän johdosta. Kenelle sanottu oikeus avioliiton peruutumisen jälkeen tulee kuulumaan, sen määrää oikeus peruutumisesta koskevan päätöksen yhteydessä.²⁰ Lapsen syntyminen ei sitävastoin perusta huolto-oikeutta vanhemmille avioliiton ulkopuolella syntyneeseen lapseen, joka tulee aviolapseksi sen nojalla, että sen vanhemmat sittemmin menevät keskenään avioliittoon. Huolto-oikeuden syntyminen sille vanhemmista, joka aikaisemmin ei ole ollut huoltajana, on välillinen seuraus kysymyksessäolevasta avioliitosta. Sanottu oikeus syntyy vasta avioliitosta eikä lapsen syntymästä lähtien.²¹

Kuten jo on mainittu, ei avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen huoltoa voi järjestää samojen periaatteiden mukaan kuin aviolapsen huoltoa. Aviolapsen huollon uskominen molemmille vanhemmille yhteisesti perustuu siihen, että he asuvat yhdessä,²² mutta näin ei ole avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen vanhempien laita, eikä lapsen huoltoa saateta uskoa kahdelle ehkä riidassa olevalle henkilölle yhteisesti. Sitäpaitsi voidaan viimeksimainitunlaisen lapsen vanhempien kelpoisuutta huoltoon vahvasti epäillä. Ei myös ole syytä suosia luvatonta sekaannusta asettamalla tällaisesta sekaannuksesta syntyneen lapsen vanhemmat lapsensa suhteen yhtä hyvään asemaan kuin aviopuolisot.

¹⁸ HL 24 § 2 mom. Vrt. HL 34 § 1 mom.

¹⁹ Ks. HL 57 § 2 mom.; LSL 12 § 2 mom. ja 21 § 1 mom. verr. saman lain 8 ja 9 §. Ks. myös edellä s. 17 ss. ja jäljempänä s. 76 ss.

²⁰ AL 80 § 1 mom.

²¹ Vrt. jäljempänä s. 90.

²² HL 23 § 2 mom.

Suomen oikeudessa on sääntönä, että avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen huolto kuuluu sen äidille. Tämä tehtävä on lapsen äidillä suorastaan lainsäädännöksen perusteella.²³ Hän on siis lapsensa lakimääräinen huoltaja. Hänen huolto-oikeutensa johtuu lapsen syntymästä. Oikeutta lapsensa huoltoon ei hänelle ole kuitenkaan uskottu yhtä ehdottomasti kuin aviolapsen vanhemmille. Tämä kysymys voi joutua huoltolautakunnan esityksestä oikeuden harkittavaksi, ja tulee oikeuden silloin lapsen etua silmälläpitäen vapaasti harkita, onko äiti huoltajaksi sovelias, ja ellei hän sitä ole, määrätä lapselle toinen huoltaja.²⁴ Aviottoman lapsen äidin sanottu oikeus on näin ollen aviolapsen vanhempien vastaavaa oikeutta huomattavasti heikompi. Hänen sopivaisuutensa kysymyksessäolevaan tehtävään tulee tarkemman harkinnan alaiseksi kuin aviolapsen vanhempien sopivaisuus ja viimeksimainittuihin verrattuna asetetaan hänelle tässä suhteessa suuremmat vaatimukset.²⁵

Avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen äidin sopivaisuuteen lapsen huoltajaksi tulee erityisesti lastenvalvojan kiinnittää huomiota. Jos hän havaitsee, ettei äiti ole sovelias mainittuun tehtävään, hänen on ilmoitettava siitä huoltolautakunnalle,²⁶ joka taas puolestaan saattaa asian oikeuden tutkittavaksi. Vielä on huomattava, että tällaisen lapsen äidin huolto-oikeutta rajoittaa muutenkin lastenvalvojan oikeus puutua eräissä suhteissa lapsen huoltoon.²⁷ Tämä oikeus ulottuu jopa niin-kin pitkälle, että lastenvalvoja voi, milloin siihen on pakottava aihe, ottaa lapsen huoltolautakunnan puheenjohtajan suostumuksella huostaansa, kunnes sen huollosta on lopullisesti määrätty.²⁸ Huomattava on myös, että lastenvalvoja on ilman eri määräystä jokaisen kunnassa pysyväisesti oleskelevan avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen uskottuna miehenä niin kauan, kuin lapsella on oikeus saada elatusta.²⁹

²³ AULapsL 3 § 1 mom.

²⁴ AULapsL 3 § 1 mom. verr. 17/1 1936 annettuun lakiin AULapsL:n muuttamisesta. Ks. Lvk ehdotus laiksi avioliiton ulkopuolella syntyneistä lapsista ynnä perustelut, s. 27.

²⁵ Ks. Lvk ehdotus laiksi avioliiton ulkopuolella syntyneistä lapsista ynnä perustelut, s. 27 s.; *Grottenfelt: Förmynderskapslagen*, s. 44.

²⁶ AULapsL 16 § 3 mom. verr. 17/1 1936 annettuun lakiin AULapsL:n muuttamisesta. A. avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten valvonnasta, annettu 22/12 1927, 3 §.

²⁷ AULapsL 16 §.

²⁸ AULapsL 16 § 3 mom. verr. 17/1 1936 annettuun lakiin AULapsL:n muuttamisesta.

²⁹ AULapsL 15 § 1 mom.

Tässä yhteydessä on vielä syytä tarkastaa, kenelle kuuluu sellaisen aviolapsen huolto, jonka vanhempia ei ole yhteen vihitty. Kuten jo mainittiin,³⁰ on aviolapsen oikeudet aikaisemman oikeutemme nojalla lapsella, jonka mies on siittänyt kihlatun morsiamensa kanssa tahi aviolupauksin taikka salavuoteudessa, jota on seurannut kihlaus tai miehen antama, mutta jommankumman kuoleman johdosta täyttämättä jäänyt aviolupaus. Niinikään on ennen AL:n voimaantulusta pätemättömmässä avioliitossa tai kihloissa oltaessa siitetty lapsi katsottava aviolapseksi, jos äiti on ollut vilpittömmässä mielessä. Aviolapsen oikeudet on sitäpaitsi ennen AL:n voimaantulusta väkisinmaaten siitetyllä lapsella. Voimassaolevassa oikeudessamme on aviolapsen oikeuksien edellytyksenä sitävastoin aina, että lapsen vanhemmat sen siittämisen aikana tai sen jälkeen ovat olleet avioliitossa keskenään, joten tällaisen lapsen huolto määräytyy jo esittämiemme periaatteiden mukaan. Mainitsemallamme kysymyksellä on näin ollen merkitystä vain lapsen suhteen, jolla aikaisemman oikeutemme mukaan on aviolapsen oikeudet.

Alkuperäisessä asussaan oli HL:n 23 §:n 3 momentissa nimenomainen säännös siitä, että jos lapsen vanhemmat eivät ole yhteen vihityt, äiti on sen lakimääräinen holhooja, ellei oikeus katso häntä sopimattomaksi. Kun mainittua pykälää AL:n antamisen yhteydessä kesäkuun 13 päivänä 1929 annetulla lailla muutettiin, jätettiin siitä sanottu säännös pois³¹ ja pykälän 3 momentissa, sen nykyisessä muodossa, sanotaan vain, että sellaisen lapsen holhoojasta, jonka vanhempia ei ole yhteen vihitty, on erikseen säädetty. AULapsL:ssa onkin säännöksiä avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen huollosta, mutta sanotun lain 41 §:ssä säädetään nimenomaan, etteivät tämän lain säännökset koske avioliiton ulkopuolella syntynyttä lasta, jolla on aviolapsen oikeus. Sellaisen lapsen holhoojasta, joka on siitetty ennen AL:n voimaantuloa ja jolla on aviolapsen oikeudet huolimatta siitä, ettei sen vanhempia ole yhteen vihitty, on sitävastoin välittävä säännös ALVpL:n 7 §:ssä. Sanotussa pykälässä säädetään, että tällaisen lapsen holhoojana on sen äiti. Jos oikeus katsoo äidin tehtävänsä sopimattomaksi, on toinen holhooja määrättävä. Nyt kysymyksessäolevan lapsen äidillä on siis

³⁰ Ks. edellä s. 63 s.

³¹ Säännöksen kumoaminen johtuu siitä, että se tulee olemaan vasteisuudessa tarpeeton, koska aviolapsen oikeuksien edellytyksenä on voimassaolevassa oikeudessamme aina se, että lapsen vanhemmat sen siittämisen aikana tai sen jälkeen ovat olleet keskenään avioliitossa.

lapsensa huoltoon lähinnä samanlainen etuoikeutettu asema, kuin AULapsL:ssa on taattu lapsen äidille.

Huolto-oikeus voi edelleen syntyä lapsen laillistuttamisen tai sen oikeudellista asemaa koskevan oikeuden päätöksen välillisenä seurauksena. Molemmissa näissä tapauksissa on kysymys lakimääräisestä huolto-oikeudesta.

Avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen oikeudellisen aseman parantaminen on mahdollista laillistuttamalla lapsi. Tämä tapahtuu joko siten, että lapsen isä sen tunnustaa kirjoittamalla sen kirkonkirjaan tai sitä vastaavaan rekisteriin omakseen taikka antamalla sitä varten kutsutun todistajan läsnä ollessa tunnustuksen isyydestään julkisen notarin tai kruununnimismiehen edessä pöytäkirjaan merkittäväksi,³² taikka siten, että lapsen vanhemmat menevät keskenään avioliittoon.³³ Lapsen huolto-oikeuteen ei sen tunnustamisella ole vaikutusta. Isä, joka on lapsen tunnustanut, ei saa sen perusteella osuutta huolto-oikeuteen. Jos avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen vanhemmat sitävastoin menevät keskenään avioliittoon, tulee lapsi sen johdosta samaan asemaan kuin avioliitossa siitetty lapsi.³⁴ Sanotunlaisella lapsen laillistuttamisella on erikoisesti huolto-oikeuden suhteen tärkeä merkitys, koska avioliiton välillisenä seurauksena yleensä on, että se lapsen vanhemmista, jolla ei ollut osuutta sanottuun oikeuteen, tulee siitä osalliseksi. Kun aviottoman lapsen huolto kuuluu tavallisesti äidille, saa säännönmukaisesti vanhempien avioliiton vaikutuksesta myös sen isä tämän oikeuden. Puheenaoleva oikeus, jonka lapsen isä täten saa, on lakimääräinen huolto-oikeus. Se perustuu yleiseen säännökseen siitä, että aviolapsen huoltajina ovat sen vanhemmat yhteisesti. Erikoinen toimenpide lapsen isän määräämiseksi sanottuun tehtävään ei ole tarpeen.³⁵ Huomatava on siis, ettei hänen kelpoisuutensa siihen tule millään tavoin harkittavaksi. Kysymyksessä olevan oikeuden syntymisen edellytyksenä on luonnollisesti kuitenkin, ettei häntä ole julistettu holhottavaksi.³⁶

Puheenaolevan avioliiton vaikutuksesta tulee toinen puoliso vain puolisoitten avioliiton ulkopuolella siittämän lapsen huoltajaksi,³⁷ ei sitävastoin sellaisen toisen puolison lapsen huoltajaksi, jonka isä tai äiti hän

³² AULapsL 20 §.

³³ ALVpL 6 § 2 mom.

³⁴ ALVpL 6 § 2 mom.

³⁵ *Grotensfelt: Förmynderskapslagen*, s. 44.

³⁶ Ks. HL 24 § 2' mom. Vrt. AL 3 § 2 mom.

³⁷ ALVpL 6 § 2 mom. Vrt. *Schulthess*, s. 37.

ei ole. Niinpä hän ei esim. tule toisen puolison aikaisemmassa avioliitossa siittämän aviolapsen tai ottolapsen huoltajaksi. Tällaisen lapsen huolto-oikeuden voi toinen puoliso saada vain tuomioistuimen nimenomaisen määräyksen perusteella tai ottamalla sen ottolapsekseen. Mainittu olettaus aviomiehen isyydestä ei pitäne paikkaansa nyt kysymyksessäolevan avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen suhteen, vaikka sen vanhemmat ovat menneet keskenään avioliittoon.³⁸ Jos mies on tunnustanut lapsen omakseen, lienee lapsi katsottava tällä perusteella puolisoitten yhteiseksi. Muuta näyttöä on usein vaikea saada ja todennäköistä on, etteivät vanhemmat halua tunnustaa vierasta lasta omakseen.³⁹ Saksan oikeudessa on sääntönä, että lapsi saa aviolapsen oikeudet avioliiton vaikutuksesta, vaikkei mies olekaan tunnustanut sitä omakseen, jos on todennäköistä, että hän on ollut sukupuoliyhteydessä lapsen äidin kanssa sen siittämisaikana.⁴⁰ Käsityksemme mukaan on tätä Saksan oikeuden kantaa pidettävä oikeana. Jos aviomiehen isyys on tehty todennäköiseksi, on lapsen katsottava saaneen puheenaolevan avioliiton vaikutuksesta aviolapsen oikeudet.⁴¹ Epäilyttävissä tapauksissa on siis oletettava lapsi aviopuolisoiden siittämäksi. Sillä, joka haluaa kumota mainitun oletuksen, on näin ollen suhteellisen raskas todistustaakka.

Jos äiti on ollut lapsen siittämisen aikana sukupuoliyhteydessä monen miehen kanssa, herää kysymys, saako lapsi sen äidin mennessä perättäisesti naimisiin useampien sanottujen miesten kanssa, aviolapsen oikeudet kaikkien aviomiesten suhteen. Yleensä oltaneen sitä mieltä, että vain ensimmäinen avioliitto tuottaa lapselle mainitut oikeudet.⁴² Ratkaiseva merkitys annetaan siis lapsen vanhempien avioliitosta johtuvalle ensimmäiselle laillistuttamiselle. Mikäli joku muista makaaajista ei halua laillistuttamista hyväksyä, hänellä on oikeus vaatia sen julistamista mitättömäksi. Ellei hän kuitenkaan pysty näyttämään, ettei lapsi voi olla sen miehen siittäjä, joka on mennyt lapsen äidin kanssa naimisiin, tunnetaan luonnolliselta, ettei yksistään se seikka, että hän myöhemmin menee itse mainitun äidin kanssa naimisiin ja tekee todennäköiseksi, että hän

³⁸ Ks. *Borum*, s. 50. Vrt. *Chydenius: Arfs- och testamentsrätt*, s. 26; *Schulthess*, s. 35 s.

³⁹ *Borum*, s. 50 s.

⁴⁰ *Kipp-Wolff IV*, s. 381; *Staudinger IV*, 2, s. 1270 ja s. 1274; *Planck IV*, s. 375 s.; *Borum*, s. 52.

⁴¹ Vrt. *Bentzon: Familieret 1916*, s. 407 s.

⁴² *Bentzon: Familieret 1916*, s. 408; *Borum*, s. 52; *Staudinger IV*, 2, s. 1270; *Planck IV*, s. 474; *Kipp-Wolff IV*, s. 299.

on maannut lapsen äidin sen siirtämisaikana, voi riistää lapselta aikaisemman avioliiton johdosta saavutettua oikeudellista asemaa. Jos mies, jonka kanssa lapsen äiti myöhemmin menee naimisiin, haluaa laillistuttaa puheenaolevan lapsen, lienee hänen vireillepanemassaan oikeudenkäynnissä esitettävä täysi näyttö siitä, että lapsi on hänen siirtämänsä.⁴³

Edellä on kosketeltu avioliiton vaikutusta lapsen huoltoon edellyttäen, että huolto-oikeus on ennen avioliittoa kuulunut toiselle sen vanhemmista. Riidanalainen on sitävastoin kysymys siitä, syntyykö sanottu oikeus avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen vanhemmille avioliiton vaikutuksesta, ellei kumpikaan heistä ole ollut ennen avioliittoa lapsen huoltajana, vai onko tähän tarpeen entisen huolto-oikeuden kumoaminen. Ensiksimainitulla kannalla ovat *Erich*⁴⁴ ja *Grotenfelt*⁴⁵ meillä sekä ulkomaisessa tietoisopissa Sveitsin oikeuden suhteen *Egger*,⁴⁶ *Kaufmann*⁴⁷ ja *Schulthess*.⁴⁸ Jälkimmäisellä kannalla on taas *Ott*⁴⁹ Sveitsin oikeuden suhteen ja tämä kanta on myös omaksuttu Saksan oikeuteen nimenomaisen lainsäädännön perusteella.⁵⁰ Yleisenä periaatteena holhousoikeudessamme on lakimääräisen huolto-oikeuden ensisijaisuus ennen määräyksenvaraista huolto-oikeutta. Periaate selviää esim. HL:n 24 §:n 1 momentin määräyksestä, että ellei alaikäisellä ole lakimääräistä holhoojaa, oikeuden on määrättävä hänelle holhooja. Myös huoltajan määrääminen lapselle edellyttää siis aina, ettei sillä ole lakimääräistä huoltajaa tai ettei tämä voi taikka ei pysty tehtävää hoitamaan. Aina kun lakimääräinen huoltaja pystyy puheenaolevaan tehtävään, lienee siis määräyksenvaraisen huolto-oikeuden väistytävä hänen oikeutensa tieltä. Ensiksimainitun subjektiivinen oikeus mainittuun tehtävään on määräyksenvaraisen huoltajan vastaavaa oikeutta voimakkaampi. Kysymyksenalaista on kuitenkin, syntyykö mainittu oikeus avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen vanhempien avioliiton vaikutuksesta ipso iure silloinkin kun lapsella on määräyksenvarainen huoltaja. Jos näin olisi asianlaita, raukeaisi määräyksenvarainen huolto-oikeus lakimääräisen oikeuden syntymisen vaikutuksesta

⁴³ Vrt. AULapsL 21 §; *Kipp—Wolff* IV, s. 299.

⁴⁴ *Erich*: JFT 1909, s. 347.

⁴⁵ *Grotenfelt*: Förmynderskapslagen, s. 44.

⁴⁶ *Egger* II, s. 605. (Vuoden 1914 painos.)

⁴⁷ *Gmür* II, 3, s. 417.

⁴⁸ *Schulthess*, s. 45 ss.

⁴⁹ *Ott*, s. 75.

⁵⁰ Ks. BGB 1883 § 1 mom.; *Staudinger* IV, 2, s. 1597 s.; *Kipp—Wolff* IV, s. 558 s.; *Dernburg*: Das bürgerliche Recht IV, s. 333 ja s. 437.

itsestään. Määräyksenvarainen huoltaja olisi velvollinen luovuttamaan lapsen lakimääräiselle huoltajalle heti, kun hänelle on esitetty selvitys siitä, että tämä on avioliiton perusteella tullut sen lakimääräiseksi huoltajaksi. Huolto-oikeuden siirrosta saisi holhoustuomioistuimella tiedon vain siviilirekisteriä tai kirkonkirjaa pitävältä viranomaiselta, jonka tehtäviin kuulunee lähettää myös tässä tapauksessa asianmukaiset ilmoitukset holhoustuomioistuimelle. Ilmeistä on kuitenkin, että tällainen huolto-oikeuden syntyminen ja määräyksenvaraisen huolto-oikeuden lakkaaminen ipso iure voisi koitua lapsen huollolle kohtalokkaaksi. Esillä olevaa kysymystä tarkasteltaessa on kiinnitettävä huomiota siihen, minkä takia lapsen huoltoa ei ole aikaisemmin uskottu kummallekaan sen vanhemmista tai miksi se vanhemmista, jolle huolto oli uskottu, on tehtävästä erotettu. Voihan olla, että huolto-oikeuden uskomiseen kolmannelle on ollut niin painavat syyt, ettei sen uskomisen lapsen vanhemmille ole koskaan mahdollista. Huomattava on sitäpaitsi, että jos jompikumpi vanhemmista on erotettu huollosta oikeutensa törkeän väärinkäytöksen takia, on uskallettua antaa sanottua oikeutta toisellekaan vanhemmista, koska huollosta erotettukin puoliso tulee avioliiton vaikutuksesta tosiasiallisesti osallistumaan lapsen hoitoon ja kasvatukseen. Näillä perusteilla olemme sitä mieltä, että lapsen huollon kuuluessa määräyksenvaraiselle huoltajalle ei tämä oikeus siirry lapsen vanhempien avioliiton vaikutuksesta heille suorastaan lain nojalla, vaan vasta kun mainittu määräyksenvarainen huolto-oikeus on asianmukaisessa järjestyksessä kumottu. Sääntönä on kuitenkin, että mikäli lapsen vanhemmat suinkin täyttävät lakimääräiselle huoltajalle asetettavat vaatimukset, puheenaoleva määräyksenvarainen huolto-oikeus on kumottava. Vanhempien määrääminen lapsensa huoltajiksi ei tietysti tässäkin tapauksessa tule kysymykseen. Heti kun aikaisempi huoltaja on vapautettu tehtävästään, tulevat he suorastaan lain nojalla lapsensa huoltajiksi.⁵¹

Siinäkin tapauksessa, että lapsi on otettu huoltolautakunnan huostaan, ei huolto-oikeus siirtynyt avioliiton perusteella suorastaan lain nojalla sen vanhemmille. Lapsen vanhempien avioliiton vaikutusten ulottaminen näin pitkälle vaarantaisi huoltolautakunnan tarkoituksenmukaista toimintaa. Sanotun oikeuden siirtyminen edellyttänee siis tässä tapauksessa aina huoltolautakunnan päätöstä, jolla puheena-

⁵¹ Vrt. Lm 1914, s. 108 selostettuun oikeustapaukseen, josta selviää, että tuomari on saanut varoituksen ja tuomittu sakkoon senvuoksi, että hän oli määrännyt jälkeen jääneen puolison tämän alaikäisten lasten holhoojaksi.

oleva suojelutoimenpide lakkautetaan.⁵² Mikäli lapsen kannalta sen pitäminen edelleen lautakunnan huostassa osoittautuu tarpeelliseksi, ei kysymyksessäolevalla avioliitolla ole välitöntä vaikutusta lapsen huolto-oikeuteen. Sen välillinen vaikutus tähän oikeuteen ilmenee sitävastoin siinä, että huoltolautakunnan puheenaolevan toimenpiteen lakatessa lapsen huolto siirtyy sen lakimääräisille huoltajille ja siis myöskin huollosta aikaisemmin osattomalle puolisolle.⁵³

Avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen vanhempien avioliiton vaikutusta lapsen huoltoon tarkastettaessa on vielä syytä huomauttaa, että jos kolmas henkilö on ottanut lapsen ennen puheenaolevaa avioliittoa ottolapsekseen, sanotulla avioliitolla ei ole merkitystä lapsen huollossa.⁵⁴ Se, jolle huolto-oikeus on ennen ottolapsisuhteen syntymistä kuulunut, on aikanaan siitä kokonaan luopunut, eikä lapsen vanhempien avioliitto ole mikään peruste ottolapsisuhteen raukeamiseen tai purkamiseen. Sanottu suhde voidaan purkaa vain oikeuden päätöksellä,⁵⁵ ja silloin palautuu lapsen huolto sen vanhemmille suorastaan lain nojalla.⁵⁶

Kuten jo on mainittu, syntyy lakimääräinen huolto-oikeus joskus lapsen oikeudellista asemaa koskevan oikeuden päätöksen välillisenä seurauksena. Tämän oikeuden syntyminen sanotulla perusteella on kuitenkin harvinaista. Lähin syy lapsen oikeudellista asemaa koskevan kanteen nostamiseen lienee useimmiten perintöoikeuden turvaaminen lapselle. Se lapsen vanhemmista, joka on ollut huollosta aikaisemmin erotettu, tulee kuitenkin kysymyksessäolevan päätöksen vaikutuksesta siihen osalliseksi, mikäli lapsi on vielä alaikäinen ja sen vanhemmat elävät keskenään avioliitossa. Jos esim. vaimon avioliiton ulkopuolella syntynyt lapsi julistetaan miehen aviolapseksi, tulee myös mies lapsen huollosta osalliseksi. Sitävastoin ei lapsen julistamisella aviolapseksi ole vaikutusta sen huoltoon, jos tämä tehtävä tosin kuuluu toiselle sen vanhemmista, mutta nämä eivät ole keskenään avioliitossa. Jo mainitsemistamme syistä ei puheenaolevan oikeuden uskominen vanhemmille yhteisesti ole tällöin mahdollista. Mikäli huolto-oikeuden siirtyminen tulee tässä tapauksessa lainkaan kysymykseen, siihen on tarpeen erikoinen oikeuden päätös. Koska lapsen huolto kuuluu jo ennestään toiselle sen vanhemmista, ei yksistään aviolapseksi julistamista voitane

⁵² Vrt. LSL V luku.

⁵³ Ks. LSL 23 § verr. HL 23 § 1 mom.

⁵⁴ Samoin *Schulthess*, s. 35.

⁵⁵ OttolapsL 10 ja 11 §.

⁵⁶ OttolapsL 12 § verr. HL 23 § 1 mom.

kuitenkaan koskaan pitää riittävänä perusteena huollon siirtämiseen tältä toiselle vanhemmista.

Perustaako sitten lapsen julistaminen aviolapiseksi huolto-oikeuden sille vanhemmista, jonka aviolapiseksi se on julistettu, ellei sen huolto ole ennen sanottua julistamista kuulunut kumpaisellekaan heistä? Jos se vanhemmista, jolle sanotun lapsen huolto lain mukaan kuuluisi, on siitä erotettu, on lapsen huoltajana huoltolautakunta, määräyksenvarainen huoltaja tai jos se on annettu ottolapiseksi, ottovanhemmat. Tämä tapaus lienee siis rinnastettavissa edellä esittämäämme kysymykseen siitä, syntyykö huolto-oikeus avioliiton vaikutuksesta toiselle puolisolle suorastaan lain nojalla, ellei kumpikaan puolisoista ole ollut ennen avioliittoa lapsen huoltajana, vai onko tähän tarpeen entisen huolto-oikeuden kumoaminen. Vastaus kysymykseen on näin ollen myös molemmissa tapauksissa sama.⁵⁷ Aviolapiseksi julistamisella ei ole puheenaolevassa tapauksessa yksistään vaikutusta lapsen huoltoon. Vain jos määräyksenvarainen huoltaja vapautetaan oikeuden päätöksellä tehtävästään tai huoltolautakunta on päättänyt lakkauttaa suojelutoimenpiteensä, siirtyy huolto-oikeus lapsen vanhemmille tai toiselle heistä suorastaan lain nojalla. Ottolapsisuhteen purkamisen jälkeen se palautuu myös heille suorastaan lain nojalla.

3. MÄÄRÄYKSENVARAISEN HUOLTO-OIKEUDEN SYNTYMINEN.

Edellä on jo mainittu, että huolto-oikeus voi perustua myös oikeuden tai hallinnollisen viranomaisen päätökseen. Ellei alaikäisellä ollut lakimääräistä huoltajaa, kuului sen määrääminen ennen KöyhäinhL:n ja LSL:n voimaantulusta aina tuomioistuimelle.⁵⁸ Riippumatta siitä,

⁵⁷ Ks. edellä s. 72 ss.

⁵⁸ Tämä selviää aviolapsen osalta HL:n 24 §:n 1 momentin nimenomaisesta sekä vasta KöyhäinhL:n ja LSL:n säännöksillä rajoitetusta määräyksestä siitä, että jos alaikäisellä ei ole lakimääräistä holhoojaa, on holhooja oikeuden määrättävä. Kuten jo on mainittu, ei aikaisemmin määrätty holhoojaa alaikäiselle, jolla ei ole omaisuutta. Tällaista HL:n 24 §:n 1 momentin tulkintaa ei voitane kuitenkaan pitää oikeana. Sanalla holhooja on mainitussa momentissa ilmeisesti tarkoitettu sekä lapsen huoltajaa että sen omaisuuden hoitajaa. Edellämainittua aikaisempaa tulkintaa vastaan puhuvat myös käytännölliset näkökohdat. Alaikäiselle on henkilöä koskevien asioiden hoito varmasti yhtä tärkeätä kuin omaisuuden hoito. Ks. *Gadolín*, s. 67. Avioliiton ulkopuolella syntyneeseen lapseen nähden on puheenaolevassa

mistä johtui, ettei lapsella ollut mainittua huoltajaa, oikeuden oli määrättävä sille uusi huoltaja. Näin oli asianlaita, jos lapsen vanhemmat olivat kuolleet tai heidät oli erotettu lapsensa huollosta. KöyhäinhL:n nytemmin kumotun 59 §:n nojalla joutui sitten alaikäinen, joka köyhäinhoidon kustannuksella sai täyttä ja pysyväistä hoitoa sekä kasvatusta poissa vanhempainsa tahi holhoojansa kotoa, köyhäinhuoltolautakunnan holhouksen alaiseksi. Huolto-oikeuden kuuluminen huoltolautakunnalle, jolle köyhäinhuoltolautakunnan tehtävät kunnallisesta huoltolautakunnasta tammikuun 17 päivänä 1936 annetun lain nojalla ovat siirtyneet, tuli kuitenkin paljon lukuisaimmissa tapauksissa mahdolliseksi LSL:n voimaantulon jälkeen. Säännökset siitä, milloin vanhemmat voitiin erottaa lapsensa huollosta, sisältyivät aikaisemmin HL:n 57 §:n 3 momenttiin. Sanotun momentin mukaan ei puheenaoleva erottaminen ollut luvallista, elleivät vanhemmat olleet törkeästi väärinkäyttäneet sitä valtaa, joka heillä on lapseen, muuten pahoin laiminlyöneet vanhemman velvollisuuksiaan taikka siveettömällä tai pahantapaisella elämällä tahi ilmeisellä kykenemättömyydellään lasta kasvattamaan panneet sen kasvatusta alttiiksi. LSL:n antamisen yhteydessä tammikuun 17 päivänä 1936 annetulla lailla on HL:n 57 §:n 3 momentti kuitenkin kumottu ja saman lain 34 §:ään lisätty 2 momentti, jossa sanotaan, että siitä, missä tapauksissa vanhemmat on kasvatamisoikeudestaan erotettava, säädetään LSL:ssä. Koska huoltolautakunta ottaessaan lapsen tai nuoren henkilön LSL:n 9 §:n 1 momentin, 11 §:n ja 12 §:n 1 momentin säännösten perusteella huostaansa tulee lapsen tai nuoren henkilön huoltajaksi,⁵⁹ voisi HL:n 34 §:n 2 momentin mainitun säännöksen perusteella näin ollen tulla siihen tulokseen, että vanhempain erottaminen lastensa huollosta olisi voimassaolevassa oikeudessamme mahdollista vain LSL:n säätämässä järjestyksessä. Sitä, ettei asia kuitenkaan ole näin, osoittanee esim. se, ettei HL:n 57 §:n 2 momentin säännöstä siitä, että jos ilmaantuu jokin seikka, jonka nojalla holhooja saman lain 28 §:n mukaan ei enää saa pitää holhous-

suhteessa huomattava AULapsL:n 3 §:n 1 momentin ja 15 §:n 2 momentin säännökset, joista selviää, että ennen KöyhäinhL:n ja LSL:n voimaantumista määräsi oikeus aina sanotulle lapselle huoltajan. Viimeksimainittuja säännöksiä rajoittavat voimassaolevassa oikeudessamme KöyhäinhL:n ja LSL:n säännökset samaten kuin HL 24 §:n 1 momentin säännöstä. Ks. erikoisesti KöyhäinhL 59 § verr. LSL 1 §; LSL 48 §. Vrt. myös HL 23 § 3 mom.

⁵⁹ Ks. edellä s. 17 ss. ja s. 52 ss. Huomaa myös, että lapsen omaisuuden hoito-kin siirtyy mainitulle lautakunnalle, joten lautakunta on laajemmassa mielessä ymmärrettynä lapsen holhooja.

tointa, taikka jos holhooja on oleellisesti laiminlyönyt tahi rikkonut velvollisuutensa, hänet on oikeuden päätöksellä erotettava holhous-toimestaan, ole LSL:n antamisen yhteydessä kumottu. Samassa yhteydessä ei ole myöskään kumottu HL:n 24 §:n 1 momenttia, jossa mm. sanotaan, että jos alaikäisellä ei ole lakimääräistä holhoojaa, on oikeuden määrättävä holhooja, mistä taas selviää, että holhoojan ja huoltajan määrääminenkin kuuluu edelleen oikeuden tehtäviin.⁶⁰ Köyhäin-hL:n ja LSL:n säännökset ovat kuitenkin muuttaneet aikaisempaa oikeuttamme sikäli, ettei tuomioistuin enää olekaan yksinoikeutettu viranomainen päättämään lapsen huollon järjestelystä siinä tapauksessa, ettei lapsen lakimääräinen huoltaja voi puheenaolevaa tehtävää hoitaa. Määräyksenvaraisen huolto-oikeuden syntymistä tarkasteltaessa on sentakia välttämätöntä tutkia, missä tapauksissa huoltajan määrääminen lapselle kuuluu edelleen tuomioistuimelle ja milloin huoltolautakunta ottamalla lapsen huostaansa voi siirtää sen huollon itselleen.⁶¹

LSL:n 8 §:n 1 momentissa säädetään, että huoltolautakunnan tulee ryhtyä mainitun lain 3 luvussa säädettyihin suojelutoimenpiteisiin, jos lapsi on yhteiskunnan huollon tarpeessa sen takia,

a) että sen vanhemmat ovat kuolleet tai sen hylänneet;

b) että se ruumiillisen sairauden, tylsämielisyyden, mielisairauden, aistiviallisuuden, raajarikkoisuuden tai muun sellaisen vajavaisuuden tähden tarvitsee erityistä kodin ulkopuolella annettavaa hoitoa ja kasvatusta, jota se ei vanhempain toimenpiteestä voi saada ja jota ei muutenkaan sille hankita;

c) etteivät vanhemmat sairauden, ymmärtämättömyyden, juoppouden tai muiden sellaisten syiden tai olosuhteiden takia anna sille tarpeellista hoitoa ja kasvatusta eikä siitä muutenkaan ole huolta pidetty;

d) että sitä kodissa pahoinpidellään tai sitä siellä uhkaa muu vaara hengen, terveyden tai siveyden puolesta; tai

⁶⁰ Kun holhoojalla ilmeisesti tarkoitetaan tässä säännöksessä henkilöä, jolle kuuluu lapsen huolto ja sen omaisuuden hoito tai jompikumpi näistä tehtävistä, kuuluu lapsen huoltajanakin määrääminen edelleen oikeudelle. Vrt. HL 33 § 1 mom. Ks. myös LSA 8 §:ä, jossa selvästi puhutaan lapselle tai nuorelle henkilölle oikeuden toimesta määrättävästä holhoojasta.

⁶¹ Niitä edellytyksiä, joiden vallitessa lapsi tai nuori henkilö voidaan ottaa huoltolautakunnan huostaan, tulemme käsittelemään tarkemmin tämän kirjan II osassa huolto-oikeuden lakkaamisen yhteydessä. Senvuoksi selostamme näitä edellytyksiä seuraavassa, vain mikäli se on tarpeen esilläolevan kysymyksen selvittämiseksi.

e) että se omasta tai vanhempainsa syystä rikkoo LSL:n 7 luvun säännöksiä vastaan lasten suojelemisesta heille sopimattomilta ansio- toimilta tai laiminlyö OppivelvL:n mukaisen koulunkäynnin taikka käytöksellään rikkoo koulun järjestystä vastaan eikä ole koulun kurin- pitokeinoin ojennettavissa.

Sanotun pykälän 2 momentissa säädetään edelleen, että lautakunnan tulee myös ryhtyä suojelutoimenpiteisiin, jos lapsi tai nuori henkilö on tehnyt rangaistavan teon, mikä hänen ikänsä tähden tai muusta syystä on jätetty syytteeseen panematta tai rankaisematta, tahi jos hän kerjää tai havaitaan muuten irtolaiseksi, taikka hänet on tavattu juopuneena eikä häneen nähden ole ryhdyttävä alkoholistilaissa säädettyihin toimenpitei- siin. Toimenpiteet, joihin huoltolautakunnan on puheenaolevissa tapauk- sissa ryhdyttävä, mainitaan LSL:n 9, 11 ja 12 §:ssä. Lapsen ottamista lautakunnan huostaan lieene pidettävä äärimmäisenä keinona, jota on yleensä⁶² käytettävä vain, elleivät muut kysymyksessäolevat toimen- piteet voi johtaa tarkoitettuun tulokseen.⁶³ Huolto-oikeutta ei ole riis- tettävä vanhemmilta, ellei se osoittaudu välttämättömäksi.

Puheenaolevan lain 8 §:n 1 momentissa sanotaan, että lapsen otta- minen huoltolautakunnan huostaan edellyttää sen olevan yhteis- kunnan huollon tarpeessa. Tällaisen huollon tarpeessa lie- nevät ensinnäkin lapset, joiden huoltoa ei ole voitu muulla tavoin järjestää sen takia, että niiden vanhemmat ovat kuolleet tai hylänneet ne.⁶⁴ Kuitenkaan eivät kaikki lapset, joiden vanhemmat ovat kuolleet tai hylänneet ne, joudu huoltolautakunnan huostaan. Edellytyksenä mainittujen lasten ottamiseen lautakunnan huostaan on vielä se, että ne varattomuuden takia ovat vaarassa jäädä huoltoa ja kasvatusta vaille. Lapsi, jonka vanhemmat ovat kuolleet tai sen hylänneet ja joka varattomuuden takia on vaarassa jäädä huoltoa ja kasvatusta vaille, on aina otettava lautakunnan huostaan.⁶⁵ Jos sitävastoin viimeksi- mainittu edellytys kysymyksessäolevan lapsen suhteen puuttuu, mää- rää oikeus sille holhoojan, jolle myös sen huolto kuuluu.⁶⁶ Mikäli lapsen

⁶² Huomaa, etteivät muut keinot tule lainkaan kysymykseen LSL:n 9 §:n 1 momentissa mainituissa tapauksissa.

⁶³ Tätä ei lieene kuitenkaan ymmärrettävä siten, että muiden keinojen kokeile- minen olisi edellytyksenä lapsen ottamiseen lautakunnan huostaan. Ks. LSL:n 11 §:n sanamuotoa.

⁶⁴ LSL 8 § 1 mom. a kohta. Ks. myös *Hakulinen*: *Finnische Gesetzgebung*, s. 133 ss.

⁶⁵ LSL 9 § 1 mom. Ks. myös *KöyhäinhL* 59 § verr. LSL 1 §.

⁶⁶ HL 24 § 1 mom. verr. 33 § 1 mom.

vanhemmat ovat nimittäneet holhoojaksi jonkun siihen soveliaan henkilön, on tämä toimeen määrättävä. Muissa tapauksissa on oikeuden valittava siihen sovelias henkilö, mieluummin joku lapsen sukulainen.⁶⁷ LSL:n 9 §:n 1 momentista selvinnee, ettei myöskään lasta, jonka vanhemmat ovat hylänneet, tarvitse ottaa lautakunnan huostaan, jollei se ole vaarassa jäädä varattomuuden takia huoltoja ja kasvatusta vaille. Sanotun edellytyksen puuttuminen vanhempainsa hylkäämään lapseen nähden lienee kuitenkin harvinaista. Hylätyt lapset kaipaavat useimmiten juuri varattomuuden takia yhteiskunnan huoltoja. Poikkeustapauksessa voitaneen kuitenkin ajatella, ettei tällainen lapsi ole yhteiskunnan huollon tarpeessa, esim. jos vanhemmat karkaavat maasta jättäen tänne lapsensa ja omaisuutensa tai joku hylätyn lapsen sukulainen ilmoittaa haluavansa ottaa lapsen huollettavakseen. Jos siis vanhempainsa hylkäämä lapsi ei ole vaarassa jäädä varattomuuden takia huoltoja ja kasvatusta vaille, lienee sen huolto järjestettävä siten, että oikeus määrää sille huoltajan.

Lapsen tai nuoren henkilön ottaminen huoltolautakunnan huostaan voi edelleen perustua eräisiin ominaisuuksiin lapsessa tai nuoressa henkilössä, jotka tekevät hänen yksityisoikeudellisen huoltonsa vaikeaksi. Tällaisia ominaisuuksia ovat ruumiillinen ja henkinen vajavaisuus, pahantapaisuus ja rikollinen mielenlaatu.⁶⁸ Ruumiillisen sairauden, tylsämielisyyden, mielisairauden, aistivallisuuden, raajarikkoisuuden tai muun sellaisen vajavaisuuden takia tarvitsee lapsi usein erityistä kodin ulkopuolella annettavaa hoitoa ja kasvatusta, jota se ei vanhempain toimenpiteestä voi saada. Mahdollista on, etteivät vanhemmat pysty antamaan sille puheenaolevaa hoitoa ja kasvatusta tai etteivät he halua sitä sille antaa. Ellei tätä hoitoa ja kasvatusta muuten lapselle hankita, voi sen hankkimatta jättäminen olla kaikissa näissä tapauksissa syynä lapsen ottamiseen lautakunnan huostaan. Pahantapaisuuden tai rikollisen mielenlaadun perusteella voidaan lapsi ottaa lautakunnan huostaan, jos se omasta tai vanhempainsa syystä rikkoo LSL:n 7 luvun säännöksiä lasten suojelemisesta heille sopimattomilta ansiotoimilta tai laiminlyö OppivelvL:n mukaisen koulunkäynnin taikka käytöksellään rikkoo koulun järjestystä vastaan eikä ole koulun kurinpitokeinoin ojennettavissa.⁶⁹ Edellytyksenä huoltolautakunnan ryhtymiselle sen käytettävissä oleviin suojelutoimenpiteisiin on siis viimeksimaini-

⁶⁷ HL 24 § 1 mom.

⁶⁸ LSL 8 § 1 mom. b ja e kohdat sekä 2 mom.

⁶⁹ LSL 8 § 1 mom. e kohta.

tussa tapauksessa, ettei lapsi ole koulun kurinpitokeinoin ojennettavissa. Lapseen tai nuoreen henkilöön nähden lautakunnan tulee sitäpaitsi ryhtyä suojelutoimenpiteisiin, jos se on tehnyt rangaistavan teon, mikä sen nuoruuden tähden tai muusta syystä on jätetty syytteeseen pane-matta tai rankaisematta, tahi jos se kerjää tai havaitaan muuten irtolaiseksi taikka on tavattu juopuneena eikä siihen nähden ole ryhdyt-tävä alkoholistilaissa säädettyihin toimenpiteisiin.⁷⁰

Lapsen ottaminen huoltolautakunnan huostaan voi myös johtua siitä, että sen vanhemmat osoittautuvat sen huoltoon sopimattomiksi. Tähän saattaa olla syynä pelkkä kykenemättömyys huolehtia lapsen hoidosta ja kasvatuksesta tai huolto-oikeuden väärinkäyttäminen. Ellei-vät vanhemmat sairauden, ymmärtämättömyyden, juoppouden tai mui-den sellaisten syiden tai olosuhteiden takia anna lapselle tarpeellista hoitoa ja kasvatusta eikä siitä muutenkaan ole huolta pidetty, voi tästä olla seurauksena lapsen ottaminen lautakunnan huostaan.⁷¹ Lapsen huoltoon sanotuista syistä kykenemättömät vanhemmat voivat siis estää lautakunnan puuttumisen asiaan luovuttamalla esim. lapsen tosi-asiallisen huollon siihen pystyvälle henkilölle. Myös saattanee oikeus mainituissa tapauksissa määrätä heidän pyynnöstään lapselle holhoo-jan, joten asia voidaan tätäkin tietä järjestää lapsen huoltoa huoltolauta-kunnalle siirtämättä. Lopuksi on vielä mainittava, että huoltolauta-kunta voi ryhtyä puheenaolevaan suojelutoimenpiteeseen, jos lasta kodissa pahoinpidellään tai sitä siellä uhkaa muu vaara hengen, tervey-den tai siveyden puolesta.⁷²

Mitä edellä on sanottu lapsen vanhemmista, on myös voimassa otto-vanhemmista tai jos lapsen taikka nuoren henkilön huolto kuuluu vain toiselle vanhemmista tai määräyksenvaraiselle huoltajalle, tämän suh-teen.⁷³

Selostettuamme ne perusteet, joiden nojalla lapsi voidaan ottaa huol-tolautakunnan huostaan ja sen huolto siirtää sanotulle lautakunnalle, on seuraavassa tutkittava tarkemmin, miten kosketellut säännökset ovat rajoittaneet tuomioistuimen oikeutta huoltajan määräämiseen lap-selle. Ensinnäkin on huomattava, ettei huoltolautakunta voi missään tapauksessa ryhtyä LSL:n 9 §:ssä mainittuihin suojelutoimenpiteisiin, jos asianomainen henkilö on täyttänyt 18 vuotta. Kuten jo on mai-

⁷⁰ LSL 8 § 2 mom.

⁷¹ LSL 8 § 1 mom. c kohta.

⁷² LSL 8 § 1 mom. d kohta.

⁷³ Ks. LSL 47 ja 48 §.

nittu, tarkoitetaan nimittäin sanotussa laissa lapsella alle kuusitoista-vuotista ja nuorella henkilöllä kuusitoista, vaan ei kahdeksatoista vuotta täyttäneitä henkilöä.⁷⁴ Lain 8 ja 9 §:n 1 momenteissa puhutaan vain lapsesta, 8 §:n 2 momentissa sitävastoin sekä lapsesta että nuoresta henkilöstä. Huoltolautakunta voi siis yleensä ottaa LSL:n perusteella huostaansa ainoastaan alle 16-vuotiaita alaikäisiä. Vain 8 §:n 2 momentissa mainitussa tapauksessa on myös kuusitoista, vaan ei kahdeksatoista vuotta täyttäneen eli nuoren henkilön huostaanottaminen mahdollista. Jos kahdeksantoista vuotta täyttäneen henkilön vanhemmat ovat kuolleet, hylänneet lapsensa tai heidän erottamisensa lapsensa huollosta on muuten tarpeellista, tapahtuu se edelleen aina oikeuden toimesta, mikäli tällaisen henkilön huolto-oikeus ei kuulu KöyhäinhL:n 59 §:n nojalla huoltolautakunnalle. Samoin on laita useimmiten 16 vuotta täyttäneeseen lapseen nähden, koska sen vanhemmat voidaan vain LSL:n 8 §:n 2 momentin ja KöyhäinhL:n 59 §:n nojalla erottaa huoltolautakunnan toimesta lapsen huollosta.⁷⁵ Kuten edellä on mainittu, on lapsen huoltaja myös oikeuden määrättävä, jos alle 16-vuotiaan lapsen vanhemmat ovat kuolleet tai sen hylänneet ja lapsi ei ole varattomuuden takia vaarassa jäädä huolto- ja kasvatusta vaille.⁷⁶ Niinikään voinee oikeus LSL:n 8 §:n 1 momentin b ja c kohdissa mainituissa tapauksissa määrätä lapselle uuden huoltajan, niin ettei huoltolautakunnan tarvitse puuttua asiaan. Tähän viittaavat ainakin sanotuissa kohdissa olevat sanat »ja jota ei muutenkaan hänelle hankita» sekä »eikä siitä muutenkaan ole huolta pidetty».

Eräissä tapauksissa on siis lapsen huollon järjestäminen mahdollista vain siten, että oikeus määrää sille uuden huoltajan, toisissa tapauksissa on taas ainoastaan huoltolautakunta oikeutettu puuttumaan siihen ottamalla lapsen huostaansa, mutta sitäpaitsi on molemmilla mainituilla viranomaisilla melko laajalla alalla puheenaolevassa suhteessa kilpaileva toimivalta, joten kysymys siitä, mihin toimenpiteisiin lapseen nähden ryhdytään, tulee usein riippumaan siitä, kumpi ehtii ennen toista puuttua lapsen huoltoon.⁷⁷ Sääntönä on käsittääksemme kuitenkin

⁷⁴ LSL 1 §.

⁷⁵ HL 24 § 1 mom. verr. 57 §. Ks. myös *Hakulinen*: *Finnische Gesetzgebung*, s. 135.

⁷⁶ Ks. LSL 9 § 1 mom. ja HL 24 § 1 mom.

⁷⁷ Ks. tässä suhteessa *Hakulinen*: *Finnische Gesetzgebung*, s. 134 s.; KKO 1938 tied. 155. Mies oli mm. vaatinut, että hänen avioeron saanut vaimonsa laiminlyöntensä takia lapsen kasvatuksessa erotettaisiin sen huollosta ja että tämä tehtävä uskottaisiin hänelle. Sittenkuin Helsingin RO oli hylännyt kanteen, Turun HO

edelleen, että lapsen huoltaja on oikeuden määrättävä. Huoltolautakunnan oikeus puuttua lapsen huoltoon lienee luonteeltaan toissijainen. Vain LSL:n 8 ja 9 §:n 1 momenteissa mainituissa tapauksissa saattaa huolto-oikeus syntyä alle 16-vuotiseen ja 8 §:n 2 momentissa säädetyn edellytyksin 16, vaan ei 18 vuotta täyttäneeseenkin alaikäiseen huoltolautakunnan päätöksen perusteella siten, että lapsi otetaan lautakunnan huostaan. Sellaisen lapsen huolto-oikeus, johon ei ole sovellettava LSL:n säännöksiä, voi sitäpaitsi kuulua huoltolautakunnalle KöyhäinhL:n 59 §:ssä mainitussa tapauksessa.

Ellei alaikäisellä ole lakimääräistä huoltajaa tai tämä taikka määräyksenvarainen huoltaja on oikeuden päätöksellä toimestaan erotettu eikä lasta oteta huoltolautakunnan huostaan, määrää siis voimassa olevan oikeutemme mukaan tuomioistuin sille huoltajan. Jos oikeus erottaa entisen huoltajan, sen on ryhdyttävä toimenpiteisiin uuden huoltajan määräämiseksi lapselle. Lakimääräisen tai määräyksenvaraisen huoltajan kuolemasta holhouslautakunnan on ilmoitettava holhous-tuomioistuimelle, jotta tämä voisi määrätä lapselle uuden huoltajan. Oikeuden on myös päätettävä lapsen huollosta avioeron yhteydessä. Tässä ei ole kuitenkaan yleensä kysymys huolto-oikeuden syntymisestä, vaan sen menettämisestä, koska sanottu oikeus on ennen avioeroa säännönmukaisesti molemmilla puolisoilla ja kuuluu siis jo ennestään sille, jolle se avioeron yhteydessä uskotaan. Avioeron vaikutusta

antoi RO:n lausunnon puheenaolevassa suhteessa raueta, koskei LSL:n voimaantumisen jälkeen tuomioistuimen asiana enää ollut määrätä lapsen huollosta. Kun asia ei koskenut vanhemman erottamista kasvatusoikeudestaan lapsen ottamiseksi, yhteiskunnallista huoltoa tarvitsevana, huoltolautakunnan huostaan, vaan ratkaistavana oli kysymys siitä, kumpi vanhemmista oli oikeutettu olemaan lapsen huoltajana, eikä HO:n siis olisi pitänyt mainitsemallaan perusteella jättää tutkimatta kysymystä lapsen huolto-oikeudesta, niin KKO harkitsi oikeaksi, kumoten HO:n päätöksen, palauttaa asian lapsen huolto-oikeutta koskevilta osin HO:een laillista menettelyä varten. Vrt. KKO 1937 tied. 566. Koska lapsen äidin erottaminen sen huollosta sillä perusteella, että hän oli laiminlyönyt lapsen kasvatuksen sekä siveetömmällä ja pahantapaisella elämällä vaarantanut sen kasvattamisen LSL:n 8 §:n säännösten mukaan verr. HL:n 34 §:ään, ei kuulunut oikeudelle, KKO jätti tutkittavaksi ottamatta tällaisesta erottamisesta tehdyn vaatimuksen. Kuten yllä esitetystä selviää, KKO:n olisi käsittääksemme ollut tutkittava viimeksimainitussa oikeustapauksessa selostettu vaatimus.

Luonnollista on, että mainittu huoltolautakunnan ja oikeuden kilpaileva toimivalta lapsen huollon järjestelyssä saattaa olla haitallista. Kun oikeuden päätös ei sido huoltolautakuntaa, lautakunta voi heti sanotun päätöksen antamisen jälkeen ratkaista asian aivan päinvastoin kuin oikeus. Tällaisia tapauksia onkin oikeuskäytännössämme jo sattunut.

lapsen huoltoon käsittelemmekin sentähden huolto-oikeuden lakkaamisen yhteydessä.⁷⁸ Eräissä poikkeustapauksissa voi kuitenkin avioerosta olla seurauksena uuden huoltajan määrääminen lapselle. Jos nimittäin avioeroa koskevaa asiaa käsiteltäessä lapsen molemmat vanhemmat osoittautuvat sen huoltoon sopimattomiksi, lienee oikeuden ryhdyttävä toimenpiteisiin kolmannen henkilön määräämiseksi lapsen huoltajaksi. Huolto-oikeuden syntymisestä on tavallaan myös kysymys siinä poikkeustapauksessa, että lapsen huolto uskotaan avioeron yhteydessä puolisolle, jolla ei ole sitä ennen ollut. Käytännössä lienevät tällaiset tapaukset kuitenkin harvinaisia ja varsinaisesti on tässä kysymys puheenaolevan oikeuden uudestaansyntymisestä, josta tulee jäljempänä erikseen puhe.⁷⁹

4. ERÄITÄ LAKIMÄÄRÄISEN JA MÄÄRÄYKSENVARAISEN HUOLTO-OIKEUDEN SYNTYMISTÄ KOSKEVIA YLEISIÄ PERIAATTEITA.

Tarkasteltuamme edellä, missä tapauksissa lakimääräinen ja määräyksenvarainen huolto-oikeus syntyy, käsittelemme vielä seuraavassa niiden syntymiseen liittyviä yleisiä periaatteita.

Lakimääräisen huolto-oikeuden syntymisessä on tärkeä merkitys sillä, että lakimääräisellä huoltajalla on suorastaan lakiin perustuva oikeus puheenaolevaan huoltoon. Huolto-oikeuden syntyessä hänen sopivaisuutensa mainittuun tehtävään ei tule millään tavoin viranomaisen harkittavaksi.⁸⁰ Määräyksenvarainen huolto-oikeus edellyttää sitä-vastoin aina oikeuden harkintaa huoltajaksi määrättävän henkilön sopivaisuudesta tähän tehtävään. HL:ssa on nimenomaan lueteltu perusteet, jotka tekevät henkilön esteelliseksi holhoustoimeen.⁸¹ Nämä ns. holhoojan kelpoisuusperusteet jaetaan yleisesti ehdottomiin ja harkinnanvaraisiin kelpoisuusperusteisiin. Ensiksimainitut tekevät henkilön

⁷⁸ Huolto-oikeuden lakkaamista on tarkoituksemme käsitellä tämän kirjan II osassa.

⁷⁹ Huolto-oikeuden uudestaan syntymistä on tarkoituksemme käsitellä tämän kirjan II osassa.

⁸⁰ Vrt. HL 28 § 3 mom., josta selviää, että kansalaisluottamuksensakin menettänyt lakimääräinen huoltaja tulee lapsensa huoltajaksi suorastaan lain nojalla. Tämän oikeutensa menettää hän vasta, jos oikeus harkitsee sanotun seikan estävän häntä toimimasta lapsen huoltajana.

⁸¹ HL 28 §. Vrt. HL 57 §.

ilman muuta esteelliseksi puheenaolevaan toimeen. Harkinnanvaraisen kelpoisuusperusteen olemassaolo riippuu taas oikeuden harkinnasta.⁸² Koska HL:ssa ei ole eri kelpoisuusperusteita lapsen huoltajaa ja omaisuuden hoitajaa varten, lienee yleisiä holhoojan kelpoisuusperusteita sovellettava myös kysymyksen ollessa yksinomaan lapsen huoltajan määräämisestä.

Ehdottomista huoltajan kelpoisuusperusteista on ensinnäkin mainittava, ettei huoltajana voi olla henkilö, joka itse on holhouksenalainen.⁸³ Kuten jo on mainittu, ei lakimääräisenkään huolto-oikeus synny holhouksenalaiselle isälle tai äidille. Lapsen vanhemmille tai jommallekummalle heistä määrätty huoltaja tulee myös lapsen huoltajaksi.⁸⁴ Edelleen on säädetty, että määräyksenvaraisen huoltajan tulee olla täyttänyt 25 vuotta.⁸⁵ Lakimääräisen holhoojan ikään nähden on sitävastoin huomattava HL:n 18 §:n säännös siitä, että mies tai nainen, joka menee naimisiin, ennenkuin hän on saavuttanut 21 vuoden iän, tulee täysi-ikäiseksi. Koska yleinen säännös siitä, että se, joka ei ole täyttänyt yhtäkolmatta vuotta, on holhottava⁸⁶, ei pidä paikkaansa naimisiin menneen miehen tai naisen suhteen, ei siis lakimääräisen huolto-oikeuden syntymisen edellytyksenä ole edes se, että huoltoon oikeutettu henkilö on täyttänyt 21 vuotta. Hän tulee naimisiin menonsa vaikutuksesta kelpoiseksi sanottuun tehtävään.⁸⁷ Edelläänottu ei luonnollisesti kuitenkaan koske avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen äitiä lapsensa lakimääräisenä huoltajana. Mainitunlaisen lapsen oikeudellinen huolto ei saata koskaan kuulua sen alle 21-vuotiaalle äidille.⁸⁸ Avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen alaikäisen äidin huoltajina ovat hänen vanhempansa tai joku muu tähän toimeen määrätty henkilö. Jos lapsen äiti on kuitenkin sen tosiasialliseen huoltoon sopiva eikä äidin oman huoltajan sopivaisuutta lapsenkin huoltajaksi ole syytä epäillä, ei erikoisen huoltajan määrääminen lapselle liene tarpeen.⁸⁹ Äidin huoltaja on oikeudellisesti myös lapsen huoltaja ja äiti voinee huoltajansa valvonnan alaisena toimia lapsensa tosiasiallisena huolta-

⁸² Ks. esim. *Gadolin*, s. 49 ss.; *Grottenfelt: Förmynderskapslagen*, s. 54.

⁸³ HL 28 § 1 mom.

⁸⁴ HL 24 § 2 mom. Ks. edellä s. 66 s.

⁸⁵ HL 28 § 2 mom.

⁸⁶ HL 16 §.

⁸⁷ Vrt. HL 28 § 2 mom.

⁸⁸ HL 24 § 2 mom. Vrt. *Undén*, s. 98.

⁸⁹ Tämä selvinnee AULapsL:n 3 §:n 2 momentista.

jana.⁹⁰ Nimenomaisen säännöksen perusteella on kuitenkin avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen alaikäiselläkin äidillä oikeus tehdä sopimus lapselle tulevasta elatusavusta ja ajaa siitä kannetta.⁹¹ Vielä on mainittava, ettei määräyksenvaraiseksi huoltajaksi kelpaa henkilö, joka on kansalaisluottamusta vailla.⁹² Kansalaisluottamuksen menettäminen ei ole sitävastoin sinänsä esteenä lakimääräisen huolto-oikeuden syntyemiselle.⁹³ Määräyksenvaraisen huoltajan suhteen on siis kolme ehdotonta kelpoisuusperustetta. Sanotun huoltajan tulee nauttia kansalaisluottamusta, olla täyttänyt 25 vuotta eikä hän saa olla holhouksenalainen. Henkilöä, joka ei täytä näitä lain asettamia vaatimuksia, ei voida koskaan määrätä lapsen huoltajaksi.

Harkinnanvaraisia kelpoisuusperusteita sisältävät säännökset siitä, ettei huoltajaksi saa määrätä henkilöä, joka on niin vanha tai kykenevätön, köyhä, velkainen, typerämielinen taikka elämässään tahi taloutensa hoidossa ajattelematon, että puheenaolevan toimen hoito kävisi epävarmaksi.⁹⁴

Huoltajan sopivaisuuden tehtäväänsä saa oikeus vapaasti harkita.⁹⁵ Aikaisemmin on jo ollut puhetta siitä, että määräyksenvaraisessa huollossa on lapsen edulla ratkaiseva merkitys. Myös määräyksenvaraista huoltajaa nimitettäessä on sanottu etu otettava ensisijaisesti huomioon. Tehtävään on yleensä määrättävä siihen parhaiten soveltuva henkilö.⁹⁶ Esitettyä sääntöä rajoittaa kuitenkin lakimääräisen huoltajan oikeus määrätä itselleen eräissä tapauksissa seuraaja. Jos huoltaja on tarpeen lakimääräisen huoltajan kuoleman vuoksi ja tämä on siihen nimittänyt soveliaan henkilön, on siten nimitetty toimeen määrättävä.⁹⁷ Sanottu henkilö lienee siis määrättävä siinäkin tapauksessa, ettei hän tehtävään parhaiten sovellu, kunhan hän vain siihen yleensä pystyy eikä määrääminen ole ilmeisesti ristiriidassa lapsen edun kanssa. Ellei lakimääräinen huoltaja ole nimittänyt itselleen seuraajaa, hänen nimittämänsä henkilö ei ole puheenaolevaan tehtävään sovelias tai hänellä ei ole ollut oikeutta tähän nimitykseen, on oikeuden valittava lapsen huoltajaksi siihen sovelias henkilö, mieluummin joku lapsen sukulai-

⁹⁰ HL 24 § 2 mom.

⁹¹ AULapsL 3 § 2 mom.

⁹² HL 28 § 2 mom.

⁹³ Vrt. edellä s. 83 alimuist. 80.

⁹⁴ HL 28 § 1 mom.

⁹⁵ Gadolin, s. 50.

⁹⁶ HL 24 § 1 mom.; AULapsL 3 § 1 mom. Vrt. edellä s. 40 s.

⁹⁷ HL 24 § 1 mom.

nen.⁹⁸ Oikeuden vapaata määräämisvaltaa rajoittaa siis myös lapsen sukulaisten ensisijainen oikeus huoltoon.

Vaikka HL:n 23 §:n 3 momentissa sanotaan nimenomaan, että sellaisen lapsen holhoojasta, jonka vanhempia ei ole yhteen vihitty, säädetään erikseen, lienee sanotun lain huoltajan kelpoisuutta koskevia yleisiä periaatteita sovellettava myös, kun oikeus määrää tällaiselle lapselle huoltajan.⁹⁹ Avioliiton ulkopuolella syntyneelle lapselle on oikeuden määrättävä huoltaja, ellei lapsen äiti ole sovelias tähän tehtävään tai jos hän kuolee eikä lasta ole otettava huoltolautakunnan huostaan.¹⁰⁰ Oikeuden vapaata määräämisvaltaa sanotunlaisen lapsen huoltajan nimittämisesä rajoittaa kuitenkin mainittujen huoltajan kelpoisuusperusteiden lisäksi AULapsL:n säännös siitä, että jos avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen äiti ei voi olla lapsensa holhoojana, lastenvalvoja on määrättävä tähän tehtävään, ellei harkita lapselle edullisemmaksi, että joku muu, joka siihen suostuu, määrätään holhoojaksi. Kun holhooja asetetaan, on myös määrättävä, voidaanko hänen antaa olla lapsen huoltajana.¹⁰¹ Lastenvalvoja on siis velvollinen virkansa puolesta olemaan puheenaolevan lapsen huoltajana, mikäli oikeus pitää sopivana hänet siihen määrätä. Jos kuitenkin joku häntä soveliaampi henkilö suostuu ryhtymään tähän toimeen, on tämä siihen määrättävä. Avioliiton ulkopuolella syntyneenkin lapsen huoltajaa määrättäessä on siis pidettävä ensisijaisesti silmällä lapsen etua. Tehtävä on uskottava henkilölle, joka pystyy sen parhaiten hoitamaan. Tätä näkökohtaa silmälläpitäen tuntuu siltä, että lapsen huoltajaksi olisi yleensä aina koettava saada joku muu henkilö kuin lastenvalvoja. Luonnollista on, ettei lastenvalvoja voi ottaa kotiinsa asumaan kaikkia niitä lapsia, joiden huoltajana hänen tulee ammattinsa takia olla. Koska puheenaolevan tehtävän menestyksellinen hoito kuitenkin edellyttää, että huoltajalla on tilaisuus läheltä valvoa ja ohjata lapsen hoitoa ja kasvatusta, on ilmeistä, että lapsen huolto tulee paremmin hoidetuksi, jos se kuuluu henkilölle, joka voi ottaa lapsen luokseen asumaan.

Kun edelläesitetyn perusteella on vastattava kysymykseen, voidaanko avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen huolto uskoa sen isälle,

⁹⁸ HL 24 § 1 mom.

⁹⁹ Kansalaisluottamusta vailla oleva, alle 25-vuotias tai holhouksenalainen henkilö ei siis missään tapauksessa kelpaa avioliiton ulkopuolella syntyneenkään lapsen huoltajaksi.

¹⁰⁰ Lapsen ottamisesta huoltolautakunnan huostaan ks. edellä s. 76 ss. Huomaa erikoisesti LSL 48 §.

¹⁰¹ AULapsL 15 § 2 mom.

täytynee pitää tätä mahdollisena, mikäli se on lapsen edun mukaista. Lapsen huollon uskominen sen isälle edellyttäneen kuitenkin, että isä on lapsen tunnustanut.¹⁰² Sitäpaitsi on häneltä vaadittava sama kel-
poisuus tehtävään kuin muiltakin määräyksenvaraisilta huoltajilta. Hänen tulee esim. olla täyttänyt 25 vuotta, kun sitävastoin aviottoman lapsen äiti voi jo 21 vuotta täytettyäänkin olla lapsensa huoltajana. Verrattaessa aviottoman lapsen äidin ja isän mahdollisuuksia lapsensa huoltoon on vielä muistettava, että äiti on lapsen lakimääräinen huol-
taja. Hänellä on suorastaan lakiin perustuva oikeus kysymyksessä-
olevaan tehtävään. Isän määrääminen tällaisen lapsensa huoltajaksi edellyttää aina nimenomaista oikeuden päätöstä. Tehtävä voidaan uskoa hänelle vain, ellei äiti ole siihen sovelias tai ei voi muusta syystä sitä hoitaa, ja lapsen isä on tässä suhteessa täysin samassa asemassa kuin muutkin määräyksenvaraiset huoltajat. Jos lapsen huolto usko-
taan hänelle, perustuu hänen huolto-oikeutensa oikeuden päätökseen eikä sukulaisuudesta johtuvaan ja eo ipso vaikuttavaan huolto-
oikeuteen.

Käsitellessämme lakimääräisen huolto-oikeuden syntymisperusteita oli puhetta siitä, että aviolapsen huolto-oikeus kuuluu yleensä sen van-
hemmille yhteisesti.¹⁰³ Myös määräyksenvarainen huolto-oikeus voi-
daan uskoa useammalle henkilölle yhteisesti. HL:n 26 §:ssä säädetään nimenomaan, että oikeudella on valta, kun tarpeelliseksi katsotaan, mää-
rätä useita yhteisesti hoitamaan holhoustointa. Holhoustoimella tar-
koitettaneen sanotussa säännöksessä kaikkia holhoojalle kuuluvia teh-
täviä, siis holhokin huoltoa ja hänen omaisuutensa hoitoa. Lapsen huol-
lonkin uskominen useammalle henkilölle yhteisesti on siis mahdollista. Ilmeistä on kuitenkin, että HL:n 26 §:n säännöksellä on pääasiallinen merkityksensä juuri holhokin omaisuuden hoidossa. Jos tämä omai-
suus on esim. kovin suuri tai sijaitsee eri paikkakunnilla, voi useam-
pien holhoojien määrääminen käydä välttämättömäksi. Myös voi olla syytä uskoa holhokin huolto ja omaisuuden hoito eri henkilölle. Sitä-
vastoin lienee harvemmin tarkoituksenmukaista määrätä useampia hen-
kilöitä yhteisesti lapsen huoltajiksi.¹⁰⁴ Jos määräämisvalta monesti

¹⁰² Laissa on erikoisesti otettu huomioon se mahdollisuus, että isä on aviotto-
man lapsensa huoltajana. AULapsL 6 § 1 mom. Vrt. Lvk ehdotukseen laiksi
avioliiton ulkopuolella syntyneistä lapsista, s. 28.

¹⁰³ Ks. edellä s. 65 s.

¹⁰⁴ Tällaista yhteistä huolto-oikeutta ei voi otollapsisuuteenkaan perustamisella
aikaansaada muuta kuin aviopuolisille. OttolapsL 1 § 3 mom.

sangen arkaluontoisissa lapsen henkilöä koskevissa asioissa kuuluisi usealle toisistaan muissa suhteissa riippumattomalle henkilölle, saattaisi se koitua lapsen hoidolle ja kasvatukselle kohtalokkaaksi. Sääntönä voitaneen siis pitää, että oikeuden on uskottava lapsen huolto-oikeus, mikäli mahdollista, yhdelle ainoalle henkilölle. Sääntö ei kuitenkaan pidä paikkaansa esim. siinä tapauksessa, että jotkut aviopuolisot määrätään yhteisesti lapsen holhoojiksi. Tällöin ei liene lapselle vahingollista, vaikka sen huolto kuuluisikin puolisoille yhteisesti.

Lapsen holhouksen uskominen useammalle henkilölle yhteisesti on myös mahdollista siten, että lakimääräiselle holhoojalle asetetaan holhoojakumppani. Tämä voi tulla kysymykseen, ellei lakimääräinen holhooja sairauden tai muun sellaisen syyn takia voi yksinään hoitaa holhoustointia.¹⁰⁵ Jos holhoojalle täten määrätään holhoojakumppani, jätettäneen lapsen huolto yleensä kuitenkin lakimääräiselle huoltajalle. Holhoojakumppani asetetaan tavallisesti vain lapsen omaisuuden hoitoa varten. Vain poikkeustapauksissa lienee syytä lapsen huollon uskomiseen yhteisesti lakimääräiselle huoltajalle ja holhouskumppanille.¹⁰⁶

Huolto-oikeuden syntymistä tarkastettaessa on muistettava, että lapsen huolto käsittää myös velvollisuuden. Puheenaoleva tehtävä on yleensä pakko ottaa vastaan. Tämä koskee ennen kaikkea lakimääräistä huolto-oikeutta, mutta myös määräyksenvaraisen huollon vastaanottaminen on yleinen kansalaisvelvollisuus, jonka täyttämisestä voi vain erityisten laissa mainittujen perusteiden nojalla kieltäytyä. Tätä velvollisuutta ei ole kuitenkaan naisella. Naista ei saa koskaan vasten hänen tahtonsa määrätä huoltajaksi.¹⁰⁷ Lakimääräiseen huolto-oikeuteen nähden ei sitävastoin tehdä sanotussa suhteessa eroa miehen ja naisen välillä. Kaikissa niissä tapauksissa, joissa lapsen vanhemmille syntyy suorastaan lain nojalla lakimääräinen huolto-oikeus, heidän on

¹⁰⁵ Aikaisemmin ei lapsensa lakimääräisenä holhoojana olevalle isälle saanut määrätä holhoojakumppania vastoin hänen tahtoaan. Ks. HL 26 § alkuperäisessä muodossaan.

¹⁰⁶ Vrt. HL 26 § ja 34 § 1 mom. *Gadolin* lienee sitä mieltä, ettei lakimääräiselle holhoojalle voida koskaan asettaa holhoojakumppania lapsen huoltoja varten. Ks. *Gadolin*, s. 102. Tällaiselle käsitykselle ei mielestämme kuitenkaan saa riittävää tukea HL:n säännöksistä. Elleivät lapsen vanhemmat esim. sairaalloisuuden takia jaksaa yksinään hoitaa huoltajan tehtäviä, mutta ei ole kuitenkaan syytä heidän erottamiseensa lapsen huollosta, voi huoltokumppanin asettamisella olla merkitystä.

¹⁰⁷ HL 29 § 2 mom.

myös pakko ottaa vastaan tämä tehtävä.¹⁰⁸ Laissa säädettyt erikoiset kieltäytymisperusteet koskevat vain määräyksenvaraista huoltajaa.¹⁰⁹ Erikoisesti aviomiehen osalta on huomattava, että niissä tapauksissa, joissa sääntö »pater est quem nuptiae demonstrant» on voimassa, hän tulee vaimonsa avioliiton aikana syntyneen aviottomankin lapsen huoltajaksi, siksi kunnes näytetään toteen, ettei lapsi ole hänen siittämänsä. Vapautuakseen tällaisen lapsen huollosta hänen on esitettävä oikeudenkäynnissä täysi näyttö siitä, ettei hän ole lapsen isä.

Kuten jo mainitsimme, ei naista saa koskaan vasten hänen tahtonsa nimittää määräyksenvaraiseksi huoltajaksi. Myös miehellä lienee aina oikeus kieltäytyä ryhtymästä avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen huoltajaksi. Tätä käsitystä tukevat ainakin AULapsL:n 15 §:n 2 momentin sanat »joka siihen suostuu». Sitäpaitsi on vielä eräitä perusteita, joiden nojalla miehet saavat muissakin tapauksissa kieltäytyä määräyksenvaraisen huoltajan tehtävästä. Tällaisina perusteina mainitsee laki sen, että puheenaoleva henkilö oleskelee ulkomailla taikka asuu niin kaukana tahi on niin kivulloinen, ettei voi holhottaa tai hänen asioitansa oikein hoitaa, että hän on kuudenkymmenen vuoden vanha, että hänellä on monta omaa lasta taikka on jo hoidettavana kaksi holhoustointa tahi yksi sellainen, joka ei toista siedä, taikka että virka, palvelus tai muu pätevä syy estää häntä olemasta holhoojana.¹¹⁰ Lain sanoista »tai muu pätevä syy» sekä useista mainituista perusteista selviää, että kysymys siitä, onko henkilö oikeutettu kieltäytymään puheenaolevasta tehtävästä, riippuu useissa tapauksissa tuomioistuimen harkinnasta. Eräät kieltäytymisperusteet ovat kuitenkin ehdottomia. Henkilö, joka oleskelee ulkomailla tai on kuudenkymmenen vuoden vanha, on esim. aina oikeutettu kieltäytymään huollosta. Milloin henkilö sitävastoin on esim. niin kivulloinen, ettei voi lasta tai sen asioita oikein hoitaa, taikka milloin muuta syytä on pidettävä niin pätevanä, että se oikeuttaa kieltäytymään ryhtymästä huoltajaksi, riippuu aina harkinnasta.¹¹¹

¹⁰⁸ Aikaisemman oikeutemme mukaan oli lakimääräisellä holhoojalla sitävastoin oikeus luopua holhoustoimesta, jos oikeus määräsi vastoin hänen tahtoaan hänen kiinteistönsä kiinnitettäväksi lapsen omaisuuden hoidon vakuudeksi. Ks. HL 56 § 2 mom. alkuperäisessä asussaan. Kysymyksenalaista on kuitenkin, eikö holhoustoimella ollut ymmärrettävä tässä säännöksessä vain lapsen omaisuuden hoitoa.

¹⁰⁹ Tämä selviää HL 29 §:n 1 momentin sanamuodosta. Ks. *Grottenfelt; Förmynderskapslagen*, s. 59.

¹¹⁰ HL 29 § 1 mom.

¹¹¹ Vrt. *Gadolin*, s. 53; *Winroth*: Sv. C. IV, s. 80.

Mainituilla kieltäytymisperusteilla on myös merkitystä siinä suhteessa, että huoltaja vapautuakseen tehtävästään saattaa vedota niihin senkin jälkeen, kun hänet on jo huoltajaksi määrätty. Tämä on mahdollista ainakin, jos perusteet ovat syntyneet huoltajaksi määräämisen jälkeen.¹¹² Mikäli ne olivat sitävastoin jo häntä siihen määrättäessä olemassa, mutta hän ei niihin silloin vedonnut, riippuu oikeuden harkinnasta, onko niihin kiinnitettävä huomiota.¹¹³ Kysymyksessä olevat määräyksenvaraisen huoltajan kieltäytymisperusteet otetaan yleensä huomioon vain, jos ne esittää henkilö, joka tahtoo kieltäytyä tai vapautua lapsen huollosta. Koska oikeuden on kuitenkin omasta aloitteestaan harkittava huoltajan sopivaisuutta toimeensa, on luonnollista, että tätä osoittavat perusteet on otettava myös viran puolesta huomioon.

Kun lakimääräinen huolto-oikeus perustuu lapsen syntymään, alkaa se siitä hetkestä, jolloin lapsi syntyy. Tämä oikeus syntyy siis avioliiton vanhemmille säännönmukaisesti sanotusta hetkestä, samoin myös avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen äidille. Vaikka oikeus katsoisikin, ettei viimeksimainitun lapsen äiti ole puheenaolevaan tehtävään sovelias ja määräisi siihen toisen henkilön, kuuluu lapsen huolto sen äidille, kunnes sille on määrätty toinen huoltaja.¹¹⁴ Avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen äidin on siis joka tapauksessa heti lapsen syntymisen jälkeen ryhdyttävä kaikkiin toimenpiteisiin, joihin puheenaoleva tehtävä antaa aihetta. Tällaisen lapsen vanhempien välisestä avioliitosta johtuva huolto-oikeus syntyy yleensä siitä hetkestä, jona avioliitto on kirkollisella vihkimisellä tai siviilivihkimisellä päätetty. Mikäli huolto-oikeus syntyy lapsen oikeudellista asemaa koskevan oikeuden päätöksen välillisenä seurauksena, on syntymishetkenä pidettävä sitä ajankohtaa, jolloin oikeuden antama päätös saa lain voiman. Ellei lapsen huolto-oikeus kuulu edellä selostetuissa tapauksissa kumpaisellekaan sen vanhemmista, syntyy se sitävastoin vasta, kun huoltolautakunta tai sosialiministeriö on päättänyt, ettei lasta ole enää pidettävä lautakunnan huostassa ja päätös on saanut lain voiman tai oikeus on kumonnut lapsen määräyksenvaraisen huolto-oikeuden.¹¹⁵

Holhousoikeudessamme on yleisenä periaatteena, että oikeuden hol-

¹¹² Vrt. *Gadolin*, s. 53.

¹¹³ Vrt. *Winroth*: Sv. C. IV, s. 80 s.; *Grotenfelt*: Förmynderskapslagen, s. 60.

¹¹⁴ Vrt. AULapsL 3 § 1 mom.

¹¹⁵ Vrt. LSL 23 § ja edellä §. 72 ss.

hoojan määräämistä tai erottamista koskeva toimenpide menee valituksesta huolimatta heti täytäntöön. Jos hovioikeus kumoo sanotun toimenpiteen, on sen asianhaaran mukaan määrättävä, onko päätöstä heti noudatettava vai vasta sitten, kun se on saanut lain voiman taikka toinen holhooja on määrätty.¹¹⁶ Määräyksenvaraiselle huoltajalle syntyy siis huolto-oikeus heti, kun alioikeus on hänet puheenaolevaan tehtävään määrännyt. Jos hovioikeus kumoo alioikeuden toimenpiteen, sen on, kuten jo sanoimme, samalla määrättävä, onko päätöstä noudatettava heti vai vasta sen tultua lainvoimaiseksi. Se, ettei mainittua periaatetta ole sovellettava, kun lakimääräinen huolto-oikeus syntyy lapsen oikeudellista asemaa koskevan oikeuden päätöksen välillisenä seurauksena, selviää edellä sanotusta. HL:n 75 §:n 2 momentin säännös ei koske tätä tapausta, koska ei ole kysymys huoltajan määräämisestä lapselle. Viimeksimainituissa tapauksessa saa lapsen isä tai äiti huolto-oikeuden vasta, kun puheenaoleva oikeuden päätös on saanut lain voiman. Huolto-oikeus ei perustu välittömästi tähän oikeuden päätökseen. Se syntyy suorastaan lain nojalla sanotun päätöksen välillisenä seurauksena. Kysymyksen ollessa huoltajan määräämisestä lapselle johtuu oikeuden toimenpide, päinvastoin kuin äskenmainituissa tapauksessa, siitä, että lapsi on uuden huoltajan tarpeessa. Senvuoksi onkin päätöksen kiireellinen täytäntöönpano selitettävissä. Lapsen edun kannalta on usein välttämätöntä, että uusi huoltaja voi ryhtyä mahdollisimman pian tehtäväänsä hoitamaan.

Laillinen tuomioistuin lapsen huoltoa koskevissa asioissa on sen paikkakunnan alioikeus, jossa lapsen vanhemmilla taikka, jos he asuvat erillään, isällä on tahi viimeksi oli asunto ja kotipaikka. Kun lapsen huolto kuuluu yksin sen äidille, on kuitenkin hänen kotipaikkansa tässä kohden määräävänä. Milloin vanhemmat eivät ole yhteenvihityt, kuuluu huolenpito lapsen huollosta sen paikkakunnan oikeudelle, jossa äiti asuu tai viimeksi asui. Mainittujen säännösten estämättä on kuitenkin holhous, joka on oikeuden kirjaan merkitty, edelleen saman oikeuden alaisena, kunnes se HL:n 60 §:n säätämässä järjestyksessä on siirretty toisen oikeuden alaiseksi.¹¹⁷

¹¹⁶ HL 75 § 2 mom. Vrt. LSL 17 § 3 mom.

¹¹⁷ HL 15 §.

5. OTTOLAPSISUHTEEN SYNTYMINEN.

Huolto-oikeuden syntymisessä on myös tärkeä merkitys alle 21-vuotiaan henkilön ottamisella ottolapseksi.¹¹⁸ Ottaessaan sanotun ikäisen henkilön ottolapsekseen on ottovanhempien pääasiallisena tarkoituksena tavallisesti saada lapsen huolto-oikeus siirretyksi itselleen.

Lapseksiottaminen eli adoptio oli jo vanhemmassa roomalaisessa oikeudessa kehittynyt oikeussäännöstö. Pohjoismaisessa oikeudessa se on kuitenkin saanut jalansijaa harvinaisen myöhään. Tanskan, Norjan, Ruotsin ja Suomen oikeuksiin lapseksiottaminen on omaksuttu vasta viime aikoina.¹¹⁹ Niinikään se on tullut Englannissa oikeudellisesti tunnustetuksi vasta v. 1926 annetulla lailla.¹²⁰ Sanotun oikeussäännösten viimeaikaisen elpymisen on väitetty johtuvan maailmansodasta. Sodan johdosta orvoiksi jääneet turvattomat lapset tarvitsivat uusia huoltajia. Toiselta puolen myös yhä yleisemmiksi tulleet lapsettomat avioliitot ovat olleet omiaan kehittämään tätä oikeussäännöstöä niissäkin maissa, joissa se tosin on ollut voimassa, mutta unohdetussa asemassa.¹²¹ Niinpä on Ranskassa, missä alaikäisen henkilön ottaminen ottolapseksi ei ollut aikaisemmin luvallista, tämä tehty mahdolliseksi kesäkuun 19 päivänä 1923 annetulla lailla.¹²² Maaliskuun 1 päivänä 1926 on myös Sosialististen Neuvostotasavaltain Liitossa annettu laki ottolapsista.¹²³ Yleensä voitaneen siis todeta puheenaolevan oikeussäännösten elävän nousukauttaan. Toiselta puolen huomauttaa kuitenkin *Kipp—Wolff*, että Guatemalassa, missä adoptio aikaisemmin oli luvallista, se on nyttemmin kielletty.¹²⁴

¹¹⁸ Tutkimuksemme ulkopuolelle jää ottolapsisuhteen perustaminen 21 vuotta täyttäneen henkilön osalta. Tässä yhteydessä lienee kuitenkin syytä mainita, ettei oikeudessamme ole määrätty ottolapselle mitään ehdotonta ikärajaa. Englannissa ei sitävastoin 21 vuotta täyttäneen henkilön lapseksiottaminen ole lainkaan sallittua. Samalla kannalla kuin meidän oikeutemme ovat puheenaolevassa suhteessa esim. Ruotsin, Tanskan, Norjan ja Sveitsin oikeudet.

¹¹⁹ Tanskan oikeuteen 26/3 1923, Norjan oikeuteen 3/4 1917, Ruotsin oikeuteen 14/6 1917 ja Suomen oikeuteen 5/6 1925 annetulla lailla.

¹²⁰ Adoption of Children Act, annettu 4/8 1926. Astui voimaan 1/1 1927. Ks. *Kipp—Wolff* IV, s. 389; *Erik Lind*: Nya familjerättsliga lagar i England, SJ 1927, s. 157; *Borum*, s. 92 s.

¹²¹ *Borum*, s. 92; *Arnholm*, s. 89 alimuist. 3.

¹²² Ks. *Kipp—Wolff* IV, s. 389; *Borum*, s. 92; *Erik Lind*: Ändringar i franska adoptionslagen, SJ 1927, s. 404 s.

¹²³ Ks. *Borum*, s. 92; *Kipp—Wolff* IV, s. 389 s.

¹²⁴ *Kipp—Wolff* IV, s. 389 alimuist. 9.

Ottolapsisuhteen perustaminen lienee ainakin paikallaan, kun sen tarkoituksena on antaa lapsettomalle lapsirakkaalle henkilölle huollettavaksi turvaton lapsi, joka täten saa oman kodin, koska tällainen toimenpide on myös lapsen edun mukaista. Mutta muissakin tapauksissa se voi olla lapsen kannalta suotavaa. Sitä on esim. jo aikaisemmin kasvatettu ottovanhemmiksi määrättävien henkilöiden kodissa tai se on heille läheistä sukua. Usein on kuitenkin pelättävissä, että ottolapsisuhteen perustamista väärinkäytetään. Sen avulla tahdotaan vain toteuttaa lapsen vanhempien tai ottovanhempien itsekkäitä etuja. Vapautukseen huoltajan tehtävistä vanhemmat antavat esim. lapsensa ottolapseksi henkilölle, joka ei pysty sitä hoitamaan ja kasvattamaan, tai henkilö ottaa ottolapsen saadakseen lapsen vanhemmilta tästä korvauksen, jota hän ei aiokaan käyttää lapsen hyväksi, vaan omiin tarkoituksiinsa. Koska ottolapsisuhteen perustamisen pääasiallisena tarkoituksena on useimmiten huolto-oikeuden siirtäminen vanhemmilta ottovanhemmille, on näin ollen luonnollista, että sanotun suhteen perustaminen on mahdollista vain valtiovallan myötävaikutuksella. Viranomaisten tulee valvoa, että lapseksiottamisella todella edistetään lapsen parasta.

Ottolapsisuhteen syntymisessä on erotettava toisistaan asianosaisten välinen sopimus ja viranomaisten perustava toimenpide. Alaikäisen ottamiseen ottolapseksi on tarpeen lapsen huoltajan suostumus.¹²⁵ Tämä lienee tulkittava siten, että lapseksiottaminen edellyttää aina huoltajan ja tulevien ottovanhempien välistä sopimusta lapsen antamisesta ottolapseksi.¹²⁶ Ottolapsisuhdetta ei kuitenkaan perusta sanottu sopimus.

¹²⁵ Aikaisemmin on jo ollut puhetta siitä, että OttolapsL:n 2 §:n 1 momentissa tarkoitetaan sillä, jonka tulee kasvattaa lapsi, lapsen huoltajaa. Ks. edellä s. 11. Ks. myös KKO 1932 tied. 148.

¹²⁶ OttolapsL 2 § 1 mom.; Lvk ehdotus laiksi lapseksiottamisesta ynnä perustelut, s. 10; *Hernberg*: Adoptionen, s. 17. Vrt. *Wrede-Caselius*, s. 185. Tanskan ja Norjan oikeuksien kannalta näyttävät myös *Borum* ja *Arnholm* olevan sitä mieltä, että tässä on kysymys lapsen vanhempien ja tulevien ottovanhempien välisestä sopimuksesta. Ks. *Borum*, s. 99; *Arnholm*, s. 93. *Undén*, joka yhtyy Ruotsin lainvalmistelukunnan esitykseen puheenaolevasta seikasta, huomauttaa sitävastoin, ettei ole mitään säännöksiä siitä, että oikeuden päätöksen ja lapseksiottamista koskevan hakemuksen tulisi pohjautua asianosaisten väliseen sopimukseen, ja jatkaa edelleen siteeraten sanotun lainvalmistelukunnan sanoja seuraavasti: »Rätten måste naturligtvis förvissa sig om att samtycke från alla vederbörande föreligger. Men ett konstaterande av sådant samtycke synes också vara tillräckligt, så mycket mera som rättsföljden av adoptionen i allmänhet fastställas genom tvingande regler och förty detaljbestämmelser i avtalsform i de flesta fall varken äro

Sen perustamiseen on myös tarpeen viranomaisten myötävaikutus, joka, kuten jo mainittiin, on siinä perustavaa laatua.¹²⁷

Aikaisemmin rajoittui viranomaisten myötävaikutus ottolapsisuhteen perustamiseen esim. Saksan oikeudessa lain määräämien edellytysten toteamiseen ja asianosaisten tekemän sopimuksen vahvistamiseen. Jos sanotut edellytykset olivat olemassa, oli mainittu sopimus vahvistettava. Ottolapsisuhteen syntyminen perustui varsinaisesti puheenaolevaan sopimukseen eikä viranomaisten päätökseen.¹²⁸ Saksan ja myös muiden maiden voimassaolevissa oikeuksissa on viranomaisilla sitävästoin kysymyksessäolevassa suhteessa itsenäinen harkintaoikeus.¹²⁹ Lapseksiottamiseen ei siis yksilöllä ole sellaista oikeutta, jonka hän voisi määrättyjen edellytysten vallitessa aina toteuttaa. Hänen oikeutensa siihen riippuu viranomaisten harkinnasta. Erikoisesti senvuoksi, että alaikäisen ottamisessa ottolapseksi on kysymys huolto-oikeuden siirrosta ottovanhemmille, valtiovallan on julkisen edun takia pakko valvoa ottolapsisuhteen perustamista ja sallia se vain, kun se on lapsen edun kannalta suotavaa. Mainittu valvonta tapahtuu ensinnäkin siten, että laissa on määrätty eräitä ehdottomia edellytyksiä sanotun suhteen perustamiselle. Näitä edellytyksiä koskevat oikeussäännökset ovat suurimmaksi osaksi ennakoestävää luonnetta. Niiden tarkoituksena on tehdä ottolapsisuhteen perustaminen vastoin lapsen etua jo etukäteen mahdottomaksi. Viranomaisten myötävaikutus kysymyksessäolevan suhteen perustamiseen käsittää siis ensinnäkin sanottujen ehdottomien edellytysten toteamisen. Ellei näitä edellytyksiä ole olemassa, ei ottolapsisuhteen perustaminen ole lainkaan luvallista. Mutta kuten edellä on mainittu, se ei ole aina sallittua, vaikka puheenaolevat edellytykset olisivatkin ole-

erforderliga eller önskvärda.» *Undén*, s. 139; *Lb. GB. II*, s. 37. Saksan oikeudessa edellyttää lapseksiottaminen nimenomaisen lainsäädännön perusteella puheenaolevaa sopimusta. *Ks. BGB 1741 §. Dernburg: Das bürgerliche Recht IV*, s. 341; *Kipp-Wolff IV*, s. 394; *Staudinger IV*, 2, s. 1308. Samoin lienee laita myös Ranskan oikeudessa. Tätä osoittaa se, että Code civilin 369 art:ssa puhutaan adoptionisopimuksesta, »contrat d'adoption». Näin *Heinsheimer I*, s. 98; *Hecker*, s. 40.

¹²⁷ Lvk ehdotus laiksi lapseksiottamisesta ynnä perustelut, s. 10; *Wrede—Case-lius*, s. 185; *Hernberg: Adoptionen*, s. 16 ss.; *Undén*, s. 139; *Lb. GB. II*, s. 37; *Borum*, s. 99; *Arnholm*, s. 93; *BGB 1741 §; Dernburg: Das bürgerliche Recht IV*, s. 342 s.; *Kipp-Wolff IV*, s. 394 ss.; *Staudinger IV*, 2, s. 1309.

¹²⁸ *Ks. BGB 1754 § 2 mom. alkuperäisessä muodossaan. Nykyisen muotonsa tämä pykälä on saanut 23/11 1933 annetussa laissa.*

¹²⁹ *Ks. OttolapsL 1 § 1 mom.; Code civil 364 art. verr. 363 art.; ZGB 267 art. 2 mom.; Ruotsissa Lag om adoption 14/6 1917, 1 § 1 mom.; Tanskassa Lov om Adoption, 26/3 1923, 1 §; Norjassa Lov om adopsjon, 2/4 1917, 1 §.*

massa. Niiden lisäksi on lapseksiottamiselle vielä asetettu harkinnanvaraisia edellytyksiä, joiden olemassaolon toteaminen on jätetty viranomaisten tehtäväksi.¹³⁰

Suomen oikeudessa kuuluu ottolapsisuhteen perustaminen tuomioistuimelle.¹³¹ Oikeus voi perustaa sanotun suhteen, jos harkitaan, että hakijan henkilökohtaiset ominaisuudet ja hänen olosuhteensa ovat sellaiset, että lapseksiottamisella edistetään sen parasta, jonka hän tahtoo ottaa lapsekseen. Lisäksi on oikeuden vielä erikoisesti todettava, että lapsi tulee saamaan hyvän hoidon ja kasvatuksen ottovanhempien luona, jos se on sen tarpeessa, sekä että on edellytyksiä ja riittävä aihe perustaa vanhemman ja lapsen suhde kysymyksessä olevien henkilöiden välille.¹³² Kuten sanotusta selviää, on tuomioistuimella meillä laaja harkintaoikeus päättäessään, perustaako se ottolapsisuhteen.

Ottovanhemmille asetetut kelpoisuusvaatimukset osoittavat, että lapseksiottamisessa on kiinnitetty huomiota huolto-oikeuden siirtymiseen ottovanhemmille. Lapsen vanhemmilla on luontainen oikeus lastensa huoltoon, vaikka heillä ei olisikaan siihen lapsen kannalta parhaita mahdollisia edellytyksiä. Ottovanhemmille on sitävastoin asetettava tässä suhteessa suuremmat vaatimukset. Ottovanhemman iästä on ensinnäkin sanottava, että hänen, kuten määräyksenvaraisenkin huoltajan, tulee olla täyttänyt 25 vuotta.¹³³ Mitään ylärajaa ei ottovanhemman iälle ole sitävastoin määrätty. Koska oikeuden on kuitenkin, ennenkuin se voi perustaa ottolapsisuhteen, erittäin harkittava, että lapsi tulee saamaan hyvän hoidon ja kasvatuksen, osoittanee tämä, ettei liian vanha henkilö kelpaa ottovanhemmaksi.¹³⁴ Huomattava on sitäpaitsi, että ottolapsen omaisuuden hoitokin siirtyy ottovanhemmalle,¹³⁵ joten oikeuden on kiinnitettävä huomiota myös ottovanhemman pystyvyyteen

¹³⁰ OttolapsL 3 §; *Wrede—Caselius*, s. 186. Vrt. Lag om adoption 8 § 1 ja 2 mom. sekä 9 §; Lov om adopsjon 8 ja 9 §; Lov om Adoption 8 ja 9 §; ZGB 267 art. 2 mom.; Code civil 363 art.

¹³¹ OttolapsL 1 § 1 mom.

¹³² OttolapsL 3 §.

¹³³ OttolapsL 1 § 1 mom. Vrt. HL 28 § 2 mom. Sama ikäraja on Ruotsissa, Tanskassa ja Norjassa. Ks. Lag om adoption 1 §; Lov om Adoption 1 §; Lov om adopsjon 1 §; Englannin oikeudessa on määrätty, että ottovanhemman tulee olla 25 vuotta täyttänyt tai 21 vuotta vanhempi kuin ottolapsi. Ks. *Erik Lind*: Nya familjerättsliga lagar i England, SJ 1927, s. 158. Sveitsissä ja Ranskassa sanottu ikä on määrätty 40 vuodeksi. Ks. ZGB 264 art. 1 mom. ja Code civil 344 art. Saksassa 50 vuodeksi. Ks. BGB 1744 §. Vrt. kuitenkin BGB 1745 § 1 mom.

¹³⁴ OttolapsL 3 §. Vrt. KKO 1934 tied. 382.

¹³⁵ OttolapsL 4 § 1 mom.

tässä suhteessa.¹³⁶ Useissa ulkomaisissa laeissa on säädetty, että otto-
vanhemmalla ja lapsella tulee olla määrätty ikäero.¹³⁷ Vastaavaa sään-
nöstä ei ole meillä eikä yleensä pohjoismaisessa oikeudessa. Kun oikeu-
den suostumus lapseksiottamiseen voidaan kuitenkin antaa vain, jos on
edellytyksiä perustaa vanhemman ja lapsen suhde kysymyksessäolevien
henkilöiden välille,¹³⁸ täytynee meidänkin oikeutemme mukaan vaatia,
että näillä henkilöillä on huomattava ikäero. Vaadittavan ikäeron suu-
ruuden saa oikeus vapaasti harkita. Kuitenkin edellyttäneen vanhem-
man ja lapsen suhde vähintään 15 vuoden ikäeroa.

Ottolapsen ottamiseen on Suomen oikeuden mukaan sekä mies että
nainen oikeutettu.¹³⁹ Englannissa ei naimaton mies saa ottaa naista otto-
lapsekseen, ellei siihen ole erikoisia syitä.¹⁴⁰ Naimattomankaan miehen
oikeutta ei ole sitävastoin meillä sanotussa suhteessa rajoitettu. Luon-
nollista on kuitenkin, että jos olosuhteista voidaan päätellä lapseksiotta-
misesta koituvan vaaraa lapsen siveellisyydelle, oikeus ei voi perustaa
puheenaolevaa suhdetta.¹⁴¹

Aikaisemmin on jo ollut puhetta siitä, ettei huolto-oikeuden jakami-
nen toisistaan muissa suhteissa riippumattomien henkilöiden kesken ole
suotavaa. Tältä kannalta on ymmärrettävää, ettei kaksi henkilöä voi
yleensä ottaa samaa ottolasta. Luonnollista on kuitenkin, että puoliset
saattavat ottaa yhdessä ottolapsen. Myös voi toinen puoliso ottaa otto-
lapsekseen sen, jonka toinen jo on lapsekseen ottanut.¹⁴² Kuten Sak-
san, Ranskan ja Sveitsin oikeuksissa, voi meillä puoliso yksinäänkin
ottaa ottolapsen, jos toinen puoliso antaa siihen suostumuksensa.¹⁴³

¹³⁶ Vrt. HL 28 § 1 mom. HL:n määräyksiä lienee muutenkin ex analogia sovel-
lettava ottovanhemman kelpoisuutta arvosteltaessa.

¹³⁷ Saksan ja Sveitsin oikeuksissa tulee tämän ikäeron olla 18 vuotta. Ks. BGB
1744 §; ZGB 264 art. 2 mom. Vrt. kuitenkin BGB 1745 § 1 mom. Englannin oikeu-
dessa on sanottu ikäraja 21 vuotta. Ks. alimuist. 133. Ranskan oikeudessa taas
15 vuotta. Ks. Code civil 344 art.

¹³⁸ OttolapsL 3 §.

¹³⁹ OttolapsL 1 § 1 mom.

¹⁴⁰ Erik Lind: Nya familjerättsliga lagar i England, SJ 1927, s. 158.

¹⁴³ OttolapsL 1 § 2 mom. Ks. Saksan, Ranskan ja Sveitsin oikeuksien osalta

¹⁴¹ Vrt. OttolapsL 3 §.

¹⁴² OttolapsL 1 § 3 mom.

BGB 1746 §; Code civil 347 art.; ZGB 266 art. 1 mom.

Ruotsin, Norjan ja Tanskan oikeuksissa on sitävastoin sääntönä, että puoliset saavat ottaa ottolapsen vain yhteisesti.¹⁴⁴

Eri mieltä voitaneen olla siitä, saako isä tai äiti ottaa oikeutemme mukaan ottolapsekseen avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsensa. Tutkimuksemme kannalta on tällä kysymyksellä merkitystä varsinkin avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen isän suhteen, koska hän, jos tällaista lapseksiottamista pidetään mahdollisena, voi tulla sen vaikutuksesta avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsensa huoltajaksi. Ulkomaalaisessa tieteisopissa ja lainsäädännössä on puheenaoleva kysymys ratkaistu eri tavoin. Saksan, Ranskan ja Sveitsin oikeuksissa ei lainsäädännöksistä saa kysymykseen selvää vastausta. Sanottujen maiden tieteisopissa vallitsevan mielipiteen mukaan pidettäneen mainitunlaisen ottolapsisuhteen perustamista kuitenkin sallittuna.¹⁴⁵ Ruotsin ottolapsista annetussa laissa on nimenomaan säädetty, että ottolapseksi voidaan ottaa myös tulevan ottovanhemman avioliiton ulkopuolella syntynyt lapsi.¹⁴⁶ Tanskassa ja Norjassa saattaa sitävastoin vain mies ottaa ottolapsekseen tällaisen lapsensa ja Norjassa on tämäkin mahdollista vain, ellei lapsella ole perintöoikeutta isänsä jälkeen.¹⁴⁷ Päinvastoin kuin muissa Pohjoismaissa ei meillä ole OttolapsL:ssa sanotusta kysymyksestä nimenomaista säännöstä. Perusteluissaan laiksi lapseksiottamisesta lainvalmistelukunta on kuitenkin asettunut sille kannalle, että avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen vanhemmille on tehtävä mahdolliseksi lapsen ottaminen ottolapseksi.¹⁴⁸ Se huomauttaa erikoisesti, että mainitunlaisen lapsen äiti, joka ei tahdo tunnustaa tällaista lasta omakseen, saa täten tilaisuuden lapsen kasvattamiseen ja sen ottamiseen luoksensa asumaan,

¹⁴⁴ Ks. Lag om adoption 3 §; Lov om adopsjon 3 §; Lov om Adoption 3 §. Eräissä poikkeustapauksissa puoliso voi näidenkin maiden oikeuksissa ottaa yksinään ottolapsen.

¹⁴⁵ Ks. *Dernburg*: Das bürgerliche Recht IV, s. 341; *Endemann* II, 2, s. 693; *Kipp—Wolff* IV, s. 394; *Hecker*, s. 73 alimuist. 5; *RGR Komm.* IV, s. 451; *Staudinger* IV, 2, s. 1307; *Planck* IV, s. 491; *Opet—Blume* IV, s. 662; *Egger* II, 2, s. 34 s.; Lvk ehdotus laiksi lapseksiottamisesta ynnä perustelut, s. 9 alimuist. 1.

¹⁴⁶ Lag om adoption 1 § 2 mom. Ks. myös *Undén*, s. 132 s. ja s. 135 s.; Lb. GB. II, s. 39.

¹⁴⁷ Ks. Tanskan oikeuden suhteen Lov om Adoption 1 §; *Borum*, s. 93 s. Norjan oikeuden osalta Lov om adopsjon 1 §; *Arnholm*, s. 92; *Taranger*, s. 249.

¹⁴⁸ Ks. Lvk ehdotusta laiksi lapseksiottamisesta ynnä perustelut, s. 9. Tällaista lapseksiottamista pitää myös *Wrede—Caselius* luvallisena. Ks. *Wrede—Caselius*, s. 185.

jotapaitsi lapseksiottaminen laajentaa lapsen oikeutta saada elatusta.¹⁴⁹ Mitä taas tulee kysymyksessä olevan lapsen suhteeseen isäänsä, lainvalmistelukunnan mielestä: lapseksiottamisella on merkitystä senvuoksi, että isä saattaa täten parantaa lapsen asemaa sekä asettua henkilökohtaiseen suhteeseen siihen, syrjäyttämättä niitä epäilyksiä, jotka voivat pidättää häntä tunnustamasta lasta omakseen, mikä menettelytapa voi lapsenkin edun kannalta olla suotavampi, koska ottolapsella on sosiaalisessa suhteessa parempi asema kuin avioliiton ulkopuolella syntyneellä lapsella.¹⁵⁰ Lainvalmistelukunnan mainitsemilla perusteilla vastaamme myös puolestamme esillä olevaan kysymykseen myöntävästi. Koska lapsen etua on pidettävä sen ja vanhempien välisten oikeussuhteiden järjestelyssä ensisijaisesti silmällä ja sanotunlainen lapseksiottaminen voi usein olla lapsen kannalta erittäin suotavaa, ei sitä nimenomaisen säännöksen puuttuessa voitane pitää oikeudessamme kiellettyinä. Riidatonta on sitävastoin, etteivät vanhemmat voi ottaa aviolasta ottolapsekseen.¹⁵¹ Tämä selvinnee jo siitä, ettei ole riittävää aihetta perustaa vanhemman ja lapsen suhdetta aviolapsen ja sen vanhemman välille, koska tällainen suhde jo ennestään on olemassa. Kun ottolapsi on aviolasta huonommassa asemassa, ei tällaisella lapseksiottamisella myöskään edistettäisi sen parasta, jonka hakija tahtoo ottaa ottolapsekseen.¹⁵²

Kuten jo olemme maininneet, on lapseksiottamiseen vaadittavien ehdottomien edellytysten ohella olemassa harkinnanvaraisia edellytyksiä. Ohjeena näiden edellytysten määrittämisessä ovat ennen kaikkea OttolapsL:n 3 §:n säännökset. Ottovanhempien henkilökohtaisten ominaisuuksien ja olosuhteiden tulee siis olla sellaiset, että lapseksiottamisella edistetään lapsen parasta. Erikoisesti on kiinnitettävä huomiota siihen, että lapsi saa hyvän hoidon ja kasvatuksen sekä että on edellytyksiä ja riittävä aihe perustaa vanhemman ja lapsen suhde puheena olevien henkilöiden välille.¹⁵³

¹⁴⁹ Ks. avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen oikeudesta saada elatusta ja kasvatusta jäljempänä s. 122 ss.

¹⁵⁰ Näihin näkökohtiin kiinnittävät myös Ruotsin lainvalmistelukunta ja useat tieteisoppineet huomiota. Ks. esim. *Lib. GB. II*, s. 39; *Undén*, s. 136; *Arnholm*, s. 92.

¹⁵¹ Tämän toteaa nimenomaan mm. *Borum*, s. 93.

¹⁵² Ks. OttolapsL 3 §.

¹⁵³ Huomattava on, että meillä saa ottaa ottolapsen sellainenkin henkilö, jolla on itsellään aviolapsia. Toisin on asianlaita sitävastoin esim. Saksan, Ranskan ja Sveitsin oikeuksissa. Ks. *BGB* 1741 §; *Code civil* 344 art.; *ZGB* 264 art. 1 mom. *Hernbergin* mielestä myös Ruotsin ja Norjan oikeudet ovat periaatteellisesti viimeksimainitulla kannalla. Ks. *Hernberg: Adoptionen*, s. 27 alimuist. 2.

Tutkimuksemme esineenä olevan huolto-oikeuden kannalta on tärkeää merkitys sillä, että alaikäisen ottaminen ottolapseksi edellyttää lapsen huoltajan ja tulevien ottovanhempien välistä sopimusta.¹⁵⁴ Ottolapsisuhteen perustaminen ei ole siis mahdollista vastoin lapsen huoltajan tahtoa.¹⁵⁵ Lapseksiottaminen vaikuttaa myös lapsen omaisuuden hoitoon. Tämäkin tehtävä siirtyy ottovanhemmille.¹⁵⁶ Jos lapsen huolto ja omaisuuden hoito kuuluvat eri henkilöille, menettää siis omaisuuden hoitajakin oikeutensa hänelle kuuluvaan tehtävään. Huolto-oikeuteen nähden on lapsen omaisuuden hoidolla tässä suhteessa toisarvoinen merkitys, minkä vuoksi ei ole katsottu tarpeelliseksi vaatia omaisuuden hoitajan suostumusta kysymyksessäolevan suhteen perustamiseen. Kuitenkin on säädetty, että häntä on asiassa kuultava, jos se hankaluudetta voi tapahtua.¹⁵⁷

Lapseksiottamista tarkoittavan sopimuksen tekevät yleensä aviolapsen osalta sen vanhemmat ja avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen osalta sen äiti, mikäli lapsen huolto kuuluu sanotuille henkilöille. Muussa tapauksessa tekee sopimuksen se, joka on lapsen huoltajana. Koska aviolapsen huoltajina ovat yleensä sen vanhemmat yhteisesti, on sopimus kumpaisenkin tehtävä. Siinä tapauksessa, että lapsella on muuten useampia huoltajia, on myös niiden kaikkien osallistuttava sanotun sopimuksen tekemiseen.¹⁵⁸ Jos lapsen huolto sitävastoin kuuluu vain toiselle puolisoista, saa tämä tehdä yksin sanotun sopimuksen.¹⁵⁹ Ruotsin, Norjan ja Tanskan oikeuksissa on nimenomaan säädetty, että jos toinen vanhemmista on mielisairas, tylsämielinen tai oleskelee tuntemat-

¹⁵⁴ Ks. edellä s. 93 ss.

¹⁵⁵ Vrt. *Hernberg*: Adoptionen, s. 30. *Undénin* mielestä on suostumuksen antaminen lapseksiottamiseen Ruotsin oikeuden mukaan varsinaisesti lapsen vanhemmille eikä sen huoltajalle kuuluva oikeus. Jos puolisoitten avioliitto on tuomion perusteella purettu tai on kysymys avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen ottamisesta ottolapseksi, kuuluu mainitun suostumuksen antaminen sille lapsen vanhemmista, jolle sen huolto on uskottu. Muissa tapauksissa vaaditaan vanhempien suostumus riippumatta siitä, ovatko he lapsensa huoltajia vai eivät. Ks. *Lag om adoption* 6 §. *Undén*, s. 137. Vrt. *Lb. GB. IV*, s. 185 s. Tanskan ja Norjan oikeudet ovat sitävastoin tässä suhteessa samalla kannalla kuin meidän oikeutemme. Ks. *Lov om Adoption* 6 § 1 ja 2 mom.; *Lov om adopsjon* 6 § 1 ja 2 mom.; *Borum*, s. 95 s.; *Arnholm*, s. 93.

¹⁵⁶ *OttolapsL* 4 § 1 mom.

¹⁵⁷ *OttolapsL* 14 § 1 mom.

¹⁵⁸ *OttolapsL* 2 § 1 mom.

¹⁵⁹ *OttolapsL* 2 § 1 mom. ja 14 § 1 mom. Vrt. *Lag om adoption* 6 § 2 mom.; *Lov om adopsjon* 6 § 1 mom.; *Lov om Adoption* 6 § 1 mom.

tomalla paikkakunnalla, riittää ottolapsisuhteen perustamiseen vain toisen suostumus.¹⁶⁰ Poikkeustapauksessa voidaan siis sanottu suhde perustaa näissä maissa ilman toisen huoltoon oikeutetun puolison suostumusta. Tavallista on, ettei puolisoa sairauden tai poissaolon perusteella eroteta huolto-oikeudesta. Jos toinen puoliso pystyy tämän tehtävän hoitamaan, ei ole käytännöllistä tarvetta huolto-oikeuden riistämiseen muodollisesti kysymyksessäolevalta sairaalta tai poissaolevalta puolisolta, koska hän ei yleensä kuitenkaan huoltoon osallistu. Kun huolto-oikeus siis edelleen kuuluu hänelle, on sanotuissa maissa katsottu ottolapsisuhteen perustamisen hänen suostumuksetaan edellyttävän erikoista lainsäädännöstä. Lapsen antamista ottolapseksi on sitävastoin pidetty meillä niin tärkeänä huoltajalle kuuluvana oikeutena, ettei siihen voida sanotuissakaan tapauksissa ryhtyä puheenaolevan puolison edustajan suostumuksetta. Nimenomaan on säädetty, että mielisairaana tai poissaolevan puolesta on holhoojan taikka uskotun miehen annettava tämä suostumus, mikä on ymmärrettävä siten, että holhoojan tai uskotun miehen on tehtävä lapseksiottamista tarkoittava sopimus.¹⁶¹ Siinä tapauksessa, että avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen isä tai äiti, joka on lapsen huoltajana, ryhtyy toimenpiteisiin lapsen ottamiseksi ottolapsekseen, lienee lapselle määrättävä uskottu mies, joka tekee puheenaolevan sopimuksen.¹⁶²

Huoltajan oikeus lapsen antamiseen ottolapseksi on laajimpia hänelle kuuluvia oikeuksia. Tätä oikeuttaan käyttämällä hän voi tehdä aloitteen kaiken määräämisvallan lapsen henkilöä koskevissa asioissa siirtämiseksi toiselle henkilölle. Erikoisesti on huomattava, että ottolapsisuhteen perustamisella on myös ratkaiseva vaikutus huollosta erotettujen lapsen vanhempien ja lapsen välisiin oikeussuhteisiin. Kun lapsi annetaan ottolapseksi, menettänevät vanhemmat oikeutensa olla sen kanssa henkilökohtaisessa kosketuksessa eli lapsen tapaamisoikeuden.¹⁶³

¹⁶⁰ Lag om adoption 6 § 1 mom.; Lov om adopsjon 6 § 1 mom.; Lov om Adoption 6 § 1 mom.

¹⁶¹ OttolapsL 13 § 1 mom.

¹⁶² Isän tai äidin oikeudesta ottaa avioliiton ulkopuolella syntynyt lapsensa ottolapseksi ks. edellä s. 97 s.

¹⁶³ Tästä kysymyksestä ei olla suinkaan yksimielisiä. Saksalaisessa tieteenopissa mm. *Endemann*, *Staudinger*, *Opet-Blume*, *Planck* ja *Knitschky* ovat sitä mieltä, etteivät vanhemmat menetä lapseksiottamisen vaikutuksesta oikeuttaan lapsensa tapaamiseen. Mainittua mielipidettä perustelevat *Endemann*, *Staudinger*, *Opet-Blume* ja *Knitschky* sillä, ettei vanhempien oikeus lapsensa tapaamiseen johdu vanhempain vallasta, (siitä, mitä tarkoitetaan vanhempain vallalla Saksan

Mutta he menettävät myös lakimääräisen huoltajan etuoikeuden lapsen huoltoon siinä tapauksessa, ettei perustetta, jonka takia heidät on siitä erotettu, ole enää olemassa. OttolapsL:n 9 §:n 1 momentissa säädetään nimittäin, että ottovanhempien kuoltua palautuu ottolapsen huolto ja määräämisvalta lapsesta sen vanhemmille vain siinä tapauksessa, että oikeus kuoltuaan holhouslautakuntaa katsoo lapsen edun sitä vaativan. Kun lapsi annetaan ottolapseksi, menettävät siis vanhemmat suorastaan lakiin perustuvan oikeutensa sen huoltoon, sen jälkeen kun lapsen huolto on ottovanhempien kuoleman johdosta siirtynyt näiltä pois. Ottovanhemman kuoltua ei huolto-oikeus palaudu ilman muuta lapsen vanhemmille. Heidät täytyy erikoisesti määrätä lapsen huoltajiksi ja tämä voi-

oikeudessa ks. edellä s. 6) vaan lapsen ja vanhempien välisestä sukulaisuussuhteesta, johon lapseksiottamisella on vaikutusta ainoastaan sikäli, kuin siitä on nimenomaan laissa säädetty. Ks. *Endemann* II, 2, s. 701; *Staudinger* IV, 2, s. 1344 s.; *Opet-Blume* IV, s. 685; *Plank* IV, s. 505; *Knitschky*, s. 72 alimuist. 1. Päinvastaisen mielipiteen on sitävastoin esittänyt *Kipp-Wolff*. Hän huomauttaa vain lyhyesti, ettei vanhemmilla ole oikeutta ottolapseksi otetun lapsensa tapaamiseen, koska tätä oikeutta ei ole heille nimenomaisella lainsäädännöksellä pidätetty. Ks. *Kipp-Wolff* IV, s. 401 s. Viimeksimainitulle kannalle on myös asetunut Saksan korkein oikeus. Sen mielestä lapsen tapaamisoikeus johtuu oikeudesta määrätä lapsen henkilöä koskevissa asioissa eli huolto-oikeudesta. Antaessaan suostumuksensa lapseksiottamiseen lapsen vanhemmat ovat itse luopuneet oikeudestaan sanottujen asioiden määräämiseen. Kun lapsen tapaamisoikeus kuuluu osana huoltoon, olisi tapaamisoikeuden pidättäminen lapsen vanhemmille näin ollen edellyttänyt nimenomaista lainsäädäntöä. Ks. RGZ 64: 49.

Meillä säädetään AULapsL:n 37 §:ssä, ettei avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen äitiä, joka ei ole lapsen huoltaja, eikä isää, joka on lapsen tunnustanut, saa estää tapaamasta lasta, ellei lapsen etu sitä vaadi. Tästä oikeutemme ainoasta tapaamis-oikeutta koskevasta säännöksestä selviää, että avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen vanhemmilla on mainituin edellytyksin huolto-oikeudesta riippumaton oikeus lapsensa tapaamiseen. Koska aviolapsen vanhemmat ovat oikeudessamme, kuten muidenkin maiden oikeuksissa, yleensä asetetut lapsensa suhteen parempaan asemaan kuin avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen vanhemmat, ei puheenaolevaa säännöstä voitane tulkita siten, että sillä olisi tahdottu turvata viimeksimainitun lapsen vanhemmille sellainen etu, jota aviolapsen vanhemmilla ei ole. Päinvastoin lienee lainsäätäjää pitänyt itsestään selvänä, että lapsensa huollosta erotetut aviolapsen vanhemmat ovat oikeutetut lasta tapaamaan ja vain, koska asia ei ole avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen osalta yhtä selvä, pitänyt nimenomaista säännöstä tarpeellisenä. Esittämämme mielipiteen on myös KKO omaksunut katsoessaan, että avioeron yhteydessä lapsen huollosta erotetulla puolisollla on oikeus tavata lasta. Ks. KKO 1938 sel. 39. Sanotun perusteella ei voitane kuitenkaan päätellä, että vanhemmilla olisi oikeus myös ottolapseksi annetun lapsensa tapaamiseen.

Huollosta erotettujen vanhempien oikeus lapsensa tapaamiseen johtunee vanhempien ja lapsen sukulaisuussuhteesta. Tapaamisoikeuden selittäminen *Gehringin*

daan tehdä vain, jos oikeus pitää sitä lapselle edullisena.¹⁶⁴ Mainituista syistä saa selityksensä lain määräys siitä, että isää tai äitiä on silloinkin, kun hänen suostumuksensa lapseksiottamiseen ei ole tarpeen, kuultava kysymyksessäolevan suhteen perustamista koskevassa asiassa, milloin se hankaluudetta voi tapahtua.¹⁶⁵ Se, ettei lapsen huolto kuulu sen vanhemmille tai toiselle heistä, voi johtua monesta eri syystä. Vanhemmat ovat ehkä sanottuun tehtävään alunperin kykenemättömiä, lasten huolto on voinut alkuaan kuulua heille, mutta he ovat menettäneet sen väärinkäytöksen tai myöhemmin ilmaantuneen kykenemättömyyden takia, taikka huolto-oikeus on avioeron yhteydessä uskottu vain toiselle puolisolle. Luonnollista on, että juuri huolto-oikeuden menettämisperusteella on tärkeä merkitys ratkaistaessa, mikä arvo mainittuja vanhempia kuultaessa heidän tahdonilmaisulleen on annettava.

tavoin huolto-oikeuden osaksi, joka jää lapsen vanhemmille siinäkin tapauksessa, ettei huolto-oikeus muuten enää kuulu heille, ei liene oikein, koska tapaamisoikeus on esim. suorastaan lain säännöksen perusteella avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen isällä, joka ei ole koskaan ollut lapsen huoltaja. Vrt. Gehring, ss. 24 ja 49.

OttolapsL:n 4 §:n 3 momentissa sanotaan, että lapseksiottaminen muuttaa ottolapsen ja sen sukulaisten välistä oikeussuhdetta ainoastaan sikäli, kuin tämä laki osoittaa. Jos katsotaan vanhempien oikeuden lapsensa tapaamiseen johtuvan vanhempien ja lapsen sukulaisuussuhteesta, voisi tämä säännös ja se, ettei OttolapsL:ssa ole säädetty mitään tapaamisoikeudesta, viitata siihen, ettei lapseksiottamisella olisi vaikutusta tapaamisoikeuteen. Se, ettei asia kuitenkaan ole näin, selvinnee siitä, että lapseksiottamisella tahdotaan perustaa ottovanhemman ja -lapsen välille vanhemman ja lapsen suhde. Ks. OttolapsL 3 § ja 4 § 1 mom. Jos vanhempien sallittaisiin vastoin ottovanhempien tahtoa tavata lasta, on todennäköistä, ettei lapseksiottamisella saavutettaisi mainittua lapsen edun kannalta välttämätöntä tarkoitusta. Vanhempien ja lapsen välisen suhteen ylläpitäminen olisi usein esteenä puheenaolevan suhteen syntymiselle ottovanhemman ja -lapsen välille. Koska tapaamisoikeuden ulottaminen ottolapseen olisi vastoin lapseksiottamisen keskeisintä tarkoitusta, olemme siis sitä mieltä, ettei vanhemmilla ole oikeutta ottolapsen tapaamiseen. 16/2 1939 antamassaan tuomiossa N:o 443 myös KKO on katsonut, ettei lapsen vanhempien ja ottovanhempien sopimuksella, jolla ensisimainituille pidätettiin oikeus lapsen tapaamiseen lapseksiottamisen jälkeen ollut velvoittavaa vaikutusta.

¹⁶⁴ Jos ottolapsisuhte puretaan oikeuden päätöksellä, lakkaavat sensijaan kaikki lapseksiottamisen seuraukset, ja alaikäisen henkilön huolto palautunee yleensä suorastaan lain säännöksen nojalla sen vanhemmille. OttolapsL 12 § verr. HL 23 § 1 mom.

¹⁶⁵ OttolapsL 14 § 1 mom. Eräissä ratkaisussaan KKO on katsonut, että tosiasiallisellakin huoltajalla on oikeus tulla kuulluksi lapseksiottamista koskevassa asiassa. Ks. KKO 1927 tied. 241. Tällaisen oikeuden johtamista tosiasialliselle huoltajalle pidämme puolestamme kysymyksenalaisena.

Ottolapseksi lapsensa luovuttaneeseen isään ja äitiin nähden tuntuvat ottolapsisuhteen perustamisen edellämainitut vaikutukset oikeutetuilta. He ovat vapaasta tahdostaan luopuneet lapsestansa, mikä osoittaa heidän kiintymyksensä siihen olleen siksi vähäisen, ettei voitane olettaa heillä olevan vanhemmissa yleensä edellytettyä kykyä ja halua lapsen huoltoon ottovanhempien kuoleman jälkeen. Huollosta omatta syyttään erotetulle, ottolapsisuhteen perustamista vastustaneelle puolisolle saatavat nämä vaikutukset sitävästoin olla usein sangen kohtuuttomia. Näin on asianlaita erikoisesti kykenemättömyyden tai avioeron perusteella huollosta erotetun isän tai äidin suhteen. Kun tällaista isää tai äitiä on vain kuultava lapseksiottamista koskevassa asiassa, voi puoliso sinä aikana, jona toinen puoliso on huollosta erotettu, vastoin viimeksi mainitun tahtoakin antaa puolisoliden lapsen ottolapseksi ja riistää täten toiselta puolisolta mahdollisuuden päästä lapsensa huoltajaksi sen jälkeen, kun perustetta, jonka takia hänet on siitä erotettu, ei ole enää olemassa. Puoliso, jolle huolto on avioeron yhteydessä uskottu, voi esim. antaa lapsen vastoin omatta syyttään huollosta erotetun puolison tahtoa ottolapseksi. Mainituista syistä on lapseksiottamista koskevassa asiassa annettava suuri merkitys huollosta erotetun isän tai äidin lausunnolle. Useissa tapauksissa on ottolapsisuhteen perustamiseen vaadittava mainitun isän tai äidin suostumus. Varsinkin kun on kysymys avioeron saaneiden puolisoliden lapsen antamisesta ottolapseksi, on muistettava, että toinen puoliso on avioeron vaikutuksesta aina erotettava lapsen huollosta, joten tehtävään täysin pystyväkin henkilö saattaa tulla siitä olosuhteiden pakosta erotetuksi. Ilmeistä on, että puoliso, jolle lapsen huolto on avioeron yhteydessä uskottu, käyttää väärin tätä luotamustehtävää, jos hän ilman pakottavaa syytä vastoin huollosta erotetun puolison tahtoa ryhtyy toimenpiteisiin lapsen antamiseksi ottolapseksi. Näin ollen lienee katsottava, että kun huollosta erotettu puoliso on sanottuun tehtävään sovelias, lapseksiottamiseen on yleensä vaadittava myös hänen suostumuksensa. Hänellä on parempi oikeus lapsen huoltoon kuin sille usein täysin vierailta ottovanhemmillä. Vastoin huollosta erotetun, mutta siihen soveliaan isän tai äidin tahtoa lienee syytä ottolapsisuhteen perustamiseen vain poikkeustapauksessa.¹⁶⁶

Koska lapsen antaminen ottolapseksi sille vastenmieliselle henkilölle ei ole sen edun mukaista, voi olla tarpeellista vaatia lapsenkin suostu-

¹⁶⁶ Vrt. *Borum*, s. 96 ss.

¹⁶⁷ OttolapsL 2 § 1 mom.

¹⁶⁸ Lag om adoption 5 §; Lov om adopsjon 5 §; Lov om Adoption 5 §.

mus lapseksiottamiseen. Meidän oikeutemme mukaan on siihen tarpeen lapsen suostumus, jos se on niin kehittynyt, että sen arvostelukykyy on kiinnitettävä huomiota.¹⁶⁷ Ruotsissa ja Norjassa on 12 vuotta sekä Tanskassa 14 vuotta täyttäneen henkilön lapseksiottaminen vastoin hänen tahtoaan kielletty. Norjassa saavat kasvatustavanhemmat kuitenkin vastoin lapsen tahtoa ottaa ottolapsekseen alle 16-vuotiaan kasvattilapsensa, jos on syytä olettaa, että lapsi luulee olevansa heidän oma lapsensa.¹⁶⁸ Kuten kerrotusta selviää, on siis tuomioistuimella meidän oikeudessamme sanotussa suhteessa laajempi harkintavalta kuin mainittujen muiden maiden oikeuksissa.

Lapseksiottamista tarkoittavalle sopimukselle ei ole säädetty mitään muotomääräyksiä.¹⁶⁹ Se voidaan tehdä kirjallisesti ennen asian esilläoloa oikeudessa ja jättää sitten sopimuspuolten toimesta oikeuteen tai suullisesti vasta oikeudessa. Pääasia on, että molemmat sopimuspuolet ovat oikeudessa edustettuina. Usein lienee tulevien ottovanhempien henkilökohtainen läsnäolo tarpeen, koska oikeuden on muuten vaikea arvostella heidän sopivaisuuttaan puheenaolevaan tehtävään.¹⁷⁰ Erikoisesti pitänee tämä paikkansa juuri alaikäisen lapseksiottamisessa, jossa tulevien ottovanhempien sopivaisuus lapsen huoltajiksi on oikeuden harkittava. Toinen sopimuspuoli voinee sitävästoin olla edustettuna asiamiehen kautta.¹⁷¹

¹⁶⁹ Näin myös muiden Pohjoismaiden oikeuksissa. Vrt. edellä s. 93 ja erikoisesti alimuist. 126. Saksan oikeudessa on nimenomaan säädetty, että puheenaoleva sopimus on tehtävä oikeudessa tai notarin luona. Ks. BGB 1750 § 2 mom. *Kipp-Wolff* IV, s. 394 s.; *Endemann* II, 2, s. 694 s.; *Dernburg: Das bürgerliche Recht* IV, s. 341; *Staudinger* IV, 2, s. 1321.

¹⁷⁰ Kutsuessaan tulevia ottovanhempia hakijoiksi on lainsäätäjänkin ilmeisesti edellyttänyt heiltä aktiivisempaa toimintaa kuin lapsen vanhemmilta, joiden tehtävä rajoittuu lapseksiottamisessa vain suostumuksen antamiseen.

¹⁷¹ *Dernburg* ja *Planck* ovat sitä mieltä, että lapsen vanhempien ja tulevien ottovanhempien on henkilökohtaisesti tehtävä lapseksiottamista tarkoittava sopimus. Ks. *Dernburg: Das bürgerliche Recht* IV, s. 341; *Planck* IV, s. 495. Vrt. BGB 1750 § 1 mom. *Endemann* ja *Staudinger* katsovat sitävästoin, että asianomaiset voivat tehdä puheenaolevan sopimuksen valtuuttamiensa asiamiesten välityksellä, jos nämä asiamiehet toteuttavat asianomaisen omia tahdonilmaisuja. Ks. *Endemann* II, 2, s. 695; *Staudinger* IV, 2, s. 1320. Viimeksimainittua mielipidettä lienee pidettävä Suomen oikeuden mukaisena. Asianomaisen on itse ratkaistava, antavatko he lapsensa ottolapseksi ja ottavatko he ottolapsen, mutta tätä koskevan päätöksensä toteuttamisesta heidän ei tarvitse välttämättä henkilökohtaisesti huolehtia. Edelläsanoitusta johtune, että kysymyksessäolevassa asiassa asiamieheltä on aina vaadittava tarkasti yksilöity valtakirja. Toinen asia on se, että kuten jo on sanottu, tulevien ottovanhempien on usein oltava henkilökohtaisesti oikeudessa, jotta oikeus voisi arvostella heidän sopivaisuutensa puheenaolevaan tehtävään.

Lapseksiottamisen jälkeen yrittävät lapsen vanhemmat usein sekaantua sen ja ottovanhempien välisiin asioihin. Koska tulevilla ottovanhemmilla on syytä pelätä tällaista sekaantumista ja tietoisuus sen mahdollisuudesta voi viedä henkilöltä halun ottolapsen ottamiseen, on puheenaolevia suhteita perustettu, vaikkeivät vanhemmat olekaan tienneet, kenelle he antavat lapsensa ottolapseksi. Tämä tapahtuu tavallisesti siten, että vanhemmat valtuuttavat jonkun yhdistyksen tai yksityisen henkilön edustamaan itseään ottolapsisuhteen perustamisessa ilman, että valtuutuksessa on lainkaan mainittu tulevan ottovanhemman nimeä. Vanhemmat jättävät siis tällaisen yhdistyksen tai henkilön ratkaistavaksi, kenelle lapsi on annettava ottolapseksi. Kysymyksenalaista on kuitenkin, voidaanko mainitunlaista menettelyä pitää sallittuna. Valtuuttaessaan yhdistyksen tai henkilön määräämään lapsensa antamisesta ottolapseksi vanhemmat luovuttavat yksityisellä sopimuksella toiselle oikeudellisen määräämisvallan sellaisesta huoltoon kuuluvasta oikeudesta, joka ilmeisesti on tarkoitettu puhtaasti henkilökohtaiseksi oikeudeksi. Tässä ei ole kysymys valtuutuksesta sanan varsinaisessa merkityksessä, ei myöskään huoltoon kuuluvan oikeuden tosiasiallisesta käytämisestä. Vanhemmat luopuvat kokonaan oikeudellisesta määräämisvallastaan puheenaolevassa suhteessa. Koska lapsen huoltajan oikeutta sen antamiseen ottolapseksi on, kuten jo mainittiin, pidettävä puhtaasti henkilökohtaisena oikeutena,¹⁷² täytynee ns. adoptiota in cognito pitää meidän oikeudessamme kiellettyinä.¹⁷³ Huoltajan suostumus lapsen antamiseen ottolapseksi edellyttäneen siis aina tietoisuutta tulevien ottovanhempien nimestä samoin kuin muistakin heidän henkilöönsä ja ottolapsisuhteen perustamista koskevista seikoista. Luonnollista on, että

¹⁷² Ks. edellä s. 58 esitystä niistä huoltoon kuuluvista tehtävistä, jotka ovat tarkoitetut oikeudellisen huoltajan henkilökohtaisesti hoidettaviksi.

¹⁷³ Näin meillä *Hernberg*: Adoptionen, s. 31. Samoin Saksan oikeuden suhteen *Staudinger* ja *Endemann* sekä Ruotsin oikeuden osalta *Lind*. Ks. *Staudinger* IV, 2, s. 1318; *Endemann* II, 2, s. 695; *Erik Lind*: Tysk lagförslag om utomäktenskapliga barn och om adoption, SJ 1929, s. 279. Adoptiota in cognito ei ole myöskään hyväksytty Englannin oikeuskäytännössä. Ks. *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1932, s. 607 s. Sanotunlaista lapseksiottamista pitää sitävästoin *Opet-Blume* mahdollisena. Ks. *Opet-Blume* IV, s. 667. Niinikään huomauttaa *Borum* sen olevan yleistä Tanskan oikeuskäytännössä. Ks. *Borum*, s. 98 s. Tällainen lapseksiottaminen on myös tehty luvalliseksi Saksan uudessa ehdotuksessa avioliiton ulkopuolella syntyneitä lapsia ja ottolapsia koskevaksi laiksi. Ks. *Verhandlungen des Reichstags, IV Wahlperiode 1928/29*, Berlin 1929, N:o 733, s. 8 kohta 6 ja s. 46; *Theodor Kipp*: Der Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder und die Annahme an Kindes Statt, *Deutsche Juristen-Zeitung* 1929, sivupelstat 461—466.

lapsen parasta valvovan huoltajan suostumukseen vaikuttavat juuri oleellisesti tiedot näistä asioista. Huomattava on sitäpaitsi, ettei adoptiolla in cognito olisi meillä suurtakaan merkitystä, koska oikeuden pöytäkirjat ovat julkiset ja vanhemmat voisivat joka tapauksessa saada niistä selville ottovanhempien nimet.

Huomiota ansaitsee kysymys siitä, onko ottolapsisuhteen perustamista tarkoittavaan sopimukseen liitetyillä ottovanhemman huolto-oikeutta rajoittavilla ehdoilla oikeudellista merkitystä. Käytännössä lienee tällaiseen sopimukseen joskus otettu määräyksiä ottolapsen kasvatuksesta, uskonnosta ym. seikoista. Sanotunlaiset ehdot lienevät kuitenkin vailla oikeudellista merkitystä. Ottovanhemmalle lapseksiottamisen vaikutuksesta siirtyvää määräämisvaltaa lapsen henkilöä koskevissa asioissa ei voine yleensä sopimuksella rajoittaa.¹⁷⁴ Kun mainittu tehtävä on uskottu hänelle, hänen harkittavakseen on jätetty, miten kussakin yksityistapauksessa lapsen edun kannalta on paras menetellä. Jos määräämisvalta eräissä huoltoon kuuluvissa asioissa pidätettäisiin vanhemmille, voisi tästä aiheutua lapselle haitallisia vanhempien ja ottovanhempien välisiä riitoja. Oikeudessamme vallitsevaa periaatetta, ettei huolto-oikeus, aviopuolisolta lukuunottamatta, voi yleensä kuulua kahdelle henkilölle yhteisesti, lienee siis sovellettava puheenaolevaankin tapaukseen. Sanotuista ehdoista on vielä huomattava, ettei niiden toteuttaminenkaan olisi mahdollista. Ottovanhempia, jotka eivät ehtoja noudata, ei voine yksistään tällä perusteella erottaa ottolapsen huollosta, elleivät he samalla törkeästi käytä väärin puheenaolevaa oikeuttaan ja toimi ilmeisesti vastoin lapsen etua.¹⁷⁵ Ottolapsisuhdetta ei siis voi perustaa sellaisin ehdoin, että se purkautuu, jos sopimuspuolet eivät täytä sovittuja ehtoja eikä lapsen huolto-oikeutta voi myöskään siirtää ehdollisesti ottovanhemmille. Vaikka puheenaolevaan sopimukseen olisikin liitetty kysymyksessäolevia ehtoja, ovat ne oikeudellisesti merki-

¹⁷⁴ Toista mieltä lienee *Hernberg*, joka katsoo, että asianosaiset voivat sopia esim. siitä, millä kielellä lapsi on kasvatettava ja mitä sen on opiskeltava. Ks. *Hernberg*: Adoptionen, s. 18. Saksan oikeudessa on nimenomaan säädetty, ettei ottolapsisuhdetta voi perustaa ehdollisesti tai aikarajoituksin. BGB 1742 §. Ks. myös *Dernburg*: Das bürgerliche Recht IV, s. 342; RGRKomm. IV, s. 452; *Endemann* II, 2, s. 694; *Kipp-Wolff* IV, s. 395; *Staudinger* IV, 2, s. 1310; *Hecker* s. 79. Lapseksiottamisen varallisuus oikeudellisista vaikutuksista voivat asianosaiset sopia Sveitsin oikeudessa eräin edellytyksin ennen sanotun suhteen perustamista. Ks. ZGB 268 art. 3 mom.

¹⁷⁵ Vrt. OttolapsL 11 § 1 ja 2 mom. Sopimus ottolapsen uskonnosta lienee myös oikeuden vahvistettava. Ks. UskonnonvapL 6 § 4 mom.

tyksettömiä. Lapseksiottamisen oikeusseuraamuksia koskevat säännökset ovat yleensä ehdottomia. Niistä harvoista oikeusseuraamuksista, joista asianosaiset saavat oikeuden luvalla määrätä,¹⁷⁶ mainittakoon ottolapsen sukunimi.¹⁷⁷

Kuten aikaisemmin on mainittu, ei ottolapsisuhdetta perusta lapseksiottamista tarkoittava sopimus, vaan oikeuden päätös. Ennenkuin oikeus on päättänyt perustaa puheenaolevan suhteen, lienee mainitulla sopimuksella sängen pieni merkitys. Siitä saattanee kumpikin sopimuspuolista luopua, joten ottolapsisuhdetta ei voi sen nojalla pakkokeinoin perustaa.¹⁷⁸ Suostumus ottolapsisuhteen perustamiseen lienee peruutettavissa, kunnes oikeus on antanut asiasta päätöksensä. Kun asianosaiset ovat tehneet sopimuksensa oikeuden ulkopuolella, voivat he aina yksipuolisestikin ja ilman mitään perusteita luopua siitä ennen asian esilletuloa oikeudessa. Jos toinen sopimuspuoli jää oikeudesta pois, rauennee asia ilman muuta. Mutta oikeudessakin annetun suostumuksen sopimuspuoli voinee peruuttaa asian käsittelyn aikana, ennenkuin oikeuden päätös on annettu. Jos sopimuspuoli saa suostumuksen annettuaan tietoonsa hänen asiassa tekemäänsä ratkaisuun vaikuttavia seikkoja, olisi kohtuutonta vaatia häntä pysymään sopimuksessaan. Ketään ei voi pakottaa ottamaan eikä antamaan lasta ottolapseksi. Ottolapsisuhteen perustuessa tällaiseen pakkoon jäisi sen pääasiallinen tarkoitus, hyvän hoidon ja kasvatuksen aikaansaaminen sen tarpeessa olevalle lapselle, helposti toteutumatta. Mainittu sopimus ei siis sitone puheenaolevassa suhteessa sopimuspuolia. Sopimuksesta luopuminen velvoittanee kuitenkin luopujan negatiivisen sopimusintressin korvaamiseen.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Kun ottolapsisuhde perustuu oikeuden päätökseen eikä asianosaisten väliseen sopimukseen, lienee katsottava, että kaikki sitä koskevat luvallisetkin ehdot on oikeuden vahvistettava. Oikeuden on harkittava, onko sanotut ehdot huomioonottaen syytä kysymyksessä olevan suhteen perustamiseen. Sopimukseen otetuilla ehdoilla, joita oikeus ei ole nimenomaan vahvistanut, ei siis käsittääksemme ole oikeudellista merkitystä.

¹⁷⁷ Ottolapsi saa ottovanhemman sukunimen, ellei oikeus salli lapsen pitää omaa nimeään tai käyttää molempia nimiä yhdessä. Avioliitossa oleva henkilö, joka otetaan ottolapseksi, säilyttää kuitenkin entisen sukunimensä. OttolapsL 5 § 1 mom.

¹⁷⁸ Samoin *Hernberg*: Adoptionen, s. 18; *Wrede—Caselius*, s. 185. Saksan oikeudessa ovat sopimuspuolet nimenomaisen lainsäädännön perusteella sopimukseen sidotut. Yksipuolinen sopimuksesta luopuminen ei ole mahdollista. BGB 1754 § 1 mom. Ks. RGRKomm. IV, s. 458; *Dernburg*: Das bürgerliche Recht IV, s. 342; *Staudinger* IV, 2, s. 1326.

¹⁷⁹ *Hernberg*: Adoptionen, s. 18.

Ottolapsisuhteen perustamista tarkasteltaessa on vielä huomattava, että lapseksiottamista koskevassa asiassa on kuultava virallista syyttäjää, jolla on oikeus hakea muutosta tuomioistuimen asiassa antamaan päätökseen, mikäli siinä on suostuttu lapseksiottamiseen.¹⁸⁰ Sanottu säännös on annettu julkisen edun turvaamiseksi. Lapseksiottamisessa valvoo virallinen syyttäjä julkista etua, johon erityisesti sisältyy lapsen edun huomioonottaminen.¹⁸¹

Lapseksiottamista ja ottolapsisuhteen purkamista koskevissa asioissa on laillinen tuomioistuin sen paikkakunnan oikeus, jossa ottovanhemmat tai, jos puoliset aikovat ottaa tai ovat ottaneet jonkun lapsekseen, jomankumman heistä tulee vastata henkilöä koskevissa asioissa.¹⁸² Ottolapsisuhteen syntymistä ja purkamista koskevat asiat kuuluvat vapaaehtoiseen oikeudenhoitoon.¹⁸³ Hakijana sanotun suhteen syntymistä koskevassa asiassa on se, joka haluaa ottaa itselleen ottolapsen. Häneltä vaaditaan aktiivisempaa toimintaa kuin lapsen huoltajalta, jonka tulee vain tehdä lapseksiottamista tarkoittava sopimus. Hakijan on esitettävä asiassa tarpeellinen selvitys.¹⁸⁴ Erikoisesti on huomattava, että oikeus voi ennen asian ratkaisemista velvoittaa hakijan, joka saa vastiketta lapseksiottamisesta, ryhtymään toimenpiteisiin, jotka havaitaan tarpeellisiksi sen turvaamiseksi, että vastike käytetään lapsen hyväksi.¹⁸⁵

Edellä on ollut puhetta siitä, että toimenpide, jolla oikeus on erottanut lapsen huoltajan tehtävästään ja määrännyt sille toisen huoltajan, menee valituksesta huolimatta heti täytäntöön.¹⁸⁶ Kun huolto-oikeuden siirtäminen edestakaisin lapsen vanhemmilta ottovanhemmille saattaisi haitata lapsen hoitoa ja kasvatusta, on nimenomaan säädetty, että alioikeuden päätöstä, jolla ottolapsisuhte perustetaan, ei ole noudatettava, ennenkuin se on saanut lainvoiman.¹⁸⁷

¹⁸⁰ OttolapsL 15 § 1 mom.

¹⁸¹ Mikäli oikeus harkitsee tarpeelliseksi, se voi myös vaatia holhouslautakunnalta lausunnon asiassa. OttolapsL 14 § 1 mom.

¹⁸² OttolapsL 16 §.

¹⁸³ Ks. *Kaila*: Siviilioikeudellinen ennakkoturvaamismenettely, s. 97 ss.; *Hernberg*: Familjerätt, s. 107; *O. Hj. Granfelt*: Frivillig rättsvård, JFT 1919, s. 2 ss.; *Sama*: Civilprocessrätt, s. 13; *Wrede*: Civilprocessrätt I, s. 34 ss.; *Kallenberg*: Civilprocessrätt I, s. 25 ss.

¹⁸⁴ OttolapsL 14 § 1 mom.

¹⁸⁵ OttolapsL 14 § 2 mom.

¹⁸⁶ Ks. HL 75 § 2 mom. ja edellä s. 90 s.

¹⁸⁷ OttolapsL 17 §.

IV. USEAMPIEN HUOLTAJIEN KESKINÄINEN SUHDE.

Aikaisemmin on jo todettu, että lapsen huolto saattaa kuulua useammalle henkilölle yhteisesti. Aviolapsen vanhempien suhteen tämä on sääntönä, koska tällaisen lapsen molemmat vanhemmat ovat sen lakimääräisiä huoltajia.¹ Joskus voi lapsen huolto kuulua myös useammalle määräyksenvaraiselle tai lakimääräiselle ja määräyksenvaraiselle huoltajalle yhteisesti.² Sen lisäksi, mitä edellä on sanottu³ useampien huoltajien keskinäisestä suhteesta, tarkastelemme seuraavassa tätä suhdetta koskevia yleisiä periaatteita. Eräitä puolia tästä kysymyksestä tulemme vielä tarkastelemaan erikseen jäljempänä.⁴

Kuten jo on ollut puhetta, kuului roomalaisessa oikeudessa ratkaisulta lapsen henkilöä koskevissa asioissa perheenpäälle. Useissa Euroopan maissa on lapsen vanhemmista aviomiehellä yhä edelleen käytännöllisesti katsoen määräämisvalta näissä asioissa. Miehen ohella on tosin vaimolla oikeus osallistua mainittujen asioiden hoitoon, mutta kun miehellä on erimielisyyden sattuessa ratkaisulta, käsittää tämä sen, että hänen tahtoaan on aina noudatettava.⁵ Miehen ratkaisulta perheen asioissa on alkuaan ollut luonteenomaista myös Pohjoismaiden oikeuksille.⁶ Myöhäisempinä aikoina on naisen tunnustaminen tässä suhteessa tasa-arvoiseksi miehen kanssa saanut kuitenkin

¹ Ks. edellä s. 65 s.

² Ks. edellä s. 87 s.

³ Ks. erikoisesti s. 99 s.

⁴ Ks. s. 189 s. ja s. 194 ss.

⁵ Ks. BGB 1634 §; *Kipp—Wolff* IV, s. 324 s.; *Cosack* II, 2, s. 211; *Staudinger* IV, 2, s. 1016; *RGRKomm.* IV, s. 375 s.; *Opet—Blume* IV, s. 518 s.; ZGB 274 art. 1 ja 2 mom.; *Egger* II, 2, s. 63 s.; *Schulthess*, s. 3. Code civil'in 373 art:ssa sanotaan nimenomaan, että vanhempain valta kuuluu avioliiton aikana isälle. Käytännön perusteella on lapsen äitikin tullut osalliseksi tästä vallasta. Kuitenkin on ratkaisulta erimielisyyden sattuessa isällä. Ks. *Curti: Frankreichs Privat- und Handelsrecht* I, s. 64.

⁶ Ks. *Nordling*, s. 312.

jalansijaa erikoisesti juuri Ruotsin, Tanskan, Norjan ja Suomen oikeuksissa. Tässä suhteessa tehtiin Suomen oikeuteen AL:n antamisen yhteydessä käänteentekevä muutos. Poistamalla miehen edusmiehyys asetettiin puoliset keskenään yhdenvertaisiksi ja HL:n 23 §:n 1 momentin säännöstä muutettiin siten, että vaimo tuli miehen kanssa yhdenvertaiseksi myös lapsen holhouksen suhteen.⁷ Täten poistettiin oikeudestamme se ratkaisuvälä, mikä miehellä puolisoitten ollessa eri mieltä oli ollut lasten huoltoakin koskevissa asioissa.⁸

Voimassaolevan oikeutemme mukaan kuuluu siis avioliiton lapsen vanhemmille yhteisesti ja puoliset ovat tässä suhteessa yhdenvertaiset. Erimielisyyden sattuessa ei kumpaisellakaan ole ehdotonta ratkaisuvälä.⁹ Kumpaisenkin puolison huolto-oikeus on täysin itsenäinen ja säännönmukaisesti myös asiallisesti yhtä laaja. Tässä suhteessa on kuitenkin poikkeuksena isän oikeus edustaa lasta sen huoltoon koskevissa asioissa tuomioistuimessa ja muiden viranomaisten luona.¹⁰

Puolisoiden yhdenvertaisuus käsittää lähinnä sen, että heille lapsensa huoltajina kuuluvat tehtävät edellyttävät yleensä kumpaisenkin myötävaikutusta. Myös näissä asioissa heidän tulee toinen toistaan tukien yksissä neuvoin toimia perheen hyväksi.¹¹ Tätä ei ole kuitenkaan ymmärrettävä siten, että jokainen vähäpätöinenkin toimenpide edellyttäisi molempien puolisoitten osallistumista sitä tarkoittavaan päätökseen taikka yhteistä neuvottelua, ennenkuin toinen puoliso ryhtyy tällaiseen toimenpiteeseen. Useat lasta koskevat asiat joutuvat pakostakin toisen puolison yksin ratkaistaviksi esim. jo siitä syystä, ettei kodin ulkopuolella ansiotyössä oleva puoliso voi aina osallistua niiden ratkaisuun. Jokapäiväiset lapsen kasvatukseen kuuluvat tehtävät saa toinen puoliso siis yleensä hoitaa, ilman että hänen tarvitsee neuvotella niistä erikseen toisen kanssa.¹² Jos sitävastoin on kysymys asiasta,

⁷ Ks. kuitenkin miehen oikeudesta hoitaa lapsen omaisuutta. HL 37 §.

⁸ Ks. AL 30 ja 31 §. L. eräistä muutoksista holhouslakiin elokuun 19 päivältä 1898, annettu 13/6 1929; *Huttunen*, s. 78 s. ja s. 303 s.; *Grönvall*, s. 34 s.

⁹ Näin myös nykyään Ruotsin, Tanskan ja Norjan oikeuksissa. Ks. *Lag om barn i äktenskap* 6 §; *Lb. GB. IV*, s. 435 ss.; *Undén*, s. 44 s.; *Stjernstedt*, s. 367 ja s. 380 ss.; *Westring*, s. 386 s.; *Arnholt*, s. 47 s. Vrt. kuitenkin Norjan oikeuden osalta *Taranger*, s. 202. Ks. Tanskassa *Lov om Umyndighed og Vaergemaal* 21 §; *Faurholt*, s. 18; *Borum*, s. 56 s.

¹⁰ Ks. tästä jäljempänä s. 224.

¹¹ AL 30 §; *Grönvall*, s. 34 ss.; *Huttunen*, s. 79.

¹² Ks. *Lb. GB. IV*, s. 436 s.; *Westring*, s. 386; *Undén*, s. 44; *Borum*, s. 56; *Faurholt*, s. 18; *Arnholt*, s. 48.

jolla on suurempi periaatteellinen merkitys, toinen puoliso ei saa ratkaista sitä yksinään. Tällaisia asioita ovat esim. lapsen antaminen ottopapseksi,¹³ määrääminen siitä, mihin kouluun se pannaan, työsopimuksen tekeminen sen puolesta jne. Mitä edellä on sanottu puolisoitten keskinäisestä suhteesta, pitänee myös paikkansa lapsen huollon kuullaessa useammalle määräyksenvaraiselle huoltajalle tai lakimääräiselle ja määräyksenvaraiselle huoltajalle yhteisesti.

Ruotsin ja Tanskan oikeuksissa on nimenomaan säädetty, että toisen puolison ollessa sairauden tai muun syyn takia estettynä osallistumasta lasta koskevaan päätökseen asiassa, joka ei siedä viivytystä, toinen puoliso saa yksinään ratkaista tällaisen asian.¹⁴ Vastaavaa yleistä säännöstä ei ole meidän oikeudessamme. Luvan antamisesta lapsen avioliittoon on kuitenkin säädetty, että jos toiselta lapsen vanhemmista ei voida ilman melkoista ajanhukkaa hankkia lausumaa tästä asiasta, on toisen suostumus riittävä.¹⁵ Näin ollen herää kysymys, onko mainittua oikeutemme säännöstä sovellettava ex analogia muissakin tapauksissa, joissa toiselta lapsen huoltajalta ei voida ilman melkoista ajanhukkaa saada lausumaa tärkeästä lasta koskevasta asiasta, jonka ratkaiseminen ei siedä viivytystä. Omasta puolestamme vastaamme kysymykseen kieltävästi sellaisten asioiden suhteen, jotka vaikuttavat lapsen statukseen. Toisessa asemassa ovat sitävästoin muut huoltoon kuuluvat tehtävät. Ellei viimeksimainittujen asioiden ratkaiseminen ilman jokaisen huoltajan lausumaa olisi puheenaolevissa tapauksissa mahdollista, se saattaisi vaarantaa lapsen etua. Jos esim. lapsen isä on merillä tai muuten pitkällä matkalla, sattuu usein, että äidin on pakko päättää yksin tärkeitäkin lasta koskevia asioita. Puheenaolevaa huoltajan oikeutta määrätä yksin tärkeästä lasta koskevasta asiasta lienee kuitenkin käytettävä varovaisesti. Sen käyttäminen edellyttäneekin aina, ettei toisen huoltajan lausumaa ehditä hankkia kohtuullisessa ajassa ja kohtuullisin kustannuksin lapsen todellista etua vaarantamatta. Huoltaja, joka sanottujen edellytysten puuttuessa on päättänyt tärkeän huoltoon kuuluvan asian, on ilmeisesti väärinkäyttänyt huolto-oikeuttaan.¹⁶

Sen tapauksen varalta, etteivät puoliset pääse yksimielisyyteen keskenäisissä henkilökohtaisissa asioissaan, ei laissa ole säädetty keinoja

¹³ Vrt. edellä s. 99 s.

¹⁴ Lag om barn i äktenskap 7 §; Lov om Umyndighed og Vaergemaal 22 § 1 mom.

¹⁵ AL 3 §.

¹⁶ Westring, s. 387.

riitakysymyksen ratkaisemiseksi. Heidän täytyy koettaa päästä yksimielisiksi tekemällä kumpikin myönnytyksiä tai antaa kysymyksessä olevan toimenpiteen raueta. Puoliso, jolla on käytettävänään siihen tarvittavat varat, saattanee kuitenkin joskus toteuttaa tahtonsa vastoin toisen toivomusta.¹⁷ Aviopuolisoiden keskenäisistä henkilökohtaisista asioista eroavat useat lapsen huoltoon kuuluvat tehtävät siinä, ettei viimeksimainittuja voi lapsen etua vaarantamatta jättää sen varaan, että puoliset tai muut huoltajat tulevat niistä yksimielisiksi. Holhousta koskevista asioista on viranomaisten välitys tehty senvuoksi mahdolliseksi. HL:n 37 §:n 3 momentissa säädetään tästä, että jos holhoojat ovat eri mieltä, ratkaisee holhouslautakunta heidän välinsä, kun lapsen etu vaatii, ettei asiaa ole jätettävä sikseen.¹⁸ Säännöksestä selviää, ettei holhouslautakunta ole velvollinen tutkimaan ja ratkaisemaan kaikenlaisia vähäpätöisiä asioita, joista lapsen huoltajat ovat eri mieltä. Lautakunnalla on valta harkita, onko asia, jota erimielisyys koskee, lapsen edun kannalta niin tärkeä, ettei sitä voida jättää sikseen.¹⁹ Lain sanamuodosta päätäten on holhouslautakunnan ratkaistava, kenen huoltajan mielipidettä kysymyksessäolevassa tapauksessa on noudatettava. Se ei siis saa omaksua asian ratkaisussa kokonaan uutta kantaa, vaan sen on yhdyttävä jonkun huoltajan esittämään mielipiteeseen.²⁰

Sanotusta selviää, että huoltajien tasavertaisuutta lapsen huollossa on koitettu toteuttaa oikeudessaamme mahdollisimman täydellisesti. Tästä huolimatta täytynee myöntää, että kysymyksen ollessa aviopuolisista on ratkaisuvalla huoltoa koskevista asioista käytännössä usein sillä puolisoilla, jolla on paremmat taloudelliset edellytykset tahtonsa toteuttamiseen, siis säännönmukaisesti miehellä.²¹ Puolison loukatessa toisen puolison oikeutta puheenaolevassa suhteessa ei viimeksimainitun ole yleensä helppoa turvautua holhouslautakunnan välitykseen. Kun puoliso tosissaan vetoaa sanottuun lautakuntaan, avioliitto on useimmiten jo suistunut raiteiltaan, ja puolisoitten keski-

¹⁷ Ks. Huttunen, s. 80 s.; Grönvall, s. 34 ss.

¹⁸ Ruotsin, Tanskan ja Norjan oikeuksissa ei ole sitävastoin säännöstä sen varalta, etteivät vanhemmat pääse yksimielisyyteen lasta koskevista kysymyksistä. Ks. Undén, s. 44; Westring, s. 386; Stjernstedt, s. 381; Borum, s. 57; Arnholm, s. 48; Vrt. Lb. GB. IV, s. 437.

¹⁹ Holhouslautakunnan päätöksestä saa valittaa oikeuteen. HL 46 §.

²⁰ Lvk ehdotukset holhouslaiksi ynnä perustelut, s. 51; Grotenfelt: Förmyn-derskapslagen, s. 78.

²¹ Ks. Ekeberg: SJ 1918, s. 253; Stjernstedt, s. 381.

näinen eripuraisuus on tuskin enää autettavissa sillä, että holhouslautakunta jommankumman vaatimuksesta lausuu käsityksensä siitä, kumpi heistä on ollut oikeassa. Sitäpaitsi ei holhouslautakunnan päätöksen täytäntöönpano liene kaikissa tällaisissa asioissa mahdollista.²² Huolimatta oikeutemme puolisoiden yhdenvertaisuutta turvaavista säännöksistä lienee siis käytännössä vaikea estää puolisoa loukkaamasta toisen puolison oikeutta puheenaolevassa suhteessa.

Useampien huoltajien keskinäistä toimivaltaa kolmannen kannalta tarkasteltaessa lienee sanottava, että kolmas voi olettaa huoltajalla olevan oikeuden määrätä lasta koskevista asioista ilman kanssahuoltajan nimenomaista valtuutusta asiassa, jolla ei lapsen kannalta ole laajakantoisempaa merkitystä, ellei hänellä ole syytä luulla huoltajien olevan siitä eri mieltä. Kysymyksen ollessa jostain tärkeämmästä lasta koskevasta toimenpiteestä on kolmannen sitävastoin aina vaadittava siihen lapsen kaikkien huoltajien suostumus.²³

Siitä, mitä edellä on sanottu huolto-oikeuden luovuttamattomuudesta, selviää, etteivät puoliset voi avioliiton aikana järjestää huolto-oikeutta keskinäisellä sopimuksella siten, että se kuuluisi yksinomaan toiselle heistä tai että siihen kuuluvat tehtävät olisivat jaetut heidän kesken. Huolto-oikeuden sanotunlainen järjestely ei liene myöskään yleensä mahdollista oikeuden päätöksellä. Lain tarkoitus ei ole, että puoliso, joka elää yhdessä toisen kanssa, saisi vetäytyä täyttämästä hänelle lapsen huoltajana kuuluvia velvollisuuksia.²⁴ Nimenomaisen säännöksen perusteella saattaa oikeus uskoa ainoastaan lapsen edustamisen oikeudessa ja muiden viranomaisten luona, joka suorastaan lain nojalla kuuluu isälle, lapsen äidille, jos hänet katsotaan siihen soveliaammaksi. Eri asia on tietysti, että lapsen huolto voidaan puolison väärinkäytöksen perusteella uskoa sinäkin aikana, jona he asuvat yhdessä, kokonaan toiselle puolisolle. Tosiasiallisesti saattaa lapsen huolto myös muodostua sellaiseksi, että kumpikin puoliso hoitaa osan siihen kuuluvista tehtävistä, mutta oikeudellisesti ei tällaisella tosiasiallisella jaolla ole yleensä merkitystä.²⁵ Kumpainenkin puoliso on säännönmukaisesti

²² Ekeberg: SJ 1918, s. 252.

²³ Ks. Undén, s. 45; Borum, s. 56; Stjernstedt, s. 381.

²⁴ Ks. Gadolin, s. 102; Stjernstedt, s. 387; Staudinger IV, 2, s. 1019; Knitschky, s. 246. Vrt. Schulthess, s. 66.

²⁵ Poikkeustapauksissa saattaa tosiasiallisella jaolla kuitenkin olla merkitystä. Tässä suhteessa on erikoisesti mainittava huoltajan vastuu lapsen aiheuttamasta vahingosta. Ks. jäljempänä s. 189 s.

lapsen edustusta lukuunottamatta sekä oikeutettu että velvollinen osallistumaan sen huoltoon kokonaisuudessaan.

Huolto-oikeuden oikeudellisesta luonteesta johtuu, että useammat määräyksenvaraisetkin huoltajat voivat sopimuksella jakaa huoltoon kuuluvat tehtävät vain tosiasiallisesti keskenään. Tällaisella jaolla ei ole yleensä oikeudellista merkitystä.²⁶ Yhtä selvää ei sitävastoin ole, voiko oikeus jakaa mainitut tehtävät heidän kesken. Tällaisen jaon mahdollisuuteen viittaa kieltämättä HL:n 37 §:n säännös siitä, että jos useiden ollessa holhoojina on syytä jakaa holhoustoimi holhoojien kesken, määrätköön siitä oikeus asianhaaran mukaan. Sanottu säännös tarkoittanee kuitenkin etupäässä holhokin omaisuuden hoidon ja huollon jakamista eri henkilöille tai omaisuuden hoidon jakamista eri holhoojien kesken siten, että kukin saa hoidettavakseen osan holhokin omaisuudesta. Luonnollista on myös, että lapsen edustus oikeudessa ja muiden viranomaisten luona voidaan uskoa vain jonkun holhoojan tehtäväksi. Lapsen henkilöä koskevien asioiden hoidon jakaminen muussa suhteessa tuntuu sitävastoin arveluttavalta. Useimmat huoltoon kuuluvat tehtävät ovat niin riippuvaisia toisistaan, että niiden jakaminen oikeudellisesti pätevin vaikutuksin eri henkilöiden hoidettaviksi ei liene lapsen kannalta suotavaa.

²⁶ Ks. kuitenkin edellistä alimuist.

V. HUOLTO-OIKEUDEN SISÄLTÖ.

1. HUOLTO-OIKEUDEN SISÄLLÖSTÄ YLEENSÄ.

Edellä esittämämme määritelmän mukaan¹ sisältää lapsen huolto kaikki ne tehtävät, oikeudet ja velvollisuudet, jotka johtuvat lapsen henkilöä koskevien asioiden hoidosta, mikäli lapsella ei ole itse oikeutta näiden asioiden hoitamiseen. Säännökset niistä lukuisista erilaatuisista tehtävistä, oikeuksista ja velvollisuuksista, jotka huolto-oikeus käsittää, ovat lainsäädännössämme kovin hajallaan. HL:n IV luku, joka käsittelee holhoustoimen hoitamista, sisältää tosin tärkeitä määräyksiä myös huoltajan tehtävistä, mutta holhokin omaisuuden hoitoa koskeviin säännöksiin verrattuina ensiksi mainitut säännökset ovat niukat. Kehitys on johtanut siihen, että lapsen huoltoa koskevat lainsäädännökset ovat enimmäkseen syntyneet erikoislainsäädännön puitteissa. Lähteinä huolto-oikeuden sisältöä määrättäessä ovat mainittujen HL:n IV luvun säännösten ohella senvuoksi useat yksityiset lainsäädännökset eri kohdissa oikeuttamme. Niinpä on tärkeitä lapsen huollon sisältöä koskevia säännöksiä esim. OppivelvL:ssa,² UskonnonvapL:ssa³ ja AL:ssa.⁴ Keskeinen merkitys huolto-oikeuden sisältöä tulkittaessa on myös uuden LSL:mme määräyksillä siitä, missä tapauksissa huoltolautakunta voi puuttua lapsen huoltoon.⁵ Huoltajan oikeuksista ja velvollisuuksista on lisäksi määräyksiä esim. RL:n 21 luvun 12 §:n 2 momentissa, jossa on säädetty rajoituksia hänen oikeudellensa lapsen kurittamiseen, RL:n 3 luvun 1 §:ssä ja 9 luvun 5 §:ssä, TyösopimL:n 9 §:ssä, OttolapsL:n 2 §:ssä ynnä useissa muissa lainpaikoissa. Kaikki nämä säännökset on otettava huomioon huolto-oikeuden sisältöä määrättäessä, mutta huomattava on, ettei sanotun oikeuden sisältöä

¹ Ks. edellä s. 13.

² OppivelvL 1—5, 15—16 ja 18 §.

³ UskonnonvapL 5—8 §.

⁴ Ks. AL 3 §. Vrt. AL 6 § 2 mom.

⁵ LSL 8 §.

kuitenkaan voida niiden pohjalta tyhjentävästi määrätä. Sitä koskeva lainsäädäntö on nimittäin puutteellinen. Se käsittää vain säännöksiä eräistä tärkeimmistä huoltajan oikeuksista ja velvollisuuksista. Huolto-oikeuden sisältöä määrättäessä on senvuoksi, kuten jo aikaisemmin on mainittu, myös yleisellä tavalla tärkeä merkitys.⁶

° Huoltajan tehtävät ryhmitellään usein erikoisiksi oikeuksiksi ja velvollisuuksiksi. Niinpä puhutaan esim. lapsen kasvattamisvelvollisuudesta, kuritusoikeudesta, oikeudesta määrätä lapsen olinpaikka ja lapsen valvomisvelvollisuudesta.⁷ Mainittujen tehtävien jakaminen erikoisiin oikeuksiin ja velvollisuuksiin on kuitenkin harhaanjohtavaa. Onko tässä kysymys huoltajan oikeudesta vai velvollisuudesta, riippuu nimittäin vain siitä, miltä kannalta asiaa katsotaan. Lapsen kasvattaminen on huoltajan oikeus siinä mielessä, ettei kenelläkään muulla ole yleensä valtaa siihen puuttua. Toiselta puolen se on myös tärkeä velvollisuus, jonka laiminlyöminen voi koitua huoltajalle kohtalokkaaksi. Niinikään voidaan puhua kuritusoikeudesta, jonka nojalla huoltaja saa ryhtyä tekoon, joka muiden henkilöiden tekemänä olisi rangaistava. Toiselta puolen on kuitenkin muistettava, että lapsen kurittaminenkin on samalla huoltajan velvollisuus. Ellei kurittaminen tapahdu kasvatustarkoituksessa, se menettää oikeutuksensa ja muuttuu pahoinpitelyksi.⁸ Lapsen huollossa on siis pääpaino pantava yleensä huoltajan velvollisuudelle.⁹ Edellä on jo ollut puhetta siitä, että huoltajan oikeus on useimmiten olemassa vain hänen velvollisuutensa täyttämiseksi.¹⁰ Puheenaoleva huolto on järjestetty lähinnä lapsen eikä huoltajan etujen toteuttamiseksi.

Lapsen huolto on myös jaettu oikeudellisiin ja tosiasiallisiin tehtäviin riippuen siitä, sisältyykö niihin lapsen edustusta vai ei.¹¹ Sanottuun

⁶ Ks. edellä s. 43. Norjan oikeuden vanhempain vallan lähteistä sanoo *Arnholm* sattuvasti seuraavaa: »Nogen samlet lovgivning om foreldremakten har man ikke. Både når der spørres om dens innhold og når der spørres om dens varighet er man henvist til enkeltbestemmelser og til forutsetninger.»

⁷ Ks. esim. *Gehring*, s. 24 ss.; *Schulthess*, s. 4 ss.; *Eck*, s. 39 ss.; *Taranger*, s. 195 ss.

⁸ Ks. jäljempänä s. 208.

⁹ Vrt. edellä s. 27 s.

¹⁰ Ks. edellä s. 28.

¹¹ Tässä suhteessa on erikoisesti mainittava *Planck*, joka esittää tarkan luettelon tosiasialliseen ja oikeudelliseen huoltoon kuuluvista tehtävistä. Ks. *Planck* IV, s. 383 s. *Staudinger* ja *Gehring* pitävät sitävastoin kysymyksenalaisena, voidaanko huoltajan tosiasialliset ja oikeudelliset tehtävät erottaa tarkasti toisistaan. Ks. *Staudinger* IV, 2, s. 996 s.; *Gehring*, s. 33.

jakoon on kiinnitetty erikoisesti huomiota niissä maissa, joissa, kuten esim. Saksassa, mainituista oikeudellisista tehtävistä huolehtiminen alaikäisen tyttären naimisiinmenon jälkeenkin jää edelleen hänen isälleen.¹² Naimisiin mennyt tytär tulee siis täysi-ikäiseksi vain huoltoon kuuluvien tosiasiallisten tehtävien suhteen. Niiden henkilöä koskevien asioiden hoito, joihin sisältyy tyttären edustus, jää edelleen isälle, ei sitävastoin esim. tyttären kasvattaminen, kurittaminen jne.

Jos mies tai nainen menee naimisiin, ennenkuin on saavuttanut yhdenkolmatta vuoden iän, lakkaa meillä häneen nähden huolto-oikeus kokonaisuudessaan.¹³ Oikeudellisten ja tosiasiallisten tehtävien välisellä erolla ei siis oikeudessamme ole mainituissa suhteissa merkitystä. Huolto-oikeuden lakkaamista tarkasteltaessa lienee kuitenkin syytä kiinnittää huomiota kysymyksessäolevaan jakoon. Useimmat tosiasialliset tehtävät lakkaavat nimittäin jo itsestään, ennenkuin lapsi tulee täysi-ikäiseksi. Mainitut oikeudelliset tehtävät kestävät sitävastoin yleensä siksi, kunnes lapsi on täyttänyt 21 vuotta. Sitä ennen ei se voi määrätä henkilöä koskevista asioistaan.

Huoltajan toiminnassa muodostavat pääasiallisen osan tosiasialliset tehtävät. Lapsen kasvatus, hoito, valvominen ym. huoltoon kuuluvat tehtävät eivät useimmiten edellytä sen henkilöön kohdistuvaa edustusta. Jokapäiväisessä elämässä huolto-oikeus ilmenee oikeutena ja velvollisuutena määrätä ja päättää lukemattomista mitä erilaatuisimmista lapsen henkilöä koskevista asioista. Tehtävät, joihin samalla sisältyy edustus lapsen henkilöä koskevissa asioissa, ovat edellisiin verrattuina paljon harvinaisempia.

Huoltajan määräämisvaltaan nähden huollon sisällöstä on yleensä sääntönä vapaa harkintaoikeus.¹⁴ Miten huoltajan on kussakin tapauksessa meneteltävä, ei voida yleisellä säännöllä määrätä. Kaikkia lapsia ei voi hoitaa ja kasvattaa samojen periaatteiden mukaan. Tehtävän laatu, lasten erilaiset luonteet ja taipumukset ym. seikat vaativat, että asia on ratkaistava kutakin tapausta varten erikseen. Tässä suhteessa voidaan sanoa, että lapsen huolto on luottamustehtävä. Kun tämä tehtävä on uskottu määrätylle henkilölle, on oletettu, että hän pystyy ja myös tahtoo täyttää sen parhaalla mahdollisella tavalla. Arvosteltaessa,

¹² Ks. BGB 1633 §. *Staudinger* IV, 2, s. 1013; *Planck* IV, s. 390.

¹³ HL 18 §.

¹⁴ Niistä tapauksista, joissa sääntö ei pidä paikkaansa, mainittakoon esim. oppivelvollisuus.

miten hän sen täyttää, on ensi sijassa kiinnitettävä huomiota hänen toimenpiteidensä tarkoituksenmukaisuuteen. Näiden toimenpiteiden tarkoituksenmukaisuus taas riippuu siitä, ovatko ne lapsen edun mukaisia vai eivät. Johtavana periaatteena huoltajan vapaassa harkintavallassa tulee siis aina olla lapsen edun tavoitteleva.

Koska huolto käsittää oikeuden ja velvollisuuden toimia lapsen hyväksi kaikissa sen henkilöä koskevissa asioissa, ei kaikkien huoltoon kuuluvien tehtävien tyhjentävä luetteleva ole mahdollista.¹⁵ Poikkeustapauksessa saattaa huoltaja olla oikeutettu väliaikaisesti puuttumaan muihinkin kuin lapsen henkilöä koskeviin asioihin.¹⁶ Huolto-oikeuden sisällön selvittämiseksi selostamme seuraavassa eräitä tärkeimpiä huoltajan oikeuksia ja velvollisuuksia.

2. LAPSEN KASVATTAMINEN.

A. Lapsen kasvattamisesta yleensä.

Tärkeimmän osan huoltajan tehtävästä muodostanee lapsen kasvattaminen, joka sisältää hänen vaikeimman ja laajimman velvollisuutensa. Kuten edellä on jo todettu, lainsäädännössämme puhutaan usein lapsen kasvattamisesta sen huollon asemesta.¹⁷ Seuraavassa puhumme lapsen kasvattamisesta suppeammassa mielessä erikoisena huolto-oikeuden osana ja tarkoitamme sillä huoltajan oikeutta ja velvollisuutta huolehtia lapsen ruumiillisesta, henkisestä ja siveellisestä kehityksestä huomioonottaen sen kyvyn, taipumukset ja olosuhteet, joissa se elää, valmistaa sitä määrättyyn elämäntehtävään ja ohjata tässä tarkoituksessa kaikkea sen toimintaa.¹⁸

¹⁵ Ks. *Knitschky*, s. 164; *Endemann* II, 2, s. 582.

¹⁶ Jos esim. lapsen huolto ja omaisuuden hoito kuuluvat eri henkilöille ja huoltajan luona asuva lapsi käyttää omalla työllään ansaitsemaansa rahaa ilmeiseksi vahingokseen, täytyy huoltajaa pitää oikeutettuna ottamaan rahat pois lapselta siksi, kunnes omaisuuden hoitaja voi puuttua asiaan. Ks. myös jäljempänä s. 126 ss. lapsen huoltajan suhdetta sen omaisuuden hoitajaan erikoisesti silmälläpitäen lapsen kasvatuksesta aiheutuvien menojen suorittamista.

¹⁷ Ks. edellä ss. 10 ja 14.

¹⁸ Näin *Staudinger* IV, 2, s. 1000; *Planck* IV, s. 388; *Gehring*, s. 27; *Eck*, s. 42 s.; *Endemann* II, 2, s. 582 s. Toisin *Kipp-Wolff*, joka ei lue kasvatukseen lapsen ruumiinhoitoa. *Kipp-Wolff* IV, s. 318. Viimeksimainitulla kannalla lienee myös meillä *Gadolin*. Tätä osoittanee ainakin hänen seuraava lauseensa: »Huoltajan päätäh-

Useimmat huoltajalle lapsen kasvattajana kuuluvat oikeudet ja velvollisuudet ovat itsestään selviä. Mitä edellä on sanottu siitä, ettei yksityiskohtaisten säännösten antaminen huolto-oikeuden sisällöstä ole mahdollista,¹⁹ pitää varsinkin paikkansa lapsen kasvatuksen suhteen. Tämä johtuu jo siitä, että lapsen kasvatuksessa on sen henkilökohtaisilla ominaisuuksilla ja varallisuusasemalla tärkeä sija. Ainoa oikeutemme säännös lapsen kasvatuksen yleisistä periaatteista on HL:n 33 §:n 2 momentissa, jossa sanotaan, että lapsi on kasvatettava jumalanpelkoon, hyviin avuihin ja siveyteen, niin myös taivutettava sellaisiin harjoituksiin ja toimiin, kuin sen sääty, tila ja taipumukset vaativat.

Lapsen kasvatukseen on sen elintasolla keskeinen vaikutus. Lapsen elintaso riippuu sekä sen omasta että sen vanhempien varallisuusasemasta. Vaikkakaan siitä ei ole nimenomaista säännöstä, lienee katsottava, että jos lapsella on omia varoja, vanhemmilla on oikeus käyttää niitä ensisijaisesti lapsen elatukseen ja kasvatukseen. Vasta jos lapsen omat varat osoittautuvat riittämättömiksi, vanhemmat lienevät velvolliset luovuttamaan mainittuun tarkoitukseen omia varojaan. Käsityksemme mukaan edellyttää siis kysymyksessäoleva elatusvelvollisuus aina elatusavun tarvetta.²⁰ Elatusavun tarve on kuitenkin olemassa heti, kun

tävät ovat huolehtiminen holhokin fyysillisestä hoidosta ja ylläpidosta sekä hänen kasvatuksensa ja kehittämisensä hoitaminen.» *Gadolin* puhuu siis rinnatusten holhokin fyysillisestä hoidosta ja hänen kasvatuksestaan. Ks. *Gadolin*, s. 74. Kun käsittelemme jäljempänä lapsen pakottamista ja valvomista sen kasvattamisesta erillään, emme tahdo suinkaan väittää, ettei myös näitä tehtäviä voisi lukea lapsen kasvattamiseen mainitsemassamme mielessä.

¹⁹ Ks. edellä s. 41 s.

²⁰ Näin Ruotsin aikaisemman oikeuden kannalta *Winroth*: Sv. C. III, s. 81. Tällä kannalla on Ruotsin voimassaolevakin oikeus. Ks. *Lag om barn i äktenskap* 13 § 2 mom.; *Lb. GB. IV*, s. 444; *Undén*, s. 75; *Westring*, s. 393 s.; *Stjernstedt*, s. 398. Niinikään on Saksan oikeudessa sääntönä, että vanhemmat ovat velvolliset elättämään alaikäistä naimatonta lastaan vain, ellei se siihen itse pysty. Lapsi on kuitenkin säännönmukaisesti oikeutettu saamaan elatusapua vanhemmiltaan, jos sen yksityisestä omaisuudesta ja työstänsä saama tulo ei riitä sen elatukseen. Jos vanhemmilla on taloudellisia vaikeuksia, voidaan poikkeustapauksessa myös lapsen pääomaa käyttää sen elatukseen. Ks. *BGB 1602 ja 1603 §*; *Dernburg*: Das bürgerliche Recht IV, s. 250 ss.; *Endemann II*, 2, s. 548 ss.; *Kipp—Wolff IV*, s. 428 ss.; *Staudinger IV*, 2, s. 903 ss.; *Cosack II*, 2, s. 222 ss. Meidän oikeutemme omaksu-
mastamme ja Ruotsin oikeudessa voimassaolevasta kannasta eroaa siis Saksan oikeus siinä, etteivät vanhemmat saa yleensä käyttää lapsen pääomaa sen elatuksesta ja kasvatuksesta aiheutuviin menoihin. Pääpiirteittäin samalla kannalla kuin Saksan oikeus lienevät myös Norjan ja Tanskan oikeudet. Ks. *Lov om foreldre og ektebarn* 1 § 1 mom.; *Lov om Umyndighed og Vaergemaal* 20 §; *Arnholm*, s. 43; *Taranger*,

lapsen tulot ja pääoma eivät riitä sellaiseen kasvatukseen, jonka lapsi on oikeutettu saamaan.²¹ Kun lapsen elatukseen ja kasvatukseen käytetään vain sen omia varoja, on yleensä pyrittävä tulemaan toimeen lapsen omaisuuden tuotolla ja sen mahdollisilla muilla tuloilla. Tämä koskee erikoisesti lapsen elatusta, vaatteita ym. jokapäiväisiä tarpeita. Lapsen kehittäminen henkisesti ja kouluttaminen elämäntehtävänsä on sitävastoin siinä suhteessa poikkeusasemassa, että siihen voitaneen käyttää myös pääomaa, mikäli kasvatus tapahtuu lapsen yhteiskunnallisen aseman mukaisesti.²²

Vanhempien velvollisuus lapsensa elättämiseen ei sisälly lapsen huoltoon. Sekin vanhemmista, joka on huollosta erotettu, on elatusvelvollinen.²³ Koska vanhemmat, kuten jo on sanottu, ovat velvolliset käyttämään lapsen elatukseen omia varojaan, ellei lapsella ole varoja tai jos sen omat varat osoittautuvat riittämättömiksi, on heidän puheenaolevalla elatusvelvollisuudellaan kuitenkin tärkeä merkitys lapsen huollossa.

Elatusvelvollisuus on joko julkis- tai yksityisoikeudellista.²⁴ Ensiksi-

s. 205; *Faurholt*, s. 17 s. Vrt. *Bentzon*: *Familieret* 1916, s. 285 ss. Sveitsin oikeudessa on sitävastoin sääntönä, että vanhemmat ovat velvolliset suorittamaan lapsensa elatuksesta ja kasvatuksesta aiheutuvat kustannukset riippumatta siitä, onko lapsella yksityistä omaisuutta vai ei. Vain jos he ovat itse taloudellisessa ahdin-gossa, puheenaolevat kustannukset tulevat erikoisen suuriksi tai muiden tavallisuudesta poikkeavien olosuhteiden vallitessa holhousviranomaiset voivat sallia, että myös lapsen omaisuutta käytetään sanottujen kustannusten suorittamiseen. Ks. ZGB 272 art.; *Egger II*, 2, s. 52 s.; *Schulthess*, s. 6. Esilläoleva kysymys on ollut keskustelunalaisena lainopillisessa yhdistyksessä v. 1906. Keskusosaston enemmistö oli tällöin sitä mieltä, että vanhemmat saavat käyttää lapsensa elatukseen ja kasvatukseen säännönmukaisesti vain lapsen tuloja. Lapsen pääoman käyttäminen on sallittua vain siinä poikkeustapauksessa, että puheenaolevien kustannusten suorittaminen on vanhemmille heidän omien taloudellisten vaikeuksiensa takia mahdoll-tonta tai ainakin vaikeata. Yllä omaksumallamme kannalla oli sitävastoin keskus-osaston vähemmistö. Ks. JFT 1906, s. 205 ss. Vrt. vielä *Lm* 1908, s. 34 ss. selostet-tua oikeustapausta.

²¹ Lapsen opillisen kasvatuksen laadusta ks. jäljempänä s. 122 ss.

²² Näin *Grottenfelt*: *Förmynderskapslagen*, s. 64; *Wrede-Caselius*, s. 284 s.; JFT 1906, s. 205 ss.; *Nordling*, s. 337; *Undén*, s. 75; *Lb. GB. IV*, s. 444; *Winroth*: *Sv. C. III*, s. 81 alimuist. 3; *Westring*, s. 393 s.

²³ Ks. AL 80 § 2 mom.; AULapsL 6 § 4 mom.; *Westring*, s. 378; *Undén*, ss. 40. ja 75.

²⁴ *Ståhlberg*: *Suomen hallinto-oikeus pääpiirteittäin*, s. 247; *Sama*: *Hallinto-oikeus II*, s. 280 s.; *Saarialho*, s. 21; *Undén*, s. 74 ss.

mainittu velvollisuus pohjautuu lähinnä KöyhäinhL:n säännöksiin.²⁵ Yksityisoikeudellisesta elatusvelvollisuudesta se eroaa erikoisesti siinä, että se käsittää vain velvollisuuden huolehtia lapsen välttämättömmistä henkisistä ja ruumiillisista tarpeista²⁶ sekä että lapsi, jonka kasvatusta määrätty yksinomaan julkisoikeudellisen elatusvelvollisuuden mukaan, on oikeutettu saamaan OppivelvL:ssa säädetyn opetuksen lisäksi sopivaa ammatikasvatusta tahi milloin erityisiä edellytyksiä siihen ilmenee, muuta opetusta, vain kunnes se täyttää 16 vuotta.²⁷ Sitäpaitsi on vielä huomattava, että julkisoikeudellinen elatusvelvollisuus on periaatteellisesti riippumaton siitä, onko kysymys avioliitossa vai sen ulkopuolella syntyneestä lapsesta.²⁸ Lapsen julkisoikeudellinen elatusvelvollisuus kuuluu ensisijaisesti vanhemmille, toissijaisesti isovanhemmille ja viime kädessä kunnalle.²⁹ Tähän velvollisuuteen perustuva oikeus kasvatukseen saamiseen on siis suuresti rajoitettu. Ruuan, asunon, valon, lämmön, jokapäiväiset vaatteet, sairashoidon ym. välttämättömät tarpeet lapsi saa 16 vuotta täytettyäänkin, mutta kuten jo sanoimme, se on oikeutettu saamaan OppivelvL:ssa säädetyn opetuksen lisäksi ammatikasvatusta tai muuta opetusta vain, kunnes täyttää 16 vuotta.³⁰

Vanhempien yksityisoikeudellinen velvollisuus lapsensa elättämiseen³¹ on äskenmainittua elatusvelvollisuutta laajempi siinä suhteessa, ettei se käsitä ainoastaan lapsen välttämättömiä tarpeita, vaan hoidon ja kasvatuksen sen säädyn, tilan ja taipumusten mukaan.³² Yksityisoikeudellinen elatusvelvollisuus on kuitenkin erilainen aviolaisten ja avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten suhteen. AL:n 46 §:n 2 momentissa

²⁵ Ks. KöyhäinhL 1 ja 2 §, 3 § 1 mom. sekä 35–38 §; LSL 40 §.

²⁶ KöyhäinhL 1 § 1 mom. Vrt. LSL 20 § 3 ja 4 mom. Ks. myös *Saarialho*, s. 21 s.

²⁷ KöyhäinhL 35 §.

²⁸ *Saarialho*, s. 32.

²⁹ Ks. KöyhäinhL 1 ja 2 § sekä 3 § 1 mom.

³⁰ Ks. *Ståhlberg*: Hallinto-oikeus II, s. 288. Muissa suhteissa ei lapsen iällä ole vaikutusta julkisoikeudelliseen elatusvelvollisuuteen. Erikoisesti on huomattava, että sanottu elatusvelvollisuus voi kestää lapsen kuolinpäivään saakka. Ks. KöyhäinhL 2 § sekä 3 § 1 ja 3 mom.

³¹ Tämä elatusvelvollisuus pohjautuu AL:n, OttolapsL:n ja AULapsL:n säännöksiin. Ks. AL 46–51 §; OttolapsL 4 § 1 mom. ja 9 § 2 mom.; AULapsL 4 § ja 6–13 §.

³² *Ståhlberg*: Hallinto-oikeus II, s. 288.

sanotaan mm., että perheen elatukseen on luettava, mitä puolisoiden olojen mukaan lasten kasvatusta varten tarvitaan. Aviolapsen vanhempain yksityisoikeudellisen elatusvelvollisuuden laajuuden määrittämisessä on myös tärkeä merkitys jo mainitulla HL:n 33 §:n 2 momentin säännöksellä siitä, että lapsi on taivutettava sellaisiin harjoituksiin ja toimiin, kuin sen sääty, tila ja taipumukset vaativat. Ellei aviolapsella ole omia varoja, riippuu siis sen kasvatusta ja samalla myös puheenaoleva yksityisoikeudellinen elatusvelvollisuus yleensä sen säädystä, tilasta ja taipumuksista. Samaa on myös sanottava ottolapsen kasvatuksesta ja ottovanhempien elatusvelvollisuudesta.³³ Ottolapsen vanhemmat ovat ainoastaan siinä tapauksessa velvolliset ottamaan osaa sen elatukseen, ettei ottovanhempi pysty täyttämään elatusvelvollisuuttaan.³⁴ Sillä, että lapsi on taivutettava sellaisiin harjoituksiin ja toimiin, kuin sen sääty ja tila vaatii, tarkoitettaneen, että sen kasvatuksen laadussa on otettava huomioon lapsen oma ja myös sen vanhempien taloudellinen asema sekä vanhempien yhteiskunnallinen asema, jonka mukaan lapsenkin yhteiskunnallinen asema määräytyy. Puheenaoleva säännös on tarkoitettu yleiseksi ohjeeksi. Yhtä hyvissäkin varallisuusoloissa ja yhteiskunnallisessa asemassa elävien ihmisten kesken ovat käsitykset hyvin erilaiset siitä, minkälatsuista kasvatusta lapselle on annettava, joten tarkan mittapuun asettaminen ei ole mahdollista. Määräävänä on kussakin yksityistapauksessa se, mikä vastaavissa oloissa elävien ihmisten kesken yleensä on tapana.

Kasvatuksen laadun suhteen näyttää avioliiton ulkopuolella syntynyt lapsi olevan oikeudessamme aviolasta huonommassa asemassa. Nimenomaan on säädetty, että sen elatuksen tulee käsittää lapsen elämäntarpeiden tyydyttäminen ja sen kasvatusta äidin olojen mukaan, kuitenkin huomioonottaen myös lapsen elatusvelvollisen isän elämänolot, milloin ne ovat paremmat. Tässä suhteessa ei ole siis yleensä eroa sillä, onko lapsi tunnustettu vai ei. Vain jos lapsi on tunnustettu ja isä on sen huoltaja, tulee elatuksen olla tämän olojen mukainen.³⁵ Huomatava on myös, etteivät aviottoman lapsen vanhemmat ole yleensä velvollisia kustantamaan lapselle jatkuvaa kouluopetusta ja ammattikehitystä. Vain jos lapsen erikoiset taipumukset tai muut erityiset seikat antavat siihen aihetta, voidaan heidät varallisuusolojensa mukaan vel-

³³ OttolapsL 4 § 1 mom.

³⁴ OttolapsL 4 § 1 mom. ja 9 § 2 mom.

³⁵ AULapsL 6 § 2 mom.

voittaa suorittamaan kustannukset sanotusta opetuksesta ja ammatti-kehityksestä.³⁶ Mainituista säännöksistä johtuu, ettei avioliiton ulkopuolella syntynyt lapsi ole tavallisesti oikeutettu kasvatukseen yhtä vaativan elintason mukaan kuin aviolapsi. Määräävänä tällaisen lapsen kasvatuksessa on yleensä sen äidin olot, jotka ovat säännönmukaisesti isän oloja huonommat. Isän oloihin on kiinnitettävä huomiota vain, jos ne ovat äidin oloja paremmat. Kysymys siitä, missä määrin viimeksimainitut olot on otettava lukuun, on usein vaikeasti ratkaistavissa. Erikoisesti jos lapsen vanhempien sivistyksen ja taloudellisen aseman välillä on suuri ero, se on hankalaa. Rikas tehtaanomistaja esim. saa aviottoman lapsen työläisensä kanssa. Jotta lapsella olisi oikeus isän elinehtojen mukaiseen kasvatukseen, tulee sen, kuten jo mainittiin, olla tunnustettu ja huolto-oikeuden kuulua sen isälle. Tunnustetun lapsen huollon luovuttaminen sen isälle yksistään sillä perusteella, että tämä on varakkaampi ja voi antaa lapselle paremmat elinehdot, olisi kuitenkin kohtuutonta äitiä kohtaan, eikä sitäpaitsi lakimääräisen huolto-oikeuden riistämiseen sanotulla perusteella lapsen äidiltä saane lainsäädännöstämme tukea. Koska avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen isä ei ole velvollinen elättämään lapsen äitiä, olisi lapsen kasvattaminen äidin luona isän elinehtojen mukaan myös vaikeata. Lapsi tulisi viettämään yleistä elämää samassa kodissa, jossa sen äiti ehkä elää kurjuudessa. Lapsen elinehtojen järjestäminen täysin isän oloja vastaaviksi ei käy tässä tapauksessa päinsä. Se, että isän olot on otettava huomioon, tarkoittanee siis yleensä sitä, että lapsen elinehtojen tulee olla äidin ehtoja paremmat. Kuitenkaan ne eivät voine olla näitä oleellisesti paremmat. Käytännössä määrätään elatusapu, joka avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen isän tulee suorittaa sen elatusta ja kasvatusta varten, usein isän varallisuusasemaan nähden suhteellisen pieneksi. Koska siis avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen äiti, jolle lapsen huolto säännönmukaisesti kuuluu, elää useimmiten epäedullisemmissa olosuhteissa kuin lapsen isä, on tällainen lapsi elatuksensa ja kasvatuksensa suhteen yleensä aviolasta huonommassa asemassa.³⁷

Lapsen kasvatuksen laatuun vaikuttaa edelleen oleellisesti kysymys siitä, kuinka kauan sen vanhempien yksityisoikeudellinen elatusvelvollisuus kestää. Mitä ensinnäkin aviolapseen tulee, ei oikeudessamme ole sen osalta puheenaolevasta seikasta nimenomaista säännöstä. Siitä,

³⁶ AULapsL 7 §.

mitä edellä on sanottu aviolapsen vanhempien yksityisoikeudellisen elatus- ja kasvattamisvelvollisuuden laajuudesta, selvinnee kuitenkin, että tämä velvollisuus lakkaa vasta, kun lapsen kasvatusta on loppuunsaatettu ja se voi itsensä elättää.³⁸ Kun lapsen kasvatuksen laatu riippuu sen säädystä, tilasta ja taipumuksista, on luonnollista, ettei aviolapsen vanhempien yksityisoikeudelliselle elatusvelvollisuudelle voida asettaa ehdotonta ikärajaa ylöspäin. Asia on aina ratkaistava in casu. Siinä tapauksessa, että avioeron yhteydessä lapsen huollosta erotettu puoliso velvoitetaan maksamaan lasta varten elatusapua,³⁹ on käytännöllisistä syistä kuitenkin katsottu tarpeelliseksi ottaa tällaista elatusapua koskevaan tuomioon määräys siitä, kuinka kauan elatusapua on maksettava. Oltuaan aikaisemmin horjuvalla kannalla⁴⁰ KKO lienee viime aikoina määrännyt johdonmukaisesti puheenaolevan elatusavun maksettavaksi siksi, kunnes lapsi täyttää 21 vuotta tai pystyy itsensä elättämään.⁴¹ Mainitun 21 vuoden ikärajan asettaminen ei kuitenkaan johtune siitä, että aviolapsen vanhempien yksityisoikeudellisen elatusvelvollisuuden katsottaisiin ehdottomasti lakkaavan lapsen saavutettua sanotun iän. Tämä ikäraja on ilmeisesti asetettu vain sentakia, että henkilö 21 vuotta täytettyään tulee täysi-ikäiseksi, minkä vuoksi puolisoa ei sen jälkeen voida enää velvoittaa suorittamaan elatusmaksua toiselle puolisolle. Jos elatusapu vielä sanotun iän jälkeen on tarpeen, täysi-ikäiseksi tulleen lapsen on itse erikseen ajettava kannetta vanhempien velvoitta-

³⁷ Björling, s. 299.

³⁸ Ståhlberg: Hallinto-oikeus II, s. 287; Roschier—Holmberg: JFT 1938, s. 524 s.; Winroth: Sv. C. III, s. 82 s. Ks. myös KKO 1931 tied. 408. Ruotsin voimassaolevassa oikeudessa on nimenomaan säädetty, ettei aviolapsen elatusvelvollisuus lakkaa, ennenkuin lapsi on saanut sellaisen kasvatuksen, jota sen taipumukset ja sen vanhempien elinehdot huomioonottaen on pidettävä kohtuullisena, eikä missään tapauksessa, ennenkuin lapsi on täyttänyt 16 vuotta. Ks. Lag om barn i äktenskap 13 § 2 mom.

³⁹ Ks. AL 80 § 2 mom.

⁴⁰ KKO:n horjuvaa kantaa osoittavat erikoisesti ratkaisut vuosilta 1931—1934. Aikaisemmin määrättiin puheenaoleva elatusapu maksettavaksi, kunnes lapsi täyttää 17 vuotta. Ks. esim. KKO 1931 tied. 205 ja 448. Joskus se on määrätty maksettavaksi, kunnes lapsi täyttää 17 vuotta tai voi itsensä elättää. Ks. KKO 1931 tied. 497. Vuonna 1932 KKO on parissa tapauksessa vahvistanut mainitun elatusavun maksettavaksi niin kauan, kuin lapsi on vaimon yksin huollettavana. Ks. KKO 1932 tied. 131 ja 381. Vuonna 1934 tämä elatusapu on määrätty eräissä tapauksissa maksettavaksi toistaiseksi ja kunnes siitä toisin määrätään sekä toisessa tapauksessa, kunnes lapsi täyttää 17 vuotta ja senkin jälkeen, ellei se voi itseään elättää. Ks. KKO 1934 tied. 428 ja 429.

⁴¹ Ks. esim. KKO 1936 tied. 473.

misesta sen suorittamiseen ja elatusapu on myös maksettava suoraan lapselle.⁴² Yleisenä sääntönä lieenee siis, että aviolapsen vanhempien yksityisoikeudellinen elatusvelvollisuus kestää siksi, kunnes lapsen kasvatatus on saatettu loppuun ja se voi itsensä elättää.⁴³ Sääntö pitänee myös paikkansa ottovanhempien yksityisoikeudellisen elatusvelvollisuuden suhteen.⁴⁴ Avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen asema on sitävastoin tässäkin suhteessa avio- ja ottolapsen asemaa huonompi. Avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen vanhempien yksityisoikeudellinen elatusvelvollisuus kestää yleensä vain, kunnes lapsi on täyttänyt 17 vuotta.⁴⁵ Sanotun elatusvelvollisuuden ulottaminen puheenaolevan ajan yli on vain poikkeustapauksessa mahdollista. Jos lapsen erikoiset taipumukset tai muut erityiset seikat antavat siihen aihetta, voidaan elatusvelvolliset varallisuusolojensa mukaan velvoittaa suorittamaan kustannukset lapsen jatkuvasta kouluopetuksesta ja ammattikehityksestä senkin jälkeen, kun se on täyttänyt 17 vuotta.⁴⁶ Niinikään on avioliiton ulkopuolella syntyneellä lapsella oikeus saada kohtuuden mukaan elatusta 17 vuotta täytettyäänkin, jos se on vian, taudin tai heikkouden takia kykenemätön itseään elättämään.⁴⁷

⁴² Ks. KKO 1934 sel. 11, josta selviää, ettei avioeron yhteydessä lapsen huollosta erotettu puoliso ole senjälkeen, kun lapsi on tullut täysi-ikäiseksi, velvollinen suorittamaan sitä varten elatusapua puolisolle, jolle sen huolto on uskottu. Ks. myös Roschier—Holmberg: JFT 1938, s. 527 s.

⁴³ Senkin jälkeen, kun lapsi on tullut täysi-ikäiseksi, ovat siis vanhemmat velvolliset suorittamaan sille elatusapua, ellei kasvatusta, johon lapsi edellä esitetyn perusteella on oikeutettu, ole vielä siihen mennessä loppuunsaatettu, eikä lapsi voi itseänsä omilla varoillaan elättää ja kouluttaa. Jos esim. hyvässä taloudellisessa asemassa olevien vanhempien lapsi tahtoo saattaa loppuun opintonsa yliopistossa, lie-nevät vanhemmat velvolliset vastaamaan siitä aiheutuvista kustannuksista, niin-kauan kuin lapsi ahkeruudella ja menestyksellä harjoittaa puheenolevia opintoja. Valaiseva on tässä suhteessa eräs ruotsalainen oikeustapaus vuodelta 1933. Hyvässä taloudellisessa asemassa oleva isä oli tarjonnut pojalleen tointa liikkeessään. Poika ei halunnut ottaa tointa vastaan, koska hän tahtoi tulla meriupseeriksi. Koska pojalla oli taipumuksia meriupseeriksi, velvoitettiin isä suorittamaan hänelle elatus-apua siltä ajalta, jona hän täysi-ikäiseksi tultuaan opiskeli meriupseeriksi. NJA 1933, s. 39. Ks. myös *Stjernstedt*, s. 398 s.; *Westring*, s. 394; *Undén*, s. 75 s.

⁴⁴ OttolapsL 4 § 1 mom.

⁴⁵ AULapsL 6 § 1 mom.

⁴⁶ AULapsL 7 §.

⁴⁷ AULapsL 8 §.

B. Lapsen huoltajan suhde sen omaisuuden hoitajaan erikoisesti silmälläpitäen lapsen kasvatuksesta johtuvien menojen suorittamista.

Koska lapsen omaisuuden hoitajalla on oikeus ja velvollisuus huolehtia kaikista lapsen omaisuutta koskevista asioista, on luonnollista, että hänellä on ainakin välillisesti vaikutusvaltaa huoltajan toimintaan asioissa, joista aiheutuvat menot hänen on suoritettava. Lapsen kasvattamisen yhteydessä on senvuoksi syytä tarkastella huoltajan ja omaisuuden hoitajan keskinäistä suhdetta siinä tapauksessa, että heidän tehtävänsä kuuluvat eri henkilöille ja huollosta aiheutuvat menot kokonaisuudessaan tai osa niistä on suoritettava omaisuuden hoitajan hallinnassa olevista varoista. Suuri merkitys on varsinkin kysymyksellä siitä, kuuluuko kaikista lapsen kasvatuksesta johtuvista menoista määrääminen omaisuuden hoitajalle vai saako huoltaja eräin rajoituksin määrätä tällaisista menoista. Kysymystä ratkaistaessa on tärkeänä johtona HL:n 34 §:n 1 momentin säännös siitä, että vanhempien, joille kuuluu lapsen huolto, mutta ei sen omaisuuden hoito, on neuvoteltava omaisuuden hoitajan kanssa, milloin asia koskee varallisuusoloja.⁴⁸ Onko siis sanottua säännöstä tulkittava siten, että huoltajan on neuvoteltava omaisuuden hoitajan kanssa jokaisesta vähäpätöisestäkin lapsen varallisuusoloja koskevasta asiasta vai onko hänellä oleva sanotussa suhteessa itsenäistäkin määräämisvaltaa? Kun lapsen huolto ja sen omaisuuden hoito on uskottu eri henkilöille, on ilmeistä, että huolto tulee parhaiten hoidetuksi siten, että huoltajalle taataan omaisuuden hoitajan suhteen mahdollisimman itsenäinen asema. Häntä ei saa asettaa sellaiseen riippuvaisuussuhteeseen viimeksimainitusta, että hänen on pyydetävä tältä erikseen kaikkia huollosta johtuvia menoeriä. Koska lapsen huoltajan ja omaisuuden hoitajan välisen suhteen sanotunlainen järjestely olisi ristiriidassa koko huollon tarkoituksen kanssa, ei puheena olevaa säännöstä voitane tulkita siten, että edes neuvottelu omaisuuden hoitajan kanssa olisi kaikissa asioissa tarpeen. Omaisuuden hoitajan kanssa lienee huoltajan neuvoteltava vain huollosta johtuvista menoista kokonaisuutena ja ehkä erityisistä suuremmista tai säännöllisen tarpeen ylittävistä menoista. Jotta huoltajalla olisi yllämainittu hänelle välttämätön itsenäinen asema, lienee katsottava, että omaisuuden hoitajan on luovutettava hänelle säännöllisin väliajoin määräsumma huol-

⁴⁸ Lapsen holhoojalla tarkoitetaan sanotussa säännöksessä ilmeisesti sen omaisuuden hoitajaa.

lostaa aiheutuvien menojen peittämiseen.⁴⁹ Täten saamansa varat huoltaja on oikeutettu käyttämään harkintansa mukaan puheenaolevaan tarkoitukseen.

Huoltajan oikeus määrätä lapsen henkilöä koskevista asioista käsittäänee myös sen, ettei hän ole säännönmukaisesti omaisuuden hoitajalle tilintekovelvollinen mainittujen varojen yksityiskohtaisesta käytöstä. Myöskään ei hänen tarvinne tehdä niistä yleensä tiliä holhouslautakunnalle. Tilintekovelvollinen sanotulle lautakunnalle on yksinomaan omaisuuden hoitaja, jonka velvollisuuden täyttämiseen kysymyksessä olevassa suhteessa riittää se, että hän näyttää suorittaneensa huoltajalle huollosta aiheutuvia menoja varten lapsen elämänoloihin nähden kohtuullisena pidettävän summan. Mikäli sanottu summa on kuitenkin ilmeisessä epäsuhteessa lapsen varallisuusasemaan taikka on syytä epäillä, ettei sitä ole käytetty lapsen hyväksi, lienee holhouslautakunnalla oikeus vaatia tarkempi selvitys sen käytöstä, ja tällöin on tietysti huoltaja velvollinen toimittamaan lautakunnalle vaaditun yksityiskohtaisen selvityksen.

Käsityksemme mukaan on siis, kuten jo sanoimme, lapsen omaisuuden hoitaja siinä tapauksessa, että huollosta johtuviin menoihin on käytettävä hänen hallussaan olevia varoja, velvollinen säännöllisin väliajoin luovuttamaan huoltajalle tätä tarkoitusta varten määräsommen. Luonnollista on, että tämän somman suuruudesta voi johtua erimielisyyttä huoltajan ja omaisuuden hoitajan kesken. Kuten aikaisemmin on ollut puhetta, saadaan lapsen elatukseen ja kasvatukseen käyttää niin paljon sen varoja, kuin sen varallisuusoloihin ja elinehtoihin nähden on kohtuullista. Jos se on tarpeen, voidaan myös pääomaa käyttää tähän tarkoitukseen.⁵⁰ Mitä summaa sanottua mittapuuta käyttäen kulloinkin on pidettävä kohtuullisena, ei ole aina helposti ratkaistavissa. Somman suuruus on lähinnä määrättävä lapsen jokapäiväisiä säännöllisin väliajoin toistuvia menoja silmälläpitäen. Mahdollisia

⁴⁹ Näin Ruotsin oikeuden kannalta *Westring*, s. 377. Eräässä 1909 antamassaan tuomiossa Ruotsin Korkein oikeus on hylännyt vaatimuksen lapsen omaisuuden hoitajan velvoittamisesta suorittamaan maksun huoltajan lapselle tilaamista tavaroista, koska omaisuuden hoitaja ei ollut itse tilannut kysymyksessä olevia tavaroita eikä antanut suostumustaan niiden tilaamiseen. Huomattava on, että omaisuuden hoitaja oli antanut huoltajalle tarpeellisen somman huollosta johtuvien menojen peittämiseksi, mutta huoltaja tilasi siitä huolimatta ko. tavarat velaksi. Ks. NJA 1909, s. 487.

⁵⁰ Ks. edellä s. 119 s.

tavallisuudesta poikkeavia menoja ei siihen tarvinne sisällyttää. Tällaisista menoista on huoltaja velvollinen erikseen neuvottelemaan omaisuuden hoitajan kanssa. Jos lapsen varat sen sallivat, voidaan se esim. lähettää ulkomaille tai muuten kustantaa sille jotain sellaista, mikä ei ole jokapäiväisissä oloissa tavallista. Rahojen antaminen tällaisiin tarkoituksiin edellyttää siis, että huoltaja sitä nimenomaan omaisuuden hoitajalta pyytää, ja jos viimeksimainitun mielestä lapsella ei ole pyydettyyn tarkoitukseen varoja, hän voi kieltäytyä niitä antamasta. Vastoin edellä esitettyä yleistä periaatetta lienee katsottava, että aina kun lapsen omaisuuden hoitaja antaa huoltajalle suuremman summan, kuin itse on laskenut lapsen tarpeisiin menevän, hän voi vaatia huoltajalta tilitystä rahojen käytöstä.⁵¹

Valvoessaan, ettei lapsen kasvatukseen ja muihin sen tarpeisiin käytetä enemmän varoja, kuin sen varallisuuteen ja muihin olosuhteisiin nähden on kohtuullista, omaisuuden hoitaja voi siis välillisesti vaikuttaa huoltoon. Jos omaisuuden hoitaja kieltäytyy antamasta huoltajalle tarpeeksi varoja, viimeksimainittu voi saattaa asian holhouslautakunnan ja edelleen oikeuden tutkittavaksi.⁵² Omaisuuden hoitajan niskotellessa jatkuvasti tässä suhteessa huoltaja voi sitäpaitsi vaatia hänen erottamistaan tehtävästään. Samoin voi omaisuuden hoitaja, joka toteaa huoltajan ilmeisesti hoitavan tehtävänsä vastoin lapsen etua, ryhtyä toimenpiteisiin huollon siirtämiseksi toiselle henkilölle.

Huomiota ansaitsee kysymys, kenelle elatusvelvollisen henkilön, jolle lapsen huolto ei kuulu, on suoritettava elatusmaksunsa. Mitä ensinnäkin tulee avioliiton ulkopuolella syntyneeseen lapseen, on sen suhteen nimenomaan säädetty, että lapselle tuleva elatusapu on maksettava lastenvalvojalle.⁵³ Tällä säännöksellä on ilmeisesti tahdottu helpottaa elatusvelvollisuuden toteuttamista. Koska mainitunlaisen lapsen äidin sen lakimääräisenä huoltajana olisi usein hankalaa periä elatusapua makaajaltaan, tämä tehtävä on annettu lastenvalvojalle, joka erityisesti määräyksettä on jokaisen avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen uskottuna miehenä, niin kauan kuin sillä on oikeus saada elatus-
ta.⁵⁴ Elatusapu lienee siis suoritettava lastenvalvojalle siinäkin tapauk-

⁵¹ *Westring*, s. 377.

⁵² HL 34 § 1 mom. ja 37 § 3 mom. Vrt. HL 74 §.

⁵³ AULapsL 10 § 2 mom.

⁵⁴ AULapsL 15 § 1 mom. Mainitussa uskotun miehen ominaisuudessa lienee lastenvalvojalla oikeus puuttua lapsen omaisuuden hoitoon vain, mikäli on kysymys sille maksettavasta elatusavusta.

sessä, että lapsen omaisuuden hoito on uskottu sen äidille,⁵⁵ samoin myös, jos lapsen huolto ja omaisuuden hoito kuuluu erikoisesti sitä varten määrätyle holhoojalle. Lastenvalvojan on virka-asemansa perusteella huolehdittava siitä, että elatusvelvolliset avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen vanhemmat täyttävät tämän velvollisuutensa. Hänen on kuitenkin vain valvottava, että elatusapu tulee elatusvelvolliselta perityksi. Sen käyttämisestä lapsen huollosta aiheutuviin menoihin määrää sitävästoin huoltaja yksin. Jos elatusapu on vahvistettu maksettavaksi säännöllisin väliajoin erinä, joiden suuruus on määrätty huollosta puheenaolevana aikana johtuvia menoja silmälläpitäen, on lastenvalvojan senvuoksi luovutettava elatusapu kokonaisuudessaan huoltajalle.⁵⁶ Toisin on sitävästoin meneteltävä kertamaksuna suoritettavan elatusavun suhteen. Tästä on nimenomaan säädetty, että se on talletettava pankkilaitokseen tai sijoitettava muulla huoltolautakunnan hyväksymällä tavalla.⁵⁷ AULapsL:n 10 §:n 2 momentin säännöksen perusteella lienee myös tällainen kertakaikkinen elatusapu maksettava lastenvalvojalle. Jos lapselle on kuitenkin määrätty erikoinen omaisuuden hoitaja, lienee lastenvalvojan luovutettava sanottu elatusapu hänelle, jotta hän saattaa ryhtyä sen sijoittamiseksi edelliselostettuihin toimenpiteisiin ja luovuttaa rahoja huoltajan käytettäväksi jo esitettyjen omaisuuden hoitajaa koskevien periaatteiden mukaisesti.

Yllä olemme tarkastaneet kysymystä siitä, kenelle avioliiton ulkopuolella syntyneelle lapselle tuleva elatusmaksu on suoritettava. Sanotun lisäksi on vielä syytä erikoisesti huomauttaa, että tällaisen lapsen äiti on oikeutettu tekemään sopimuksen lapselle tulevasta elatusavusta ja ajamaan siitä kannetta, vaikkei hän olisikaan lapsen omaisuuden hoitaja.⁵⁸

Avioliiton ulkopuolella syntyneeseen lapseen verrattuna aviolapsi ja ottolapsi on siinä suhteessa toisessa asemassa, ettei lastenvalvojalla ole viimeksimainituille tulevan elatusavun suorituksessa mitään tekemistä.

⁵⁵ Vrt. AULapsL 3 § ja 15 § 2 mom.

⁵⁶ Säännöllisin väliajoin maksettavaksi vahvistetun elatusavun suuruus on yleensä määrätty huollosta puheenaolevana aikana aiheutuvia menoja silmälläpitäen, minkä vuoksi huoltaja saa käyttää sen kokonaisuudessaan lapsen huollosta johtuviin menoihin. Tavallisesti elatusapu ei edes riitä näihin menoihin. Puuttuvan osan on nimittäin velvollinen suorittamaan isä tai äiti, joka juuri on lapsen huoltajana.

⁵⁷ AULapsL 38 § verr. 17/1 1936 annettuun lakiin AULapsL:n muuttamisesta.

⁵⁸ Tämä selviää AULapsL:n 3 §:n 2 momentista.

Jos siis aviolapsen tai ottolapsen huolto ja omaisuuden hoito kuuluu eri henkilöille, on vain kysymys siitä, onko puheenaoleva elatusapu suoritettava huoltajalle vai omaisuuden hoitajalle. Käsittääksemme kertakaikkinen elatusapu on maksettava omaisuuden hoitajalle, mutta säännöllisin väliajoin suoritettava elatusapu sitävästoin suoraan huoltajalle. Kun omaisuuden hoitajan olisi joka tapauksessa annettava säännöllisin väliajoin varoja huoltajalle ja tällaisin väliajoin maksettavan elatusavun suuruus on juuri määrätty puheenaolevan väliajan kohtuullista kuluusta silmälläpitäen, tuntuisi sen suorittaminen omaisuuden hoitajalle tarkoituksettomalta. Toisin on sitävästoin kertakaikkisen elatusavun laita. Sen suorittaminen välittömästi huoltajalle saattaisi johtaa häntä varojen tuhlaukseen. Ilmeistä on näet, että tällaisen suuremman rahamäärän sijoittaminen ja hoito kuuluu juuri omaisuuden hoitajan eikä huoltajan tehtäviin. Kuten jäljempänä tulee lähemmin puhetta, voi sitävästoin huoltaja tehdä sopimuksen lapselle tulevasta elatusavusta ja edustaa lasta sitä koskevassa oikeudenkäynnissä.⁵⁹ Hänen tehtäviinsä kuuluu siis huolehtia siitä, että elatusvelvollisuus tulee täytetyksi, ja mikäli elatusapua ei suosiolla suoriteta, hän on sekä oikeutettu että velvollinen ajamaan kannetta sen suorittamisesta.⁶⁰

C. Lapsen ruumiillinen kasvatus.

Lapsen ruumiillinen kasvatus käsittää lähinnä sen hoidon sekä huolehtimisen sen ruumiillisesta kehityksestä ja terveydestä. Huoltajan on hankittava lapselle ruoka, vaatteet ym. jokapäiväiset tarpeet, huolehdittava sen terveydestä ja muusta ruumiinhoidosta. Myös puheenaolevan kasvatuksen suhteen on lapsen elintasolla suuri merkitys. Tähän kasvatukseen kuuluvista tehtävistä voi huolehtia monella eri tavalla. Mikä hyvissä oloissa elävistä ihmisistä tuntuu luonnolliselta, voi toisissa oloissa elävien mielestä olla tarpeetonta ylellisyyttä. Lasten erilaisista ruumiillisista ja henkisistä ominaisuuksista johtuu, ettei yksityiskohtaisten määräysten antaminen puheenaolevasta kasvatuksesta ole mahdollista. Muutamia erikoismääräyksiä lukuunottamatta ovat lapsen ruumiillisesta kasvatuksesta annetut oikeussäännökset sangen ylimalkaisia.

⁵⁹ Ks. jäljempänä s. 243.

⁶⁰ Undén, s. 40.

Osoituksena siitä, että lapsen ruumiilliseen kasvatukseen on erikoisesti viime aikoina kiinnitetty huomiota, ovat LSL:n III luvun säännökset niistä toimenpiteistä, joihin huoltolautakunta voi ryhtyä, jos huoltaja laiminlyö sanotun kasvatuksen. Erikoisesti on mainittava jo aikaisemmin puheena ollut LSL:n 8 §:n 1 momentin b kohdan säännös siitä, että jos lapsi ruumiillisen sairauden, tylsämielisyyden, aistivallisuuden, raajarikkaisuuden tai muun sellaisen vajavaisuuden takia tarvitsee erityistä kodin ulkopuolella annettavaa hoitoa ja kasvatusta, jota se ei vanhempien toimenpiteistä voi saada ja jota ei muutenkaan sille hankita, huoltolautakunta voi ryhtyä sen suhteen sanotussa luvussa mainittuihin suojelutoimenpiteisiin. Kehityksessä jälkeen jääneen lapsen ruumiilliseen kasvatukseen voi siis lautakunta puuttua, vaikka vanhemmat olisivatkin huolehtineet kysymyksessäolevasta kasvatuksesta niin huolellisesti kuin heidän asemassaan olevilta vanhemmilta voidaan vaatia. Normaalin lapsen ruumiilliseen kasvatukseen puuttuminen edellyttäneen sitävastoin aina laiminlyöntiä vanhempien puolelta.

Ruumiillisessa kasvatuksessa on keskeinen asema lapsen terveydenhoidolla. Huoltajan on pidettävä huolta siitä, ettei lapsen terveyttä aseteta vaaroille alttiiksi, ja sairaustapauksissa hänen on ryhdyttävä kaikkiin niihin toimenpiteisiin, jotka ovat lapsen paranemista varten tarpeellisia. Lapsen terveydenhoidossa voidaan siis erottaa toisistaan sairaustapauksen sattuaessa käytettävät ja ennakkoestävät toimenpiteet.

Luonnollista on, että erikoisesti sairaustapauksen sattuaessa lapsen terveydenhoito vaatii tavallista tarkempaa huolenpitoa. Kuten jo on mainittu, LSL:ssa on kiinnitetty huomiota kehityksessä jälkeenjääneeseen tai muuten vajavaiseen lapseen. Mainitunlaiselle lapselle ovat vanhemmat velvolliset hankkimaan kaiken sen hoidon ja kasvatuksen, mikä heidän varallisuusasemansa ja muut olosuhteet huomioonottaen on mahdollista. Vaikka vanhemmat täyttäisivätkin tällaisen lapsen osalta sen, mitä heiltä sanotussa suhteessa kaiken kohtuuden mukaan on vaadittava, voi kuitenkin huoltolautakunta puuttua lapsen kasvatukseen.

Myös tilapäisen sairaustapauksen sattuaessa huoltaja on velvollinen hankkimaan lapselle tarpeellisen hoidon. Jos asianhaarat sitä vaativat, on lapsen hoidossa turvauduttava lääkärin apuun sekä noudatettava hänen antamia ohjeita ja neuvoja. Milloin lääkärin käyttäminen on tarpeellista, saa huoltaja yleensä itse harkita. Lapsen sairastuessa eräisiin yleisvaarallisiin tauteihin hän on kuitenkin velvollinen kääntymään terveydenhoitolautakunnan puoleen ja alistumaan sen määräämiin

toimenpiteisiin.⁶¹ Kun lapsen terveydenhoitoa koskevassa asiassa on käännytty lääkärin puoleen, herää kysymys, onko huoltajan siinäkin tapauksessa, ettei lapsella ole mainittua yleisvaarallista tautia, pakko noudattaa lääkärin määräyksiä lapsen hoidossa. Vastaus kysymykseen riippunee siitä, mikä merkitys puheenaolevalla määräyksellä on lapsen terveyden suhteen. Jos määräyksen noudattaminen on lapsen kannalta suotavaa, mutta lapsi voidaan parantaa toisiakin keinoja käyttäen, saanee huoltaja itse harkita, noudattaako hän määräystä vai ei. Lääkärin määrätessä sitävastoin lapselle toimitettavaksi esim. välttämättömän leikkauksen tai ryhdyttäväksi muuhun sen hengen pelastamiseksi, terveyden säilyttämiseksi tai palauttamiseksi välttämättömään toimenpiteeseen on huoltajan suostuttava siihen. Lapsen kasvatusta koskevia toimenpiteitä arvosteltaessa on muistettava, että jos kasvatus jossain suhteessa laiminlyödään, huoltolautakunta voi puuttua asiaan. LSL:ssa on nimenomaan sanottu, että lautakunnan tulee ryhtyä suojelutoimenpiteisiin, elleivät vanhemmat sairauden, ymmärtämättömyyden, juopouden tai muiden sellaisten syiden tai olosuhteiden takia anna lapselle tarpeellista hoitoa ja kasvatusta, taikka sitä kodissa uhkaa muu vaara hengen tai terveyden puolesta.⁶² Tarvitsematta ottaa lasta huostaansa lautakunta voi määrätä, että lapsen hyväksi on ryhdyttävä toimenpiteeseen, joka on sen ruumiillista hoitoa varten tarpeen.⁶³ Vanhempien velvoittaminen kääntymään lääkärin puoleen lapsen terveyttä koskevassa asiassa ja ryhtymään lääkärin määräämään ynnä muuhun sanotussa suhteessa tarpeelliseen toimenpiteeseen on siis mahdollista.⁶⁴ Huoltolautakunnan oikeuksia tässä suhteessa tarkastettaessa on kuitenkin muistettava, etteivät ne voi kohdistua 18 vuotta täyttäneeseen alaikäiseen.⁶⁵

Lapsen terveydenhoitoa koskevista ennakkoestävistä toimenpiteistä on useissa laeissa säännöksiä, joita huoltajan on noudatettava. Tässä suhteessa on ensinnäkin mainittava, että lapsi on rokotettava viimeistään ennen sen kalenterivuoden päättymistä, jona se täyttää kaksi vuotta.⁶⁶ Siitä, että lapsi rokotetaan, on huoltaja vastuussa. Jos hän laiminlyö

⁶¹ Terveydenhoitosääntö, annettu 2/12 1927, 70 § 2 mom. verr. 69 § ja TerveydenhoitoL., annettu 1/7 1927, 11—15, 25 ja 26 §.

⁶² LSL 8 § 1 mom. c ja d kohdat.

⁶³ LSL 9 § 2 mom. d kohta.

⁶⁴ Ks. *Borum*, s. 87.

⁶⁵ LSL 9 § 2 mom. verr. LSL:n 1 §:ään.

⁶⁶ RokotusL 2 ja 13 §.

hänelle tässä suhteessa säädetyn velvollisuuden, hänet voidaan tuomita sakkorangaistukseen.⁶⁷ Tärkeitä ennakkoestäviä säännöksiä on myös työväensuojelulainsäädännössä. Varsinkin on huomattava heinäkuun 31 päivänä 1929 annettu L. lasten ja nuorten henkilöiden käyttämisestä ammattityössä, lokakuun 24 päivänä 1919 annettu L. kauppa-, konttori- ja varastoliikkeiden työoloista, marraskuun 2 päivänä 1917 annettu A. työstä teollisuus- ym. ammateissa, maaliskuun 28 päivänä 1930 annettu L., jolla kielletään pitämästä nuoria naisia eräissä lastaus- ja purkaustöissä, sekä maaliskuun 1 päivänä 1929 annettu L. lyijyvalkoisen ja lyijysulfaatin käytön kieltämisestä eräissä maalaustöissä. Puheenaolevia säännöksiä on niinkään TyösopimL:ssa, LeipomotyöL:ssa ja MerimiesL:ssa.

Työväensuojelulainsäädännössä ryhmitellään alaikäiset lapsiin ja nuoriin henkilöihin. Tehdas- ja käsityöliikkeissä, muissa teollisuusliikkeissä ja ammateissa, suuremmissa rakennustöissä, saunoissa ja kylpylaitoksissa sekä lastaus- ja purkamisliikkeissä pidetään lapsena 15 vuotta nuorempaa sekä kauppa-, konttori- ja varastoliikkeissä 16 vuotta nuorempaa alaikäistä, molemmissa taas nuorena henkilönä sitä, joka on lasta vanhempi, mutta ei ole täyttänyt kahdeksaatoista vuotta.⁶⁸ Lapsen ruumiillisen kasvatuksen kannalta on tärkeä merkitys säännöksillä, jotka kieltävät pitämästä alaikäistä yleensä työssä tai eräissä sille vaarallisissa töissä ja jotka säännöstelevät alaikäisen työaikaa.

Tässä suhteessa on ensinnäkin mainittava, ettei 14 vuotta nuorempaa lasta saa pitää teollisuus- ym. sellaisessa työssä eikä myöskään liikeapulaisena. Tämä ei koske kuitenkaan julkisen viranomaisen hyväksymää ja valvomaa työtä, jota lapsi suorittaa oppilaana ammattikoulussa,⁶⁹ eikä myöskään ammattiliikkeitä ja yrityksiä, joissa ei käytetä muita työapulaisia kuin puolisoa tai omia vajavaltaisia lapsia. Ennenkuin alaikäinen otetaan mainitunlaiseen työhön, sen ikä on selvitettävä papin tai muun julkisen viranomaisen antamalla todistuksella. Teollisuus- ym. sellaisen työn suhteen on sitäpaitsi säädetty, että ennen lapsen tai nuoren henkilön ottamista työhön on työnantajan kustannettavalla lääkärintarkastuksella todettava, ettei aiottu työ ole lapsen tai nuoren henkilön

⁶⁷ RokotusL 18 ja 19 §.

⁶⁸ L. lasten ja nuorten henkilöiden käyttämisestä ammattityöhön 2 §; L. kauppa-, konttori- ja varastoliikkeiden työoloista 4 § 2 mom.

⁶⁹ L. lasten ja nuorten henkilöiden käyttämisestä ammattityöhön 1 § 1 mom. ja 3 §; L. kauppa-, konttori- ja varastoliikkeiden työoloista 4 § 1 mom. Vrt. A. elinkeinoista, annettu 31/3 1879, 33 §.

terveydelle eikä ruumiinkehitykselle haitallista.⁷⁰ Myös työn kestäessä voi valtion ammattientarkastaja, milloin aiheutta on, vaatia lääkärintarkastuksen siitä, onko työhön otetun lapsen tai nuoren henkilön siinä edelleen pitäminen sen terveydelle ja ruumiinkehitykselle haitallista.⁷¹ Merimiestoimesta on säädetty, ettei 14 vuotta nuorempaa mieshenkilöä eikä 20 vuotta nuorempaa naishenkilöä saa lainkaan käyttää sanottuun toimeen. Lämmittäjänä tai hiilenkantajana höyryaluksella ei myöskään saa olla alle 18-vuotias mieshenkilö. Aina kun 18 vuotta nuorempi alaikäinen otetaan merimiestoimeen, hänen ikänsä on selvitettävä papin tai muun julkisen viranomaisen antamalla todistuksella. Sitäpaitsi on myös merimiestoimesta voimassa, että ennen alle 18-vuotiaan alaikäisen lapsen ottamista siihen on lääkärintarkastuksella näytettävä, ettei toimi ole sen terveydelle tai ruumiinkehitykselle haitallinen. Sen ohessa on säännöllisin väliajoin lääkärintarkastuksella todettava, ettei toimen jatkamisesta ole tällaiselle alaikäiselle sellaista haittaa.⁷² Tässä yhteydessä on myös mainittava, ettei 21 vuotta nuorempaa naista saa pitää Suomen ja ulkomaan satamain välillä liikettä välittävän aluksen lastaus- ja purkaustöissä niissä satamissa tai osissa satamaa, jotka sosialiministeriö määrää, ellei ole kysymys aluksesta, jossa ainoastaan sen päällikön perheeseen kuuluvat henkilöt työskentelevät.^{73 74}

Myös lasten ja nuorten henkilöiden työaika on tullut erikoisen lain-säädännön kohteeksi. Teollisuus- ym. sellaisessa työssä ei lasta, eräitä poikkeustapauksia lukuunottamatta, saa pitää työssä enemmän kuin kuusi tuntia vuorokaudessa ja kolmekymmentäkuusi tuntia viikossa eikä nuorta henkilöä enemmän kuin kahdeksan tuntia vuorokaudessa ja neljäkymmentäkahdeksan tuntia viikossa. Sitäpaitsi on säädetty, ettei lapsen työ saa jatkua enempää kuin kolme tuntia ilman säännöllistä vähintään tunnin kestävästä lepoa, jonka ajaksi työntekijä saa esteettömästi poistua työpaikalta. Edelleen on mainittava, ettei lasta saa

⁷⁰ L. lasten ja nuorten henkilöiden käyttämisestä ammattityöhön 4 § 1 ja 2 mom.; L. kauppa-, konttori- ja varastoliikkeiden työoloista 4 § 3 mom.

⁷¹ L. lasten ja nuorten henkilöiden käyttämisestä ammattityöhön 4 § 3 mom.

⁷² MerimiesL 10 § 1—4 mom.

⁷³ L., jolla kielletään pitämästä nuoria naisia eräissä lastaus- ja purkaustöissä 1 §.

⁷⁴ Liian nuoren alaikäisen käyttämisestä eräisiin töihin on myös muissa laeissa säännöksiä. Niinpä ei esim. kyyditsijänä saa käyttää kahdeksatoista vuotta nuorempaa henkilöä, ellei matkustaja siihen suostu. KyytiL, annettu 11/10 1918, 25 § 1 mom. Koska mainittu säännös on ilmeisesti annettu matkustajan edun eikä alaikäisen ruumiillisen kasvatuksen turvaamiseksi, emme siihen lähemmin puutu.

pitää tällaisessa työssä ennen kello seitsemää aamulla eikä jälkeen kello seitsemän illalla, eikä nuorta henkilöä, ellei sosialiministeriö eräiden työalojen suhteen harkitse sitä hänen ammattikehitykselleen tarpeelliseksi, ennen kello kuutta aamulla eikä jälkeen kello seitsemän illalla.⁷⁵ Kauppa-, konttori- ja varastoliikkeissä ei myöskään lasta saa pitää työssä enempää kuin kuusi tuntia vuorokaudessa. Nuorista henkilöistä on sanotussa työssä sitävastoin voimassa pääpiirteittäin samat määräykset kuin aikuisistakin. Kun liikkeessä on tehty ylitöitä, tulee kuitenkin muiden liikeapulaisten saada keskeytymätöntä lepoaikaa vähintään kaksitoista, mutta lapsen ja nuoren henkilön vähintään neljätöistä tuntia vuorokaudessa.⁷⁶

Alaikäistä koskevat myös työstä teollisuus- ym. ammateissa annetun asetuksen säännökset siitä, ettei 18 vuotta täyttänyttäköön työntekijää saa yleensä pitää yötyössä.⁷⁷ Vain jos työ on järjestetty eri vuoroihin, tai eräissä muissa poikkeustapauksissa se voi tapahtua yönkin aikana.⁷⁸ Myös leipomotyössä voidaan päivittäistä työaikaa pidentämättä sallia 18 vuotta täyttäneiden taikinan alustajien sekä eräiden aputyöntekijöiden olla työssään osaksi yön aikana niin kauan ennen ja jälkeen muita työntekijöitä, kuin sosialiministeriö hakemuksesta harkitsee välttämättömäksi.⁷⁹

Vielä on huomattava, että eräät työt ovat niiden vaarallisen luonteen takia kokonaan kielletyt lapsilta ja nuorilta henkilöiltä. Näitä ei saa käyttää esim. liian raskaiden kuormien käsittelyyn, työhön kivilouhimoissa ja maanalaisissa kaivoksissa, vaaralliseen konetyöhön eikä muuhunkaan sellaiseen työhön, joka liikarasituksen tahi terveys- tai tapaturmavaaran vuoksi saattaa vahingoittaa heidän terveyttään taikka ehkäistä heidän ruumiinkehitystään.⁸⁰

⁷⁵ L. lasten ja nuorten henkilöiden käyttämisestä ammattityöhön 5—7 §.

⁷⁶ L. kauppa-, konttori- ja varastoliikkeiden työoloista 5 § 1 mom. ja 6 §.

⁷⁷ Yötyöllä tarkoitetaan sanotussa asetuksessa työtä kello 21:sta kello 6:een. A. työstä teollisuus- ynnä eräissä muissa ammateissa 9 § 1 mom.

⁷⁸ A. työstä teollisuus- ynnä eräissä muissa ammateissa 9 §.

⁷⁹ LeipomotyöL 3 §.

⁸⁰ L. lasten ja nuorten henkilöiden käyttämisestä ammattityöhön 8 §. Valtioneuvoston päätös, jolla työstä teollisuus- ynnä eräissä muissa ammateissa 18 päivänä elokuuta 1917 annetun asetuksen 4 ja 20 §:n nojalla määrätään, mitkä ammatit tai ammatinhaarat lapsiin ja nuoriin henkilöihin nähden ovat luettavat erittäin vaarallisiin ammatteihin, ja annetaan tarkempia määräyksiä sellaisista töistä, jotka ovat omansa vahingoittamaan lasten ja nuorten henkilöiden terveyttä tai ehkäi-

Kuten jäljempänä tulee tarkemmin puhetta, voidaan useissa tapauksissa huoltaja tuomita rangaistukseen, jos lasta on pidetty työssä vastoin edellämainittuja säännöksiä.⁸¹

D. Lapsen henkinen kasvatusta.

Lapsen henkinen kasvatusta käsittää lähinnä sen kehittämisen älyllisessä ja siveellisessä suhteessa yhteiskunnalle hyödylliseksi kansalaiseksi. Sanotun kasvatuksen osana voitaneen myös pitää uskonnollista kasvatusta. Viimeksimainittua kasvatusta käsittelemme kuitenkin seuraavassa erikseen.

Henkinen kasvatusta on ruumiillista kasvatusta arkaluontoisempi tehtävä. Koska kasvattajan on usein mahdotonta päästä perille lapsen sieluelämästä, on tähän elämään pohjautuvien ominaisuuksien ja kykyjen kehittäminen vaikeata. On siis luonnollista, että lapsen henkistäkin kasvatusta koskevat oikeussäännökset voivat yleensä sisältää vain ylimalkaisia ohjeita ja määräyksiä. Millä tavoin lasta on henkisesti kasvatettava, jää senvuoksi suureksi osaksi riippumaan huoltajan harkinnasta. Kuten jo aikaisemmin olemme maininneet,⁸² voi huoltaja juuri puheena-olevassa kasvatuksessa toteuttaa omiakin intressejään.

Lapsen henkistä kasvatusta koskevat oikeussäännökset asettavat yleensä sen tietopuoliselle kasvatukselle eräissä suhteissa minimirajoja. Säädetty vähin määrä tietopuolista kasvatusta on annettava jokaiselle lapselle. Onko huoltaja velvollinen antamaan lapselle mainitunlaista kasvatusta sanottujen säännösten määräämissä suhteissa enemmän kuin tämän vähimmän määrän, riippuu olosuhteista, joissa lapsi ja sen vanhemmat elävät, varoista, jotka lapsen kasvatukseen on käytettävissä ja sen taipumuksista. Lapsen henkistä kasvatusta koskevia oikeussäännöksiä tarkastettaessa on myös muistettava useissa laeissa ja asetuksissa olevat lapsen siveellisen kasvatuksen suojaksi annetut säännökset.

Lapsen henkisessä kasvatuksessa on tärkeä sija mainitulla tietopuolisella opetuksella. Tässä suhteessa voidaan erottaa kansanopetus, joka jakautuu alkuopetukseen ja kansakouluopetukseen, opetus ylempää

semään heidän ruumiinkeskeytystään, annettu 14/3 1919; L. kauppa-, konttori- ja varastoliikkeiden työoloista 5 § 2 mom.; L. lyijyvalkoisen ja lyijysulfaatin käytön kieltämisestä eräissä maalaustöissä 3 §.

⁸¹ Ks. jäljempänä s. 164 ss.

⁸² Ks. edellä s. 29.

sivistystä varten, joka käsittää oppikouluopetuksen ja opetuksen yliopistoissa ja muissa korkeakouluissa, sekä ammattiopetus.⁸³

Lapsen ensimmäisinä ikävuosina on sen tietopuolisella opetuksella luonnollisesti pienempi merkitys. HL:n 33 §:n 2 momentin säännökistä voitaneen kuitenkin päätellä, että huoltajan on jo ennen, kuin lapsi tulee varsinaiseen kouluikänsä mikäli mahdollista myös tässä suhteessa kehitettävä sitä sen kykyjen ja taipumusten mukaan. Tämä selviää myös kansakoulun järjestysmuodon perusteista toukokuun 18 päivänä 1923 annetun lain 2 §:stä, jossa nimenomaan sanotaan, että kansakoulut tarjoavat jokaiselle kansalaiselle välttämättömän pohjasivistyksen antamista kotikasvatukseen nojaten. Alkuopetuksessa on siis tärkeänä tekijänä kotiopetus. Kotiopetuksesta on myös KirkkoL:ssa säännöksiä, joiden merkitys OppivelvL:n ja UskonnonvapL:n voimaantulon jälkeen on kuitenkin huomattavasti vähentynyt. KirkkoL:n 43 §:ssä säädetään, että vanhempien ja holhoojien tulee kasvattaa lapsensa ja holhottavansa kristillisesti ja antaa tai hankkia niille tarpeellista evankelis-luterilaisen opin opetusta. Mainittu kotiopetus käsittää lukutaidon ja kristinopin opetuksen,⁸⁴ ja sen tulee alkaa viimeistään, kun lapsi on täyttänyt 7 vuotta.⁸⁵ Kotiopetus ei ole viranomaisten valvonnan alainen,⁸⁶ mutta sitä valvoo papisto vuosittain pidettävissä lukukinkereissä,⁸⁷ joille seurakunnan jäsen on velvollinen lähettämään lapsensa.⁸⁸ Jos huoltaja laiminlyö sanotun kotiopetuksen, voidaan hänen suhteensa ryhtyä eräisiin KirkkoL:ssa säädettyihin toimenpiteisiin.⁸⁹ Kuten jo on mainittu, ovat puheenaolevat KirkkoL:n säännökset kuitenkin menettäneet merkityksensä. UskonnonvapL:n voimaantulon jälkeen niitä ei voine ulottaa kirkosta eronneisiin henkilöihin ja OppivelvL:ssa on säädetty toisia keinoja lapsen tietojen toteamiseksi.⁹⁰ Lukukinkereitä pidetään kyllä edelleen, mutta niitä ei enää järjestettäne lasten luku- ja kristinopin taidon selvillesaamiseksi, vaan hartaustilaisuuksiksi. Alkeisopetuksesta on vielä mainittava, että seurakunnan on pidettävä siitä huolta siinä tapauksessa, ettei sen tarve tule kotiopetuksella tyydytetyksi. Tätä var-

⁸³ Ks. *Ståhlberg*: Hallinto-oikeus II, s. 584 s.

⁸⁴ KirkkoL 49 §.

⁸⁵ KirkkoL 44 §.

⁸⁶ HM 82 § 2 mom.; OppivelvL TpA 20 §.

⁸⁷ KirkkoL 49 §.

⁸⁸ RL 41: 4 ja 5.

⁸⁹ KirkkoL 44, 101 ja 102 §.

⁹⁰ OppivelvL 18 §.

ten voidaan perustaa kirkollisia pientenlastenkouluja. Koulun perustamisesta päättää kirkonkokous.⁹¹ Tähänkin alkuopetukseen pitääneen kuitenkin paikkansa se, mitä edellä on sanottu UskonnonvapL:n ja OppivelvL:n vaikutuksesta KirkkoL:n määräämään kotiopetukseen. Yleinen kaikkia kansalaisia koskeva velvollisuus alkuopetukseen kotiopetuksen muodossa on siis voimassaolevassa oikeudessamme johdettavissa vain mainituista HL:n 33 §:n 2 momentin ja kansakoulun järjestysmuodon perusteista annetun lain 2 §:n säännöksistä.⁹²

Jokaiselle kansalaiselle välttämättömän pohjasivistyksen hankkimista varten on kuitenkin puheenaoleva alkuopetus riittämätön. Opetuksen hankkimista lapselle sen lisäksi on pidetty siksi tärkeänä, ettei sitä ole katsottu voitavan jättää huoltajan tahdosta riippuvaksi. Tämän takia on lailla säädetty oppivelvollisuus. On määrätty minimirajoja opetukselle, joka kaikille kansalaisille on annettava.

Yleinen oppivelvollisuus on säädetty meillä huhtikuun 15 päivänä 1921 annetulla OppivelvL:lla. Sanottu velvollisuus tarkoittaa sen tietojen ja taitomäärän saavuttamista, joka kansakoulussa annetaan.⁹³ Oppivelvollisuuden toteuttamiseksi kunnat ovat velvolliset ylläpitämään kansakouluja, joissa lapset saavat maksuttomasti opetusta, mutta lapsi voidaan myös panna sanotussa tarkoituksessa muuhun kouluun tai sille voidaan hankkia yksityisopetuksella vastaavat tiedot.⁹⁴ Mainittu velvollisuus koskee yleensä kaikkien Suomen kansalaisten lapsia. Suorastaan lain nojalla on siitä toistaiseksi kuitenkin vapautettu harvaan asutussa kunnassa lähimmästä kansakoulusta 5 kilometriä kauempana asuva lapsi sekä tylsämielinen lapsi. Sitäpaitsi voidaan lapselle myöntää vapautta tästä velvollisuudesta ruumiinvian tai heikon terveyden, heikon käsityskyvyn ja muun erikoisen syyn takia.⁹⁵

Oppivelvollisuus alkaa syyslukukauden alusta sinä kalenterivuonna, jona lapsi täyttää 7 vuotta, ja päättyy kevätlukukauden lopussa sinä vuonna, jonka kuluessa se täyttää 13 vuotta. Jos lapsi ei ole kuitenkaan sanottuna aikana saavuttanut kansakoulun tieto- ja taitomäärää,

⁹¹ KirkkoL 307 § 1 mom. 1 kohta. Ks. myös *Ståhlberg*: Hallinto-oikeus II, s. 597 s.

⁹² Vrt. *Ståhlberg*: Hallinto-oikeus II, s. 596 ss.

⁹³ OppivelvL 2 § 1 mom. ja 7 §; L. kansakoulun järjestysmuodon perusteista 2—6 §; A. kansakoulun järjestysmuodosta 1—6 §; *Ståhlberg*: Hallinto-oikeus II, s. 603.

⁹⁴ OppivelvL 5—13 §.

⁹⁵ OppivelvL 1 ja 4 §.

päätyy tämä velvollisuus vasta kevätlukukauden lopussa sinä vuonna, jona se täyttää 14 vuotta. Varsinaisen oppivelvollisuusajan päättymisen jälkeen on sitäpaitsi lapsi, jollei se muulla tavalla opintojaan jatka, velvollinen kahden seuraavan vuoden ajan ottamaan osaa jatko-opetukseen. Jos se harkitaan lapselle edulliseksi, voidaan oppivelvollisuus aika siirtää vuotta myöhemmäksi. Mainituista ikärajoista huolimatta on puheenaoleva velvollisuus kuitenkin täytetty heti, kun lapsi on käynyt kansakoulun sekä sen lisäksi saanut mainittua jatko-opetusta kahden seuraavan vuoden ajan taikka muuten suorittanut vastaavat oppimäärät.⁹⁶

Kuten edellä on ollut puhetta, ovat kunnat velvolliset huolehtimaan siitä, että kansakouluja, joissa lapsille annetaan maksutonta opetusta, on riittävästi. Tässä suhteessa on siis olemassa koulupakko.⁹⁷ Jokainen oppivelvollisuusiässä oleva lapsi on oikeutettu pääsemään kansakouluun. Alakansakoulun ensimmäiselle luokalle on lapsi otettava riippumatta siitä, miten sen tiedot ja taidot koulun mahdollisesti toimittamassa kuulustelussa arvostellaan. Onko lapsi otettava suoraan jollekin ylemmälle luokalle, riippuu sitävastoin sanotunlaisesta kuulustelusta.⁹⁸

Lapsen huollon kannalta on tärkeä kysymys, missä määrin huoltaja on oikeutettu ja velvollinen huolehtimaan oppivelvollisuuden täyttämisestä. Useat OppivelvL:n säännökset osoittavat, että lapsen huoltajalle on annettu tässä suhteessa suuri määräämisvalta. Hänen vallassaan on päättää, hankitaanko lapselle vaadittavat tiedot kansakoulussa vai muulla tavalla. Hän voi myös pyytää oppivelvollisuusajan pidennystä tai lapsen vapauttamista sanotusta velvollisuudesta.⁹⁹ Kansakoulun johtokunnan tehtävänä on valvoa oppivelvollisuuden täytäntöönpanoa,¹⁰⁰ mutta lapsen huoltajan on ensisijaisesti huolehdittava tämän laissa säädetyn velvollisuuden täyttämisestä. Jos hän laiminlyö säännöllisesti käyttää lasta koulussa tai ei toimita sille vastaavaa opetusta, johtokunnan tulee kehoittaa häntä täyttämään sanottu velvollisuus sekä, ellei hän siitä ota ojentuakseen, viralliselle syyttäjälle ilmoittaa hänet syytettäväksi tuomioistuimessa.¹⁰¹ Myös siinä tapauksessa, että lapsi oppivelvollisuuden suorittamiseksi saa opetusta muulla tavalla kuin oman piirinsä kansa-

⁹⁶ OppivelvL 3 ja 8 §; A. kansakoulun järjestysmuodosta 12 §.

⁹⁷ OppivelvL 6 ja 9 §; *Ståhlberg*: Hallinto-oikeus II, s. 603.

⁹⁸ Ks. A. kansakoulun järjestysmuodosta 11 ja 12 §.

⁹⁹ Ks. OppivelvL 3 § 2 mom., 4 § 3 mom. sekä 5 ja 18 §.

¹⁰⁰ OppivelvL 14, 15, 16 ja 18 §; OppivelvL TpA 2—4 §.

¹⁰¹ OppivelvL 16 § 1 mom.

koulussa, huoltaja on velvollinen kunkin lukuvuoden alussa tekemään siitä ilmoituksen asianomaisen kansakoulun johtokunnalle sekä, jos lapsen saama opetus ei ole kouluhallituksen valvonnan alaista, kunkin lukuvuoden lopussa kansakoulun johtokunnalle toimittamaan pätevän henkilön antaman todistuksen sille annetun opetuksen laadusta ja laajuudesta tai ellei tällaista todistusta voida saada, toimituttamaan lapsen johtokunnan kuulustettavaksi. Jos havaitaan, ettei huoltajan lapselle toimittama kotiopetus vastaa tarkoitustaan, johtokunnan on velvoitettava hänet panemaan lapsi kouluun.¹⁰²

OppivelvL:n lapsen huoltajaa koskevien määräyksien suhteen on huomattava, että lapsen huoltajalla tarkoitetaan sanotussa laissa, kuten jo aikaisemmin olemme todenneet, myös sitä, joka pääasiallisesti pitää huolta lapsen hoidosta ja kasvatuksesta.¹⁰³ Lapsen tosiasiallinenkin huoltaja on siis velvollinen huolehtimaan oppivelvollisuuden täyttämisestä. Tämä lienee ymmärrettävä siten, että OppivelvL:n puheenaolevat säännökset kohdistuvat ensisijaisesti lapsen oikeudelliseen huoltajaan, mutta siinä tapauksessa, että hän on uskonut lapsen tosiasiallisen huollon toiselle henkilölle, tämä vastaa näiden säännösten noudattamatta jättämisestä. Uskomalla lapsen tosiasiallisen huollon toiselle henkilölle oikeudellinen huoltaja ei kuitenkaan vapautune sanotusta vastuusta, ellei hän tosiasiallista huoltajaa valitessaan ole noudattanut tarpeellista huolellisuutta tai jos hän siitä huolimatta, että on tiennyt tosiasiallisen huoltajan laiminlyövänsä lapsen oppivelvollisuuden, ei ole ryhtynyt asian vaatimiin toimenpiteisiin.¹⁰⁴

Ellei huoltaja huolehdi lapsen oppivelvollisuuden täyttämisestä, voidaan häntä vastaan ryhtyä pakkotoimenpiteisiin ja hänet tuomita rangaistukseen.¹⁰⁵ Kuten jo mainittiin, on tässä suhteessa säädetty, että jos hän laiminlyö käyttäen lasta säännöllisesti koulussa tai ei toimita sille vastaavaa opetusta, tulee koulun johtokunnan kehoittaa häntä täyttämään sanottu velvollisuus sekä, ellei hän siitä ota ojentuakseen, viralli-

¹⁰² OppivelvL 18 §.

¹⁰³ Vrt. edellä s. 14 s.

¹⁰⁴ Vrt. edellä s. 58 s.

¹⁰⁵ Ks. OppivelvL 16 § 1–4 mom.; LSL 8 § 1 mom. e kohta ja 9 § 2 mom.; OppivelvL TPA 12 §. Erikoisiin toimenpiteisiin voidaan myös ryhtyä, jos oppivelvollisuutensa täyttämiseksi kouluun pantu lapsi vastoin huoltajansa tahtoa laiminlyö koulunkäynnin tai käytöksellään häiritsee koulun toimintaa. Ks. OppivelvL 16 § 5 mom.; OppivelvL TPA 13 §; A. kansakoulun järjestysmuodosta 14 §; LSL 8 § 1 mom. e kohta ja 9 § 2 mom.

selle syyttäjälle ilmoittaa hänet syytettäväksi tuomioistuimessa.¹⁰⁶ Tällaisesta laiminlyönnistä voidaan huoltaja tuomita enintään 20:een tai uusittaessa 50:een päiväsakkoon.¹⁰⁷ OppivelvL:n 16 §:n 4 momentissa on edelleen säädetty, että jos sanottu laiminlyönti jatkuu, tuomioistuin saattaa määrätä lapsen otettavaksi lastensuojeluviranomaisten hoitoon. LSL:n voimaantulon jälkeen lienee kuitenkin viimeksimainittu säännös lakannut olemasta voimassa. Jos lapsi omasta tai vanhempainsa syystä laiminlyö OppivelvL:n mukaisen koulunkäynnin taikka käytöksellään rikkoo koulun järjestystä vastaan eikä ole koulun kurinpitokeinoin ojennettavissa, lienee voimassaolevan oikeutemme mukaan huoltolautakunnan ryhdyttävä sen suhteen LSL:n 9 §:n 2 momentissa säädettyihin toimenpiteisiin.¹⁰⁸

Edellä on ollut puhetta lapsen pakollisesta kouluttamisvelvollisuudesta. OppivelvL:n 1 §:n 2 momentissa ja 4 §:ssä mainittuja poikkeuksia lukuunottamatta on kansakoulussa saavutettava tietomäärä hankittava jokaiselle lapselle. Missä määrin huoltaja on velvollinen hankkimaan lapselle opetusta korkeampaa sivistystä varten, riippuu sitävastoin, kuten jo on ollut puhetta, lapsen säädystä, tilasta ja taipumuksista. Mikäli varoja on tarkoitukseen käytettävissä ja lapsella on taipumuksia opintojensa jatkamiseen, on huoltajan hankittava sille kansakoulua korkeampaa opetusta.¹⁰⁹ Sanottu korkeampi opetus käsittää oppikoulu-, yliopisto- tai muun korkeakouluopetuksen sekä ammattiopetuksen. Yleensä katsotaan, että vaatimattomammassa ja köyhemmissä oloissa elävät vanhemmat täyttävät velvollisuutensa, jos he hankkivat lapselensa OppivelvL:ssä edellytetyn tietomäärän sekä mikäli mahdollista ammattiopetusta. Paremmassa oloissa eläviltä vanhemmilta vaaditaan sitävastoin tässä suhteessa enemmän. Heidän on yleensä hankittava lapselleen oppikoulu- sekä yliopisto- tai muuta korkeakouluopetusta.¹¹⁰ Lapsi on säännönmukaisesti kasvatettava samaan yhteiskunnalliseen asemaan kuin sen vanhemmat, edellyttäen, että vanhempien ja lapsen varallisuusasema ja lapsen taipumukset tekevät sen mahdolliseksi. Virkamiesperheen lapselle on näin ollen annettava sellainen kasvatus, että

¹⁰⁶ OppivelvL 16 § 1 mom.

¹⁰⁷ OppivelvL 16 § 2 ja 3 mom.

¹⁰⁸ LSL 8 § 1 mom. e kohta verr. 9 §:n 2 momenttiin. Ihmetystä herättää se, ettei LSL:ssä ole sanottu, mitkä säännökset mainitulla lailla on kumottu.

¹⁰⁹ Undén, s. 52; Lb. GB. IV, s. 429.

¹¹⁰ Ks. Grotenfelt: Förmynderskapslagen, s. 64; Lb. GB. IV, s. 428; Undén, s. 52; Stjernstedt, s. 373 s.; Westring, s. 378 s.

se voi päästä yhteiskunnassa samanarvoiseen toimeen tai asemaan kuin sen vanhemmat. Jos lapsen taipumukset tai varojen pienuus on esteenä tällaiselle kasvatukselle, voi kuitenkin sattua, että virkamiesperheen lapsen on pakko elättää itsensä esim. työmiehenä. Koska lapsen kasvatamista koskevat oikeussäännökset asettavat vain minimirajoja vanhempain puheenaolevalle velvollisuudelle, on luonnollista, etteivät ne estä vanhempia kasvattamasta lastaan itseään korkeampaan yhteiskunnalliseen asemaan.¹¹¹ Työmies voi esim. kasvattaa lapsestaan virkamiehen jne.

Lapsen kouluttamisvelvollisuuteen liittyy läheisesti oikeus sen ammatin valitsemiseen. Yleensä oltaneen sitä mieltä, että huoltajalla on oikeus säännönmukaisesti vastoin lapsen tahtoakin valita sille ammatti.¹¹² Mitä edellä on sanottu lapsen säädyn, varallisuuden ja taipumusten vaikutuksesta sen koulutukseen ja henkiseen kasvatukseen yleensä, pitää myös paikkansa ammatin valinnan suhteen. Koska vanhemmat lapsensa huoltajina tavallisesti joutuvat omilla varoillaan kouluttamaan ja kasvattamaan lapsensa, tuntuu luonnolliselta, että heillä on myös oikeus määrätä, mihin ammattiin lapsi kasvatetaan. Mutta vaikka ei huoltaja suorittaisikaan puheenaolevia kustannuksia, on mainitun oikeuden uskominen hänelle paikallaan senvuoksi, että hän tuntee parhaiten lapsen taipumukset. Hänen velvoittamisensa antamaan lapselle omasta mielestään tarkoituksetonta kasvatusta tai ammattikoulutusta olisi kohtuutonta. Kuten sanotusta selviää, on lapselle valittava ammatti lähinnä sen taipumuksia silmälläpitäen. Tätä ei ole kuitenkaan ymmärrettävä siten, että sille olisi aina valittava se ammatti, johon sillä on eniten taipumusta. Lapsen kouluttaminen puheenaolevaan ammattiin ei ole aina taloudellisesti mahdollista. Muun ammatin valitseminen voi myös olla välttämätöntä esim. siitä syystä, ettei ensiksimmäinen ammatti ole taloudellisesti kannattava. Luonnollista on, että huoltajan on ammattia valitessaan otettava huomioon lapsenkin mielipide, mikäli se on niin kehittynyt, että sen tahdonilmaisulle voidaan antaa arvoa. Kuten jo on sanottu, ei huoltaja ole kuitenkaan säännönmukaisesti sidottu lapsen mielipiteeseen sanotussa suhteessa.

Huoltajan oikeutta lapsen ammatin valitsemiseen rajoittaa suuresti kahdeksantoista vuotta täyttäneen alaikäisen oikeus tehdä työntekijänä itse työsopimuksensa, samoin viisitoista, vaan ei kahdeksatoista vuotta

¹¹¹ *Grotenfelt: Förmynderskapslagen, s. 64.*

¹¹² *Ks. Grotenfelt: Förmynderskapslagen, s. 64; Wrede—Caselius, s. 208; Gadolin, s. 75; Nordling, s. 337; Borum, s. 88; Knitschky, s. 151; Schulthess, s. 5.*

täyttäneen ja omalla työllään itsensä elättävän alaikäisen oikeus tehdä työntekijänä itse työ- ja oppisopimuksensa ¹¹³ sekä lain säännökset siitä, ettei huoltaja saa ulottaa alaikäisen puolesta tekemäänsä työsopimusta ¹¹⁴ yli sen ajan, jolloin alaikäinen täyttää kahdeksantoista vuotta, eikä oppisopimusta muuta kuin alaikäisen kirjallisella suostumuksella yli sanotun ajan.^{115 116}

Aikaisemmin lienee katsottu, ettei vanhempien velvollisuus kehittää lapsiaan määrättyyn ammattiin koskenut yhtä suuressa määrässä tyttäriä kuin poikia. Tyttärille annettiin yleisesti huomattavasti vaatimattomampi kasvatus kuin pojille. Tällaista käsityskantaa ei voi kuitenkaan pitää oikeana. Sukupuolesta riippumatta on kaikilla lapsilla yhtä suuri oikeus säätynsä ja taipumustensa mukaiseen kasvatukseen.¹¹⁷ Pojille annettavan kasvatuksen määrässä otetaan kuitenkin yhä edelleen usein huomioon se, että heillä on tulevana perheen elättäjinä säännönmukaisesti suurempia velvoituksia kuin tyttärillä.

Lapsen henkisen kasvatuksen yhteydessä on vielä mainittava eräitä oikeussäännöksiä, jotka liittyvät sanottuun kasvatukseen senvuoksi, että ne on annettu lähinnä juuri sen suojaksi. Erikoisesti on lainsäädännössä kiinnitetty huomiota lapsen suojelemiseen sille henkisesti ja siveellisesti sopimattomilta ansiotöiltä. Eräissä tapauksissa ei lapsi saa lainkaan olla tällaisessa ansiotyössä. Joskus vaaditaan taas siihen huoltolautakunnan suostumus. Niinpä henkilö, joka ei ole täyttänyt kuuttatoista vuotta, ei saa esiintyä kiertävänä laulajana, soittajana, tanssijana, voimistelutaiturina tai muussa näihin verrattavassa ansiotoimessa.¹¹⁸ Alle 16-vuotias lapsi ei saa myöskään ilman huoltolautakunnan suostumusta harjoittaa kaupustelua tai muuta siihen verrattavaa tointa julkisella paikalla, mikäli kaupustelu ei ole sen tai sen kotiväen keräämien tai viljelemien luonnontuotteiden tilapäistä myyntiä. Myöskään ei henkilö, joka ei ole täyttänyt kuuttatoista vuotta, tai nainen, joka on täyttänyt kuusitoista, vaan ei kahdeksaatoista vuotta, saa huoltolautakunnan suostumuksetta olla yleisöä palvelemissa hotellissa, ravintolassa, kahvilassa tai muussa näihin verrattavassa yleisessä pai-

¹¹³ TyösopimL 9 §; OppisopimL 5 §. Ks. myös jäljempänä s. 230 ss.

¹¹⁴ Siitä, kuuluuko työsopimuksen tekeminen alaikäisen puolesta huoltajan vai omaisuuden hoitajan tehtäviin, ks. jäljempänä s. 229 s.

¹¹⁵ TyösopimusL 9 §; OppisopimusL 5 §.

¹¹⁶ Vrt. kuitenkin huoltajan oikeudesta lapsen tekemän työsopimuksen purkamiseen jäljempänä s. 237 ss.

¹¹⁷ HL 33 § 2 mom.; *Schulthess*, s. 5. Vrt. HM 5 §.

¹¹⁸ LSL 30 § 1 mom. verr. 1 §:ään.

kassa, ellei hänen työskentelynsä niissä tapahdu hänen vanhempiansa tai holhoojansa välittömän silmälläpidon alaisena.¹¹⁹ Niistä tapauksista, joissa huoltolautakunnan suostumus ansiotoimen harjoittamiseen on tarpeen, on nimenomaan säädetty, ettei lautakunta saa antaa sanottua suostumusta, jos se harkitsee ansiotoimen harjoittamisen vahingolliseksi asianomaisen siveydelle, terveydelle tai ruumiinkehitykselle.¹²⁰ Huoltajan velvollisuutta valvoa, ettei lapsi ole mainituissa kielletyissä ansiotoimissa, on tehostettu säätämällä, että hänet voidaan tuomita rangaistukseen tämän velvollisuuden laiminlyömisestä.¹²¹ Huomattava on sitäpaitsi, että puheenaoleva laiminlyönti voi johtaa huoltolautakunnan ryhtymiseen lapsen suhteen LSL:n 3 luvussa säädettyihin suojelutoimenpiteisiin.¹²²

Lapsen suojeleminen väkijuomien turmiolliselta vaikutukselta on myös tullut lainsäädännän kohteeksi. Tässä suhteessa on mainittava, ettei vähittäismyynnissä väkijuomia yleisölle myymässä tai anniskelu paikassa niitä tarjoilemassa saa käyttää henkilöä, joka ei ole täyttänyt kahtakymmentä vuotta.¹²³ Myös väkijuomien myynti henkilölle, joka ilmeisesti on 21 vuotta nuorempi, on kielletty,¹²⁴ samoin anniskelu kahdeksantoista vuotta nuoremmalle henkilölle.¹²⁵ Mainittujen VäkijuomaL:n säännösten rikkomisesta on säädetty rangaistus. Väkijuomayhtiön toimihenkilö tai sen palveluksessa oleva muu henkilö, samoin anniskelun, ravintolan, kahvilan tai muun sellaisen paikan hoitaja tai palveluskuntaan kuuluva henkilö, joka ei ole väkijuomayhtiön palveluksessa, voidaan tuomita rangaistukseen yllämainittujen säännösten rikkomisesta.¹²⁶ Kaikkiin kansalaisiin kohdistuu sitävästoin RL:n 43 luvun 7 §:ssä määrätty rangaistusuhka kahdeksantoista vuotta nuoreman henkilön viettelemisestä nauttimaan päihdyttävää juomaa, niin että tämä siitä juopuu. Myös siis lapsen huoltaja voidaan tuomita sanotun pykälän nojalla rangaistukseen.

Erikoisesti lasten siveellisyyden turvaamiseksi annettuina säännöksinä mainittakoon vielä RL:n 20 luvun 6, 7 ja 9 a §:ssä luvattomasta

¹¹⁹ LSL 30 § 2 ja 3 mom. verr. 1 §:ään.

¹²⁰ LSL 31 §.

¹²¹ LSL 45 §.

¹²² LSL 8 § 1 mom. e kohta ja 9 § 2 mom.

¹²³ VäkijuomaL 47 §.

¹²⁴ VäkijuomaL 34 § 1 mom. 1 kohta. Vrt. myös VäkijuomaL 51 § 1 mom.

¹²⁵ VäkijuomaL 43 § 1 mom.

¹²⁶ VäkijuomaL 68 ja 69 §.

sekaannuksesta ja muusta haureudesta sekä 25 luvun 1 a, 2, 7 ja 8 §:ssä rikoksista toisen vapautta vastaan säädettyt rangaistukset.

E. Lapsen uskonnollinen kasvatus.

Kuten edellä on ollut puhetta, liittyvät lapsen henkinen ja uskonnollinen kasvatus läheisesti toisiinsa. Useinmainitun HL:n 33 §:n 2 momentissa säädetään, että lapsi on kasvatettava jumalanpelkoon. Marraskuun 10 päivänä 1922 annetun UskonnonvapL:n voimaantulon jälkeen kohdistunee sanottu HL:n säännös kuitenkin ainoastaan lapseen, joka kuuluu johonkin uskonnolliseen yhdyskuntaan eli evankelisluterilaiseen tai kreikkalaiskatoliseen kirkkoon taikka muuhun yhdyskuntaan, jolla on tarkoituksena julkisesti harjoittaa uskontoa ja joka on asianmukaisesti rekisteröity.¹²⁷ Jos lapsi ei kuulu uskonnolliseen yhdyskuntaan, sen huoltaja ei siis ole velvollinen antamaan sille uskonnollista kasvatusta.

Kysymys siitä, kuuluuko lapsi sanotunlaiseen yhdyskuntaan vai ei, määräytyy alle 18-vuotiaan lapsen osalta yleensä sen vanhempien mukaan. Jos mainitunikäisen lapsen vanhemmat kuuluvat johonkin uskontokuntaan, seuraa lapsi vanhempiensa, samoin myös, elleivät vanhemmat kuulu mihinkään uskontokuntaan.¹²⁸ Jos vanhemmat kuuluvat eri uskontokuntiin tai jompikumpi heistä ei kuulu mihinkään uskontokuntaan, seuraa lapsi siinä kohden isää, elleivät vanhemmat ennen avioliittoaan tai sen jälkeen ole kirjallisesti sopineet, että sen on seurattava äitiä. Edelleen on säädetty, että jos se vanhemmista, jota lapsi seuraa, kuolee tai menettää kasvattamisoikeutensa, taikka jos vanhempien kesken on tapahtunut avioero¹²⁹, seuraa viittätoista vuotta nuorempi lapsi sitä vanhemmista, joka lasta kasvattaa, ellei tuomioistuin holhoojan, holhouslautakunnan tai lapsen sukulaisen vaatimuksesta toisin määrää.¹³⁰

¹²⁷ Vrt. UskonnonvapL 2 §.

¹²⁸ UskonnonvapL 6 § 1 mom. 15 vuotta täyttänyt lapsi on kuitenkin oikeutettu yksin eroamaan uskontokunnasta tai siihen liittymään, jos vanhemmat tai se heistä, joka lasta kasvattaa, taikka holhooja siihen suostuu. UskonnonvapL 7 § 2 mom. UskonnonvapL:n säännöksistä siitä, mihin uskontokuntaan lapsi kuuluu, ks. myös K. R. Brotherus: Uskonnonvapauslaki, Lm 1922, s. 294 ss.; Sama: Valtio ja kirkko, s. 246 ss.

¹²⁹ Avioeroon lienee myös rinnastettava kaikki ne tapaukset, joissa avioliitto on tuomittu peruutumaan. Vrt. AL 67 ja 68 § verr. 80 §:n 1 momenttiin.

¹³⁰ UskonnonvapL 6 § 2 mom.

Avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen uskonto määräytyy sen äidin uskonnon mukaan, mikäli lapsi ei ole isän kasvatettavana.¹³¹ Lapsi, joka viittatoista vuotta nuorempana on otettu ottolapseksi, seuraa taas sanotussa suhteessa ottovanhempiansa. Kuitenkin voidaan asiasta sopia myös toisin lapsen omien vanhempien tai holhoojan kanssa.¹³²

Edellämäinuituista UskonnonvapL:n säännöksistä selvinnee, että lapsi kuuluu säännönmukaisesti samaan uskontokuntaan kuin sen vanhemmat, tai elleivät molemmat vanhemmat ole sen huoltajina, siihen uskontokuntaan, mihin se vanhemmista, jolle huolto on uskottu, kuuluu. Kun mainitun lain 6 §:n 2 momentissa puhutaan siitä vanhemmasta, joka lasta kasvattaa, tarkoitettaneen tällä, huolimatta siitä, että sanottuun momenttiin on lisätty sanat »ellei tuomioistuin holhoojan» jne. vaatimuksesta toisin määrää, sitä vanhemmista, jolle lapsen huolto on uskottu.

Määräyksenvaraisen huoltajan uskontokunnalla ei ole yleensä vaikutusta ratkaistaessa, mihin uskontokuntaan lapsi on kasvatettava. Uuden huoltajan määräämisestä huolimatta lapsi säilyttää entisen uskontonsa. Määräyksenvaraiseksi huoltajaksi on kuitenkin, jos se on soveliaista, etupäässä määrättävä henkilö, joka on samaa uskontunnustusta kuin lapsi.¹³³

Tärkeän poikkeuksen UskonnonvapL:n yleisestä periaatteesta eli lapsen kuulumisesta samaan uskontokuntaan kuin sen vanhemmat tai se vanhemmista, joka on lapsen huoltajana, sisältää sanotun lain 6 §:n 4 momentin säännös siitä, että kodin ulkopuolella kasvatettava alle 15-vuotias lapsi seuraa kasvattajaansa uskontokunnan suhteen, jos lapsen vanhemmat tai holhooja on siihen suostunut eikä tuomioistuin holhouslautakunnan taikka lapsen sukulaisen vaatimuksesta toisin määrää. Tästä säännöksestä selvinnee ensinnäkin, että jos lapsen vanhemmat ovat erotetut sen huollosta, alle 15-vuotias lapsi voidaan vastoin esitettyä yleistä periaatetta siirtää heidän suostumuksellaan samaan uskontokuntaan kuin sille määrätty huoltaja. Mutta sanottua säännöstä lienee edelleen tulkittava siten, että tällainen lapsi voidaan mainituin edellytyksin siirtää lakimääräisen tai määräyksenvaraisen huoltajan suostumuksella sen tosiasiallisenkin huoltajan uskontokuntaan.¹³⁴ Kysymyk-

¹³¹ UskonnonvapL 6 § 3 mom.

¹³² UskonnonvapL 6 § 4 mom.

¹³³ HL 28 § 2 mom.

¹³⁴ Lapsen vanhempien ja holhoojan rinnastaminen puheenaolevassa säännöksessä osoittanee, että myös määräyksenvarainen huoltaja on oikeutettu ryhtymään toimenpiteisiin lapsen siirtämiseksi samaan uskontokuntaan kuin sen tosiasiallinen huoltaja.

sessäoleva lapsen uskonnon muuttamista koskeva asia voi kuitenkin tulla holhouslautakunnan tai lapsen sukulaisen vaatimuksesta tuomioistuimen tutkittavaksi ja luonnollista on, että oikeuden tulee estää puheenaoleva toimenpide, ellei siihen ole erittäin painavia syitä.¹³⁵ Lapsen siirtäminen sen tosiasiallisen huoltajan uskontokuntaan edellyttää ehdottomasti, että sitä tullaan pysyväisesti kasvattamaan kodin ulkopuolella saman tosiasiallisen huoltajan luona.

Kosketeltu huoltajan rajoitettu oikeus lapsen uskonnon määrittämiseen ei ulotu 18 vuotta täyttäneeseen lapseen. Sanotun ikäinen lapsi on huoltajan tahdosta riippumatta oikeutettu eroamaan uskontokunnasta taikka liittymään semmoiseen uskontokuntaan, jonka järjestys sallii.¹³⁶ Huomattava on myös, että jos lapsen vanhemmat, ottovanhemmat tai kasvattaja, jonka uskontokuntaan lapsi on siirretty, eroavat uskontokunnasta taikka liittyvät toiseen uskontokuntaan, ei viisitoistavuotias lapsi seuraa heitä, ellei se ole antanut siihen suostumustaan.¹³⁷

Lakimääräisen huoltajan oikeus määrätä, mihin uskontokuntaan lapsi kuuluu, kohdistuu siis varsinaisesti vain alle 15-vuotiseen lapseen, ja senkin suhteen hänen määrittämisvaltansa on suuresti rajoitettu. Lapsen uskontokunnan muuttaminen ja sen uskontokunnasta eroaminen on yleensä mahdollista vain, jos lakimääräinen huoltaja samalla itse muuttaa uskontokuntaa tai sellaisesta eroaa. Määräyksenvarainen huoltaja voi ryhtyä toimenpiteisiin lapsen siirtämiseksi toiseen uskontokuntaan varsinaisesti vain UskonnonvapL:n 6 §:n 4 momentissa mainitussa tapauksessa. Vaikkei UskonnonvapL:n säännöksistä saa sille minkäänlaista tukea, täytyynee hänelle kuitenkin myöntää tällainen oikeus myös siinä poikkeustapauksessa, että esim. uskontokunta, johon lapsi kuuluu,

¹³⁵ UskonnonvapL:n 6 §:n 4 momentissa tuomioistuimelle annettu oikeus määrätä holhouslautakunnan tai lapsen sukulaisen vaatimuksesta, ettei lasta saa sen vanhemman tai holhoojan suostumuksella siirtää toiseen uskontokuntaan, lienee ymmärrettävä niin, ettei lapsen siirtäminen toiseen uskontokuntaan säännönmukaisesti edellytä, että siihen olisi hankittu ennakolta holhouslautakunnan, sukulaisen tai oikeuden suostumus. Puheenaolevassa asiassa on holhouslautakunnalla ja sukulaisilla ainoastaan väliintulo-oikeus, jonka käyttäminen tulee kysymykseen vasta, kun lapsi on jo siirretty toiseen uskontokuntaan. Jos kuitenkin lapsen vanhemmat ovat kuolleet ja määräyksenvarainen huoltaja haluaa siirtää sen omaan uskontokuntaansa, lienee siirtoon vaadittava tässä poikkeustapauksessa ennakolta holhouslautakunnan tai lapsen sukulaisen suostumus. Muussa tapauksessa ei kukaan valvoisi tässä asiassa lapsen etua, joka ehkä voi olla ristiriidassa sille määrätyn huoltajan edun kanssa.

¹³⁶ UskonnonvapL 5 § 1 mom.

¹³⁷ UskonnonvapL 7 § 1 mom.

osoittautuu siveellisesti siinä määrin rappeutuneeksi, että sen vaikutus lapseen on ilmeisesti turmiollinen.

Erikoisesti on huomattava, että sopimusvapaudella on merkitystä lapsen uskonnon määräämisessä vain, jos sen vanhemmat kuuluvat eri uskontokuntiin tai jompikumpi heistä ei kuulu mihinkään uskontokuntaan taikka alle 15-vuotiasta lasta ei kasvateta kotonaan.¹³⁸ Muissa suhteissa lienevät UskonnonvapL:n säännökset ehdottomia. Niinpä eivät vanhemmat sanotun lain 6 §:n 4 momentissa mainittua poikkeusta lukuunottamatta voi sopia siitä, ettei lapsi kuulu samaan uskontokuntaan kuin jompikumpi heistä. He eivät voi myöskään sopimuksella rajoittaa oikeuttaan lapsen uskonnolliseen kasvatukseen eivätkä luovuttaa sopimuksella kolmannelle oikeutta määrätä, mihin uskontokuntaan lapsen tulee kuulua.¹³⁹

Kuten jo on mainittu, kohdistuu HL:n 33 §:n 2 momentin säännös lapsen kasvattamisesta jumalanpelkoon voimassaolevan oikeutemme mukaan vain lapseen, joka kuuluu johonkin uskontokuntaan. Tällaisen lapsen huoltaja on velvollinen kasvattamaan lapsen uskontokunnan oppien mukaan,¹⁴⁰ mikä sisältänee sen, että lapselle on annettava uskontokunnan oppien mukaista uskonnonopetusta. Sanottua opetusta voi huoltaja toimittaa lapselle sen iästä ja kehityksestä riippuen jo, ennen kuin lapsi tulee varsinaiseen kouluikänsä. Tällaiseen alkeisopetukseen ei häntä voitane kuitenkaan yleisen lain nojalla velvoittaa.¹⁴¹ Pääasiallisesti tapahtuu uskonnonopetus lapsen koulunkäynnin yhteydessä. Huoltaja on täyttänyt velvollisuutensa mainitussa suhteessa, jos hän panee

¹³⁸ UskonnonvapL 6 § 2 ja 4 mom.

¹³⁹ Sveitsin oikeudessa on nimenomaan säädetty, että vanhempien oikeutta lapsensa uskonnolliseen kasvatukseen rajoittava sopimus on mitätön. Ks. ZGB 277 art. 2 mom.; *Schulthess*, s. 6.

¹⁴⁰ UskonnonvapL:ssa puhutaan tosin vain kuulumisesta johonkin uskontokuntaan, mutta tämä lienee ymmärrettävä siten, että lapsi on myös kasvatettava uskontokunnan oppien mukaan. Ks. *Brotherus*: *Lm* 1922, s. 297. Näin myös Tanskan oikeuden osalta *Bentzon* ja *Borum*. Ks. *Bentzon*: *Familieret* 1916, s. 290; *Borum*, s. 81.

¹⁴¹ Näin Ruotsin oikeuden kannalta *Stjernstedt*. Ks. *Stjernstedt*, s. 371. Evankelis-luterilaiseen uskontokuntaan kuuluvan lapsen huoltajan pakottaminen täyttämään KirkkoL:n 43 ja 44 §:ssä säädetty velvollisuudet on luonnollisesti kuitenkin mahdollista saman lain 101 ja 102 §:ssä mainituin keinoin. Useimmissa tapauksissa ei näillä keinoilla liene kuitenkaan tarkoitettua vaikutusta. Yleisen oikeuden ja kirkon sisäisen oikeuden suhteesta toisiinsa vrt. *R. Hermansson*: *Kyrkolagens stadgande om barns religiösa uppfostran*, *JFT* 1918, s. 1 ss.; *Brotherus*: *Valtio ja kirkko*, s. 164 ss.

lapsen kansakouluun, jossa uskonnonopetus tapahtuu lapsen uskontokunnan opin mukaan. Ellei koulussa, jota lapsi käy, opeteta uskontoa puheenaolevan uskontokunnan opin mukaan tai huoltaja ei halua panna lasta kansakouluun, hänen on hankittava sille muulla tavalla uskonnonopetusta.¹⁴² Vaadittavan opetuksen mittapuuna on kansakoulussa saatettava tietomäärä. Huoltajan kosketellun velvollisuuden täyttämistä valvotaan samalla tavalla kuin oppivelvollisuuden täyttämistä.¹⁴³ Lapsen uskonnollisesta kasvatuksesta on eri uskontokuntien omissa laeissa myös säännöksiä. Näistä mainittakoon esim. säännökset lapsen kastamisesta ja sen käyttämisestä rippikoulussa.¹⁴⁴ Viimeksimainittujen säännösten noudattamiseen huoltajaa ei kuitenkaan voida pakottaa yleisen lain säätämässä järjestyksessä,¹⁴⁵ joten hänen toteutettavissa oleva velvollisuutensa lapsen uskonnolliseen kasvatukseen supistuu käytännössä kansakoulun tietomäärää vastaavan uskonnonopetuksen hankkimiseen lapselle.¹⁴⁶

Ellei lapsi kuulu mihinkään uskonnolliseen yhdyskuntaan, huoltaja ei ole velvollinen antamaan sille uskonnollista kasvatusta. Kun tällaisen lapsen huoltajakin on useimmiten kirkosta eronnut henkilö, on luonnollista, että hänen velvoittamisensa antamaan lapselle uskonnonopetusta olisi tarkoituksetonta. Kuten lapsi, joka kuuluu toiseen uskontokuntaan, kuin minkä opin mukaan uskontoa koulussa opetetaan, on myös uskontokuntaan kuulumaton lapsi huoltajan vaatimuksesta vapautettava uskonnonopetuksesta koulussa.¹⁴⁷ Jos sitävastoin uskonnonope-

¹⁴² A. kansakoulun järjestysmuodosta 4 § 3 mom.; OppivelvL 18 §.

¹⁴³ OppivelvL 16 ja 18 §.

¹⁴⁴ Ks. esim. KirkkoL 34 ja 46—48 §.

¹⁴⁵ Ks. alimuist. 144 mainittuja lainkohtia. Näin myös Ruotsin oikeuden kannalta *Undén* ja *Björöling* sekä Tanskan oikeuden osalta *Borum*. Ks. *Undén*, s. 96; *Björöling*, s. 295 s.; *Borum*, s. 82. Vrt. siviilirekisterin pitämisestä niistä henkilöistä, jotka eivät kuulu mihinkään laillistettuun uskontokuntaan, 22/12 1917 annetun asetuksen 6 §:n 2 momenttia, josta selviää, että lapsi on kahden kuukauden kuluessa sen syntymästä otettava sen uskontokunnan jäsenistä pidettäviin kirjoihin, jonka oppiin se lain mukaan on kasvatettava, tai muussa tapauksessa ilmoitettava sanotun ajan kuluessa siviilirekisteriin.

¹⁴⁶ Samoin Tanskan oikeuden suhteen *Bentzon* ja *Borum*. Ks. *Bentzon*: *Familieret* 1916, s. 291 s.; *Borum*, s. 82. *Ussing* pitää kysymyksenalaisena, onko uskontokunnalla, johon lapsen tulee lain mukaan kuulua, lainkaan oikeutta vaatia, että se kasvatetaan tämän uskontokunnan oppien mukaan. Ks. *Henry Ussing*: *Salomonsens Lexikon* IV, s. 436.

¹⁴⁷ UskonnonvapL 8 §; A. kansakoulun järjestysmuodosta 3 §.

tus tapahtuu kansakoulussa sen uskontokunnan opin mukaan, johon lapsi kuuluu, ei huoltaja voine saada lasta vapautetuksi sanotusta opetuksesta.¹⁴⁸ Uskonnolliseen yhdyskuntaan kuulumattoman lapsen kasvatuksesta on erikoisesti mainittava, että huoltaja on velvollinen hankkimaan tällaiselle lapselle opetusta moraalin ja siveysopin peruskäsitteistä.¹⁴⁹ Myös tässä suhteessa valvottaneen lapsen kasvatusta oppivelvollisuuden täytäntöönpanon yhteydessä.¹⁵⁰

3. LAPSEN VALVOMINEN.

A. Lapsen valvomisesta yleensä.

Lapsen kasvatukseen liittyy sen valvominen, jolla tarkoitettaneen huoltajan oikeutta ja velvollisuutta pitää lasta silmällä sekä estää sitä henkisesti tai ruumiillisesti vahingoittamasta itseään, tekemästä rikoksia tai muita pahoja tekoja ja aiheuttamasta itselleen taikka kolmannelle vahinkoa.¹⁵¹ Kuten jo on mainittu, voidaan lapsen valvomista pitää sen kasvatuksen osana. Tältä kannalta katsoen se sisältää kasvatusta suppeamman tehtävän. Erikoisesti ensimmäisinä ikävuosina lapsen kasvattaminen on kuitenkin suureksi osaksi sen valvomista. Kehittyneemmän lapsen valvominen erillisenä huoltajalle kuuluvana tehtävänä on sitävästoin selvästi erotettavissa lapsen kasvattamisesta.¹⁵² Koska lapsen valvomista on käsitelty eräiden maiden lainsäädännössä sekä yleisesti tieteisopissa kasvatuksesta erillään,¹⁵³ lienee näiden tehtävien erottaminen toisistaan meidänkin oikeutemme kannalta paikallaan, varsinkin kun täten tulee kiinnitetyksi enemmän huomiota huolto-

¹⁴⁸ *Björöling*, s. 296. Kuten jo useasti on ollut puhetta, voidaan lapsi tietysti vapauttaa koulunkäynnistä kokonaisuudessaan, jos huoltaja hankkii sille vastaavat tiedot muulla tavalla. Ks. *OppivelvL* 5 § ja edellä s. 138 s.

¹⁴⁹ A. kansakoulun järjestysmuodosta 4 § 3 mom.

¹⁵⁰ Ks. *OppivelvL* 16 ja 18 §.

¹⁵¹ Ks. *Gadolin*, s. 76; *Undén*, s. 52; *Mayr*, s. 111; *Gehring*, s. 28 s.; *Kipp-Wolff* IV, s. 319; *Staudinger* IV, 2, s. 1007. Vrt. myös valvonnan käsitteen suhteen *Merikoski*: Valtionapujärjestelmä, s. 17 ss.

¹⁵² Ks. *Mayr*, s. 110; *Eck*, s. 40.

¹⁵³ Ks. Ruotsissa *Lag om barn i äktenskap* 3 § ja 4 § 1 mom.; Saksassa *BGB* 1631 § 1 mom.; Tieteisopin osalta *Gadolin*, s. 76; *Winroth*: Sv. C. III, s. 54 ss.; *Undén*, s. 52; *Stjernstedt*, s. 375 ss.; *Westring*, s. 381 s.; *Borum*, s. 83; *Kipp-Wolff* IV, s. 319; *Mayr*, s. 110 s.; *Endemann* II, 2, s. 582 s.; *Staudinger* IV, 2, s. 1007; *Knitschky*, s. 146 s. ja s. 149 ss.; *Eck*, s. 40 ss.; *Gehring*, s. 27 ss.

oikeuden kannalta tärkeisiin valvomisen laiminlyönnin oikeusseuraa-
muksiin, ja koska lapsen valvominen eroaa sen muusta kasvatuksesta
sikäli, että se ehkä enemmän kuin viimeksimainittu tehtävä on tarkoi-
tettu myös kolmannen etujen suojaamiseksi.

Oikeudessamme ei ole yleistä puheenaolevaa valvomisvelvollisuutta
koskevaa säännöstä.¹⁵⁴ Huoltajan sanottu velvollisuus johtuu kuitenkin
ilman muuta hänen oikeudestaan määrätä kaikista lapsen henkilöä kos-
kevista asioista ja toimia niissä lapselle parhaaksi katsomallaan tavalla.
Sitäpaitsi se ilmenee välillisesti useista positiivisen oikeutemme sään-
nöksistä. Tässä suhteessa on huomattava HL:n 33 §:n 2 momentin
säännös lapsen kasvattamisesta, joka luonnollisesti sisältää myös sen,
että huoltajan on valvottava lasta, koska sen kasvattaminen hyviin
avuihin ja siveyteen on ilman sitä mahdotonta. Huoltajan velvollisuus
valvoa lasta selviää myös LSL:n 8 §:n 1 ja 2 momentin säännöksistä.
Ilmeistä on nimittäin, että huoltolautakunnan ryhtyminen LSL:ssa mää-
rättyihin suojelutoimenpiteisiin saattaa johtua juuri huoltajan puheena-
olevan valvomisvelvollisuuden laiminlyönnistä.¹⁵⁵ Lapsen valvomisen
kannalta ovat myös tärkeitä sen ruumiillisen ja siveellisen kasvatuksen
suojaksi annetut oikeussäännökset, joita edellä lapsen kasvattamisen
yhteydessä jo on kosketeltu.¹⁵⁶ Nämä säännökset osoittavat, että huol-
taja on velvollinen valvomaan esim., ettei työsuhteesta johdu haittaa
lapsen ruumiilliselle kehitykselle, että sille hankitaan OppivelvL:ssa
määrätyt tiedot, ettei se ole sille sopimattomassa ansiotyössä tai joudu
väkijuomain turmiollisen vaikutuksen alaiseksi. Viimeksimainittuun
ryhmään kuuluvia jo-aikaisemmin puheenaolleita säännöksiä tarkaste-
lemme tässä erikoisesti silmälläpitäen huoltajan velvollisuutta valvoa
niiden noudattamista. Tältä kannalta on myös tarkasteltava huoltajan
velvollisuutta estää lasta käyttämästä poliittisia tunnusmerkkejä eräissä
tilaisuuksissa.¹⁵⁷ Lapsen valvomisen kannalta on edelleen tärkeä mer-
kitys RL:n 9 luvun 5 §:ssä lausutulla periaatteella huoltajan velvolli-
suudesta korvata lapsen tekemä vahinko, joka on johtunut siitä, ettei
hän ole pitänyt lasta tarpeenmukaisesti silmällä.

¹⁵⁴ Tällainen säännös on sitävastoin esim. Ruotsin ja Saksan oikeudessa. Ks. Lag
om barn i äktenskap 4 § 1 mom.; BGB 1631 § 1 mom.

¹⁵⁵ Ks. erikoisesti mainitun pykälän 1 momentin b, c, d ja e kohtaa sekä 2 mo-
menttia.

¹⁵⁶ Ks. edellä s. 132 ss. ja s. 143 s.

¹⁵⁷ Ks. L. kiellosta käyttää poliittisia tunnusmerkkejä eräissä tilaisuuksissa, an-
nettu 5/4 1934, 1 ja 2 §.

Kysymyksessäoleva huoltajan velvollisuus on olemassa ennen kaikkea lapsen itsensä takia. Turvatonta lasta, joka ei osaa arvioida tekojensa seurauksia, on suojeltava sitä uhkaavilta vaaroilta. Tässä suhteessa tulee lähinnä kysymykseen lapsen terveyden, henkisen kehityksen ja siveyden suojeleminen sekä sen estäminen kaikesta pahanteosta. Mutta myös sen suojeleminen aiheettomilta omaisuusvahingoilta kuuluu huoltajan tehtäviin.

Omaisuusvahinkoja voi aiheutua lapselle joko siten, että se välittömästi vahingoittaa omaa omaisuuttaan tai siten, että se velvoitetaan korvaamaan kolmannelle aiheuttamansa vahinko. Mitä erikoisesti lapsen omaan omaisuuteen tulee, se on tietysti pääasiallisesti omaisuuden hoitajan hallinnassa. Huoltajan välittömän silmälläpidon alaisena ovat kuitenkin vaatteet ym. lapsen henkilökohtaiseen käyttöön tarkoitettut esineet. Huoltajan on luonnollisesti valvottava, ettei lapsi turmelemalla tällaisia esineitä aiheuta itselleen vahinkoa. Tätä edellyttää jo hänen kasvattamisvelvollisuutensakin. Sanotut esineet kuulunevat siis omaisuuteen, jonka hoito on lähinnä huoltajan eikä omaisuuden hoitajan tehtävänä. Koska omaisuuden hoitaja siinä tapauksessa, että lapsen huolto ja omaisuuden hoito kuuluvat eri henkilöille, ei useimmiten asu yhdessä lapsen kanssa, hänen ei ole mahdollistakaan valvoa puheenaolevien esineiden käyttöä. Kun viisitoista vuotta täyttänyt lapsi saa itse hallita, mitä se omalla työllään ansaitsee, voitaneen kysyä, ovatko lapsen huoltaja ja omaisuuden hoitaja oikeutetut ja velvolliset valvomaan tällaisenkin omaisuuden käyttöä. Käsittääksemme on kysymykseen vastattava myöntävästi. Jo lapsen kasvatuksen kannalta huoltajan on välttämätöntä tietää, mihin lapsi käyttää rahansa, ja jos hän huomaa sen aiheuttavan ymmärtämättömällä rahan käytöllä itselleen kohtuuttomia omaisuusvahinkoja tai käyttävän rahojansa itseään ilmeisesti vahingoittaviin tarkoituksiin, hänellä lienee oikeus ottaa rahat haltuunsa. Olemme siis sitä mieltä, että huoltaja on oikeutettu ja velvollinen, ainakin milloin asia ei siedä viivytystä, puuttumaan sanotuissa tapauksissa lapsen hallitsemaan omaisuuteen.¹⁵⁸ Asiasta lienee hänen kuitenkin viipymättä ilmoitettava omaisuuden hoitajalle, ja jos hänen lapselta

¹⁵⁸ Ruotsissa ja Tanskassa on lapsen henkilöä koskevien asioiden hoitajalla nimenomaisen lainsäädännön perusteella puheenaoleva oikeus. Ruotsissa vaaditaan siihen kuitenkin aina ja Tanskassa 18 vuotta täyttäneen lapsen suhteen ylempien holhousviranomaisten suostumus. Ks. Lag 27/6 1924 om förmynderskap 5 kap. 4 § 2 mom.; Lov om Umyndighed og Vaergemaal 39 § 2 mom.; Lb. AB. I, s. 246 s.; Bentzon: Personretten, s. 67.

ottamansa omaisuus on sellaista, että sen hoito on syytä uskoa omaisuuden hoitajalle, hänen tulee luovuttaa omaisuus tälle.

Huoltajan velvollisuus valvoa lasta on säädetty myös kolmannen etujen turvaamiseksi.¹⁵⁹ Tätä osoittaa varsinkin mainittu RL:n 9 luvun 5 §:n säännös ja se selviää myös muista lapsen valvomista koskevista oikeussäännöksistä.¹⁶⁰ Valvomisvelvollisuuden laiminlyönnistä huoltajalle johtuvan vastuun tarkastelussa on tärkeätä erottaa lapsen muusta valvomisesta kolmannen etujen turvaamiseksi välillisesti tapahtuva valvominen.

Edellä on jo sanottu, että valvominen sisältää huoltajan velvollisuuden pitää lasta silmällä sekä estää sitä henkisesti tai ruumiillisesti vahingoittamasta itseään, tekemästä rikoksia tai muita pahoja tekoja ja aiheuttamasta itselleen taikka kolmannelle vahinkoa. Mitä huoltajalta on tässä suhteessa vaadittava, on aina arvosteltava in casu. Tässä arvostelussa on otettava huomioon lapsen ikä, kehitysaste, pahantapaisuus ym. ominaisuudet. Luonnollista on, että esim. pienemmät, ikäisikseen kehittymättömät ja pahantapaiset lapset vaativat tarkempaa valvontaa kuin vanhemmat normaalisti kehittyneet, hyvätapaiset lapset. Myös muista olosuhteista voi johtua, että huoltajalta on vaadittava tavallista tarkempaa lapsen valvontaa. Niinpä on esim. lasta vilkkaassa kaupungissa pidettävä tarkemmin silmällä kuin rauhallisessa ympäristössä maaseudulla. Se seikka, että lapsella on huoltajan tietien hallussaan jokin vaarallinen esine, voi myös perustaa tavallista tarkemman valvomisvelvollisuuden, samoin monet muut olosuhteet, joista tulee jäljempänä lähemmin puhetta.¹⁶¹ Valvomisvelvollisuuden sisällön määrittämisessä on tärkeä merkitys oikeusseuraamuksilla, jotka kohtaavat huoltajaa sanotun velvollisuuden laiminlyönnin johdosta. Tämän takia syvennymme tarkemmin mainitun velvollisuuden sisältöön näiden oikeusseuraamusten tarkastelun yhteydessä.

Lapsen puutteellinen valvominen voi johtaa huoltolautakunnan tai oikeuden puuttumiseen lapsen huoltoon, huoltajan tuomitsemiseen ran-

¹⁵⁹ Ks. esim. Lb. GB. IV, s. 430; *Westring*, s. 381; *Motive IV*, s. 753; *Mayr*, s. 111; *Gehring*, s. 28; *Kipp-Wolff IV*, s. 319.

¹⁶⁰ Kun esim. HL:n 33 §:n 2 momentissa säädetään, että lapsi on kasvatettava hyvin avuihin, sisältää tämä jo sen, että huoltajan on estettävä lasta loukkaamasta kolmannen oikeuksia.

¹⁶¹ Ks. jäljempänä s. 181 ss.

gaistukseen tai hänen velvoittamiseensa korvaamaan lapsen aiheuttaman vahingon taikka kahteen tai useampaan näistä toimenpiteistä yhdessä.¹⁶²

B. Lapsen valvomisen laiminlyönnin oikeusseuraamukset.

a. Huoltolautakunnan tai oikeuden puuttuminen lapsen huoltoon.

Lapsen valvomisen laiminlyönnistä johtuvista oikeusseuraamuksista on ensinnäkin mainittava, että huoltajan laiminlyödessä lapsen valvomisen huoltolautakunta voi eräissä tapauksissa ryhtyä lapsen suhteen LSL:n edellyttämiin suojelutoimenpiteisiin.¹⁶³ Valvomisvelvollisuuden sisältöä määrittäessä ovat näin ollen LSL:n 3 luvun 8 §:n säännökset huoltolautakunnan oikeudesta ryhtyä puheenaoleviin toimenpiteisiin tärkeänä johtona. Mainitun lautakunnan kysymyksessä olevat toimenpiteet eivät edellytä, että huoltaja olisi tuomittu lapsen valvomisen laiminlyönnin johdosta rangaistukseen tai velvoitettu korvaamaan sen aiheuttama vahinko. Erikoisesti on huomattava, etteivät ne myöskään välttämättömästi edellytä huoltajan väärinkäyttäneen oikeuksiaan tai menetelleen muuten moitittavalla tavalla. Hänen kykenemättömyytensä valvoa lasta riittää jo sinänsä mainittujen toimenpiteiden perusteeksi.¹⁶⁴ Näiden toimenpiteiden edellytyksenä on sitävastoin, että lapsen valvominen LSL:n 8 §:n 1 momentin b, c, d ja e kohdissa sekä 2 momentissa mainituissa suhteissa on niin puutteellista, että huoltajan oikeuksiin puuttumiseen on perusteltu aihe. Sinänsä vähäpätöisen laiminlyönnin perusteella ei huoltolautakunnalla voitane katsoa olevan oikeutta ryhtyä näihin toimenpiteisiin. Tarpeettomasta huoltajan tehtäviin sekaantumisesta voi usein olla enemmän haittaa kuin hyötyä. Missä tapauksissa huoltajan laiminlyönti oikeuttaa lautakuntaa puuttumaan lapsen huoltoon, jää yksityiskohtaisten säännösten puutteessa lähinnä riippumaan huoltolautakunnan harkinnasta. Lautakunnan tarkoituksenmukaisuusharkinnasta riippuu myös, mihin LSL:n 9 §:n 2 momentissa mainituista suojelutoimenpiteistä se kussakin tapauksessa ryhtyy.

¹⁶² Ks. *Bentzon: Familieret* 1916, s. 293 s.

¹⁶³ Tämä selvinnee erikoisesti LSL:n 8 §:n 1 momentin b, c ja d kohdasta verr. 9 §:n 2 momenttiin.

¹⁶⁴ Ks. LSL:n 8 § 1 mom. b, c ja d kohta.

Valvomisvelvollisuuden laiminlyönnistä voi myös olla seurauksena huoltajan erottaminen tehtävästään oikeuden päätöksellä. Tällainen toimenpide tulee kuitenkin kysymykseen ainoastaan siinä tapauksessa, että huoltaja lapsen puutteellisen valvomisen tähden on oleellisesti laiminlyönyt tahi rikkonut velvollisuutensa.¹⁶⁵

b. Huoltajan tuomitseminen rangaistukseen valvomisen laiminlyönnin johdosta.

Huoltajalle lapsen puutteellisesta valvonnasta johtuvien oikeusseuraamusten tarkastelu johtaa meidät edelleen kysymykseen siitä, onko olemassa rikosoikeudellista vastuuta toisen henkilön teosta. Voidaanko siis huoltaja tuomita rangaistukseen lapsen suorittamasta teosta? Sääntönä on, ettei henkilöä voida rangaista toisen henkilön rikollisesta teosta. Rangaistus on reaktio henkilön yhteiskunnanvastaista tahtoa vastaan, ja edellyttää näin ollen, että juuri henkilö, jota se kohtaa, on toteuttanut yhteiskunnanvastaisen tahtonsa rikollisessa teossa. Henkilön rankaiseminen toisen henkilön teon johdosta edellyttää siis, että ensiksi mainitun oma teko jo sinänsä on luonteeltaan rikollinen.

• Edelläsanotusta seuraa, että huoltaja voidaan tuomita rangaistukseen lapsen teon johdosta vain siinä tapauksessa, että hänen yhteiskunnanvastainen tahtonsa toteutuu lapsen teossa. Huoltajalle puheenaolevan valvomisvelvollisuuden laiminlyönnistä aiheutuvia rangaistusseuraamuksia tarkastettaessa on sen vuoksi keskeinen merkitys sillä, milloin hän laiminlyömällä estää lasta ryhtymästä määrättyyn tekoon itse syyllistyy rikokseen. Tässä on siis lähinnä kysymys siitä, milloin huoltajan laiminlyönti estää lasta tekemästä määrättyä tekoa on rikosoikeudellisesti rinnastettavissa positiiviseen toimintaan eli milloin huoltaja on syyllistynyt ns. epävarsinaiseen laiminlyöntirikokseen.¹⁶⁶ Mutta laiminlyömällä lapsen valvonnan huoltaja voi myös syyllistyä ns. varsinaiseen laiminlyöntirikokseen. Eräissä tapauksissa on nimittäin huoltajan laiminlyönti estää lasta ryhtymästä määrättyyn tekoon, esim.

¹⁶⁵ HL 57 § 2 mom. Oikeuden ja huoltolautakunnan keskinäisestä suhteesta huoltajan tehtävästään erottamisesta ks. edellä s. 77 ss.

¹⁶⁶ Varsinaisten ja epävarsinaisten laiminlyöntirikosten erosta ks. *Forsman*: Allmänna lärör, s. 160 s.; *Serlachius* I, s. 85 s.; *Liszt-Schmidt*, s. 173; *Mezger*, s. 130 ss.

olemasta sopimattomassa ansiotyössä jne., julistettu nimenomaisen lain-säännöksen perusteella rangaistavaksi.¹⁶⁷

Tieteisopissa nykyään vallitsevan mielipiteen mukaan saattaa rikoksen tekeminen tapahtua sekä positiivisen toiminnan että laiminlyönnin seurauksena.¹⁶⁸ Jotta laiminlyönti voitaisiin rikosoikeudellisesti rinnastaa positiiviseen tekoon, tulee olla kysymys määrätystä tekemättä jättämisestä.¹⁶⁹ Rangaistavan laiminlyönnin on oltava velvollisuuden vastainen ja myös subjektiivisesti tekijälle syyksiluettava.¹⁷⁰

Mitä ensinnäkin tulee laiminlyönnin velvollisuudenvastaisuuteen, on katsottava, että seurauksen estämättä jättäminen on kielletty ainoastaan, jos on olemassa erityinen sen estämiseen velvoittava käskynormi.¹⁷¹ Henkilöllä, joka laiminlyö seurauksen estämisen, tulee siis olla oikeudellinen velvollisuus toimia. Moraalinen velvollisuus ei ole tässä suhteessa riittävä.¹⁷² Ellei laiminlyöjällä ole sanottua oikeudellista velvollisuutta, laiminlyöntiä ei voida pitää rikosoikeudellisen vastuun suhteen positiivisen aiheuttamisen veroisena.¹⁷³ Tieteisopissa ovat kuitenkin useat tutkijat sitä mieltä, että vain sellainen oikeudellinen velvollisuus, joka ei ole yleinen kansalaisvelvollisuus, vaan koskee ainoastaan määrätynlaisissa olosuhteissa eläviä tai ominaisuuksiltaan määrättyjä henkilöitä, riittää tekemään laiminlyönnin rikosoikeudellisen vastuun suhteen positiivisen aiheuttamisen veroiseksi. Tällaista oikeusvelvollisuutta on sanottu erikoiseksi oikeusvelvollisuudeksi (besondere oder spezielle Rechtspflicht).¹⁷⁴ Vastoin sanottua mielipidettä katsovat toiset tutkijat, ettei laiminlyönnin oikeudellista relevanssia saa asettaa riippuvaiseksi oikeusvelvollisuuden erityisyydestä mainitussa mielessä,

¹⁶⁷ Ks. tästä jäljempänä s. 164 ss.

¹⁶⁸ *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 188; *Serlachius I*, s. 74; *Tulenheimo*, s. 4; *Forsman*: Allmänna läror, s. 158 ss.; *Thyrén II*, s. 14 ss.; *Mezger*, s. 130 ss.; *Frank*, s. 10 ja s. 16 ss.; *Liszt-Schmidt*, s. 169 ss.; *Hippel*, s. 99 ss.; *Allfeld*, s. 105 ss.

¹⁶⁹ *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 205; *Mezger*, s. 130; *Hippel*, s. 99.

¹⁷⁰ Ks. *Mezger*, s. 137; *Liszt-Schmidt*, s. 189 ss.; *Thyrén II*, s. 17 ss.; *Forsman*: Allmänna läror, s. 155 ss. ja s. 162 s.; *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 211 s.; *Serlachius I*, s. 86.

¹⁷¹ *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 210; *Sipilä*, s. 265; *Serlachius I*, s. 86; *Forsman*: Allmänna läror, s. 161; *Thyrén II*, s. 18 ss.; *Hagströmer I*, s. 104 ss.; *Torp*, s. 276 ss.; *Liszt-Schmidt*, s. 189 s.; *Hippel*, s. 101 ss.

¹⁷² *Mezger*, s. 139; *Liszt-Schmidt*, s. 190; *Frank*, s. 19; *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 214.

¹⁷³ *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 211.

¹⁷⁴ Ks. *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 212 s.; *Hippel*, s. 101; *Allfeld*, s. 116.

vaan sen sisällöstä kussakin yksityistapauksessa.¹⁷⁵ Vain jos oikeudellinen velvollisuus on ollut niin intensiivinen, kuten *Honkasalo* sanoo, että rikosoikeudellinen vastuu sen laiminlyönnistä on oikeustajunnan mukainen, voidaan laiminlyönti rinnastaa positiiviseen tekoon. Viimeksimainittua mielipidettä voitaneen pitää oikeampana. Kaikissa tapauksissa on erikseen tutkittava, sisältyykö sanottuun oikeudelliseen velvollisuuteen myös rikosoikeudellinen vastuu laiminlyönnin seurauksesta.¹⁷⁶

Puheenaolevat oikeudelliset velvollisuudet voivat perustua suoraan oikeusjärjestykseen, kirjoitettuun lakiin, tavanomaiseen oikeuteen, virka-asemaan, oikeustoimeen tai edelläkäsytöseen toimintaan.¹⁷⁷ Positiivisessa oikeudessa ei ole nimenomaista säännöstä huoltajan velvollisuudesta estää lasta ryhtymästä rikolliseen tekoon.¹⁷⁸ Tällainen säännös on sitävastoin esim. Ruotsin rikoslain 3 luvun 7 §:ssä, sellaisena kuin se on kesäkuun 14 päivänä 1917 annettussa laissa. Sanottu pykälä on seuraavansisältöinen: »Underlåta föräldrar, adoptivföräldrar, fosterföräldrar eller andra uppfostrare eller förmyndrare att från utförandet av brott varom de veta, hindra den, som under deras vård och lydnad står, när det utan angivelse till åtal ske kan; varde straffade efter 4 §, dock högst med fängelse i sex månader, där det ej skett för egen vinning.» Ruotsin rikoslain 3 luvun 4 §:stä, johon äskenmainitussa pykälässä viitataan, verrattuna saman luvun 3 §:ään, selviää, että lapsen vanhempia, ottovanhempia, holhoojia tai muuta kasvattajaa on kysymyksessä olevan luvun 7 §:ssä kosketellussa tapauksessa rangaistava lievemmin, kuin jos hän olisi itse ollut tekijänä. Huoltajalle, joka tietoisesti laiminlyö velvollisuutensa estää lasta tekemästä rikosta, on siis Ruotsin oikeudessa säädetty lievempi rangaistus kuin tekijälle. Huoltajan puheenaolevan velvollisuuden edellytyksenä on sanotun maan oikeudessa kuitenkin, että lapsen teon estäminen voi tapahtua ilmiantamatta sitä rikoksesta syytettäväksi.

Vaikka meidän oikeudessa ei ole nimenomaista säännöstä huoltajan velvollisuudesta estää lasta tekemästä rikosta, selvinnee kuitenkin

¹⁷⁵ Näin *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 212 s.; *Thyrén* II, s. 19 ss.; *Mezger*, s. 140 s.

¹⁷⁶ *Mezger*, s. 140 s.

¹⁷⁷ *Serlachius* I, s. 86; *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 213 ss.; *Ekström*, s. 353; *Mezger*, s. 138 ss.; *Hippel*, s. 101 s.; *Frank*, s. 17 ss.; *Altfeld*, s. 116.

¹⁷⁸ Vrt. RL 16:19 ja 44:2, jotka säännökset koskevat vain määrättyjä erikoistapauksia ja sisältävät kaikille kansalaisille kuuluvan velvollisuuden.

siitä, mitä edellä on sanottu huoltajan valvomisvelvollisuuden sisällöstä, että hänellä on siihen oikeudellinen velvollisuus. Koska lapsi on yleensä kaikessa toiminnassaan huoltajan käsky- ja määräämisvallan alainen, on huoltajan laiminlyönti estää sitä tekemästä rikosta rinnastettava positiiviseen aiheuttamiseen. Huoltajalla on oikeus pakottaa lapsi noudattamaan tahtoaan, joten lapsen rikollisen teon estäminen on hänelle yleensä mahdollista, ja ellei hän yritä sitä käytettävissään olevin keinoin estää, hänen toimetomuutensa käsittää lapsen teon hyväksymisen. Huoltajan velvollisuus valvoa lasta on siis sellainen oikeudellinen velvollisuus, joka saattaa perustaa hänelle rikosoikeudellisen vastuun.¹⁷⁹

Kuuluuko huoltajalle sitten kysymyksessäoleva velvollisuus siinäkin tapauksessa, että hänen pitäisi rikoksen estämiseksi ilmoittaa lapsi syytteen ? Vastauksen kysymykseen katsoisimme olevan johdettavissa RL:n 16 luvun 19 §:n 2 momentin säännöksestä, josta verrattuna saman luvun 10 §:n 2 momenttiin selviää, ettei se, jonka olisi pitänyt rikoksen estämiseksi ilmaista lapsensa tai kasvattinsa, ole velvollinen ilmoittamaan ensiksimainitun pykälän 1 momentissa sanottuja rikoksia viranomaisille tai sille, jota vaara uhkaa. Koska RL:n 16 luvun 19 §:n 1 momentissa mainituista RL:mme kieltämättä törkeimmistä rikoksista on nimenomaan määrätty, ettei kaikille kansalaisille säädetty velvollisuus ilmoittaa nämä rikokset viranomaisille ole voimassa, jos ilmoittajan olisi rikoksen estämiseksi täytynyt ilmaista lapsensa tai kasvattinsa, täytynee katsoa, ettei myöskään huoltajan äskenmainittua oikeudellista ilmiantovelvollisuutta voida ulottaa pitemmälle. Lapsen rikoksen estämiseksi huoltaja ei siis käsittääksemme ole velvollinen ilmoittamaan rikosta viranomaisille. Se, että RL:n 16 luvun 10 §:n 2 momentissa puhutaan nimenomaan kasvatista, osoittanee, että johdettu huoltajan oikeudellisen velvollisuuden rajoitus on ulotettava yhtä hyvin lakimääräiseen kuin määräksenvaraiseenkin huoltajaan. Lakimääräisen huoltajan asettaminen sanotussa suhteessa toiseen asemaan kuin määräksenvarainen huoltaja olisi ilmeisesti kohtuutonta.

Kun viisitoista vuotta täyttänyt lapsi on teoistaan rikosoikeudellisesti vastuunalainen, herää kysymys, onko huoltaja velvollinen estämään sanotunkin ikäistä lasta tekemästä rikosta. Kysymykseen lienee vastattava myöntävästi. Koska lapsi on siihen saakka, kunnes se täyttää kaksikymmentäyksi vuotta, huoltajan käskyvallan alainen, täytynee

¹⁷⁹ Serlachius I, s. 86; Hönkasalo: Kausaalisuuskysymys, s. 214; Sipilä, s. 269; Thyren II, s. 21 s.; Mezger, s. 138 s.; Hippel, s. 101; Frank, s. 17 s.

katsoa sanotun estämisvelvollisuudenkin kestävän koko tämän ajan. Jos esim. isä näkee 17-vuotiaan poikansa tekevän rikoksen, olisi oikeustajunnan vastaista, ellei hänen olisi ilmiäntöä lukuunottamatta kaikin käytettävinä olevin keinoin yritettävä estää poikaa rikosta tekemästä. Huoltajan valvomisvelvollisuus ei siis lakkaa, kun lapsi tulee rikosoikeudellisesti vastuunalaiseksi omista teoistaan.¹⁸⁰ Kuten jäljempänä tulee puhetta, on lapsen iällä kuitenkin tärkeä merkitys ratkaistaessa, miten huoltajaa, joka on laiminlyönyt estää lasta tekemästä rikosta, on rangaistava.

Onko sitten myös lapsen tosiasiallisella huoltajalla, opettajalla tai sukulaisella, jonka luona lapsi oleskelee, oikeudellinen velvollisuus estää sitä tekemästä rikosta, ja voidaanko heidän laiminlyöntinsä tässä suhteessa rinnastaa positiiviseen aiheuttamiseen? Kuten jo on ollut puhetta, huoltaja voi luovuttaa lapsen tosiasiallisen huollon tai määrätyn sen kasvatukseen kuuluvan tehtävän sopimuksen perusteella toiselle henkilölle. Myös lapsen oleskelun sukulaisten ym. henkilöiden luona täytynee katsoa perustuvan jonkinlaiseen sopimukseen. Kun puheenaolevat sopimukset syntyvät usein konkludenttisin toimin, niiden sisältöä ei ole sopimuspuolten kesken yleensä yksityiskohtaisemmin määrätty. Kuten edellä on sanottu, voi oikeudellinen velvollisuus estää toista tekemästä rikosta perustua virkaan, oikeustoimeen tai tavanomaiseen oikeuteen.¹⁸¹ Tällaisen velvollisuuden johtamiseen virkatoimesta, sopimuksesta ja tavanomaisesta oikeudesta ei siis sinänsä ole estettä.¹⁸² Kuitenkin on epäilty, ettei virasta tai sopimuksesta johtuva velvollisuus yksinään riittäisi perustamaan puheenaolevaa oikeudellista velvollisuutta. Tällä kannalla on esim. *Mezger*, joka asettaa vastuun syntymiselle näissä tapauksissa lisävaatimuksen. Hän sanoo: »Wo durch die Pflichtüber-

¹⁸⁰ Sanottua velvollisuutta huoltajalla ei sitävastoin ole täysi-ikäisen lapsen suhteen. Eräässä ratkaisussaan Saksan korkein oikeus toteaa nimenomaan, että oikeudellinen velvollisuus lapsen siveettömän teon estämiseen pohjautuu vain vanhempain vallan ilmaisuna olevaan kasvatusoikeuteen ja voi näin ollen koskea yksinomaan alaikäisiä lapsia. Ks. RGstr. 40, s. 166 s. Vrt. RGstr. 8, s. 172 s.

¹⁸¹ Ks. edellä s. 157.

¹⁸² Tosin on epäilty, voidaanko rikosoikeudellista vastuuta asettaa riippuvaksiksi sellaisista seikoista kuin yksityisoikeudellisen sopimuksen pätevydestä ja tulkinasta. Ks. tästä mielipiteestä *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 216 ja samalla sivulla olevassa alimuistutuksessa 72 mainittua kirjallisuutta. Vallitseva mielipide lienee kuitenkin toisella kannalla. Ks. *Serlachius* I, s. 86; *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 216 s.; *Thyrén* II, s. 22; *Hippel*, s. 101; *Liszt-Schmidt*, s. 190; *Mezger*, s. 143; *Frank*, s. 18 s.

nahme eine besonders gefährdete Lage oder eine Steigerung der vorhandenen Gefahr geschaffen wird und die übernahme zwecks Abwendung dieser Gefahr geschieht, da besteht auch strafrechtliche Haftung für die Folgen der Pflichtverletzung, sonst nicht.»¹⁸³ Vaaramomentilla tarkoitetaan tässä sitä, että sopimuskumppani luottaen apuun, jonka toinen sopimuskumppani velvollisuuteen ryhtymällä on lupautunut antamaan, laiminlyö muut varovaisuustoimenpiteet.¹⁸⁴ Rikosoikeudellisen vastuun rajoittaminen kerrotuin tavoin ei liene kuitenkaan paikallaan.¹⁸⁵ Kuten *Honkasalo* sanoo, mainittu vastuu on tosin erittäin selvä vaaran johtuessa jollain tavoin siihen velvollisuuteen ryhtymisestä, jonka sisältönä on sen torjuminen, mutta kysymyksenalaista on, oikeuttaako tämä yleisen kaikkia tapauksia koskevan rajoituksen asettamiseen.¹⁸⁶ Oikeinta lienee katsoa, että nyt mainituissakin tapauksissa on ratkaiseva merkitys annettava velvollisuuden sisällölle, joka kussakin yksityistapauksessa on tulkinnan avulla saatava selville. Kuten jo on mainittu, on tutkittava, onko oikeudellinen velvollisuus ollut siinä määrin intensiivinen, että rikosoikeudellinen vastuu sen laiminlyönnistä on oikeustajunnan mukainen, ja jos tämän seikan selvittäminen ei ole mahdollista, on ennemmin katsottava, ettei laiminlyöjällä ole puheenaolevaa rikosoikeudellista vastuuta, kuin päinvastoin.¹⁸⁷

Johdetulla periaatteella on tärkeä merkitys arvosteltaessa sellaisen henkilön rikosoikeudellista vastuuta, jolle lapsen tosiasiallinen huolto tai määrätty siihen kuuluva tehtävä on luovutettu. Kuten jo mainittiin, ei sanotunlaista luovutusta koskevasta sopimuksesta saa yleensä johtoa puheenaolevan kysymyksen ratkaisussa. Huoltajan tehtävästä huolehtiakseen ottaneen henkilön velvollisuuksien sisällön tulkitseminen saattaa sentakia tuottaa hankaluuksia. Tässä tulkinnassa on mielettämme tärkeä merkitys sillä, onko lapsen pakottamisoikeuden katsot-

¹⁸³ *Mezger*, s. 144. Ks. myös *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 217.

¹⁸⁴ *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 217 s. Ks. myös *Frank*, s. 18 s.

¹⁸⁵ Näin *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 218. Ks. myös *Serlachius I*, s. 86; *Thyrén II*, s. 22; *Frank*, s. 19; *Liszt-Schmidt*, s. 190.

¹⁸⁶ *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 218.

¹⁸⁷ Näin *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 213 ja s. 217 s.; *Thyrén II*, s. 19 ss.

¹⁸⁸ Siitä, milloin lapsen pakottamisoikeuden on katsottava siirtyneen sen tosiasialliselle huoltajalle tai henkilölle, jolle on luovutettu jokin tosiasialliseen huoltoon kuuluva tehtävä, ks. jäljempänä s. 214 ss.

tava siirtyneen kysymyksessäolevalle henkilölle.¹⁸⁸ Ellei hänellä nimitäin ole laillista oikeutta estää lasta ryhtymästä määrättyyn tekoon, hänellä ei käsittääksemme myöskään voi olla oikeudellista velvollisuutta siihen, eikä hänen laiminlyöntiään tässä suhteessa voitane näin ollen pitää positiivisen aiheuttamisen veroisena. Rikosoikeudellisen vastuun perustamiseen ei riitä kaikille henkilöille luonnostaan lankeava oikeus kieltää lasta ryhtymästä rikolliseen tekoon. Kun sitävastoin henkilöllä on jonkinlainen lapsen pakottamisoikeus, lienee hänellä samaten kuin huoltajallakin oikeudellinen velvollisuus estää lasta tekemästä rikosta. Kuitenkin lienee näissäkin tapauksissa aina erikseen tutkittava, voidaanko puheenaolevaa velvollisuutta pitää siinä määrin intensiivisenä, että rikosoikeudellinen vastuu sen laiminlyönnistä on oikeustajunnan mukainen.

Rikosoikeudellisen vastuun perustamiseen laiminlyöntiin ei riitä yksistään se, että henkilö, jolla on oikeudellinen velvollisuus toimia, laiminlyö estää määrätyn teon. Sanottu vastuu edellyttää lisäksi laiminlyönnin ja sen seurauksen syysuhdetta.¹⁸⁹ Ellei tätä ole olemassa, laiminlyöntiä ei voida rinnastaa positiiviseen aiheuttamiseen.¹⁹⁰ Vallitsevan mielipiteen mukaan on laiminlyönnin ja seurauksen välistä syysuhdetta arvosteltava kuten positiivisen teon suhdetta sen seuraukseen.¹⁹¹

Määrätyn tapahtuman syynä ovat aina kaikki ne tosiasiat, joita ilman sitä ei olisi sattunut. Kunkin tapahtuman syntymiseen vaikuttavat siis useat tosiasiat. Koska kaikki tapahtumat ovat tuloksia useampien syiden yhteisvaikutuksesta, on jokainen syy yhtä vaikuttava ja välttämätön. Teon ja seurauksen välinen syysuhde on tosiasiallisesti olemassa, jos seurausta ei olisi syntynyt ilman tekoa. Positiivisen teon suhteen on siis kysyttävä, olisiko seuraus jäänyt syntymättä, ellei tekoa olisi tehty, laiminlyöntiä tarkasteltaessa sitävastoin, olisiko laiminlyöjältä odotettava positiivinen toiminta estänyt seurauksen syntymisen. Lai-

¹⁸⁸ Laiminlyönnin ja sen seurauksen välisestä syysuhteesta ks. erikoisesti *Honkasalo: Kausaalisuuskysymys*, s. 188 ss., ja *Sipilä*, s. 137 ss. Tähän kysymykseen omaksumme vain lyhyesti kannan seuraavassa esityksessä.

¹⁹⁰ *Honkasalo: Kausaalisuuskysymys*, s. 189; *Ekström*, s. 852; *Stang*, s. 65 ss.

¹⁹¹ *Ekström*, s. 852 s.; *Honkasalo: Kausaalisuuskysymys*, s. 205 s.; *Thyrén II*, s. 16; *Mezger*, s. 136; *Liszt-Schmidt*, s. 172 s.; *Hippel*, s. 101; *Sauer: Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung*, s. 207.

minlyönnin tulee siis olla *conditio sine qua non* seurauksen syntymiselle.^{192 193}

Kosketellulla laiminlyönnin syysuhteen yleisellä edellytyksellä ei ole kuitenkaan asetettu oikeustajunnan mukaista rajaa laiminlyönnistä johtuvalle vastuulle. Jokainen teko, joka on edellytyksenä seurauksen syntymiselle, ei ole suinkaan oikeudenvastainen. Edellämainitun filosofisen syysuhteen lisäksi vaaditaan sentakia myös oikeudellinen syysuhde. Yleisesti hyväksytyn mielipiteen mukaan teko tai laiminlyönti on oikeudellisesti relevantti, jos sen ja seurauksen välillä on ns. adekvaattinen syysuhde. Tällä tarkoitetaan sitä, että teon tai laiminlyönnin tulee huomioonottaen olosuhteet, jotka tekotilaisuudessa on voitu tuntea, yleisestikin katsoen olla omiansa aikaansaamaan kysymyksessä olevan seurauksen.¹⁹⁴ Vain tällä edellytyksellä syntyy laiminlyöjälle rikosoikeudellinen vastuu. Adekvaattista syysuhdetta tarkasteltaessa on oletettava tekijällä olevan toiminnan hetkellä määrätty tiedot toimintansa seurauksista. Näiden tietojen arvioimisessa voidaan käyttää joko subjektiivista tai objektiivista mittapuuta riippuen siitä, otetaanko perusteeksi tekijän omat vai muiden ihmisten tiedot. Objektiivista mittapuuta käytettäessä voidaan edelleen ottaa perusteeksi taitavimman tai keskimittaisen henkilön tiedot. Tieteisoppineiden enemmistö lienee sitä mieltä, että sanotussa arvioinnissa on säännönmukaisesti otettava perusteeksi keskimittaisen henkilön tieto. Tekijän oma tieto on otettava huomioon vain, mikäli se on tällaisen henkilön tietoa suurempi, ei sitä-

¹⁹² Ks. *Ekström*, s. 841 ss.; *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 56 ss. ja s. 205 s.; *Sainio*, s. 151 s.; *Sipilä*, s. 45 ss.; *Kivimäki*: Asianajajan vastuu, s. 87 s.; *Thyrén II*, s. 9 s.; *Stang*, s. 65 ss.; *Hippel*, s. 94 ss.; *Mezger*, s. 11; *Liszt-Schmidt*, s. 161 s.

¹⁹³ Poikkeustapauksessa voi laiminlyönti tulla kysymykseen rikosoikeudellisen vastuun edellytyksenä, vaikkei se olekaan *conditio sine qua non* seurauksen syntymiselle. Ks. tästä *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 207.

¹⁹⁴ Ks. *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 51, s. 55 s., s. 60 s., s. 76 s., s. 135 ss. ja s. 207 s., vrt. myös s. 162 s.; *Sipilä*, s. 68 ss., vrt. s. 156 ss.; *Sundström*: Varsinaisesta osallisuudesta, s. 32 alimuist. 58; *Serlachius I*, s. 73 s.; *Sama*: Straff- och skadestånd, s. 86 ss. ja s. 98 ss.; *Forsman*: Bidrag till läran om skadestånd i brottmål, s. 225; *Grotensfelt*: Kommentar till strafflagen, s. 248; *Ekström*, s. 846 ss.; *Kivimäki*: Asianajajan vastuu, s. 90 ss. Kivimäen mielestä ei syysuhteen rajoittamiskysymystä ole kuitenkaan adekvaattisuuden vaatimuksella lopullisesti ratkaistu; *Hakulinen*: Obligationenrecht, s. 16 s.; *Sainio*, s. 152 s.; *Hernberg*: Yleissiviilioikeus, s. 352 s.; *Mezger*, s. 122 ss.; *Liszt-Schmidt*, s. 161 ss.; *Allfeld*, s. 108 ss.; *Hippel*, s. 97 s.; *Sauer*: Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, s. 92; *Kipp-Wolff II*, s. 67; *Planck II*, s. 1721 ss.; *Stang*, s. 49 s. ja s. 74 ss.; *Lassen*: Haandbog, s. 244; *Ussing*: Erstatningsret, s. 148 s.; *Sama*: Dansk Obligationsret, s. 102 s.

vastoin, jos se on sitä pienempi. Mittapuu on siis yleensä objektiivinen. Poikkeustapauksessa kiinnitetään kuitenkin huomiota tekijän yksilöllisiin ominaisuuksiin.¹⁹⁵

Edellä olemme tarkastaneet huoltajan oikeudellista velvollisuutta estää lasta tekemästä rikosta ja hänen laiminlyöntinsä syyssuhdetta eli sitä, onko määrättyä lapsen toiminnan seurauksena syntynyttä ulkonaista tapahtumaa, jonka syntymisen estämisen huoltaja on laiminlyönyt, oikeudellisessa mielessä pidettävä hänen tekonaan. Kuten jo on mainittu, tulee rangaistavan laiminlyönnin olla laiminlyöjälle myös subjektiivisesti syyksiluettava. Sen on siis oltava sellaisessa suhteessa laiminlyöjän tahtoon, että tahallisuus tai tuottamus hänen puoleltaan sen suhteen on olemassa.¹⁹⁶ Laiminlyönnin subjektiiviseen syyksiluettavuuteen, jota on arvosteltava kuten positiivisenkin teon subjektiivista syyksiluettavuutta, emme kuitenkaan tässä puutu mainittujen epävarsinaisten laiminlyöntirikosten osalta.¹⁹⁷

Esitetyn perusteella on käsittääksemme katsottava, että huoltaja laiminlyömällä estää lasta tekemästä määrättyä tekoa saattaa itse joutua tästä teosta rikosoikeudellisesti vastuunalaiseksi. Viisitoista vuotta täyttäneen syyntakeisen lapsen osalta on selvää, että huoltaja voidaan tuomita rangaistukseen osallisuudesta lapsen rikokseen. Hän voi olla tekijäkumppani, yllyttäjä tai avunantaja, ja hänen rangaistavuutensa on sovellettava yleisiä osallisuutta koskevia periaatteita. Huoltajan rankaiseminen yllytyksestä tai avunannosta alle viisitoistavuotiaan lapsen tekoon ei sitävastoin ole mahdollista. Koska lapsi tulee syyntakeiseksi vasta viisitoista vuotta täytettyään, se ei voi sitä ennen tehdä rikosta. Yllytyksen ja avunannon rangaistavuuden edellytyksenä

¹⁹⁵ *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 152 ss.; *Ekström*, s. 849 s.; *Hakulinen*: Obligationenrecht, s. 16 s.; *Sainio*, s. 152 s.; *Stang*: Erstatningsansvar, s. 79 ss.; *Planck* II, s. 1721 s.; *Hippel*, s. 98; *Lassenin* mielestä on taitavimman ihmisen tieto pantava puheenaolevan arvioinnin perusteeksi. Ks. *Lassen*: Haandbog, s. 244 s. Adekvaattipin perustaja v. *Kries* on sitävastoin sitä mieltä, että tässä arvioinnissa on käytettävä subjektiivista mittapuuta. Ks. *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 154 s.; *Sipilä*, s. 98.

¹⁹⁶ *Serlachius* I, s. 71 ss. ja s. 104 ss.; *Forsman*: Allmänna läror, s. 170 ss.; *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 4; *Liszt-Schmidt*, s. 158 ja s. 221; *Hippel*, s. 126; *Thyrén* II, s. 1 ss.

¹⁹⁷ Ks. varsinaisen laiminlyöntirikoksen syyksiluettavuudesta jäljempänä s. 166 ss.

on taas aina itse pääteon rangaistavuus.¹⁹⁸ Onko siis huoltajan laiminlyönti estää alle 15-vuotista lasta tekemästä syyntakeisen ihmisen tekemänä rikokseksi katsottavaa tekoa lainkaan rangaistava? Vastaus kysymykseen riippuu siitä, mitä rikoksen tekijällä ymmärretään. Katsotaanko tekijäksi rikosoikeudellisesti vain se, joka aikaansaa seurauksen ilman toisen henkilön välitystä, vai myös ns. välillinen tekijä, joka suorittaa täytäntöönpanoteon toisen henkilön välityksellä sellaisissa olosuhteissa, ettei viimeksimainitun tekoa ole pidettävä rikoksena? Viimeksimainittua mielipidettä lienee pidettävä oikeana.¹⁹⁹ Avunantajasta ja yllyttäjistä eroaa tekijä siinä, että hän suorittaa täytäntöönpanotoimen eli teon, joka välittömästi kokonaan tai osaksi toteuttaa rikoksen tosiasialliseen olemukseen kuuluvan seurauksen. Välittömästi toteuttaa teko sanotun seurauksen, kun se tapahtuu ilman toisen henkilön sellaista välittävää toimintaa, jota on katsottava osallisuudeksi rikokseen.²⁰⁰ Tekijän vastuun perustaa siis myös teko, jolla huoltaja syyntakeettoman lapsen tahdontoiminnan välityksellä laiminlyömällä valvomisvelvollisuutensa aiheuttaa rikoksen luonteeseen kuuluvan seurauksen syntymisen, ja huoltajaa on sanotussa tapauksessa rangaistava rikoksen tekijänä.

Aikaisemmin on jo ollut puhetta siitä, että huoltaja saattaa laiminlyömällä lapsen valvomisen syyllistyä myös ns. varsinaiseen laiminlyöntirikokseen. Hänen laiminlyöntinsä estää lasta ryhtymästä määrättyihin hyvän tavan vastaisiin, sen henkiseen tai ruumiilliselle kehitykselle vaarallisiin ym. tekoihin, on eräissä tapauksissa julistettu nimenomaisen säännöksen perusteella rangaistavaksi. Puheenaoleville teoille, joihin huoltajan tulee estää lasta ryhtymästä, on yleensä ominaista, etteivät ne sinänsä rikosoikeudellisesti vastuunalaisenaan lapsen

¹⁹⁸ Forsman: Allmänna läror, s. 235; Serlachius I, s. 166 ja s. 170; Sundström: Varsinaisesta osallisuudesta, s. 80; Grotenfelt: Kommentar till strafflagen, s. 125 ja s. 131; Liszt-Schmidt, s. 343; Mezger, s. 446 ss.; Hippel, s. 164.

¹⁹⁹ Välillisen tekijän käsitteen hyväksyvät mm. Sundström: Varsinaisesta osallisuudesta, s. 67 s.; Honkasalo: Kausaalisuuskysymys, s. 115 s.; Serlachius I, s. 171 s.; Forsman: Allmänna läror, s. 233 s.; Hagströmer I, s. 298 s.; Mezger, s. 425 ss.; Frank, s. 106 s.; Liszt-Schmidt, s. 327 s. Välillisesti ei ole mahdollista tehdä ns. omakätistä rikosta, jossa tekijän toimi voidaan suorittaa vain henkilökohtaisesti. Ks. Honkasalo: Kausaalisuuskysymys, s. 115 s.; Liszt-Schmidt, s. 333 s.; Mezger, s. 417. Ks. puheenaolevassa suhteessa myös KKO 1927 sel. 8 ja JFT 1897, s. 343 ss.

²⁰⁰ Forsman: Allmänna läror, s. 260 ss.; Sundström: Varsinaisesta osallisuudesta, s. 65 ss.; Honkasalo: Kausaalisuuskysymys, s. 117 ss.; Mezger, s. 415 ss.; Liszt-Schmidt, s. 326 s. Vrt. Serlachius I, s. 169.

tekeminä ole rangaistavia tekoja. Huoltajalle valvomisvelvollisuuden laiminlyönnistä johtuvaa rikosoikeudellista vastuuta tarkastettaessa on myös muistettava hänelle lapsen valvojana kuuluvat positiiviset velvollisuudet, esim. velvollisuus valvoa, että lapsi saa OppivelvL:n mukaista opetusta, että se rokotetaan, ettei se käytä poliittisia tunnusmerkkejä eräissä tilaisuuksissa jne.²⁰¹ Viimeksimainittujenkin velvollisuuksiensa laiminlyönnistä huoltaja voidaan eräissä tapauksissa tuomita rangaistukseen.

Kysymyksessä olevia varsinaisia laiminlyöntirikoksia koskevia säännöksiä on ensinnäkin työväensuojelulainsäädännössä. Sanotuilla jo mainitsemillamme ²⁰² säännöksillä on tärkeä merkitys valvomisvelvollisuuden kannalta sen vuoksi, että niiden noudattamatta jättämisestä on työnantajan ohella huoltajakin vastuussa. Huoltajan rikosoikeudellinen vastuu koskee kuitenkin tehdas- ja käsityöliikkeissä, muissa teollisuusliikkeissä ja ammattiteissa, suuremmissa rakennustöissä, saunoissa ja kylpylaitoksissa ynnä kauppa-, konttori ja varastoliikkeissä vain 16 vuotta nuorempia lapsia. Jos muun ikäistä lasta pidetään laittomasti työssä, huoltajaa ei voida siitä tuomita rangaistukseen muuta kuin siinä tapauksessa, että alaikäistä naista, joka ei itse ole oikeutettu tekemään työ sopimusta, on laittomasti pidetty lastaus- tai purkaustöissä.²⁰³ Huoltajan velvollisuutta valvoa, ettei lapsi ole LSL:n 7 luvussa mainituksille sopimattomassa ansiotyössä,²⁰⁴ on myös tehostettu säätämällä, että jos hän sallii lapsen olevan sanotunlaisessa työssä, hänet voidaan tuomita siitä rangaistukseen.²⁰⁵ Edelleen on huomattava, että jos huoltaja laiminlyö pitää huolta siitä, että lapsi tulee säädetyssä ajassa rokotteksi, hänet voidaan tuomita sakkorangaistukseen,²⁰⁶ samaten jos hän laiminlyö säännönmukaisesti käyttää lasta koulussa tai ei toimita sille vastaavaa opetusta.²⁰⁷

²⁰¹ Ks. viimeksimainitusta velvollisuudesta L. kiellosta käyttää poliittisia tunnusmerkkejä eräissä tilaisuuksissa 1 ja 2 §.

²⁰² Ks. edellä s. 132 ss.

²⁰³ A. työstä teollisuus- ynnä eräissä muissa ammattiteissa 23 § 3 mom.; L. kauppa-, konttori- ja varastoliikkeiden työoloista 17 § 3 mom.; L. lasten ja nuorten henkilöiden käyttämisestä ammattityöhön 11 § 5 mom.; L., jolla kielletään pitämästä nuoria naisia eräissä lastaus- ja purkaustöissä 3 § 3 mom.

²⁰⁴ Ks. edellä s. 143 s.

²⁰⁵ LSL 45 §.

²⁰⁶ RokotusL 18 ja 19 §. Ks. myös edellä s. 132 s.

²⁰⁷ OppivelvL 16 § 1 ja 2 mom. Ks. myös edellä s. 139 s.

Nyt puheenaolevia huoltajan valvomisvelvollisuuden laiminlyönnin oikeusseuraamuksia tarkasteltaessa on syytä tutkia, missä määrin huoltajan tuomitseminen rangaistukseen edellyttää, että sanottu laiminlyönti voidaan lukea tahalliseksi tai tuottamukselliseksi hänen syykseen. Mainituista säännöksistä sisältävät jotkut nimenomaisen määräyksen siitä, ettei huoltajaa voida tuomita rangaistukseen, jos hän saattaa uskottavaksi, että rikos on tapahtunut hänen tietämättään tai erittäin lieventävät asianhaarat puoltavat hänen vapauttamistaan.²⁰⁸ RoketusL:n säännöksistä selviää taas, että huoltajan tuomitseminen rangaistukseen rokotusvelvollisuuden laiminlyönnistä edellyttää terveydenhoitolautakunnan velvoittaneen hänet täyttämään hänelle sanotussa suhteessa kuuluvat tehtävät.²⁰⁹ Vastaavanlaisia määräyksiä ei ole kuitenkaan esim. LSL:n 45 §:ssä, OppivelvL:n 16 §:ssä eikä kiellosta käyttää poliittisia tunnusmerkkejä eräissä tilaisuuksissa annetun L:n 2 §:ssä.

Kysymyksessä olevat rikokset kuuluvat ns. politiarikkomuksiin, jotka useat tieteisoppineet asettavat rikoksen subjektiivisen syyksiluettavuisuuden suhteen toiseen asemaan kuin muut rikokset. Tieteisopissa vallitsevan mielipiteen mukaan rikos on rangaistava säännönmukaisesti vain tahallisesti tehtynä. Tuottamukselliseksi se on rangaistava ainoastaan, kun laissa nimenomaan on niin määrätty tai rangaistusmääräyksen tarkoituksesta ja yhteydestä voidaan päätellä, että lainsäätäjän on tarkoittanut rangaista sen myös tuottamukselliseksi.²¹⁰ Politiarikkomuksen suhteen katsovat useat tutkijat sitävastoin, että se on yleensä rangaistava tuottamuksellisenakin, ellei lainsäätäjän jossakin tapauksessa voida osoittaa tarkoittaneen rajoittaa sen rankaisemista tahalliseen tekoon.²¹¹ Vastoin tätä mielipidettä on taas toisten tieteisoppineiden käsityksen mukaan politiarikkomuskin rangaistava tuottamukselliseksi ainoastaan, kun laissa nimenomaan on niin määrätty tai rangaistusmääräyksen tarkoituksesta ja yhteydestä voidaan päätellä lainsäätäjän

²⁰⁸ Ks. A. työstä teollisuus- ynnä eräissä muissa ammateissa 23 § 3 mom.; L. kauppä-, konttori- ja varastoliikkeiden työoloista 17 § 3 mom.; L. lasten ja nuorten henkilöiden käyttämisestä ammattityöhön 11 § 5 mom.; L. jolla kielletään pitämästä nuoria naisia eräissä lastaus- ja purkaustöissä 3 § 3 mom.

²⁰⁹ RoketusL 18 ja 19 § verr. 13 §.

²¹⁰ Honkasalo: Kausaalisuuskysymys, s. 122 s.; Grotenfelt: Kommentar till strafflagen, s. 83; Serlachius I, s. 126 s.; Mezger, s. 362; Hippel, s. 146; Allfeld, s. 182 s.

²¹¹ Ks. Grotenfelt: Kommentar till strafflagen, s. 83; Serlachius I, s. 126 s. Vrt. Honkasalo: Kausaalisuuskysymys, s. 123 s.

tarkoittaneen rangaista sen myös tuottamuksellisena.²¹² Oikeana lienee pidettävä viimeksimainittua mielipidettä. Kuten *Honkasalo* sanoo, ovat politiarikkomukset yleisemmin kuin muut rikokset rangaistavat myös tuottamuksellisina, mutta tähän on syynä ilmeisesti se, että lainsäätäjällä on politiarangaistussäännöksillään useissa tapauksissa tahtonut kääntyä yhtä hyvin tuottamuksellista kuin tahallista suhtautumista vastaan. Koska lainsäätäjällä on tuottamuksen rankaisemisessa kiinnittänyt yleensä huomiota loukatun intressin tärkeyteen eikä tätä näkökohtaa voida esittää tueksi tuottamuksellisen politiarikkomuksen rankaisemiselle, ei ole mitään syytä otaksua politiarikosten olevan puheenaolevassa suhteessa toisessa asemassa kuin muiden rikosten.²¹³ Politiarikkomuksetkin voitaneen näin ollen rangaista tuottamuksellisina, vain jos laissa on nimenomaan niin määrätty tai rangaistusmääräyksen tarkoituksesta ja yhteydestä voidaan päättää sen olevan lainsäätäjän tarkoituksena.

Niitä politiarikkomuksia, joista nyt on kysymys, ei ole nimenomaan julistettu tuottamuksellisina rangaistaviksi. Se seikka, että ne ovat sellaisinaan yleensä rangaistavat, voitaneen kuitenkin päätellä näiden rangaistusmääräysten tarkoituksesta ja yhteydestä. Tähän viitannee myös se, että eräissä kysymyksessäolevista säännöksistä puhutaan lapsen sallimisesta olla esim. määrättyssä työssä tai käyttää poliittisia tunnusmerkkejä.²¹⁴ Salliminen käsittänee nimittäin sekä tahallisen että tuottamuksellisen teon. Olisimme siis sitä mieltä, että huoltajan laiminlyönti on nyt kysymyksessäolevissa tapauksissa rangaistava säännönmukaisesti tuottamuksellisenakin. Puheenaolevassa suhteessa lienee kuitenkin toisessa asemassa huoltajan velvollisuus valvoa, että lapsi rokotetaan ja että se saa OppivelvL:ssä säädettyä opetusta. Näissä molemmissa tapauksissa on viranomaisen, edellisessä terveydenhoitolautakunnan ja jälkimmäisessä kansakoulun johtokunnan, kehoitettava huoltajaa täyttämään sanottu velvollisuutensa ja vasta ellei hän sitä kehoituksesta huolimatta täytä, hänet on asetettava syytteeseen.²¹⁵ Rangaistusmääräyksen käyttäminen edellyttää siis näissä tapauksissa aina huoltajan tahallista laiminlyöntiä. Varoituksen saatuaan hänellä on tahallisuuteen vaadittava tietoisuus tekonsa seurauksista.

²¹² *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 124 s.; *Hippel*, s. 146.

²¹³ *Honkasalo*: Kausaalisuuskysymys, s. 124 s.

²¹⁴ Ks. LSL 45 §; L. kiellosta käyttää poliittisia tunnusmerkkejä eräissä tilaisuuksissa 2 §.

²¹⁵ RokotusL 18 ja 19 §; OppivelvL 16 § 1 ja 2 mom.

Niissä tapauksissa, joissa huoltaja voidaan tuomita rangaistukseen mainituista tuottamuksellisinakin tehdyistä varsinaisista laiminlyöntirikoksista, rikoksen subjektiivisen syyksiluettavaisuuden suhteen asetettaneen yleensä vähäiset vaatimukset. Minimaalisen pienen määrän tuottamusta katsotaan riittävän, ja senkin toteaminen perustetaan usein melkein yksinomaan huoltajan valvomisvelvollisuuden olemassaoloon.²¹⁶ Jos velvollisuuden täyttäminen olisi ollut in abstracto mahdollista, hänen katsotaan tuottamuksellisesti laiminlyöneen tehtävänsä. Hänen tulee siis toimia paljon huolellisemmin, kuin rikosoikeudessa yleensä vaaditaan.²¹⁷ Kuten *Bergendal* huomauttaa, perustuu huoltajan vastuu lapsen teosta tavallisesti olettamukseen hänen omasta rikollisuudestaan puuttuvan valvonnan takia.²¹⁸ Tämä olettamus saattaa käsittää sen, että huoltaja on ollut tietoinen lapsen teosta, että hänellä on ollut mahdollisuus estää se ja että hän ilman pätevää syytä on laiminlyönyt ryhtyä estäviin toimenpiteisiin. Mikäli sanottu olettamus ulotetaan kaikkiin näihin seikkoihin, se merkitsee todistusvelvollisuuden siirtämistä syytetylle. Useimmiten täytynee kuitenkin vaatia, että huoltajan tietoisuus lapsen teosta on näytettävä tavallisessa järjestyksessä toteen. Voidaan siis vain olettaa huoltajalle olleen mahdollista estää lapsen teko ja että hän on ilman pätevää syytä laiminlyönyt ryhtyä estäviin toimenpiteisiin. Eräissä tapauksissa on laissa nimenomaisia säännöksiä siitä, missä määrin vastanäytön esittäminen puheenaolevien olettamusten suhteen on sallittua. Niinpä sisältävät jotkut säännökset, kuten jo on mainittu, määräyksen siitä, ettei huoltajaa voida tuomita rangaistukseen, jos hän saattaa uskottavaksi, että rikos on tapahtunut hänen tietämättään.²¹⁹ *Bergendal* on sitä mieltä, että ellei tällaista lausumaa ole laissa, vastanäytön esittäminen syytetyn vapauttamisen puolesta ei ole sallittua.²²⁰ Kysymyksenalaista lienee kuitenkin, voidaanko sanottua mielipidettä pitää oikeana. Kun puheenaoleva määräys on otettu vain muutamiin lainsäännöksiin, tämä mielipide johtaisi siihen, että huoltajan rikkomuksen rangaistavaisuutta olisi arvosteltava täysin samanlaisissa tapauksissa eri tavoin. Käsittääksemme on siis kaikki kysymyksessä olevat säännökset asetettava mainituissa suhteissa samaan asemaan. Siitä, että lainsäätäjä on tahtonut joissakin tapauksissa erikoisesti huomauttaa

²¹⁶ Ks. *Bergendal*, s. 430.

²¹⁷ *Bergendal*, s. 431.

²¹⁸ *Bergendal*, s. 437 s.

²¹⁹ Ks. edellä s. 166 alimuist. 208 mainittuja lainkohtia.

²²⁰ *Bergendal*, s. 438.

syytetyn oikeudesta vastanäytön esittämiseen, ei voitane päätellä tämän olevan muissa tapauksissa kiellettyä.

Huomiota ansaitsee kysymys siitä, koskeeko nyt puheenaoleva rikos-oikeudellinen vastuu yksinomaan lapsen oikeudellista huoltajaa vai voidaanko myös sen omaisuuden hoitaja, tosiasiallinen huoltaja tai muu henkilö, jolle sen kasvatukseen kuuluva tehtävä on siirretty, tuomita rangaistukseen mainituista varsinaisista laiminlyöntirikoksista. Eräissä kysymyksessä olevia rikkomuksia koskevissa lainsäädännöksissä puhutaan yksinomaan holhoojan vastuusta.²²¹ Koska huolehtiminen niistä velvollisuuksista, joiden laiminlyönnistä nämä rangaistukset on säädetty, kuuluu lapsen henkilöä koskevien asioiden hoitoon,²²² on lainsäätäjän katsottava tarkoittaneen sanotuissa säännöksissä holhoojalla lapsen huoltajaa eikä sen omaisuuden hoitajaa. Mikäli lapsen huolto ja omaisuuden hoito kuuluvat eri henkilöille, lienee siis yksinomaan huoltaja vastuussa kerrotusta valvomisvelvollisuuden laiminlyönnistä. Omaisuuden hoitajalla ei ole oikeutta puuttua sen velvollisuuden täyttämiseen, josta tässä on kysymys. Luonnollista on, ettei hän voi näin ollen joutua vastuuseen tämän huoltajalle kuuluvan velvollisuuden täyttämisen laiminlyönnistä. Lapsen tosiasialliseen huoltajaan ym. henkilöihin, joille jokin sen huoltoon kuuluva tehtävä on uskottu, ei puheenaolevaa vastuuta voine ulottaa niissä tapauksissa, joissa laki puhuu vain lapsen holhoojasta. Eräissä muissa tapauksissa tämä vastuu on sitävastoin nimenomaisen lainsäädännöksen nojalla muillakin henkilöillä kuin lapsen oikeudellisella huoltajalla. Niinpä säädetään RokotusL:n 13 §:n 1 momentissa, että vanhemmat, holhooja tai muu rokotusvelvollisuuden alaisen henkilön huoltaja on vastuussa huollettavansa rokottamiseksi toimittamisesta. OppivelvL:ssa määritellään taas, kuten jo useasti on ollut puhetta, lapsen huoltaja henkilöksi, joka pääasiallisesti pitää lapsen hoidosta ja kasvatuksesta huolta.²²³ Kun LSL:n 45 §:ssä puhutaan siitä, jonka huollettavana lapsi tai nuori henkilö on, jää sitävastoin epätietoiseksi, onko pykälässä mainitusta rikkomuksesta vastuussa vain lapsen oikeudellinen huoltaja vai myös tosiasiallinen huoltaja.

²²¹ A. työstä teollisuus- ynnä eräissä muissa ammateissa 23 § 3 mom.; L. kauppa-, konttori- ja varastoliikkeiden työoloista 17 § 3 mom.; L. lasten ja nuorten henkilöiden käyttämisestä ammattityöhön 11 § 5 mom.; L., jolla kielletään pitämästä nuoria naisia eräissä lastaus- ja purkaustöissä 3 § 3 mom.

²²² Siitä, että lapsen huoltaja eikä omaisuuden hoitaja on oikeutettu tekemään sen puolesta työsopimuksen, ks. jäljempänä s. 229 s.

²²³ OppivelvL 25 § 2 mom. Ks. myös edellä s. 14 s.

Pykälän sanamuoto viittaa mielestämme siihen, että sanottu vastuu on tarkoitettu ulotettavaksi tosiasialliseenkin huoltajaan. Ellei nimittäin lainsäätäjällä olisi ollut tämä tarkoitus, hän olisi puhunut sanotussa pykälässä lapsen tai nuoren henkilön huoltajasta eikä siitä, jonka huollettavana lapsi on. Sovellettaessa kysymyksessä olevia rikkomuksia koskevia rangaistusmääräyksiä muihin henkilöihin kuin lapsen oikeudelliseen huoltajaan lienee kuitenkin noudatettava suurta varovaisuutta. Tässä suhteessa on seurattava niitä periaatteita, mitkä edellä on esitetty huoltajan varsinaisen rikosoikeudellisen vastuun siirtymisestä lapsen tosiasialliselle huoltajalle tai henkilölle, jolle jokin lapsen kasvatukseen kuuluva tehtävä on luovutettu.²²⁴

c. Valvomisen laiminlyönnistä johtuva vahingonkorvausvelvollisuus.

1) Huoltajan puheena olevasta vahingonkorvausvelvollisuudesta yleensä.

Edellä kosketellun huoltajan rikosoikeudellisen vastuun ohella on tärkeä merkitys hänen velvollisuudellaan korvata lapsen aiheuttama vahinko. Kuten huoltajan vastuu huollettavan tekemästä rikoksesta, on myös sanottu vahingonkorvausvelvollisuus ollut vanhastaan tunnustettu kaikkien maiden oikeuksissa. Vanhemmassa roomalaisessa oikeudessa perheenpää oli velvollinen korvaamaan alaistensa aiheuttaman vahingon tai antamaan lapsen mancipatiolla loukatun orjaksi. Justinianuksen toimesta poistettiin kuitenkin perheenpään oikeus myydä lapsensa, joten hänen oli tämän jälkeen korvattava lapsen aiheuttama vahinko.²²⁵ Vanhemman roomalaisen oikeuden mukaan perheenpää oli velvollinen korvaamaan kaikki lapsensa aiheuttamat vahingot riippumatta siitä, oliko vahingon aiheuttaminen luettava valvomisvelvollisuuden laiminlyönnin perusteella hänen syykseen. Hän ei siis vapautunut korvausvelvollisuudesta, vaikka oli valvonut lastansa häneltä vaadittavalla huolellisuudella. Myöhemmässä roomalaisessa oikeudessa edellytti vahingonkorvausvelvollisuus kuitenkin säännönmukaisesti, että

²²⁴ Ks. edellä s. 159 s.

²²⁵ *Sohm*, s. 575 s. ja s. 647 s.; *Jörs*, s. 189 s.; *Dernburg*: *Pandekten* II, s. 106; *Hambro*, s. 33.

vahingon syntyminen voitiin lukea korvausvelvollisen henkilön syyksi. Tämä uusi periaate ilmeni ensimmäisen kerran lex Aquiliassa, jonka säännökset vähitellen laajennettiin koskemaan kaikkia tärkeimpiä tapauksia, joissa korvaus aineellisesta vahingosta oli suoritettava. Täten tuli korvausvelvollisen moitittava menettely vahingonkorvausvelvollisuuden edellytykseksi. Puheenaoleva velvollisuus oli olemassa vain, jos hän tahallaan tai huolellisuuden vaatimuksia vartenottamatta ei ollut noudattanut sitä huolellisuutta, jota huolelliselta perheenpäältä (*diligens pater familias*) voitiin vaatia. Korvausvelvollisen toiminta-arvosteltaessa käytettiin siis objektiivista mittapuuta. Mainittua periaatetta ei kuitenkaan sovellettu vahingon aiheuttajaan, jolla oli sellaisia yksilöllisiä hänen tahdostaan riippumattomia sisäisiä ominaisuuksia, joista johtui, ettei hänen toimintansa laadusta voitu lausua moitittavaa arvostelua eikä hänen toimintansa siis osoittanut syyllisyyttä tekoon. Niinpä ei esim. syyntakeettomalla henkilöllä eikä lapsella ollut vahingonkorvausvelvollisuutta.²²⁶

Voimassaolevaan ulkomaiseen oikeuteen on yleisesti omaksuttu puheenaoleva huoltajan velvollisuus korvata lapsen kolmannelle aiheuttama vahinko. Eräiden maiden lainsäädännössä on nimenomainen sannottua velvollisuutta koskeva yleinen säännös,²²⁷ ja niissäkin maissa, joissa tällaista säännöstä ei ole, huoltajan velvollisuus on katsottu voitavan riidattomasti johtaa yleisistä vahingonkorvausta koskevista periaatteista.²²⁸ Huomattava on myös, että puheenaolevan vahingonkorvausvelvollisuuden edellytyksenä on yleisesti huoltajan valvomisvel-

²²⁶ Ks. *Sohm*, s. 569 ss.; *Jörs*, s. 189 s.; *Dernburg*: *Pandekten II*, s. 358 ss.; *M. Ingstad*: *Den romerske obligationsrets almindelige del*, Kristiania 1920, s. 242; *Stang*, s. 20 ss.; *Ekström*, s. 856 s. ja s. 874; *Sainio*, s. 142 s.

²²⁷ Ks. esim. BGB 832 §; Code Civil 1384 art. 1 ja 4 mom. Syyntakeettoman ja alaikäisen oma vahingonkorvausvelvollisuus on valtioiden voimassa olevissa oikeuksissa eri tavoin järjestetty. Ks. siitä *Stang*, s. 239 ss.; *Nils Finn Simonsen*: *Barns Uaktsomhetsansvar*, TFR 1936, s. 131 s.; *Winroth*: *Strödda uppsatser IV*, s. 59 s.; *Ekström*, s. 872 alimuist. 3.

²²⁸ Näin esim. Ruotsin oikeudessa, jossa rikoslain 6 luvun 6 §:n säännös koskee vain huoltajan vastuuta alle 15-vuotiaan lapsen aiheuttamasta vahingosta. Ks. *Winroth*: *Sv. C. III*, s. 60; *Undén*, s. 52 s. Tanskan ja Norjan oikeuden osalta ks. *Bentzon*: *Familieret* 1916, s. 294; *Borum*, s. 85; *Lassen*: *Haandbog*, s. 329; *Stang*, s. 197; *Ussing*: *UFR* 1923, s. 137; *Knoph*, s. 52.

vollisuuden laiminlyönti ja se, että tämä laiminlyönti voidaan lukea hänen syykseen.²²⁹

Siitä, ettei 1734-vuoden laissa ja sitä aikaisemmassa lainsäädännössä erotettu rangaistusta ja vahingonkorvausta toisistaan, johtuu, että yleiset vahingonkorvausta koskevat säännökset ovat meidän oikeudessamme saaneet edelleenkin paikkansa RL:ssä. Voimassaolevassa oikeudessamme sisältyvät nämä säännökset RL:n yhdeksänteen lukuun. Vaikka mainitun luvun ensimmäisessä pykälässä puhutaan vain rikoksesta vahingonkorvausvelvollisuuden perusteena, lienee kuitenkin riidatonta, että puheenaolevat yleiset säännökset on tarkoitettu ulotettaviksi rikokseen perustumattomaankin oikeudenvastaisesta toiminnasta johtuvaan vahingonkorvausvelvollisuuteen.²³⁰ Tähän viittanee erikoisesti se, että RL sanotussa luvussa itse luopuu vaatimasta rikosta mainitun velvollisuuden perusteeksi. Luvun 5 §:ssä säädetään nimittäin, että vahinko, minkä on tehnyt viittätoista vuotta nuorempi lapsi, mielipuoli tahi muu syyntakeeton henkilö, on maksettava tämän omaisuudesta, ellei vahingonkorvausta kykene maksamaan se, joka huolenpidon laiminlyönnin vuoksi tai muusta sellaisesta tuottamuksesta on tuomittu korvaamaan vahinko. Kysymyksessä olevien RL:n säännösten tarkoituksena ei ole kuitenkaan ollut säännöstellä vahingonkorvausvelvollisuutta tyhjentävästi. Tämä selvinnee siitä, että myös useissa muissa laeissa on vahingonkorvausvelvollisuutta koskevia säännöksiä.

Kuten pohjoismaisesta lainsäädännöstä yleensä, puuttuu meidänkin lainsäädännöstämme yleistetty huoltajan puheenaolevaa vahingonkorvausvelvollisuutta koskeva säännös. Ainoa voimassaolevan oikeutemme sanottua vastuuvollisuutta koskeva säännös on nimittäin jo mainitussa RL:n 9 luvun 5 §:ssä,²³¹ ja sen pääasiallisena tarkoituksena lienee

²²⁹ Ks. kahdessa edellisessä alimuistutuksessa mainittuja lainkohtia sekä alimuistutuksessa 228 mainittua kirjallisuutta. Ranskan oikeuden osalta ks. Code civil 1384 art. 1, 4 ja 7 mom.; *Heinsheimer* I, s. 452 s.

²³⁰ *Serlachius—Cederberg*, s. 100 s. Vrt. *Winroth*: Strödda uppsatser IV, s. 22; *Stang*, s. 60.

²³¹ Tätä koskeva säännös oli myös metsästyksestä 20/10 1898 annetun A:n 35 §:ssä, joka kuului seuraavasti: »Jos viittätoista vuotta nuorempi lapsi rikkoo mitä tässä asetuksessa säädetään, saakoon semmoisesta ilkivaltaisuudesta nuhteita ja sopivaa ojennusta vanhemmiltansa, edusmieheltään tai isännältään. Jos nämä siinä osoittavat leväperäisyyttä, niin että ilkivaltaisuus uudistuu, taikka jos heidän todistetaan tietäneen siitä, mutta ei koettaneen vakavasti sitä estää, vastatkoot itse vahingonkorvauksesta.» Pykälän on kumonnut 1934 annettu metsästyslaki. 5/4 1875 annetun krävustussäännön 4 §:ssä oli niinkään vastaavanlainen huoltajan vahingonkorvausvelvollisuutta koskeva säännös.

määrätä, missä tapauksessa viittätoista vuotta nuorempi lapsi, mieli-puoli tai muu syyhyn-mahdoton henkilö on velvollinen itse korvaamaan rikokseen verrattavalla teolla aiheuttamansa vahingon, eikä säännöstellä tyhjentävästi huoltajan valvomisvelvollisuuden laiminlyönnistä johtuvaa vahingonkorvausvelvollisuutta. Puheenaolevan lainkohdan määräykset koskevat nimittäin vain alle 15-vuotista lasta, ja sille säädetään siinä toissijainen vastuu vain sen tapauksen varalta, että sen teko objektiivisesti katsoen käsittää rikoksen. Kuitenkin täytynee katsoa huoltajan valvomisvelvollisuuden ja hänen mainitun korvausvelvollisuutensa ulottuvan 15 vuotta täyttäneeseenkin lapseen²³² sekä alle 15-vuotiaan lapsen toissijaisen vastuun ulottuvan niihinkin tapauksiin, joissa lapsen oikeudenvastaista tekoa objektiivisesti katsoen ei voida pitää rikoksena.²³³ Sanotussa pykälässä käsitellään näin ollen vain rajoitettua osaa huoltajan vahingonkorvausvelvollisuudesta. Yleinen tätä velvollisuutta koskeva sääntö on johdettava valvomisvelvollisuuden tarkoituksesta ja yleisistä vahingonkorvausvelvollisuutta koskevista periaatteista.

Mitä erikoisesti tulee lapsen välittömästi omalle omaisuudelleen huoltajan puutteellisen silmälläpidon takia aiheuttamaan vahinkoon, ei RL:n 9 luvun 5 §:n säännös käsittäne tällaista vahinkoa. Kuten jo sanoimme, tällä säännöksellä on lähinnä tahdottu määrätä rajat alle viisitoistavuotiaan lapsen omalle vahingonkorvausvelvollisuudelle, minkä vuoksi on luonnollista, ettei siinä ole tarkoitettu lapsen välittömästi itselleen aiheuttamaa vahinkoa.²³⁴ Huoltajan vastuu lapselle nyt kysymyksessäolevasta vahingosta voitaneen kuitenkin johtaa yleisistä vahingonkorvausta koskevista periaatteista.²³⁵ Koska lapsen omaisuu-

²³² Samaten kuin huoltajalla on oikeudellinen velvollisuus estää 15 vuotta täyttänyt lasta tekemästä rikosta, hän on myös velvollinen estämään sanotun ikäistä lasta tekemästä vahinkoa. Huoltajan velvollisuus valvoa lasta kestää siis tässäkin suhteessa periaatteellisesti, kunnes lapsi täyttää 21 vuotta. Erikoisesti on huomattava, ettei RL:n 9 luvun 5 §:n säännös, kuten jo sanoimme, määrää huoltajan kysymyksessäolevan vahingonkorvausvelvollisuuden yleisiä rajoja, joten sen nojalla ei voida päätellä huoltajan voivan joutua vastuuseen vain alle 15-vuotiaan lapsen aiheuttamasta vahingosta. Ks. *Winroth*: Sv. C. III, s. 60; *Undén*, s. 52 s.; *Gadolin* katsoo huoltajan valvomisvelvollisuuden ulottuvan vain alle 15-vuotiseen lapseen, *Gadolin*, s. 76.

²³³ Näin *Ekström*, s. 872; *Alanen*: DL 1932, s. 408 s.; *Montgomery*, s. 679. Toista mieltä on *Winroth*: Strödda uppsatser IV, s. 81.

²³⁴ Näin *Staudinger* BGB:n 832 §:n suhteen. Ks. *Staudinger* II₂, s. 1774 ja IV, s. 1102.

²³⁵ Ks. Saksan oikeuden kannalta *Staudinger* IV, s. 1101; *Planck* II₂, s. 1789. Vrt. myös BGB 1664 §.

den hoitaja, jolle sen huoltokin useimmiten kuuluu, on lain nimenomaisen säännöksen perusteella velvollinen korvaamaan kaiken vahingon, joka on johtunut siitä, ettei hän ole hoitanut huolellisen miehen tavoin lapsen omaisuutta,²³⁶ olisi kohtuutonta jättää lapsen itsensä kannettavaksi sen henkilöä koskevien asioiden hoidon laiminlyönnin takia syntynyt vahinko. Jos esim. valvonnan tarpeessa oleva lapsi saa huoltajan huolimattomuuden takia käsiinsä tulitikut ja sytyttää niillä omistamansa rakennuksen palamaan, lienee huoltaja velvollinen korvaamaan lapselle täten aiheutuneen vahingon. Kysymyksen ollessa viisitoista vuotta täyttäneen lapsen välittömästi itselleen aiheuttamasta vahingosta lienee kuitenkin maksettavan korvauksen suuruutta määrättäessä otettava huomioon myös lapsen oma syyllisyys.

2) Kysymyksessäolevan vahingonkorvausvelvollisuuden teoreettinen rakenne.

Kuten huoltajan velvollisuus estää lasta tekemästä rikosta, perustuu myös hänen velvollisuutensa estää sitä tekemästä vahinkoa nyt puheena-olevaan valvomisvelvollisuuteen.²³⁷ Samaten kuin rikoksen tekeminen saattaa vahingon aiheuttaminenkin tapahtua sekä positiivisen toiminnan että laiminlyönnin seurauksena.²³⁸ Jotta henkilöltä voitaisiin vaatia vahingonkorvausta hänen laiminlyöntinsä perusteella, hänellä tulee olla oikeudellinen velvollisuus vahingon estämiseen.²³⁹ Edellä olemme todenneet, että huoltajalla on oikeudellinen velvollisuus estää lasta tekemästä rikosta.²⁴⁰ Samasta syystä hänellä on myös tällainen velvollisuus estää sitä aiheuttamasta vahinkoa ja jos hän laiminlyö tämän velvollisuutensa, silloinkuin sen täyttäminen on hänelle mahdollista, hän on yleisten vahingonkorvausperiaatteiden mukaan korvausvelvollinen.²⁴¹ Hänen laiminlyöntinsä estää lasta ryhtymästä vahinkoa aiheuttavaan

²³⁶ HL 36 §. *Gadolin*, s. 107 ss.; *Grotensfelt*: *Förmynderskapslagen*, s. 73 ss.

²³⁷ Ks. edellä s. 157 ss.

²³⁸ *Ekström*, s. 852; *Winroth*: *Strödda uppsatser IV*, s. 37 ja s. 136 s.; *Ussing*: *Erstatningsret*, s. 50 ss.; *Stang*, s. 67 ja s. 111.

²³⁹ *Ussing*: *Erstatningsret*, s. 53; *Stang*, s. 111 s.; *Winroth*: *Strödda uppsatser IV*, s. 37; *Ekström*, s. 852.

²⁴⁰ Ks. edellä s. 156 ss.

²⁴¹ Ks. *Alanen*: DL 1932, s. 404 s.; *Winroth*: *Strödda uppsatser IV*, s. 38 ja s. 136 s.; *Sama*: Sv. C. III, s. 59 s.; *Undén*, s. 52 s.; Lb. AB. I, s. 547; *Ussing*: *Erstatningsansvar*, s. 53; *Stang*, s. 67 ja s. 111 s.; *Kipp-Wolff II*, s. 805.

tekoon on siis positiivisen aiheuttamisen veroinen. Vahingonkorvausvelvollisuuden perustaminen laiminlyöntiin samaten kuin positiiviseen tekoonkin edellyttää kuitenkin syysuhdetta laiminlyönnin ja sen seurauksen välillä.²⁴² Tätä syysuhdetta arvosteltaessa on noudatettava edellä huoltajan rikosoikeudellisen vastuun yhteydessä esitettyjä periaatteita. Laiminlyönnin ja sen seurauksen välillä tulee siis olla adekvaattinen syysuhde.²⁴³

Kuitenkaan ei kaikki adekvaattinen aiheuttaminen perusta vahingonkorvausvelvollisuutta. Sanotun velvollisuuden synnyttävät vain oikeudenvastaiset teot eli teot, jotka ylittävät toimintavapaudelle sallitut rajat.²⁴⁴ Huoltajan laiminlyönnistä voi johtua vahingonkorvausvelvollisuus ainoastaan, jos lapsen teko on senlaatuinen, että se vastuunalaisen henkilön tekemänä velvoittaisi tekijän korvaamaan aiheuttamansa vahingon.²⁴⁵ Tästä seuraa mm., että kysymyksessäolevan vahingon tulee olla lapsen tahdonvaltaisen määrätietoisien ruumiinliikkeen aiheuttama. Huoltaja yhtä vähän kuin lapsikaan ei esim. voi olla vastuussa ikkunan rikkoutumisesta, joka on tapahtunut siten, että voimakas tuulenpuuska on heittänyt lapsen ikkunaa vastaan, vaikka se on yhtä taitavasti kuin aikuisetkin ihmiset yrittänyt estää ikkunaa vastaan lentämistä. Huoltaja vastannee siis vain lapsen teoista eikä sen pelkistä ruumiinliikkeistä.²⁴⁶

Vahingonkorvausopissa on yleisenä lähtökohtana culpa-sääntö eli se, että vain vahingon aiheuttajalle syyksiluettava vahinko on korvattava.²⁴⁷ Kuten edellä on sanottu, tämä sääntö on ulkomaisessa oikeudessa yleisesti vallalla huoltajan puheenaolevan vahingonkorvausvelvollisuuden suhteen.²⁴⁸ Näin ollen herää kysymys, onko huoltaja mei-

²⁴² Ks. esim. *Sipilä*, s. 137 ss.; *Ekström*, s. 852 s.; *Stang*, s. 65 ss.

²⁴³ Ks. edellä s. 161 ss. ja alimuistutuksessa 194 mainittua kirjallisuutta. Vrt. *Stang*, s. 69 ja s. 136 ss.

²⁴⁴ Ks. esim. *Stang*, s. 51 ja s. 100 s.

²⁴⁵ Ks. *Grotenfelt: Kommentar till strafflagen*, s. 269; *Ekström*, s. 872; *Alanen: DL 1932*, s. 408; *Winroth: Strödda uppsatser IV*, s. 38; *Planck II₂*, s. 1781 s. ja s. 1788; *Staudinger II₂*, s. 1774; *Mayr*, s. 111.

²⁴⁶ Ks. *Bienenfeld*, s. 208.

²⁴⁷ Ks. esim. *Montgomery*, s. 669; *Wrede: Obligationsrättens allmänna del*, s. 38 ss.; *Hakulinen: Obligationenrecht*, s. 12; *Sama: Lm 1937*, s. 214; *Ekström*, s. 854 ss. ja s. 867; *Serlachius—Cederberg*, s. 91 ss.; *Forsman: Skadestånd*, s. 157 ss.; *Kivimäki: Asianajajan vastuu*, s. 75 ss.; *Grotenfelt: Kommentar till strafflagen*, s. 248; *Hernberg: Yleissiviilioikeus*, s. 354 ss.; *Sainio*, s. 146 ss.; *Lundstedt*, s. 25 ja s. 33 s.; *Alexandersson*, s. 21 ss.; *Björling*, s. 178 ss.; *Stang*, s. 127 s.; *Ussing: Erstatningsret*, s. 8 ss.; *Endemann I*, s. 743 ss.; *Dernburg: Das bürgerliche Recht II₁*, s. 158 ss.;

dänkin oikeutemme mukaan vastuussa lapsen aiheuttamasta vahingosta, vain siinä tapauksessa, että hänen laiminlyöntinsä estää sitä vahinkoa aiheuttamasta voidaan lukea hänelle syyksi.

Huolimatta siitä, että culpa-sääntö on vahingonkorvausopissa yleisenä lähtökohtana, vahingonkorvausvelvollisuus ilman culpa on kuitenkin saavuttanut viimeisinä vuosikymmeninä suuren merkityksen. Voidaan ehkä sanoa, että viimeksimainitulla velvollisuudella on nykyään käytännössä suurempi merkitys kuin culpaan perustuvalla vahingonkorvausvelvollisuudella.²⁴⁹ Koska puheenaolevan säännön johdonmukainen soveltaminen veisi kohtuuttomiin tuloksiin, on siitä täytynyt tehdä poikkeuksia. Tällaisena poikkeuksena on erikoisesti mainittava syyntakeettoman henkilön korvausvelvollisuus.²⁵⁰ Suurempi käytännöllinen merkitys on kuitenkin poikkeuksilla, jotka ovat johtuneet liikenteen ja teollisuuden käänteentekevästä kehityksestä viimeisten vuosikymmenien aikana.²⁵¹ Koska lukuisat uusien koneiden käytöstä aiheutuvat lähinnä puhtaan tapaturman luontoiset vahingot eivät olisi perustaneet korvausvelvollisuutta culpa-säännön mukaan, oli poikkeussäännösten luominen näitä tapauksia varten välttämätöntä. Varsinkin siinä tapauksessa, että voittoa tuottavasta liiketoiminnasta aiheutuu kolmannelle vahinkoa, tuntuu korvausvelvollisuuden vierittäminen liiketoiminnan harjoittajalle kohtuulliselta, koska hän nauttii liiketoiminnan tuottaman taloudellisen edun.²⁵² Mutta myös eräissä muissa tapauksissa on katsottava, että vahingon aiheuttaja on ilman omaa culpaansakin velvollinen ennemmin kuin vahingon syntymiseen millään tavoin vaikuttanut loukattu kärsimään vahingosta johtuvat taloudelliset seuraukset. Puheenaolevat culpa-säännöstä tehdyt poikkeukset ovat syntyneet erikoislainsäädännön turvin määrättyjä tapauksia silmälläpitäen.²⁵³ Kuitenkin niillä on ollut laajakantoisempi merkitys siinä suhteessa, että ne ovat tukeneet eräitä tämän säännön oikeudenmukai-

Rümelin, s. 18 ss.; *Planck* II,², s. 1701 s.; *Staudinger* II,², s. 1706. Ranskan, Sveitsin ja Saksan oikeuksiin on culpa-sääntö omaksuttu nimenomaisen lainsäädännön perusteella. Ks. Code civil 1382 art.; Das Obligationenrecht vom 30 März 1911, 41 art.; BGB 823 §.

²⁴⁸ Ks. edellä s. 171 s.

²⁴⁹ *Lundstedt*, s. 33.

²⁵⁰ Ks. RL 9: 5. *Stang*, s. 229 ss.; *Forsman*: Skadestånd, s. 173.

²⁵¹ Ks. *Stang*, s. 44 ss.; *Sainio*, s. 145.

²⁵² Ks. *Kipp-Wolff* I,¹, s. 561 s.; v. *Tuhr* II,², s. 473 s.

²⁵³ Ks. näistä poikkeuksista *Serlachius-Cederberg*, s. 96 ss.; *Hakulinen*: Obligationenrecht, s. 13 ss.; *Wrede*: Obligationensrättens allmänna del, s. 50 s.

suutta vastaan jo aikaisemmin esitettyjä mielipiteitä²⁵⁴ ja herättäneet ajatusten vaihtoa siitä, onko vahingonkorvausvelvollisuudella yhteistä kaikkiin tapauksiin soveltuvaa oikeusperustetta.²⁵⁵ On katsottu, että culpa-sääntö on menettänyt merkityksensä yleisenä lähtökohtana vahingonkorvausopissa ja ettei se ole esteenä kehityksen johtamiseen uusille urille.²⁵⁶

Kun tarkastellaan kysymyksessäolevaa huoltajan vahingonkorvausvelvollisuutta, ei voitane kieltää, että huoltajan velvoittaminen korvaamaan lapsen aiheuttama vahinko siinäkin tapauksessa, ettei hänen laiminlyöntiään estää lasta sitä aiheuttamasta voida lukea hänelle syyksi, saattaisi joskus tuntua oikeudenmukaisemmalta kuin vahingon jättäminen sen kannettavaksi, jota se on välittömästi kohdannut.²⁵⁷ Varsinkin lapsen vanhemmat sen lakimääräisinä huoltajina voivat olla lähempänä kärsimään lapsensa aiheuttaman vahingon seuraukset kuin henkilö, joka ei ole missään syysuhteessa vahinkoon. Määräyksenvaraisen huoltajan suhteen ei sanottu pidä paikkaansa yhtä suuressa määrin kuin lakimääräisen huoltajan osalta, mutta ensiksimmäinnettukin on joka tapauksessa lähempänä kärsimään vahingon kuin kolmas henkilö.²⁵⁸

Huoltajan puheenaolevan vahingonkorvausvelvollisuuden oikeutusta arvosteltaessa on kuitenkin kiinnitettävä huomiota myös lapsen omaan vahingonkorvausvelvollisuuteen. Tieteisopissamme yleisesti omaksutun mielipiteen mukaan sisältää RL:n 9 luvun 5 §:n säännös tärkeän, muuhunkin kuin rikokseen rinnastettavasta teosta johtuvaan vahingonkorvausvelvollisuuteen ulottuvan poikkeuksen culpa-säännöstä myös siinä suhteessa, että alle 15-vuotiaan on korvattava aiheuttamansa vahinko tämän säännöksen nojalla sellaisissakin tapauksissa, joissa huoltaja ei ole pykälän mukaan siitä vastuussa. Lapsi vastaisi siis aiheuttamastaan vahingosta itse esim. siinä tapauksessa, ettei sillä ole ollut lainkaan

²⁵⁴ Vrt. *Lundstedt*, s. 30 ss.; *Alexandersson*, s. 23; *Planck II*, s. 1701 ss.

²⁵⁵ Ks. tässä suhteessa *Stang*, s. 161 ss.; *Ussing*: Skyld og Skade, s. 235 ss.; *Rümelin*, s. 4 ss. ja s. 24 ss.; *Ekström*, s. 863 ss.; *Sainio*, s. 146 ss.

²⁵⁶ *Alexandersson*, s. 23.

²⁵⁷ Vrt. *Stang*, s. 199; *Alanen*: DL 1932, s. 405 s.; *Sama*: DL 1933, Oikeustapaukset, s. 94.

²⁵⁸ Tällaisen vastuun asettaminen huoltajalle tietäisi yhtä ankaraa vastuuta kuin vanhemmassa roomalaisessa oikeudessa. Ks. edellä s. 170 s. Vrt. myös omistajan vastuuta eläimen aiheuttamasta vahingosta Rak.K 22: 7 ja 8; L. tilusten rauhoittamisesta kotieläinten vahingonteolta, annettu 18/2 1921, 37 §; *Serlachius—Cederberg*, s. 97; *Wrede*: Obligationsrättens allmänna del, s. 51 ss.; *Hakulinen*: Obligationenrecht, s. 13; *Ekström*, s. 889 ss.

huoltajaa ja sen toissijainen vastuu astuisi voimaan vain, kun loukattu olisi oikeutettu saamaan korvauksen kärsimästään vahingosta huoltajalta.²⁵⁹ Toista mieltä on sitävastoin *Hakulinen*, jonka käsityksen mukaan puheenaoleva alle 15-vuotiaan lapsen vahingonkorvausvelvollisuus on aina toissijainen. Hänen mielestään tällainen lapsi voi joutua korvaamaan aiheuttamansa vahingon mainitun säännöksen lausuman oikeusperiaatteen nojalla vain siinä tapauksessa, että sen huoltajakin on valvomisvelvollisuuden laiminlyönnin perusteella vahingosta vastuussa.²⁶⁰ *Hakulisen* kantaa lieneekin pidettävä oikeana. Kuten hän huomauttaa, merkitsisi ensiksimmäinen mielipiteen omaksuminen lainsäädäntömme asettamista sangen silmiinpistävään yksinäisiasemaan eurooppalaisten oikeusjärjestelmien piirissä. Missään muussa eurooppalaisessa maassa ei oikeusjärjestys ole sillä kannalla, että lapsi-ikäiset olisivat kertakaikkisessa vastuussa tekemisistään silloinkin, kun laki täysikäisiltä ja muilta syyhyn kelpaavilta vaatii, heitä aiheettomilta omaisuuden menetyksiltä suojellakseen, culpaa vastuun edellytyksenä.²⁶¹ Loukatun oikeus vahingonkorvauksen saamiseen lapselta on näin ollen käsittääksemme suuresti rajoitettu. Huomattava on sitäpaitsi, että lapsella on harvoin yksityistä omaisuutta, joten sen velvoittamisella vahingon korvaamiseen ei ole useimmiten käytännöllistä merkitystä. Vahinkoa kärsineen kannalta olisi siis huoltajan syyllisyydestä riippumattomalla vastuulla tärkeä merkitys.

Huoltajan syyllisyydestä riippumattoman vastuun puolesta puhunevat siis painavat syyt. Tällaisen vastuun oikeutusta arvosteltaessa on kuitenkin otettava huomioon myös sitä vastaan puhuvat seikat. Jos lapsi on saanut huoltajan puutteellisen valvomisen johdosta käsiinsä tulitikut ja sytyttänyt niillä tulipalon, tuntuu oikeustajunnan mukaiselta velvoittaa huoltaja korvaamaan siten aiheutunut vahinko. Tätä ei sitävastoin voine sanoa ainakaan suurempien vahinkojen suhteen, ellei huoltaja ole millään tavoin laiminlyönyt lapsen valvomisvelvollisuutta. Esim. useiden miljoonien markkojen korvausvelvollisuuden vierittäminen huoltajalle olisi viimeksimainitussa tapauksessa ilmeisesti oikeustajunnan vastaista. Näin ankara vastuu tekisi lapsen ja koko yhteiskunnan kannalta välttämättömästä huollosta pelot-

²⁵⁹ Ks. *Serlachius—Cederberg*, s. 101; *Groténfelt: Kommentar till strafflagen*, s. 268 s.; *Ekström*, s. 871 s.; *Alanen: DL 1932*, s. 410; *Gadolin*, s. 76 alimuist. 2.

²⁶⁰ *Hakulinen: Obligationenrecht*, s. 13; *Sama: Lm 1937*, s. 213 ss. Samalle kannalle on asettanut myös *Winroth: Strödda uppsatser IV*, s. 38.

²⁶¹ *Hakulinen: Lm 1937*, s. 215.

tavan tehtävän, jonka hoitamiseen kysymyksen ollessa määräyksenvaraisesta huollosta olisi vaikea saada halukkaita henkilöitä.

Aikaisemmin mainituista epäilyksistä huolimatta katsomme syyllisyyteen perustuvan vastuun johtavan puheenaolevassa tapauksessa oikeudenmukaisempaan tulokseen kuin siitä riippumattoman vastuun. Positiivisen oikeutemme kannalta lieneekin riidatonta, että huoltaja on velvollinen korvaamaan lapsen aiheuttaman vahingon ainoastaan, jos hänen laiminlyöntinsä estää lasta vahinkoa tekemästä voidaan lukea hänelle syyksi. Tälle kannalle on yksimielisesti asettunut tieteistöoppimme²⁶² tulkitessaan RL:n 9 luvun 5 §:ä, ja myös oikeuskäytännössämme vaaditaan yleisesti huoltajan culpaa puheenaolevan vahingonkorvausvelvollisuuden perusteeksi.²⁶³ Mainittu kanta selvinnee sitaipaisi suoraan RL:n 9 luvun 5 §:n säännöksestä, jossa huoltajan culpa asetetaan nimenomaan hänen vahingonkorvausvelvollisuutensa edellytykseksi. Vaikka tässä pykälässä puhutaan vain alle 15-vuotiaasta lapsesta, lienee kysymyksessäolevaa siitä ilmenevää periaatetta sovellettava huoltajan vastuuseen 15 vuotta täyttäneenkin lapsen vahingosta eli hänen vastuuseensa lapsen aiheuttamasta vahingosta yleensä. Huoltajan velvoittaminen korvaamaan culpasta riippumatta 15 vuotta täyttäneen rikosoikeudellisestikin teoistaan vastuussa olevan lapsen aiheuttama vahinko olisi nimittäin vielä kohtuuttomampaa kuin hänen velvoittamisensa korvaamaan alle 15-vuotiaan lapsen tekemä vahinko sanotulla perusteella.

Olemme siis tulleet siihen tulokseen, että huoltaja vastaa oikeutemme mukaan lapsen aiheuttamasta vahingosta vain siinä tapauksessa, että valvomisvelvollisuuden laiminlyönti voidaan lukea hänelle syyksi. Yleisesti vallitsevan mielipiteen mukaan yksityisoikeudellinen syyllisyyskäsite eroaa rikosoikeudellisesta tuottamuksesta siinä suhteessa, että arvosteltaessa, onko vahingon aiheuttaja toiminut, niinkuin hänen olisi pitänyt toimia, ensiksimmäitun suhteen noudatetaan objektiivista, mutta rikosoikeudellisen tuottamuksen suhteen subjektiivista mitta-

²⁶² Ks. *Ekström*, s. 871; *Grottenfelt*: Kommentar till strafflagen, s. 269; *Alanen*: DL 1932, s. 404 s.; *Serlachius—Cederberg*, s. 100; *Hakulinen*: Obligationenrecht, s. 13; *Forsman*: Skadestånd, s. 196; *Wrede*: Obligationsrättens allmänna del, s. 50; *Gadolin*, s. 76.

²⁶³ Ks. esim. JFT 1897 Bilaga, s. 20 a N:o 33; KKO 1924 tied. 807; 1934 tied. 408; 1937 tied. 484. Omalaatuisen poikkeuksen muodostaa tässä suhteessa Viipurin HO:n päätös 21/2 1933. Ks. DL 1932, oikeustapaus N:o 56.

puuta.²⁶⁴ Objektiivista mittapuuta käytettäessä kysytään, mitä toimiva henkilö olisi voinut arvata sen perusteella, mitä yleensä olisi ollut mahdollista arvata. Asianomaisen henkilön yksilölliseen laatuun, syyn-takeisuuden puutetta lukuunottamatta, ei siis kiinnitetä huomiota. Ihmistä ei tarkastella yksilönä, vaan sellaisena tyyppinä kuin hän säännömukaisesti on. Ratkaistaessa, onko hän noudattanut tarpeenmu-kaista varovaisuutta, lähdetään siitä, miten hänen asemassaan oleva huolellinen henkilö olisi vastaavassa tapauksessa menetellyt. Arvos-teltaessa, onko huoltaja täyttänyt nyt kysymyksessäolevan valvomis-velvollisuutensa, on siis käytettävä objektiivista mittapuuta.²⁶⁵ Tämä merkitsee, että huoltajalta on vaadittava puheenaolevassa tehtävis-sään samanlaista kykyä kuin huolelliselta sanotun tehtävän hoitajalta voidaan vaatia. Jos hän on osoittanut siinä tällaista kykyä ja huolel-lisuutta, hänen ei voida katsoa laiminlyöneen valvomisvelvollisuuttaan eikä kolmannella ole oikeutta vaatia häneltä korvausta lapsen aiheut-tamasta vahingosta.²⁶⁶

3) Huoltajan puheenaolevan vahingonkorvaus-velvollisuuden vaikutus lapsen valvomisvelvollisuuteen ja eräitä tähän korvausvelvolli-suuteen liittyviä kysymyksiä.

Edellä olemme tarkastaneet huoltajan puheenaolevan vahingon-korvausvelvollisuuden teoreettista rakennetta. Mitä on sitten huolta-jalta käytännössä vaadittava lapsen mahdollisesti aiheuttaman vahin-gon estämiseksi? Kuten jo aikaisemmin on mainittu, ei tätä voida yleisellä säännöllä määrätä. Onko huoltaja täyttänyt valvomisvelvolli-suutensa puheenaolevassa suhteessa, on tutkittava kussakin tapauksessa

²⁶⁴ Ks. *Ekström*, s. 861; *Serlachius—Cederberg*, s. 94; *Sipilä*, s. 284 ss.; *Kivimäki: Asianajajan vastuu*, s. 76 ss.; *Hakulinen: Obligationenrecht*, s. 16 s.; *Sainio*, s. 144; *Alanen: DL 1932*, s. 408 s.; *Stang*, s. 131 ss.; *Ussing: Skyld og Skade*, s. 37 ss.; *Sama: Erstatningsret*, s. 28 ss. ja s. 67 ss.; *Platou*, s. 529; *Dernburg: Das bürgerliche Recht II*, 1, s. 160 s.; *Endemann I*, s. 639; *Rümelin*, s. 18 ss. Rikos- ja siviilioikeudellisen syyllisyyden identtisyyden puolesta esitetyistä mielipiteistä ks. *Sipilä*, s. 284 ss.

²⁶⁵ Ks. *Granfelt: Straffprocessrätt*, s. 453; *Alanen: DL 1932*, s. 405 alimuist. 1 ja 408 s.; *Sama: DL 1932*, Oikeustapaukset, s. 94; *Grottenfelt: Kommentar till straff-lagen*, s. 269.

²⁶⁶ Ks. *Planck II*, 2, s. 1788; *Planck IV*, s. 389; *Mayr*, s. 112. Vrt. HL 36 §, jossa puhutaan holhoojan vastuusta lapsen omaisuuden hoidosta. *Grottenfelt: Förmynderskapslagen*, s. 74 s.; *Gadolin*, s. 107 s.

erikseen: Niinpä sanookin Reichsgericht sattuvasti: »Aufsichtsrecht und Aufsichtspflicht über den Minderjährigen besteht wegen seines Zustandes, weil er eben minderjährig ist. Art und Mass der Aufsicht gestaltet sich selbstverständlich in hohem Grade verschieden je nach dem Alter, den Anlagen und Eigenschaften, der Entwicklung und Ausbildung, kurz nach der Individualität der Minderjährigen.»²⁶⁷ Eräitä yleisiä näkökohtia, jotka on otettava huomioon huoltajan mainittua valvomisvelvollisuutta arvosteltaessa, voitaneen kuitenkin esittää.

Lapsen aiheuttamien vahinkojen ehkäisemisessä olisi luonnollisesti suuri merkitys sillä, että se olisi kaikessa toiminnassaan joka hetki huoltajan tai jonkun tämän siihen määräämän henkilön silmälläpidon alaisena. Tällaisen valvonnan järjestäminen tuottaisi kuitenkin käytännössä siksi suuria hankaluuksia, että sen vaatiminen huoltajalta on mahdotonta. Sääntönä ei siis voine pitää, että huoltajan on joka askeleella seurattava ainakaan kehittyneempää lasta.²⁶⁸ Kuten jo on mainittu, hänen on noudatettava tehtävässään sellaista huolellisuutta, jota huolellinen huoltaja vastaavissa olosuhteissa olisi noudattanut. On siis kysyttävä, mihin toimenpiteisiin huolellinen keskimittaan täyttävä huoltaja olisi valvomisvelvollisuutensa täyttämiseksi vastaavassa tapauksessa ryhtynyt.

Vaikka huoltajan puheenaoleva valvomisvelvollisuus kohdistuu sekä alle viisitoistavuotiseen että sanotun iän saavuttaneeseen lapseen, hän joutuu kuitenkin käytännössä suorittamaan harvemmin viimeksimainitun ikäisen lapsen aiheuttaman vahingon. Tämä johtuu siitä, ettei häneltä voida yleensä vaatia vanhemman ja kehittyneemmän lapsen suhteen ennakoestävää valvontaa, joten tuottamuksellinen valvomisvelvollisuuden laiminlyönti tulee harvemmin kysymykseen.²⁶⁹ Kuten jo sa-

²⁶⁷ RGZ 52, s. 73. Ks. myös *Planck* II, s. 1789; *Staudinger* II, s. 1774 s.

²⁶⁸ Vrt. s. 183 s.

²⁶⁹ Harhaanjohtavaa on sanoa, että valvomisvelvollisuus kestää vain siksi, kunnes lapsi on niin vanha ja kehittynyt, ettei sen valvominen enää ole tarpeellista. Ks. *Westring*, s. 381; *Lb. GB. IV*, s. 430. Sanottu velvollisuus lakkaa käsittääksemme vasta samalla kuin huolto-oikeuskin, mutta huoltajalle sen täyttämässä asetettuihin vaatimuksiin on lapsen iällä ja kehityksellä suuri vaikutus. Luonnollista on esim., että huoltajan, joka tietää 18-vuotiaan lapsen heittelevän kiviä naapuritalon ikkunoihin, on koetettava estää lasta siitä. Hän ei saa vedota siihen, että lapsi on jo niin vanha ja kehittynyt, ettei sen valvominen enää kuulu hänelle. Toiselta puolen ei huoltajan voida kuitenkaan katsoa laiminlyöneen esim. mainitun ikäisen lapsen valvomisvelvollisuutta, ellei hänellä ole ollut minkäänlaista tietoa sen teosta. Huoltajalta ei voida vaatia, että hän arvaisi edeltäpäin sanotun ikäisen normaalisti kehittyneen lapsen ryhtyvän mainitunlaiseen tekoon ja pitäisi sitä tämän takia jatkuvasti silmällä.

noimme, huoltaja ei ole velvollinen seuraamaan joka askeleella vanhempia ja kehittyneempiä lapsia. Tässä suhteessa ei mainitulla viiden-toista vuoden ikärajalla ole kuitenkaan ratkaisevaa merkitystä. Niinpä huoltajan ei voitane katsoa laiminlyöneen silmälläpitovelvollisuuttaan, jos hän antaa 10 vuoden ikäisen lapsen liikkua yksin kaupungilla.²⁷⁰ Alle 4-vuotiaan lapsen suhteen on asia sitävästoin toinen.²⁷¹ Asiaa arvosteltaessa on yleisellä tavalla suuri merkitys. On siis kysyttävä, onko kysymyksessäolevissa olosuhteissa tavallista sallia puheenaolevan ikäisen lapsen liikkua yksin kadulla jne. Lapsen iän kanssa on läheisessä yhteydessä sen kehitys, luonne ja taipumukset. Huoltajan valvomisvelvollisuuden sisältöä arvosteltaessa on lapsen iän ohella kiinnitettävä huomiota myös näihin seikkoihin.²⁷² Vanhempi pahantapainen lapsi voi esim. vaatia tarkempaa silmälläpitoa kuin nuorempi hyvätapainen lapsi. Mainitussa suhteessa on kuitenkin huomattava, ettei huoltaja ole vastuussa lapsen kasvatuksen tuloksista.²⁷³ Jos hän on kieltänyt lasta määrätystä pahanteosta, mutta se ei hänen kieltöään tottele eikä hän voi muutenkaan sitä estää sanotusta teosta, hän on täyttänyt valvomisvelvollisuutensa.

Mainittujen seikkojen ohella on huoltajan puheenaolevan velvollisuuden sisältöä määrättäessä myös muilla olosuhteilla tärkeä merkitys. Tarkempaa valvomisvelvollisuutta voidaan esim. vaatia huoltajalta, jos lapsi on hänen tietensä saanut haltuunsa jonkin vaarallisen esineen tai ryhtynyt muuhun toimintaan, josta saattaa aiheutua vahinkoa kolmannelle, taikka jos huoltajalla on ollut syytä varoa²⁷⁴ sen saavan haltuunsa

²⁷⁰ Valaiseva on tässä suhteessa Simonsenin mainitsema oikeustapaus 10-vuotiaasta koulutyöstä, joka työnsi toverinsa koulumatkalla raitiotievaunusta kadulle, niin että tämä sai siitä vammoja. Ruotsin korkein oikeus hylkäsi tytön isää vastaan ajetun vahingonkorvausvaatimuksen, koska isän ei voitu katsoa laiminlyöneen tyttärensä silmälläpitovelvollisuutta. Ks. *Nils Finn Simonsen: Barns Uaktsomhetsansvar*, TfR 1936, s. 133.

²⁷¹ KKO on velvoittanut vanhemmat korvaamaan vahingon, joka oli aiheutunut siitä, että heidän alle 4-vuotias kadulle ilman kaitsijaa päästetty poikansa heitti kivellä rikki erään näyteikkunan. Ks. KKO 1937 tied. 484.

²⁷² Ks. *Planck II*, s. 1789; *Staudinger II*, s. 1774. Ks. myös KKO 1934 tied. 408, jossa KKO perustelee ratkaisuaan mm. sillä, ettei ole näytetty lapsen luonteensa takia olevan erikoisen ja yhtämittaisen valvonnan tarpeessa.

²⁷³ Ks. *Staudinger, II*, s. 1175; RGZ 50, s. 64 ss.

²⁷⁴ Huoltajan tuottamuksen toteamiseksi riittää usein yksistään se, että hän on jättänyt vaarallisen esineen sellaiseen paikkaan, että lapsella on ollut tilaisuus saada se haltuunsa, esim. tulitikut pöydälle, josta pieni lapsi on ne ottanut ja syttänyt niillä tulipalon.

sanotunlaisen esineen tai ryhtyvän mainitunlaiseen toimintaan. Vaarallisina esineinä mainittakoon esim. tulitikut ja ampuma-aseet. Huoltajan tulee pitää tarkasti silmällä, ettei varsinkaan pieni lapsi saa tällaisia esineitä haltuunsa, ja jos hän itse antaa ne lapsen haltuun, hänen tulee tavallista tarkemmin valvoa sen toimintaa. Lapselle on opetettava, miten erilaisia esineitä, joiden kanssa se on tekemisissä, on käytettävä, ettei niiden käyttämisestä aiheutuisi vahinkoa. Myös lapsen leikkien valvomiseen on kiinnitettävä huomiota.²⁷⁵

Valvomisvelvollisuuden sisältöön on paikallisillakin olosuhteilla suuri vaikutus. Vilkasliikenteisellä paikalla kaupungissa huoltajalta on esim. vaadittava tarkempaa lapsen silmälläpitoa kuin rauhallisella maaseudulla. Tämä on välttämätöntä jo lapsen itsensäkin takia, mutta myös kaikenlaisten vahinkojen aiheuttamiseen lapsella on vilkasliikenteisellä paikalla suuremmat mahdollisuudet. Pienen lapsen päästäminen ilman kaitsijaa kadulle voi sen vuoksi jo sinänsä sisältää valvomisvelvollisuuden laiminlyönnin. Kodin ulkopuolella liikkeudessaan aiheuttavat lapset kuitenkin usein kolmannelle vahinkoa sellaisissa olosuhteissa, ettei huoltajan voida katsoa olevan siitä vastuussa. Tässä suhteessa on ensinnäkin mainittava vanhemmat lapset, jotka asuvat kodin ulkopuolella, esim. ovat työssä tai opiskelevat toisella paikkakunnalla.²⁷⁶ Myös kotona

²⁷⁵ Ks. *Staudinger* II, s. 1775; *Planck* II, s. 1789; *Knoph*, s. 52; *Mayr*, s. 113. Huoltajan velvollisuudesta pitää silmällä, ettei lapsi saa tulitikkuja käsiinsä ks. KKO 1924 tied. 807; 1928 tied. 312; 1928 tied. 408. Polkupyörää ei ole pidetty niin vaarallisena esineenä, ettei huoltaja saisi antaa sitä 9-vuotiaan lapsen käytettäväksi ilman tarkempaa silmälläpitoa. Ks. KKO:n päät. 3/6 1937 N:o 1446. Vrt. *Knoph*, s. 52.

Ampuma-aseen vaarallisuudesta sanoo Reichsgericht ratkaisussaan 19/10 1933: »An die Pflicht des Inhabers der elterlichen Gewalt, seinen minderjährigen Sohn von der missbräuchlichen Benutzung einer Schutzwaffe abzuhalten, sind strenge Aufforderungen zu stellen.» Ks. *J. A. Seufferts: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten*, 88 Band, München und Berlin 1934, s. 78 ss. Kotimaisista oikeustapauksista mainittakoon KKO 1938 tied. 590. Huoltaja, jonka 5-vuotias poika oli ampunut erästä toista poikaa ilmapyssyllä silmään, niin että silmä oli poistettava, velvoitettiin korvaamaan viimeksimainitulle pojalle silmän menetyksestä aiheutunut vahinko, koska hän salliessaan poikansa ottaa pyssyn mukaansa ja lähteä yksin kadulle pyssyn käytöstä tarkempia ohjeita antamatta oli laiminlyönyt valvomisvelvollisuutensa.

Pienempien lasten käsissä voivat muuten suhteellisen vaarattomatkin esineet, kuten kivet, terävät tikut jne. olla vaarallisia. Vrt. KKO 1937 tied. 484; JFT 1897 Bilaga, s. 20 a N:o 33.

²⁷⁶ Ranskan oikeudessa vastaavat vanhemmat nimenomaisen säännöksen nojalla vain heidän luonsa asuvien lasten aiheuttamasta vahingosta. Code civil 1384 art. 4 mom. Ks. myös *Mayr*, s. 112.

asuvat kehittyneemmät lapset joutuvat liikkumaan yksinään kodin ulkopuolella esim. koulumatkoilla, vanhempien asioilla jne. Edellä esittämiemme periaatteiden mukaan huoltaja ei ole yleensä vastuussa tällaisten lasten aiheuttamasta vahingosta, jos lapsi on ollut sen ikäinen ja niin kehittynyt, että huoltajalla yleisen tavan mukaan on ollut syytä antaa sen ilman tarkempaa silmälläpitoa pysyväisesti oleskella tai tilapäisesti liikkua kodin ulkopuolella. Tämä ei kuitenkaan käsitä sitä, ettei huoltaja olisi vastuussa näissäkin tapauksissa lapsen aiheuttamasta vahingosta, jos hän on tiennyt lapsen ryhtyvän vahinkoa aiheuttavaan tekoon, mutta ei ole ryhtynyt käytettävinsä olevin keinoin toimenpiteisiin teon estämiseksi. Isä ei ole esim. velvollinen korvaamaan kodin ulkopuolella asuvan tai koulumatkalla olevan poikansa rikkomaa ikkunaa, ellei hän tiennyt tai hänellä ole ollut syytä varoa pojan ryhtyvän sanottuun tekoon eikä hän ole siitä huolimatta ryhtynyt mainittuihin toimenpiteisiin.²⁷⁷ Kuten edellä on sanottu,²⁷⁸ saattaa puheenaolevien periaatteiden soveltaminen joskus johtaa kohtuuttomuuteen, minkä vuoksi huoltajat korvaavat tavallisesti vapaaehtoisesti sanotunlaiset lapsen aiheuttamat vahingot.²⁷⁹

Huomiota ansaitsee kysymys siitä, missä määrin huoltajan taloudelliset olot on otettava huomioon valvomisvelvollisuuden sisältöä arvosteltaessa. Onko esim. köyhille vanhemmille, joilla ei ole varaa pitää kotiapulaista lastensa toimintaa seuraamassa, asetettava tässä suhteessa yhtä ankarat vaatimukset kuin vanhemmille, jotka voivat käyttää apulaisia sanotun tehtävänsä täyttämiseksi? Koska huoltajan toimintaa arvosteltaessa käytetään objektiivista mittapuuta ja pidetään esikuvana keskimittaista samanlaisissa olosuhteissa toimivaa huoltajaa,²⁸⁰ seurannee tästä, että mainituissa suhteissa hänen taloudellisiinkin oloihinsa on kiinnitettävä huomiota. On kysyttävä, kuinka hänen asemassaan oleva keskimittainen henkilö olisi vastaavassa tapauksessa menetellyt. Näin ollen johdumme siihen, että esim. hyvissä taloudellisissa oloissa eläviltä

²⁷⁷ Vrt. *Stang*, s. 197 alimuist. 3. Ks. myös sivulla 182 alimuistutuksessa 270 mainittua oikeustapausta. Vrt. DL 1933, oikeustapaus N:o 56. Kun 7-vuotias tyttö oli kansakoulussa vetänyt 9-vuotiaan tytön käymälän istuimelta lattialle, niin että tämä oli tästä saamastaan vammasta kuollut, Viipurin HO, katsoen kohtuulliseksi, että ensiksi mainitun tytön huoltaja korvaisi toisen tytön hautauskulut, velvoitti huoltajan suorittamaan ne.

²⁷⁸ Ks. edellä s. 177 ss.

²⁷⁹ Ks. *Stang*, s. 199.

²⁸⁰ Ks. edellä s. 179 s.

vanhemmilta vaaditaan puheenaolevan valvomisvelvollisuutensa täyttämiseksi enemmän kuin varattomilta vanhemmilta. Työmiehenvaimon voi esim. olla pakko jättää pieni lapsensa yksin pihalle leikkimään, koska hänen on itse oltava työssä. Jos sitävastoin paremmissa oloissa elävä huoltaja jättää samanikäisen lapsen yksin pihalle, voi olla, että hänen on katsottava laiminlyöneen valvomisvelvollisuutensa.²⁸¹

Valvomisvelvollisuuden laiminlyönnistä aiheutuvia rangaistus-seuraamuksia tarkastettaessa oli jo puhetta siitä, että lapsen valvomisvelvollisuus saattaa kuulua muillekin henkilöille kuin huoltajalle.²⁸² Huoltajan tahdosta tapahtunut lapsen valvonnan siirto edellyttäneen aina jonkinlaista sopimusta. Jos henkilö joutuu satunnaisesti sellaiseen asemaan, että hänen olisi mahdollista toimia lapsen tosiasiallisena valvojana, tämä ei vielä perusta hänelle valvomisvelvollisuutta eikä vastuuta lapsen suorittamasta teosta.²⁸³ Niinpä ei esim. talossa oleva vieras, joka huoltajan poistuessa hetkeksi kotoa jää yksin lapsen kanssa, ole vastuussa sen tänä aikana aiheuttamasta vahingosta. Luonnollista on sitävastoin, että lapsen tosiasiallinen valvomisvelvollisuus on esim. lastenhoitajalla ja kotiapulaisella, jonka tehtäviin kuuluu osallistua lapsen hoitoon. Lapsen silmälläpitäminen muodostaa usein tärkeän osan lastenhoitajan ja kotiapulaisen tehtävistä. Jos nämä esim. ollessaan lapsen kanssa ulkona laiminlyövät estää sitä vahinkoa aiheuttamasta, kohdannee korvausvelvollisuus suoraan heitä. Koska lapsen valvominen liittyy välttämättömänä osana sen kasvatukseen, seuraa aina lapsen kasvatusoikeutta kokonaisuudessaan sen valvomisvelvollisuus.²⁸⁴ Mutta sitaipaitsi lienee sanotun velvollisuuden katsottava siirtyvän kolmannelle henkilölle useissa tapauksissa, vaikka vain osa lapsen kasvatukseen kuuluvista tehtävistä on siirtynyt tälle. Kasvatus edellyttää nimittäin yleensä lapsen valvomista. Niinpä lienee koulun opettajalla valvomisvelvollisuus. Sinä aikana, jona lapsi on koulussa tai sen johdon ja valvonnan alaisissa tilaisuuksissa koulun ulkopuolella, valvova opettaja saattaa laiminlyödyn valvonnan perusteella joutua vastuuseen lapsen

²⁸¹ Ks. *Staudinger* II,2, s. 1774.

²⁸² Ks. edellä s. 159 ss.

²⁸³ Näin Saksan oikeuden kannalta *Planck* II,2, s. 1790; *Staudinger* II,2, s. 1773.

²⁸⁴ Ks. *Planck* II,2, s. 1788.

aiheuttamasta vahingosta.²⁸⁵ Myös oppisopimuksen nojalla siirtynee lapsen valvomisvelvollisuus ammatinharjoittajalle. Ammatinharjoittajalle kuuluu nimittäin eräitä lapsen kasvatukseen sisältyviä tehtäviä. Nimenomaan säädetään, että hänen tulee totuttaa oppilasta ahkeruuteen ja hyviin tapoihin.²⁸⁶ Valvomisoikeuden siirtymisen suhteen ei liene vaikutusta sillä seikalla, asuuko ja syökö lapsi ammatinharjoittajan luona vai ei.²⁸⁷

Eri mieltä voitaneen olla siitä, onko esim. sairaanhoitajatar velvollinen valvomaan, ettei sairaalaan otettu lapsi aiheuta sairaalassa ollessaan vahinkoa. Omasta puolestamme olisimme sitä mieltä, että sairaanhoitajattarella on tällainen velvollisuus.²⁸⁸ Sanottu velvollisuus voinee nimittäin myös sisältyä lapsen hoitoon.²⁸⁹ Sen, jolle lapsen hoito on uskottu, on luonnollisesti valvottava, ettei lapsi vahingoita itseään, mutta myös lienee hoitovelvollisen estettävä lasta aiheuttamasta kolmannelle vahinkoa. Lapsen hoitovelvollisuus siirtyy huoltajan sukulaisille tai tuttaville usein sen johdosta, että lapsi joutuu oleskelemaan pitemmän tai lyhemmän ajan heidän luonaan. Lapsi saattaa olla esim. koko kesän poissa huoltajan luota. Näissä tapauksissa täytynee katsoa myös valvomisvelvollisuuden siirtyneen henkilölle, jonka luona lapsi oleskelee. Huoltajalla ei ole oikeutta jättää lasta ilman tarpeenmukaista silmälläpitoa, ja kun hän lähettää sen vieraan henkilön luo, tämä toimenpide käsittänee jo sinänsä valvomisvelvollisuuden siirron sanotulle henki-

²⁸⁵ Näin Saksan oikeuden kannalta *Staudinger* II,2, s. 1771; *Planck* II,2, s. 1788; *RGZ* 65, s. 290 ss. Toista mieltä on *Nöldeke*: Die ausserkontraktliche Haftung für fremdes Verschulden nach §§ 831, 832 BGB, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, 1897, s. 782 ss. Ranskan oikeudessa on nimenomainen säännös siitä, että opettaja on vastuussa oppilaan hänen valvontansa alaisena ollessaan aiheuttamasta vahingosta. Ks. Code civil 1384 art. 6 mom.

²⁸⁶ Ks. OppisopimL 12 §. Ranskan oikeudessa on myös tämä vastuu järjestetty nimenomaisella säännöksellä. Ks. Code civil 1384 art. 6 mom.

²⁸⁷ Näin Saksan oikeuden kannalta *Staudinger* II,2, s. 1771; *Planck* II,2, s. 1788. *Nöldeke* katsoo sitävastoin sanotun velvollisuuden kuuluvan ammatinharjoittajalle vain, jos lapsi asuu ja syö hänen luonaan. *Nöldeke* mt. s. 782.

²⁸⁸ Näin Saksan oikeuden kannalta *Staudinger* II,2, s. 1773. Ks. myös BGB 832 § 2 mom.

²⁸⁹ Kuten edellä esitetystä selviää, luemme lapsen hoidon sen kasvatukseen. Ks. edellä s. 130.

lölle. Näin ollen voi tällainenkin henkilö joutua vastuuseen valvomisvelvollisuuden laiminlyönnistä.²⁹⁰

Kun lapsi on vankilassa tai kasvatuslaitoksessa, ei sen huoltaja käsitksemme mukaan menetä huolto-oikeuttaan. Useimmat huoltoon kuuluvat tehtävät siirtyvät vankilaviranomaisille, kasvatuslaitoksen henkilökunnalle jne., mutta itse huolto-oikeus jää näissä tapauksissa edelleen huoltajalle. Tämän ilmaisuna on esim. se, että vain hän on oikeutettu antamaan suostumuksensa lapsen avioliittoon ja sen ottamiseen ottop lapseksi. Vankilaviranomaisille ja kasvatuslaitoksen henkilökunnalle siirtyä sitävästoin lapsen valvomisvelvollisuus.²⁹¹ Koska lapsi on tällöin mainittujen viranomaisten määräämisvallan alainen, huoltajan olisi mahdollonta täyttää puheenaolevaa hänelle muuten kuuluvaa velvollisuutta. Näin ollen huoltaja ei voi myöskään säännönmukaisesti joutua vastuuseen lapsen vankilassa tai kasvatuslaitoksessa ollessaan tekemästä vahingosta.

Huoltajan valvomisvelvollisuuden laiminlyönnistä johtuvan vastuun tarkastelu on johtanut meidät edelläolevaan tutkimukseen siitä, milloin sanottu vastuu voi kuulua muille henkilöille. Huomattava on kuitenkin, että sanottujen muiden henkilöiden vastuuseen ainakin rajatapauksissa on sovellettava esitettyä periaatetta siitä, että henkilö on veloitettava suorittamaan lapsen aiheuttama vahinko vain, jos valvomisvelvollisuuden voidaan katsoa olleen siinä määrin intensiivisen, että puheenaoleva vastuu sen laiminlyönnistä on oikeustajunnan mukainen.²⁹² Sanomattakin on selvää, että myös nyt kysymyksessä olevaa vastuuta rajoittavat esitetyt yleiset periaatteet laiminlyönnin syysuhteesta ja että sanotut henkilöt vastaavat vain culpa-edellytyksellä puheenaolevan

²⁹⁰ Vrt. tässä suhteessa KKO 1934 tied. 408. Ollessaan tätinsä luona vieraisilla 8-vuotias poika sytytti käsiinsä saamallaan tulitikuilla omaisuutta palamaan. KKO hylkäsi lapsen huoltajaan ja sanottuun tätiin kohdistetun vahingonkorvausvaatimuksen. Ratkaisuaan KKO perustelee mm. sillä, ettei lapsi ollut ollut puheenaolevassa tilaisuudessa huoltajansa suoranaisten silmälläpidon alainen, ei ollut näytetty sen olevan luonteensa takia erikoisen ja yhtämittaisen valvonnan tarpeessa eivätkä ne, joiden luona lapsi vieraili, olleet siihen sellaisessa suhteessa, että he olisivat vastuussa sen erikoisesta silmälläpidosta. Eri mieltä oli oikeusneuvos Kaila, joka velvoitti mainitun tädin korvaamaan lapsen aiheuttaman vahingon.

²⁹¹ Näin *Planck II*, s. 1787.

²⁹² Vrt. edellä s. 156 s.

velvollisuuden laiminlyönnistä.²⁹³ Usein voi sentakia sattua, ettei tällaisen henkilön voida katsoa olevan vastuussa lapsen tekemästä vahingosta, koska hän ei ole laiminlyönyt vaadittavaa silmälläpitovelvollisuutta.

Tärkeä on kysymys siitä, mikä vaikutus huoltajan valvomisvelvollisuuteen on mainittujen muiden henkilöiden sanotulla velvollisuudella. Vapautuuko huoltaja kokonaan tästä velvollisuudesta vai kuuluuko se edelleen myös hänelle? Valvomisvelvollisuuden siirtyessä edellämäin-
tuissa tapauksissa toiselle henkilölle huoltaja ei käsittääksemme vapaudu siitä kokonaan. Vaikka sanottu toinen henkilö jäljempänä määrätyn rajoituksin on lähinnä vastuussa lapsen valvomisesta, tämä tehtävä kuuluu samanaikaisesti myös huoltajalle.²⁹⁴ Huoltajan on valvottava, että henkilö, jolle lapsen valvomisvelvollisuus on siirtynyt, täyttää tehtävänsä ja heti kun hän huomaa, ettei tämä sitä tee, hänen tulee ryhtyä itse toimenpiteisiin lapsen valvomisen järjestämiseksi tyydyttävälle kannalle. Sitäpaitsi hän ei saane laiminlyödä lapsen valvomisvelvollisuutta silloinkaan, kun se riidattomasti kuuluu muille, mutta myös hän pitämällä lasta silmällä voi estää sitä tekemästä vahinkoa. Kun lapsi on esim. välitunnilla koulun pihalla, kuuluu sen valvominen lähinnä päivytyväälle opettajalle. Mutta jos huoltaja tulee tänä aikana tapaamaan lasta ja huomaa sen heittelevän kiviä naapuritalon ikkunaan, hänkin on velvollinen estämään lapsen teon ja ellei hän sitä tee, hänen on korvattava lapsen aiheuttama vahinko. Hänen väitteellään valvomisvelvollisuuden kuulumisesta sanotussa tapauksessa opettajalle eikä hänelle ei liene merkitystä. Samaten lienee arvosteltava huoltajan valvomisvelvollisuuden suhdetta muiden henkilöiden sanottuun velvollisuuteen esim. siinä tapauksessa, että lapsi karkaa vankilasta kotiinsa ja aiheuttaa siellä huoltajan välittömän silmälläpidon alaisena kolmannelle vahinkoa.²⁹⁵ Lapsen saavuttua huoltajan tietien vankilasta kotiinsa astuu huoltajan keskeytynyt valvomisvelvollisuus jälleen voimaan. Puheena-olevan velvollisuuden siirron vaikutuksesta huoltajan oma valvomisvelvollisuus ei siis kokonaan lakkaa. Kussakin yksityistapauksessa on

²⁹³ Ks. *Staudinger*, II,2, s. 1772. Vrt. myös *Stangin* sivulla 197 alimuistutuksessa 3 mainitsemaan oikeustapaukseen, jossa koulu velvoitettiin korvaamaan oppilaan välitunnilla särkemät ikkunat, koska koulu ei ollut huolehtinut oppilaiden tarpeellisesta valvonnasta välitunnilla.

²⁹⁴ Ks. *Staudinger* II,2, s. 1772.

²⁹⁵ Reichsgericht toteaa nimenomaan, että »Die Haftung des Vaters ist trotz bestehender Fürsorge-erziehung begründet, insbes. wenn das Kind aus der Fürsorge-erziehung entwichen ist und sich beim Vater aufhält.» RGZ 98, s. 246 ss. Ks. myös RGZ 75, s. 279.

erikseen tutkittava, oliko myös huoltaja tästä siirrosta huolimatta vastuussa lapsen silmälläpidosta.²⁹⁶ Lapsen ollessa esim. koulussa, koulun johdon ja valvonnan alaisella matkalla tai koulun järjestämässä juhlassa vastaa valvova opettaja säännönmukaisesti sen teoista.²⁹⁷ Ellei lapsi asu koulun täysihoidolassa taikka ammatinharjoittajan tai muun tällaisen valvomisvelvollisen henkilön luona, rajoittunee taas toiselta puolen näiden vastuu vain siihen aikaan, jonka lapsi on koulussa, ammatinharjoittajan järjestämässä työssä, retkillä jne. puheenaolevien henkilöiden välittömän silmälläpidon alaisena. Sinä aikana, jona lapsi on poissa sanottujen henkilöiden luota huoltajan silmälläpidon alaisena, ei näillä henkilöillä sitävastoin liene valvomisvelvollisuutta.²⁹⁸

Vielä on syytä tutkia, mikä vaikutus huoltajan valvomisvelvollisuuteen on sillä seikalla, että lapsella on useampia huoltajia tai että sille on määrätty suojeluvalvoja. Yleisin tapaus, jossa lapsella on useampia huoltajia, on se, että huolto kuuluu sen vanhemmille yhteisesti. Vaikka valvomisvelvollisuus on tällöin lapsen molemmilla vanhemmilla yhteisesti, edelläjohdetuista puheenaolevaa vahingonkorvausvelvollisuutta koskevista yleisistä periaatteista seuraa, ettei ensiksimmäitun velvollisuuden laiminlyönnin oikeusseuraamusten tarvitse aina kohdistua molempiin huoltajiin. Varsin hyvin on ajateltavissa tapaus, jossa vain toinen puolisoista on laiminlyönyt lapsen tarpeenmukaisen silmälläpidon ja joutuu senvuoksi korvaamaan sen aiheuttaman vahingon. Kun esim. mies on tavallisesti koko päivän ansiotyössä kodin ulkopuolella, lienee valvomisvelvollisuuden ja siitä johtuvan vastuun ainakin kotona olevan lapsen suhteen katsottava tänä aikana kuuluvan lähinnä vaimolle. Jos lapsella on useampia määräyksenvaraisia huoltajia, mutta se asuu vain yhden huoltajansa luona, on valvontavelvollisuuden samoin katsottava kuuluvan vain sille huoltajista, jonka luona lapsi asuu.²⁹⁹ Kaikissa näissä tapauksissa kuulunee valvomisvelvollisuus lähinnä sille, jonka välittömän silmälläpidon alainen lapsi on, ja vasta toissijaisesti puheenaolevalle toiselle huoltajalle. Jos lapsi sitävastoin syystä tai toisesta joutuu viimeksimäitun huoltajan välittömän silmälläpidon alaiseksi tai tällä on ollut aiheutta ryhtyä sen tarkempaan silmälläpitoon,

²⁹⁶ Näin *Staudinger* II,2, s. 1772.

²⁹⁷ Ks. *Staudinger* II,2, s. 1772; RGZ 65, s. 290 ss.

²⁹⁸ Vrt. *Planck* II,2, s. 1788.

²⁹⁹ Toista mieltä on Saksan oikeuden kannalta *Staudinger*, jonka mukaan ei ainakaan lapsen äidille määrätylle apuhuoltajalle kuulu lapsen valvomisvelvollisuus. *Staudinger* II,2, s. 1771 ja IV, s. 1165.

lienee hänkin ensisijaisesti vastuussa valvomisvelvollisuuden täyttämisestä. Tarkempaan silmälläpitoon on aihetta esim. huoltajan tietäessä, ettei toinen huoltaja pysty sanottua tehtävää hoitamaan.³⁰⁰

Kysymyksenalaista on, kuuluuko lapsen valvomisvelvollisuus myös sille asetetulle suojeluvalvojalle. *Planckin* mielestä suojeluvalvojan tehtävä ei käsitä lapsen valvomisvelvollisuutta siinä mielessä, että sanottu valvoja saattaisi joutua vastuuseen lapsen aiheuttamasta vahingosta. Mielipidettään *Planck* perustelee sillä, että suojeluvalvojan tehtävänä on vain tukea ja valvoa huoltajaa lapsen henkilöä koskevien asioiden hoidossa.³⁰¹ LSL:mme 10 §:n 2 momentissa sanotaan, että suojeluvalvojan tulee tarkoin seurata lapsen elämänoloja, valvoa ja ohjata sen käyttäytymistä, neuvoa, ohjeita ja toimin auttaa vanhempia valvonnanalaisen lapsen hoidossa ja kasvatuksessa sekä pitää silmällä, että he täyttävät velvollisuutensa sitä kohtaan. Momentin sanamuodon katsoimme viittaavan siihen, että suojeluvalvojakin saattaa oikeutemme mukaan olla eräissä tapauksissa velvollinen estämään lasta aiheuttamasta vahinkoa. Mainitussa momentissa hänelle säädettyä velvollisuutta valvoa ja ohjata lapsen käyttäytymistä sekä toimin auttaa vanhempia valvonnanalaisen hoidossa ja kasvatuksessa on vaikea ymmärtää muulla tavoin. Suojeluvalvojan valvomisvelvollisuuden suhteen pitäneen kuitenkin paikkansa, mitä edellä on sanottu apuhuoltajan ja useampien huoltajain keskinäisestä asemasta tämän velvollisuuden täyttämisessä. Ellei suojeluvalvoja asu yhdessä lapsen kanssa, on siis hänen velvollisuutensa huoltajan puheenaolevaan velvollisuuteen verrattuna yleensä toissijainen.

Jos useammat lapsen huoltajista ovat aiheuttaneet kolmannelle vahinkoa lyömällä laimin valvomisvelvollisuutensa, loukattu saanee hakea koko korvausmäärän keneltä tahansa heistä. Korvauksen maksaneella huoltajalla on sitten regressioikeus muita huoltajia vastaan. Lopullisesti on kukin heistä vastuussa vain pääluvun mukaisesta osasta korvausta.³⁰²

Kuten jo on ollut puhetta,³⁰³ alle viisitoistavuotiaan lapsen silmälläpitovelvollisuuden laiminlyöntiin perustuva vahingonkorvausvelvollisuus

³⁰⁰ Ks. *Planck*, II,2, s. 1789; *Staudinger* II,2, s. 1771.

³⁰¹ *Planck*, II,2, s. 1787 s.

³⁰² Ks. RL 9:4; *Hakulinen*: Obligationenrecht, s. 30 s.; BGB 830 §; *Staudinger* II,2, s. 1754 ss. ja s. 1771; *Planck* II,2, s. 1775 ss. ja s. 1789; *Serlachius—Cederberg*, s. 57 ss.

³⁰³ Ks. edellä s. 172 s. ja s. 177 s.

on aina toissijainen. Vahingosta vastaa siis ensisijaisesti huoltaja, ja vain ellei hän voi korvausta maksaa, se on suoritettava lapsen omaisuudesta.³⁰⁴ Täten maksamansa korvauksen voinee lapsi periä myöhemmin huoltajalta takaisin.³⁰⁵ Jos huoltaja velvoitetaan puheenaolevaan suoritukseen, oikeuden lieene samalla määrättävä, että korvaus on maksettava lapsen omaisuudesta, ellei huoltaja pysty sitä maksamaan.³⁰⁶ Alle 15-vuotiaan lapsen korvausvelvollisuudesta eronnee sanotun iän täyttäneen lapsen kysymyksessäoleva velvollisuus siinä suhteessa, että jos huoltaja velvoitetaan korvaamaan valvomisvelvollisuuden laiminlyönnin perusteella viimeksimainitun ikäisen lapsen aiheuttama vahinko, lapsi vastaa huoltajan kanssa vahingon suorittamisesta riippumatta siitä, voiko huoltaja maksaa korvauksen vai ei. Samaten kuin useampien huoltajien ollessa velvoitettuja kysymyksessäolevan vahingon korvaamiseen loukattu lieene tässäkin tapauksessa oikeutettu hakemaan täyden korvauksen joko lapselta tai huoltajalta.³⁰⁷

4. LAPSEN OLINPAIKAN MÄÄRÄÄMINEN.

Jotta huoltaja voisi toteuttaa tehtävänsä, on luonnollista, että hänellä tulee olla sekä oikeus että samalla myös velvollisuus määrätä lapsen olinpaikka. Lapsen olinpaikan määrittäminen on erikoisen tärkeätä pienemmän lapsen suhteen, joka ei itse pystyisikään tähän tehtävään, mutta usein on myös välttämätöntä, että kehittyneemmällekin lapselle valitseet tarkoituksenmukaisimman olinpaikan henkilö, joka on sen huollosta vastuussa.

Eräiden maiden lainsäädäntöihin on sisällytetty nimenomainen säännös huoltajan oikeudesta lapsen olinpaikan määrittämiseen.³⁰⁸ Tällaista säännöstä ei ole kuitenkaan meidän eikä muidenkaan Pohjoismaiden oikeuksissa. Huoltajan puheenaolevaa määräämisvaltaa on pidetty niin itsestään selvänä ja huolto-oikeuden tarkoituksesta suorastaan johtuvana, ettei nimenomaista sitä koskevaa lainsäädäntöä ole pidetty tar-

³⁰⁴ Ks. RL 9:5. Hakulinen: Obligationenrecht, s. 13.

³⁰⁵ Westring, s. 381.

³⁰⁶ Kysymyksenalaista on, voiko päätöksen panna täytäntöön lasta kohtaan yksinomaan RL:n 9 luvun 5 §:n säännöksen perusteella.

³⁰⁷ Ks. RL 9 luku 4 § 2 mom.

³⁰⁸ Näin esim. Saksan ja Ranskan oikeuksissa. Ks. BGB 1631 § 1 mom. ja 1632 §; Code civil 374 art. Vrt. Sveitsin oikeuden osalta ZGB 273 art. 1 mom.

peellisena.³⁰⁹ Huoltajan kosketeltu oikeus selviää sitäpaitsi välillisesti eräistä muista lainsäädännöksistä. Tässä suhteessa mainittakoon oikeutemme kannalta erikoisesti RL:n 25 luvun 2 §:n säännös. Tämän pykälän mukaan rangaistaan lapsenryöstöstä sitä, joka luvottomasti on ottanut valtaansa ja vienyt pois alle viisitoistavuotiaan lapsen taikka erottanut sen isästä, äidistä taikka siitä, jonka hoidon ja käskyn alainen se on. Sanotun ikäisen lapsen luvaton valtaansa ottaminen ja pois vieminen taikka erottaminen sen huoltajasta on joka tapauksessa rangaistava teon tarkoituksesta riippumatta. Viisitoista vuotta täyttäneen lapsen luvaton erottaminen huoltajasta rangaistaan sitävastoin vain, jos aikomuksena on ollut saattaa lapsi haureuden välikappaleeksi tai tämän iän saavuttanut nainen avioliittoon.³¹⁰ Huoltajan oikeus lapsen olinpaikan määrittämiseen voitaneen myös johtaa hänen velvollisuudestaan valvoa lasta.³¹¹ Ellei huoltaja saisi määrätä lapsen olinpaikkaa, sanotun velvollisuuden täyttäminen olisi mahdotonta. Myös lapsen kasvattamista ynnä eräiden muiden huoltajalle kuuluvien tehtävien toteuttamista varten puheenaoleva oikeus on hänelle välttämätön.³¹² Huoltajan oikeutta lapsen olinpaikan määrittämiseen on näin ollen pidettävä meidänkin oikeutemme mukaan riidattomana. Koska tämä oikeus on välttämätön edellytys huoltajan tehtävän toteuttamiselle, lienee sen katsottava kestävänsä säännönmukaisesti yhtä kauan kuin itse huolto-oikeudenkin. Jäljempänä tulee kuitenkin puhetta siitä, että kysymyksessäoleva oikeus voi olla eräissä tapauksissa rajoitettu.³¹³

Lapsen olinpaikan huoltaja saa yleensä määrätä vapaan harkintansa mukaan.³¹⁴ Erikoisesti on huomattava, etteivät vanhemmatkaan lapsensa lakimääräisinä huoltajina ole velvollisia pitämään lasta luonaan asumassa.³¹⁵ Jos esim. lapsen tosiasiallinen huolto on uskottu kolmannelle henkilölle, määräytyy sen olinpaikka tavallisesti tosiasiallisen huoltajan asuinpaikan perusteella. Oppi- tai työsopimuksen ynnä muiden seikkojen vaikutuksesta joutuu lapsi myös usein oleskelemaan

³⁰⁹ Vrt. *Grottenfelt*: Förmynderskapslagen, s. 63; *Gadolin*, s. 77; Lb. GB. IV, s. 432; *Björling*, s. 294; *Westring*, s. 383; *Undén*, s. 61; *Taranger*, s. 195; *Arnholm*, s. 47; *Bentzon*: Familieret 1916, s. 298; *Borum*, s. 85.

³¹⁰ RL 25: 1 a, 7 ja 8.

³¹¹ Vrt. edellä s. 150 ss.

³¹² Vrt. Motive IV, s. 751.

³¹³ Ks. näistä rajoituksista s. 193 ss.

³¹⁴ Vrt. kuitenkin huoltajan oikeudesta lapsen viemiseen ulkomaille jäljempänä s. 195 ss.

³¹⁵ *Gehring*, s. 29; *Planck* IV, s. 389.

poissa vanhempainsa kodista. Luonnollista on, että määräyksenvarainen huoltaja on vielä vähemmän kuin vanhemmat velvollinen pitämään lasta luonaan asumassa.³¹⁶ Huoltaja on kuitenkin joka tapauksessa velvollinen määräämään lapselle olinpaikan. Hänen tulee huolehtia siitä, että tämä paikka vastaa kaikissa suhteissa lapsen tarpeita ja taloudellisia olosuhteita. Olinpaikan määräämiseen sisältyy siis positiivinen velvollisuus.³¹⁷

Saksalaisessa tieteisopissa on oltu eri mieltä siitä, onko lapsella, jota huoltaja muuta olinpaikkaa sille määräämättä kieltää tulemasta kotiinsa, oikeudenkäyntiteitse toteutettavissa oleva oikeus velvoittaa huoltaja ottamaan se luokseen. Myöntävästi vastaa kysymykseen Planck.³¹⁸ Toista mieltä ovat sitävästoin Staudinger ja Eck, joiden mukaan lapsen puolesta ei voida tässä tapauksessa ajaa sanotunlaista kannetta, mutta ellei huoltaja ole määrännyt lapselle lainkaan olinpaikkaa, hänet voidaan velvoittaa oikeuden päätöksellä määräämään se.³¹⁹ Suomen oikeuden mukaan ei viimeksimainitunlainenkaan kanne ole käsittääksemme mahdollinen. Koska lapsella ei voitane katsoa olevan yleensä oikeutta saada huoltaja velvoitetuksi täyttämään tehtävänsä,³²⁰ tuntuisi omituiselta antaa sille tämä oikeus puheenaolevan huoltajan velvollisuuden suhteen. Tuomiolla, jolla huoltaja velvoitetaan määräämään lapsen olinpaikka, olisi sitäpaitsi vähäinen merkitys, koska huoltaja määrättyään lapselle sen perusteella olinpaikan voisi tätä määräystänsä muuttamalla ryhtyä jälleen asiassa niskoittelemaan. Vielä on huomattava, että lapsen edun takia on nopea toiminta sanotun paikan määräämisessä tarpeen, eikä tällaista toimintaa mainitunlaisella oikeudenkäynnillä saavutettane. Ellei huoltaja määrää lapselle olinpaikkaa tai jos hän väärinkäyttää hänelle tässä suhteessa kuuluvaa oikeutta, voinee huoltolautakunta ryhtyä lapsen suhteen LSL:n edellyttämiin toimenpiteisiin.³²¹ Pahimmassa tapauksessa johtaa tällainen niskoittelu tai väärinkäyttö huoltajan erottamiseen tehtävästään, joka voi myös tapahtua tuomioistuimen toimesta.

Edellä on sanottu, että huoltaja saa yleensä määrätä lapsen olinpaikan vapaan harkintansa mukaan. Hänen kysymyksesssäolevaa mää-

³¹⁶ Ks. *Gadolin*, s. 74 s.

³¹⁷ Ks. *Planck* IV, s. 389; *Gehring*, s. 29.

³¹⁸ *Planck* IV, s. 389.

³¹⁹ *Staudinger* IV, s. 1008; *Eck*, s. 42.

³²⁰ Näin *Opet-Blume* IV, s. 514; *Gehring*, s. 29 s.

³²¹ Ks. LSL 8 ja 9 §. Vrt. LSA 6 §.

räämisvaltaansa rajoittavat kuitenkin eräissä suhteissa huoltajakumppanin sekä huollosta erotetun isän ja äidin oikeudet. Myös lapsen itsensä tai huoltajan sen puolesta tekemästä sopimuksesta saattaa johtua rajoituksia tälle oikeudelle, ja rajoituksia on sille myös johdettavissa eräistä julkisen oikeuden säännöksistä.

Aikaisemmin on jo ollut puhetta siitä, että lapsen huollon kuuluessa useammalle henkilölle yhteisesti osallistuu lapsen kannalta vähäpätöisten asioiden päättämiseen käytännössä useimmiten vain toinen tai joku huoltajista. Jos asia on laadultaan tärkeämpi, on sen ratkaisuun sitävastoin kaikkien huoltajien suostumus tarpeen.³²² Onko lapsen olinpaikan määrääminen luettava viimeksimainittuihin asioihin, riippuu kokonaan sanotun määräyksen sisällöstä. Tilapäinen oleskelu toisella paikkakunnalla omassa maassa voinee tapahtua ilman kaikkien huoltajien suostumusta. Sitävastoin edellyttäneen lapsen olinpaikan pysyväisempi muutos kaikkien huoltajien suostumuksen. Tässä suhteessa on huoltaja kuitenkin varsin heikosti turvattu toisen huoltajan omavaltaista menettelyä vastaan. Jos huoltajat ovat eri mieltä lapsen olinpaikasta, voi joku heistä ottamalla lapsen omavaltaisesti mukaansa riistää toiselta huoltajalta ainakin joksikin ajaksi tosiasiallisen määräämisvallan eräissä lapsen huoltoon kuuluvissa asioissa. Tämän takia herää kysymys, onko tuomioistuimen velvoitettava tällaisessa tapauksessa ensiksimainittu huoltaja luovuttamaan lapsi huolto-oikeudessaan loukatun huoltajan vaatimuksesta tälle. Mainitulla kysymyksellä on varsinkin merkitystä lapsen huollon kuuluessa sen vanhemmille yhteisesti. Mitä ensinnäkin mainittuihin RL:n 25 luvun säännöksiin tulee, niitä ei voitane yleensä soveltaa lakimääräisinä huoltajina oleviin lapsen vanhempiin eikä lapsen muihinkaan huoltajiin. Näillä säännöksillä on nimittäin tahdottu vain turvata se, jonka hoidon ja käskynalainen lapsi on, luvattomalta puuttumiselta hänen määräämisvaltaansa. Ellei lapsen huolto sitävastoin kuulu sen vanhemmille, he saattavat syyllistyä esim. lapsenryöstöön. Lakimääräinen ja määräyksenvarainen huoltaja voi myös syyllistyä tähän rikokseen, ellei hänellä ole oikeutta määrätä lapsen olinpaikkaa esim. sen takia, että se on kasvatuslaitoksessa.³²³ Jos huoltajat eivät voi päästä yksimielisyyteen lapsen olinpaikan määräämisestä ja joku heistä on ottanut sen omavaltaisesti haltuunsa, on

³²² Ks. edellä s. 110 s.

³²³ Näin *Forsman*: De sårskilda brotten I, s. 95; *Serlachius* II, s. 69.

holhouslautakunnan ratkaistava, kenen luona lapsen tulee olla.³²⁴ Koska kenelläkään useammista huoltajista ei ole oikeutta määrätä yksin puheenaolevasta seikasta, huoltaja ei voine ajaa menestyksellisesti oikeudessa kannetta lapsen omavaltaisesti huostaansa ottaneen huoltajan velvoittamisesta luovuttamaan sitä hänelle.³²⁵ Tällainen kanne voitaneen kohdistaa vain henkilöön, jolle lapsen huolto ei kuulu. Siinä tapauksessa, että aviopuolisot asuvat välien rikkoutumisen vuoksi erillään ja toinen heistä ottaa lapset vastoin toisen tahtoa huostaansa, viimeksimainittu voi saattaa kysymyksen lasten huolto-oikeudesta erillään asumisen aikana suoraan oikeuden tutkittavaksi.³²⁶ Huomattava on kuitenkin, ettei tällöin ole varsinaisesti kysymys lapsen olinpaikan määräämisestä, vaan sen huolto-oikeudesta kokonaisuudessaan. Oikeuden on HL:n 23 §:n 2 momentissa mainittuja periaatteita noudattaen ratkaistava, kummalle puolisoista huolto on erillään asumisen aikana uskottava. Tässä tapauksessa ei siis puolisoilla ole oikeutta vaatia lapsen luovuttamista itselleen edellä tarkoitettussa mielessä. Hänellä on vain oikeus saattaa kysymys lapsen huollosta erillään asumisen aikana oikeuden tutkittavaksi.

Huoltajan omavaltaiselta menettelyltä on toinen huoltaja paremmin turvattu kysymyksen ollessa lapsen viemisestä ulkomaille. Ulkomaanpassin antaminen alaikäiselle edellyttäne nimittäin aina lapsen kaikkien huoltajien nimenomaista suostumusta sen maasta matkustamiseen.³²⁷ Ellei asianlaita olisi näin, huoltaja voisi riistää kaiken määräämisvallan lapsesta toiselta huoltajalta siten, että hän matkustaisi ulkomaille vieden lapsen mukanaan.

Eri mieltä voitaneen sitävästoin olla siitä, onko huollosta erotetunkin puolison suostumus tarpeen lapsen maasta viemiseen. Tätä arvosteltaessa on muistettava, että viimeksimainitulla puolisoilla on yleensä lapsen tapaamisoikeus³²⁸ ja että tämän oikeuden toteuttaminen on

³²⁴ HL 37 § 3 mom. Holhouslautakunnan päätöksestä voidaan valittaa oikeuteen. Ks. HL 46 §.

³²⁵ Eri asia on se, että huoltaja voi toisen huoltajan törkeän väärinkäytöksen perusteella vaatia tämän erottamista lapsen huollosta ja siten välillisesti lapsen luovuttamista yksin itselleen.

³²⁶ AL 81 §.

³²⁷ Tästä ei ole kylläkään nimenomaista säännöstä 15/12 1927 Suomen kansalaisten ulkomaanpasseista annetussa A:ssa, mutta esitetty mielipide selvinnee HL:n 37 §:n 2 momentin säännöksestä ja siitä, mitä edellä on sanottu useampien huoltajien keskinäisestä asemasta. Ks. edellä s. 110. Myös vaadittaneen käytännössä aina puheenaolevat suostumukset alaikäisen lapsen passia varten.

³²⁸ Ks. edellä s. 100 alimuist. 163.

lapsen maasta viemisen jälkeen käytännöllisesti katsoen mahdotonta. Tästä huolimatta *Borum* on sitä mieltä, ettei huollosta avioeron takia erotetun puolison suostumus ole sanotussa tapauksessa tarpeen, elleivät puoliset ole erottamisen yhteydessä nimenomaan sopineet siitä, että puheenaolevaan toimenpiteeseen on hankittava mainitun puolison suostumus. Kantaansa hän perustelee sillä, että huollosta erotetun puolison tapaamisoikeus on liian heikko ja epämääräinen oikeus, jotta se voisi olla esteenä lapsen viemiseen maasta, varsinkin jos maasta muuttoon on perusteltu syy. Jos sanottuun toimenpiteeseen sitävästoin ei ole muuta syytä kuin tapaamisoikeuden riistäminen huollosta erotetulta puolisolta, toimenpide ei ole *Borumin* mielestä sallittu viimeksimainitun puolison suostumuksetta.³²⁹ Puolison erottaminen lapsensa huollosta voi johtua monesta syystä. Tavallisimmin se tapahtunee kuitenkin avioeron yhteydessä, jolloin toiselta puolisolta on usein pakko riistää huolto-oikeus, vaikka hän ei ole antanut siihen minkäänlaista aihetta.³³⁰ Koska hän olosuhteiden oleellisesti muututtua voi saada kuitenkin takaisin tämän oikeuden³³¹ ja lapsen viemistä ulkomaille pois hänen vaikutuspiiristensä on pidettävä niin oleellisena olosuhteiden muutoksena, että se voi johtaa huollosta annetun päätöksen muuttamiseen siten, että tämä tehtävä uskotaan hänelle, tuntuisi kohtuuttomalta antaa lapsen huoltajana olevan puolison ryhtyä kaikessa hiljaisuudessa näin ratkaisevaan toimenpiteeseen huollosta erotetun puolison suostumuksetta. Ainakin pitempiaikaisen ulkomaanpassin antamiseen lapselle on käsitteäksemme vaadittava huollosta avioeron yhteydessä erotetun puolison suostumus. Ellei sanottu puoliso anna suostumustaan, voinee tuomioistuimien oikeuttaa huoltajan viemään lapsen siitä huolimatta maasta. Huollosta erotettu puoliso voinee taas, kuten jo on mainittu, vaatia huollon uskomista puheenaolevasta syystä muuttuneiden olosuhteiden takia hänelle. Onko oikeuden annettava huoltajalle lupa sanottuun toimen-

³²⁹ *Borum*, s. 86.

³³⁰ Ks. AL 80 § 1 mom. ja 81 §.

³³¹ AL:n 114 §:n 2 momentissa säädetään tosin vain, että saman lain 81 §:ssä mainittu huollosta puolisoiden erillään asumisen ajaksi annettu päätös voidaan peruuttaa, milloin olosuhteet antavat siihen aihetta. Vastaavaa säännöstä ei ole sitävästoin AL:ssa avioeron yhteydessä annetusta lopullisesta huoltopäätöksestä. Oikeus viimeksimainitun päätöksen muuttamiseen olosuhteiden antaessa siihen aihetta on kuitenkin johdettavissa avioeron yhteydessä huollosta annetun päätöksen erikoisesta luonteesta ja lapsen huoltoa koskevista yleisistä holhousoikeudellisista periaatteista. Päätös, jolla oikeus on uskonut lapsen huollon määrätylle henkilölle, ei tule koskaan aineellisesti oikeusvoimaiseksi.

piteeseen vastoin viimeksimainitun puolison tahtoa, riippunee huollosta erottamisen ja lapsen maasta viemisen syistä. Jos sanottu erottaminen on esim. johtunut huolto-oikeuden törkeästä väärinkäytöksestä ja huollon uskominen siitä erotetulle puolisolle ei tule ilmeisesti koskaan kysymykseen, on oikeuden annettava maastamuuttoon suostumus. Tällaista suostumusta ei ole sitävastoin annettava ainakaan, jos maastamuuton ilmeisenä tarkoituksena on vain lapseen kohdistuvien oikeuksien riistäminen huollosta erotetulta puolisolta.³³²

Edellä on tarkasteltu huollosta erotetulta puolisolta vaadittavaa suostumusta lapsen maasta viemiseen edellyttäen, että huolto on uskottu jommallekummalle lapsen vanhemmista. Sanottu pitää vielä suuremmalla syyllä paikkansa huolto-oikeuden kuuluessa määräyksenvaraiselle huoltajalle. Vaikeampi on sitävastoin sanoa, onko määräyksenvarainen huoltaja siinä tapauksessa, etteivät lapsen vanhemmat ole elossa, oikeutettu viemään sen maasta tarkoituksella muuttaa lapsi mukanaan pysyväisesti toiseen maahan. Kuten edellä on todettu, määräyksenvaraisellakin huoltajalla on subjektiivinen oikeus lapsen huoltoon.³³³ Hänellä ei ole kuitenkaan luonnonjärjestyksestä johtuvaa oikeutta tähän tehtävään eikä hänen henkilöllään ole siinä samaa merkitystä kuin lakimääräisen huoltajan henkilöllä. Lapsen riistäminen määräyksenvaraisen huoltajan tahdosta oikeuden ja holhouslautakunnan valvonnanalaisuudesta voi olla sentakia vaarallista. Tässä on kysymyksemme kysymys niin oleellisesta olosuhteiden muutoksesta, että oikeuden on harkittava, onko huollon uskominen puheenaolevalle henkilölle näissäkin olosuhteissa lapsen edun mukaista. Lapsen maasta muuttamiseen lienee siis tässä tapauksessa vaadittava oikeuden suostumus.³³⁴ Mikäli maasta muuttoon on erikoista syytä ja se osoittautuu lapsen kannalta suotavaksi, oikeus voinee antaa siihen suostumuksensa. Lapsen tilapäisiin opinto- ym. matkoihin ei oikeuden suostumus sitävastoin ole tarpeen.

Mitä edellä on sanottu määräyksenvaraisen huoltajan oikeudesta lapsen maasta viemiseen, ei soveltune ottovanhempaan. Koska vanhemmilla ei ole käsityksemme mukaan oikeutta tavata lastansa lapseksi-

³³² Vrt. *Borum*, s. 86; *Federspiel*, s. 338 s.

³³³ Ks. edellä s. 26 s.

³³⁴ Tanskan oikeuden kannalta katsovat myös *Borum* ja *Federspiel* viranomaisen suostumuksen olevan kysymyksessäolevassa tapauksessa tarpeen. *Borum*, s. 86 s.; *Federspiel*, s. 339 ss. Vrt. HL 57 § 2 mom. verr. 28 § 1 ja 2 mom., joista ei saane tukea esittämällemme mielipiteelle.

ottamisen jälkeen,³³⁵ ei ottovanhemman oikeutta lapsen maasta viemiseen rajoita aikaisemmin mainittu tapaamisoikeus. Huomattava on myös, että ottovanhemman kuultua palautuu lapsen huolto sen vanhemmille vain siinä tapauksessa, että oikeus kuultuaan holhouslautakuntaa katsoo lapsen edun sitä vaativan,³³⁶ joten lapsen vanhempien suostumuksen hankkiminen sen maasta viemiseen ei liene tältäkkään kannalta tarpeellista. Lapsen maasta vieminen ei liene myöskään riittävä peruste ottolapsisuhteen purkamiseen.³³⁷ Antaessaan lapsensa ottolapseksi vanhemmat ovat vapaaehtoisesti luopuneet määrittämisvallasta lapsen henkilöä koskevissa asioissa, minkä vuoksi heidän mahdollisesta oikeudestaan lapsen huoltoon ottovanhemman kuoleman jälkeen ei voine johtaa rajoituksia viimeksimainitun huolto-oikeudelle. Sitävastoin voinevat ottovanhemman oikeutta lapsen maasta viemiseen rajoittaa huollosta avioeron yhteydessä erotetun ottovanhemman oikeudet.³³⁸

Vielä on tutkittava, missä määrin huoltajan oikeus lapsen olinpaikan määrittämiseen voi olla sopimuksen johdosta rajoitettu. Mitä ensinnäkin tulee varsinaiseen lapsen tosiasiallisen huollon luovutusta tarkoittavaan sopimukseen, olemme jo aikaisemmin katsoneet, että huoltaja on yleensä tällaisen sopimuksen estämättä oikeutettu ottamaan lapsen milloin tahansa pois tosiasialliselta huoltajalta.³³⁹ Vetoamatta mihinkään perusteisiin hän saattaa ottaa lapsen sopimusajasta riippumatta pois henkilöltä, jolle se on annettu kasvatettavaksi ja hoidettavaksi, samoin myös laitoksesta, johon hän vapaaehtoisen sopimuksen perusteella on pannut lapsen hoidettavaksi, tai oppikoulusta, jota lapsi käy. Tällaisen sopimuksen suhteen on noudatettava yleistä sääntöä siitä, ettei huolto-oikeutta tai sen osaa voi luovuttaa pätevin oikeusvaikutuksin yksityisellä sopimuksella toiselle. Sopimus velvoittaa vain huoltajan hänen siitä luopuessaan korvaamaan sopimuspuolensa negatiivisen sopimusintressin. Kysymyksenalaista on kuitenkin, koskeeko esitetty yleinen sääntö sellaisiakin sopimuksia, joiden sisältönä on työsuoritus. Voiko huoltaja saada lakkaamaan TyösopimL:n, MerimiesL:n tai OppisopimL:n mukaisen työ- tai oppisopimuksen, jonka lapsi itse tai huoltaja on tehnyt sen puolesta,³⁴⁰ yksistään sillä perusteella, että hän haluaa muuttaa lap-

³³⁵ Ks. edellä s. 100 alimuist. 163.

³³⁶ OttolapsL 9 § 1 mom.

³³⁷ Ks. OttolapsL 11 ja 12 §.

³³⁸ Vrt. edellä s. 195 ss.

³³⁹ Ks. edellä s. 59 s.

³⁴⁰ Vrt. TyösopimL 9 §; OppisopimL 5 §; MerimiesL 10 §.

sen olinpaikkaa.³⁴¹ Kysymykseen lienee vastattava kieltävästi. Huoltajan määräämisoikeutta lapsen olinpaikan suhteen on siis pidettävä tässä suhteessa rajoitettuna.³⁴² Mainittuihin muihin sopimuksiin verrattuina on käsittääksemme työsopimukset ja OppisopimL:n mukainen oppisopimus asetettava eri asemaan. Koska TyösopimL:ssa ja OppisopimL:ssa ei ole nimenomaisia säännöksiä, jotka oikeuttaisivat huoltajan purkamaan kysymyksessä olevan sopimuksen sillä perusteella, että hän haluaa muuttaa lapsen olinpaikkaa, tuntuu tällaisen oikeuden johtaminen huoltajan yleisestä määräämisvallasta lapsen henkilöä koskevissa asioissa uskalletulta. Päinvastoin kuin aikaisemmin kosketelluissa sopimuksissa viimeksimainituissa sopimuksissa on oleellisena osana lapsen työsuoritus toiselle sopimuspuolelle. Jos huoltaja voisi saada lakkaamaan lapsen työsopimuksen sanotulla perusteella milloin tahansa, se saattaisi työnantajan turvattomaan asemaan. Oppikoululle taas, josta lapsi otetaan kesken lukukautta pois, ei sitävästoin liene yhtä suurta merkitystä sillä, onko lapsi koulussa vai ei, jos koululle korvataan sen siellä pysymisestä johtuva taloudellinen etu. Kaikki lapsen työsuoritusta edellyttävät sopimukset, joiden takia sen on pakko oleskella määrätyllä paikkakunnalla, rajoittanevat siis huoltajan oikeutta lapsen olinpaikan määräämiseen. Tämä rajoitus muodostaa tärkeän poikkeuksen esitetystä yleisestä säännöstä.³⁴³

Huoltajan määräämisvaltaa lapsen olinpaikan suhteen voivat vielä rajoittaa eräät julkisoikeudelliset säännökset. Tässä suhteessa mainittakoon esim. AsevelvollisuusL:n säännökset sekä kaikki ne tapaukset, joissa huoltaja on tosiasiallisesti estetty oikeuttaan käyttämästä, ilman että hän on kuitenkaan tämän oikeutensa menettänyt, kuten jos lapsi on kasvatuslaitoksessa tai vankilassa, jos se on määrätty yleisessä alkoholistihuoltolassa hoidettavaksi³⁴⁴ taikka IrtolaisL:n nojalla työlaitokseen tai pakkotyöhön.³⁴⁵

Huoltajan oikeus lapsen olinpaikan määräämiseen saattaa tulla loukatuksi joko siten, että lapsi itse muuttaa hänen määräämältään olin-

³⁴¹ Ks. työsopimuksen ja oppisopimuksen purkamisesta sekä merimiehen oikeudesta saada toimestaan ero TyösopimL 30 §; OppisopimL 17–19 § sekä 27 § verr. TyösopimL:n 30 §:ään; MerimiesL 35–40 §.

³⁴² Huomaa kuitenkin, että jos alle kahdeksantoistavuotiaan oppilaan vanhemmat tai muu huoltaja muuttaa toiselle paikkakunnalle eikä oppilas saa asuntoa ja ruokaa ammatinharjoittajalta, ammattioppilaslautakunta voi harkintansa mukaan purkaa oppisopimuksen. OppisopimL 18 § 2 mom.

³⁴³ Vrt. Gehring, s. 85; *Motive* IV, s. 752 s.

³⁴⁴ Ks. AlkoholistilL, annettu 17/1 1936, 7 § verr. 4 §:ään.

³⁴⁵ IrtolaisL, annettu 17/1 1936, 5 § verr. 1 §:n 2 momenttiin.

paikalta tai että kolmas pitää sitä vastoin hänen tahtoaan luvottomasti luonaan. Molemmissa tapauksissa on huoltajalla keinoja oikeutensa toteuttamiseksi. Jos lapsi kieltäytyy oleskelemasta huoltajan sille määrämällä olinpaikalla, huoltaja saa palauttaa sen hänelle luvallisin pakotuskeinoin³⁴⁶ sanotulle paikalle. Tässä suhteessa voinee hän myös turvautua poliisiviranomaisten apuun.³⁴⁷ Sitävastoin huoltaja ei voine saada oikeudelta päätöstä, jolla lapsi velvoitetaan oleskelemaan määrättyllä paikkakunnalla. Huoltajan ja lapsen välisiä riitaisuuksia koskevan asian saattaminen oikeuden tutkittavaksi olisi omiaan horjuttamaan ensiksimmäitun auktoriteettiasemaa ja estämään täten huoltajan menestysellistä toimintaa.

Jos kolmas ottaa lapsen luvottomasti haltuunsa, voinee huoltaja pyytää ulosotonhaltijalta sen palauttamista luokseen.³⁴⁸ Sitäpaitsi hän saatata ajaa oikeudessa kannetta lapsen luovuttamisesta takaisin itselleen.³⁴⁹ Tätä hän voi vaatia siviiliprosessijärjestyksessä huoltajan ominaisuudessa tai eräissä tapauksissa rikosprosessijärjestyksessä asianomistajana. Varhaisimman roomalaisen oikeuden patria potestas oli luonteeltaan puhtaasti esinekohtainen oikeus.³⁵⁰ Perheenpään kanne hänen valtansa alaisen henkilön luovuttamisesta hänelle perustui omistusoikeuteen. Kuten edellä on ollut puhetta, huolto-oikeudella on toinen luonne.³⁵¹ Se ei ole mikään omistusoikeus. Voimassaolevassa oikeudessa on henkilöön ja esineeseen kohdistuvat valtasuhteet erotettu toisistaan. Kuitenkin on omistajan esineen ja huoltajan lapsen luovuttamisesta koskeva kanne sikäli samanlainen, että molemmissa on kysymys absoluuttisesta oikeudesta, joka on suojattu kaikilta kolmannen louk-

³⁴⁶ Huoltajan oikeudesta lapsen pakottamiseen ks. jäljempänä s. 204 ss.

³⁴⁷ Ks. *Winroth*: Sv. C. III, s. 65 alimuist. 2; *Knitschky*, s. 162; *Staudinger* IV,₂, s. 1012; *Motive* IV, s. 754. Poliisiviranomainen lienee kuitenkin velvollinen antamaan huoltajalle tässä suhteessa apuaan vain siinä tapauksessa, että sillä itselläänkin on intressiä lapsen palauttamisesta huoltajalle esim. sen johdosta, että se viettää siveetöntä elämää tai häiritsee yleistä järjestystä. Näin RGRKomm. IV, s. 374.

³⁴⁸ UL 7: 14. Näin Ruotsin oikeuden kannalta *Undén*, s. 61; *Westring*, s. 383; *Winroth*: Sv. C. III, s. 65; *Stjernstedt*, s. 378; Lb. GB. IV, s. 432; *v. Seth*: SJ 1921, s. 298. Tällä kannalla on myös oikeuskäytäntö Ruotsissa. Ks. NJA 1905, s. 102; 1906, s. 132 ja s. 386; 1909, s. 405. Vrt. myös NJA 1904, s. 346; 1912, s. 3; 1914, s. 254; 1926, s. 523.

³⁴⁹ *Gadolín*, s. 77; *Winroth*: Sv. C. III, s. 65; Lb. GB. IV, s. 432; BGB 1632 §; *Motive* IV, s. 753 s.; RGRKomm. IV, s. 373 s.; *Dernburg*: Das bürgerliche Recht IV, s. 269 s.; *Staudinger* IV,₂, s. 1008 ss.; *Planck* IV, s. 389 s.

³⁵⁰ Ks. edellä s. 31.

³⁵¹ Ks. s. 31.

kauksilta.³⁵² Oikeuksien perusta on vain erilainen. Rei vindicatiassa se on esineen omistusoikeus, lapsen luovuttamista koskevassa kanteessa oikeus määrätä lapsen henkilöä koskevista asioista.

Kuten sanotusta selviää, oikeuden on velvoitettava lasta luvottomasti hallussaan pitänyt henkilö luovuttamaan se huoltajalle. Lapsen huollon kuullessa useammalle henkilölle yhteisesti lienee huoltaja oikeutettu muiden huoltajien valtuutuksettakin ajamaan kannetta lapsen luvottomasti huostaansa ottanutta henkilöä vastaan sen luovuttamisesta itselleen. Kysymyksessäolevassa oikeudenkäynnissä ratkaistaan nimittäin vain, onko puheenaoleva huoltaja vai kolmas oikeutettu pitämään lasta luonaan, ei sitävastoin huoltajien keskinäistä oikeutta tässä suhteessa. Jos lapsen tosiasiallinen huoltaja osoittaa oikeudellisen huoltajan oikeutaneen hänet pitämään lasta luonansa, saattaa käsittääksemme ensiksimainittukin huoltaja ajaa kysymyksessäolevaa kannetta ilman oikeudellisen huoltajan nimenomaista valtuutusta.³⁵³ Myös voinee tosiasiallinen huoltaja saada poliisiviranomaisilta apua lapsen palauttamiseksi itselleen.

Lapsen luvaton huostassapitäminen on olemassa aina, kun henkilö pitää lasta ilman laillista oikeutta vastoin huoltajan tahtoa luonaan, mutta myös, jos hän muulla tavalla estää tai vaikeuttaa huoltajaa saamasta sitä haltuunsa. Joka tapauksessa edellyttäne tällainen huostassapitäminen kuitenkin aktiivista toimintaa. Huoltajan oikeutta ei voitane loukata pelkällä toimettomuudella.³⁵⁴ Jos esim. lapsi oleskelee omasta aloitteestaan vastoin huoltajansa tahtoa kolmannen luona, tämän ei voitane katsoa pitävän sitä luvottomasti huostassaan, ellei hän huoltajan pyynnöstä huolimatta kieltäydy luovuttamasta sitä viimeksimainitulle. Sanotussa tapauksessa kolmas ei liene velvollinen ryhtymään toimenpiteisiin lapsen pakottamiseksi palaamaan huoltajansa luo. Kysymyksenalaista on, olisiko hän edes siihen oikeutettu. Usein täytynee katsoa, ettei kolmas ole loukannut äskenmainitussa tapauksessa huoltajan oikeutta lapsen olinpaikan määrittämiseen, vaikka hän antaisi sille ruokaa ja yösijan.³⁵⁵ Lapsen ajaminen pois nälkäisenä ja vailla yöpaikkaa

³⁵² Ks. *Opet-Blume* IV, s. 514 s.; *RGRKomm.* IV, s. 373; *Müller*, s. 20.

³⁵³ Tätä käsitystä tukee mm. se, että RL:n 25 luvun 2 §:ssäkin puhutaan siitä, jonka hoidon ja käskyn alainen lapsi on. Vrt. *Forsman*: De särskilda brotten I, s. 95.

³⁵⁴ *Opet-Blume* IV, s. 515; *Staudinger* IV,², s. 1009; *RGRKomm.* IV, s. 373; *Müller*, s. 27 s.; *Ossent*, s. 20 ss.

³⁵⁵ Näin *Staudinger* IV,², s. 1009; *Kipp-Wolff* IV, s. 322; *Müller*, s. 27; *Ossent*, s. 21 s.

voisi saattaa sen terveyden vaaranalaiseksi ja vaikeuttaa ehkä vielä enemmän huoltajan oikeuksien toteuttamista. Lapsen luvaton huostaanottaminen edellyttää siis aina tarkoitusta pitää sitä vastoin huoltajan tahtoa huostassaan.

Kuten sanotusta selviää, voidaan huoltajan oikeutta lapsen olinpaikan määrittämiseen loukata joko välittömästi tai välillisesti. Välittömästi sitä loukataan, jos kolmas suorastaan lapseen kohdistuvalla positiivisella toiminnalla estää huoltajaa ottamasta sitä huostaansa. Välillisestä loukkauksesta puhutaan taas hänen vaikeuttaessaan muulla tavoin huoltajan oikeuden toteuttamista. Viimeksimainitunlainen loukkaus voi tapahtua esim. siten, ettei loukkaaja anna lapselle sen vaatteita tai ei poista muita lapsen luovuttamiselle itse tekemiään esteitä.³⁵⁶ Milloin kolmannen voidaan katsoa pitävän lasta luvattomasti luonaan, ei voida yleisellä säännöllä määrätä. Sitä arvosteltaessa on luonnollisesti myös lapsen ikään ja kehitykseen kiinnitettävä huomiota.³⁵⁷ Kolmannen on poistettava kaikki huoltajan oikeuden toteuttamiselle aiheuttamansa esteet, mutta varsinaiseen lapsen toimittamiseen huoltajalle hän ei ole sitävastoin velvollinen.³⁵⁸

Edellä on jo ollut puhetta siitä, että huoltajan oikeus lapsen olinpaikan määrittämiseen voi olla eräissä suhteissa rajoitettu.³⁵⁹ Jos kolmas huoltajan lapsen luovuttamisesta nostamassa oikeudenkäynnissä esittää selvityksen tällaisen rajoituksen olemassaolosta, johtaa se huoltajan kanteen hylkäämiseen. Seuraavassa on vielä syytä tutkia eräitä muita väitteitä, jotka voivat tulla kysymykseen puheenaolevassa oikeudenkäynnissä.

Koska huoltaja on säännönmukaisesti oikeutettu ottamaan lapsen milloin tahansa pois sen tosiasialliselta huoltajalta, voitaneen kysyä, saako viimeksimainittu kieltäytyä luovuttamasta lasta sillä perusteella, ettei huoltaja ole suorittanut maksua sen täysihoidosta, opetuksesta jne. Kysymykseen on vastattava kieltävästi.³⁶⁰ Lapsi ei ole esine, vaan oikeussubjekti, johon sen tosiasiallisella huoltajalla ei voi olla minkäänlaista pidätysoikeutta.³⁶¹ Esineoikeudellisten säännösten soveltami-

³⁵⁶ Ks. RGRKomm. IV, s. 373.

³⁵⁷ Ks. RGRKomm. IV, s. 373.

³⁵⁸ Näin RGRKomm. IV, s. 373.

³⁵⁹ Ks. edellä s. 193 ss.

³⁶⁰ Näin *Knitschky*, s. 161 s.; *Motive IV*, s. 754; *Staudinger IV*, s. 1009; *Eck*, s. 59; *Müller*, s. 31; *Ossent*, s. 51 s.

³⁶¹ Vrt. ULVpA 22 §; HuoneenvuokraL 26 §; L. tilusten rauhoittamisesta kotieläinten vahingonteolta, annettu 18/2 1921, 39—42 §.

nen kysymyksessä olevaan puhtaasti perheoikeudelliseen vaateeseen ei ole mahdollista. Tosiasiallisen huoltajan väite siitä, että oikeudellinen huoltaja käyttää oikeuttaan lapsen olinpaikan määräämiseen vain tuottaakseen hänelle vahinkoa, lienee käytännössä harvinainen, koska huoltaja on joka tapauksessa velvollinen korvaamaan tosiasiallisen huoltajan negatiivisen sopimusintressin, ja sen seikan näyttäminen, että hän käyttäisi oikeuttaan yksinomaan tässä tarkoituksessa, on vaikeata.³⁶² Ainakin vanhempien ollessa huoltajina saattaa heidän halunsa pitää lapsi luonaan olla jo sinänsä siksi oikeutettua ja luonnostaan lankeavaa, ettei sitä voine mainituin perustein vastustaa. Onko sitten mitään merkitystä kolmannen väitteellä siitä, että hän otti lapsen huostaansa varjellakseen sitä huoltajan väärinkäytöksiltä? Vastaus riippuu siitä, onko lapsen edun kannalta välttämätöntä, että kolmas oikeutetaan ottamaan se huostaansa huoltajan ilmeisesti väärinkäyttäessä oikeuttaan. Käsitteemme tähän kysymykseen on vastattava kieltävästi. Kolmannen omaan harkintaan perustuva sekaantuminen huoltajan tehtäviin johtaisi helposti mielivaltaan ja saattaisi haitata huoltajan menestyksellistä toimintaa. Lapsen edun kannalta ei tällaisen huoltoon sekaantumisoikeuden myöntäminen ulkopuoliselle ole tarpeen, koska hän huomauttamalla huoltajan väärinkäytöksestä huoltolautakunnalle saa tämän ryhtymään asian vaatimaan toimenpiteeseen. Puheenaolevassa oikeudenkäynnissä saattaa kolmas edelleen väittää, että kantajana tai asianomistajana esiintyvän henkilön huolto-oikeus on lakannut tai keskeytynyt. Jos tämä näytetään toteen, lienee kanne ilman muuta hylättävä, mikäli sitä on ajettu siviiliprosessijärjestyksessä, samoin kysymyksen ollessa asianomistajarikoksesta rikosprosessijärjestyksessä ajettu vaatimus lapsen luovuttamisesta sen lailliselle huoltajalle. Niissä tapauksissa, joissa lapsen luvaton huostaanottaminen on virallisen syytteen alainen rikos, lienee sitävastoin juttu lykättävä oikean asianomistajan kutsumiseksi oikeuteen.³⁶³

Vaatimusta lapsen luovuttamisesta itselleen huoltaja voi aina ajaa rikoksen perusteella, jos lapsi on alle 15-vuotias.³⁶⁴ RL:n 25 luvun 1 a ja 2 §:ssä kosketelluissa tapauksissa ja muulloinkin, milloin huoltaja väittää lapsen luvattoman huostaanottamisen perustuvan rikokseen, on tällainen kanne ajettava rikosprosessijärjestyksessä.³⁶⁵ Muissa tapauk-

³⁶² Ks. Müller, s. 31; Ossent, s. 52.

³⁶³ Ks. RL 25: 1 a, 2, 7 ja 8 § verr. saman luvun 14 §:ään.

³⁶⁴ Vrt. edellä s. 192.

³⁶⁵ Ks. RL 25: 14.

sissa voi huoltaja sitävastoin ajaa kysymyksesssäolevaa juttua siviiliprosessijärjestyksessä. Lapsen luovuttamista koskevan vaatimuksen yhteydessä hän saattaa vaatia korvausta vahingosta, joka hänelle on aiheutunut lapsen luvattomasta huostaanottamisesta.³⁶⁶

Huomiota ansaitsee vielä kysymys siitä, miten oikeuden päätös tai tuomio, jolla vastaaja velvoitetaan luovuttamaan lapsi huoltajalle, pannaan täytäntöön. Kuten edellä on ollut puhetta, rei vindicatiolla ja lapsen luovuttamista koskevalla kanteella on paljon yhtäläisyyttä.³⁶⁷ Onko siis lapsi rinnastettava nyt kysymyksesssäolevan päätöksen tai tuomion täytäntöönpanossa esineeseen, jonka ulosottomies saa ottaa vastaajalta haltuunsa toimittaakseen sen kantajalle tai asianomistajalle,³⁶⁸ vai onko vastaaja pakotettava sakon uhalla luovuttamaan lapsi sen olinpaikan määräämiseen oikeutetulle henkilölle?³⁶⁹ Kun UL:n 3 luvun 8 §:ssä puhutaan irtaimesta omaisuudesta, tuntuu pykälän sanamuoto estävän sen soveltamista päätökseen tai tuomioon, jolla joku on velvoitettu luovuttamaan lapsi toiselle. Koska tässä on kysymys absoluuttisen oikeuden toteuttamisesta, kuten esineen takaisinvoittamista koskevassa oikeudenkäynnissä, voitaneen mainiitua säännöstä sen sanamuodosta huolimatta kuitenkin ex analogia soveltaa lapsen luovuttamista tarkoittavan päätöksen tai tuomion täytäntöönpanoon. Omaksumaamme kantaa tukevat myös käytännölliset näkökohdat. Elleivät täytäntöönpanoviranomaiset saisi ottaa lasta mainitun päätöksen tai tuomion perusteella huostaansa, saattaisi hänelle määrätyistä sakoista välittämätön vastaaja viivyttää jatkuvalla niskoittelulla tuntuvasti huoltajan oikeuden toteuttamista, mistä voisi olla lapselle kohtalokkaat seuraukset.

5. LAPSEN PAKOTTAMINEN.

Aikaisemmin on ollut useasti puhetta siitä, ettei lapsen huolto ole ainoastaan huoltajan oikeus, vaan myös hänen velvollisuutensa. Huoltajan on pakko pitää huolta lapsen kasvatuksesta ynnä muista huoltoon kuuluvista tehtävistä. Tästä johtuu, että hänellä tulee myös olla keinoja mainitun velvollisuutensa täyttämiseksi. Huolto-oikeus on valtasuhde. Se asettaa lapsen alistussuhteeseen huoltajaan. Eräin rajoituk-

³⁶⁶ Ks. RGRKomm. IV, s. 374.

³⁶⁷ Ks. s. 200 s.

³⁶⁸ UL 3: 8.

³⁶⁹ UL 3: 4 ja 5.

sin kuuluu kaikki lapsen henkilöä koskevien asioiden määräämisvalta huoltajalle. Tätä määräämisvaltaa vastaa toiselta puolen lapsen velvollisuus totella huoltajan toimivaltansa puitteissa antamia käskyjä.³⁷⁰ Pelkkä tottelemisvelvollisuus ei anna kuitenkaan huoltajalle riittäviä takeita siitä, että hän saa toteutetuksi oikeutensa ja velvollisuutensa lapsen suhteen. Ellei lapsi noudata huoltajan käskyä, viimeksimainitulla täytyy olla keinoja sen pakottamiseksi tottelemaan itseään. Muista perheoikeudellisista henkilöön kohdistuvista oikeussuhteista eroaa lapsen huolto juuri siinä suhteessa, että lapsi on alistussuhteessa huoltajaansa ja huoltajalla on oikeus pakottaa se noudattamaan tahtoaan. Yhteiskunnan ja lapsen edun kannalta on välttämätöntä, ettei lapsen kasvatus ja hoito ynnä muiden tärkeiden huoltoon kuuluvien tehtävien täyttäminen jää riippumaan siitä, suostuuko arvostelukyvytön lapsi noudattamaan huoltajan määräyksiä vai ei. Lapsen pakottaminen on siis välttämätöntä.³⁷¹

Lapsen pakottamisella laajemmassa mielessä tarkoitettaneen kaikkia toimenpiteitä, jotka ovat luvallisia lapsen taivuttamiseksi noudattamaan huoltajan tahtoa. Siihen sisältynee siis myöskin kuritus, koska sen tarkoituksena on antaa lapselle ojennusta jo tapahtuneen pahanteon johdosta, jotta se vastaisuudessa noudattaisi huoltajan tahtoa ja välttäisi tekemästä pahaa. Lapsen pakottamisesta laajemmassa mielessä ei oikeudessamme ole yleisiä säännöksiä. Huoltajan oikeus siihen on kuitenkin johdettavissa huollon tarkoituksesta. Sitäpaitsi sillä on ollut vanhastaan tukensa tavanomaisessa oikeudessa, ja se selviää myös välillisesti huoltajan kuritusvaltaa koskevista lainsäännöksistä.³⁷² Koska huoltaja saa kuritusvaltaansa käyttäessään saattaa lapselle vähäisen ruumiinvamman, lienevät kaikki laillista kuritusta lievemmätkin lapsen pakotuskeinot luvallisia. Huoltajan pakottamisoikeutta arvosteltaessa on myös otettava huomioon RL:n kotirauhan rikkomista, laitonta vangitsemista, kiduttamista tunnustukseen, pakottamista ja kunnianloukausta koskevat säännökset.³⁷³ Eräät muiden henkilöiden tekeminenä

³⁷⁰ Ks. esim. *Schulthess*, s. 6. Nimenomainen lapsen tottelemisvelvollisuutta koskeva säännös on Sveitsin oikeudessa. Tällainen säännös oli myös Itävallan siviililakikirjan 144 §:ssä. Ks. myös ZGB 275 art. Vrt. Code civil 371 art.

³⁷¹ Vrt. edellä s. 31 ss.

³⁷² Ks. RL 21: 12 § 2 mom.; *Serlachius I*, s. 91 s.

³⁷³ Ks. RL 24: 1 § 1 mom., 25: 9, 11 ja 12 § sekä 27: 1—3 §.

rangaistuksella uhatut teot ovat huoltajan laillisessa pakottamistarkoituksessa tekeminä oikeudenmukaisia.³⁷⁴

Lapsen pakottamisen oikeudenvastaisuutta arvosteltaessa on erotettava toisistaan kysymykset siitä, onko pakottaminen oikeudenvastaista ja voidaanko huoltajaa siitä rangaista.³⁷⁵ Puheenaoleva pakottamisoikeus kuuluu olemukseltaan yksityisoikeuteen,³⁷⁶ jonka periaatteista myös sen sisältö on johdettava. Vain eräiden sitä koskevien rajojen määrittämisessä on RL:n säännöksillä merkitystä. Kaikki lapsen pakottaminen, joka on ristiriidassa huoltajan tehtävän kanssa, on oikeudenvastaista. Silti ei ole sanottu, että huoltaja voidaan tuomita tällaisesta pakottamisesta kaikissa tapauksissa rangaistukseen. Koska huoltajan tehtävä kärsisi siitä, että viranomaiset puuttuisivat siihen aina, kun hän vähänkin ylittää oikeutensa, oikeudenvastainen pakottaminen ei johda usein toimenpiteisiin viranomaisten puolelta. Jos taas viranomaisten toimenpiteet tulevat kysymykseen, voi sanotunlaisesta pakottamisesta olla seurauksena huoltajan tuomitseminen rangaistukseen, huoltolautakunnan tai oikeuden puuttuminen lapsen huoltoon taikka rangaistuksen ohella jompikumpi viimeksimainituista toimenpiteistä. Huoltolautakunnan oikeus puuttua lapsen huoltoon pakottamisoikeuden väärinkäytöksen johdosta perustuu LSL:n 8 §:n 1 momentin d kohdan säännökseen siitä, että lautakunnan tulee ryhtyä sanotussa laissa mainittuihin suojelutoimenpiteisiin, jos lapsi on yhteiskunnallisen huollon tarpeessa sen takia, että sitä kodissa pahoinpidellään tai sitä siellä uhkaa muu vaara hengen, terveyden tai siveyden puolesta. Rangaistavan pahoinpitelyn ja rankaisematta jäävän kurittamisen rajaa määrättäessä on taas keskeinen merkitys RL:n 21 luvun 12 §:n 2 momentin säännöksellä, josta selviää, ettei kurituksesta saa tulla missään tapauksessa vähäistä suurempaa ruumiinvammaa.

Lapsen pakottaminen noudattamaan huoltajan käskyä on usein myös huoltajan velvollisuus. Hänen tehtävänä on kasvattaa lapsi yhteiskunnalle kelpolliseksi kansalaiseksi ja taivuttaa se kaikkeen, mikä on tätä varten tarpeellista. Pakottamisen velvoittava luonne johtuu siis huollon tarkoituksesta. Sen ilmaisuna on mm. HL:n 33 §:n 2 momen-

³⁷⁴ Ks. *Serlachius* I, s. 91 s.; *Winroth*: Sv. C. III, s. 63 s.

³⁷⁵ Ks. *Hagströmer* II, s. 113 alimuist. 3.

³⁷⁶ Huomaa erikoisesti, että pakottamisoikeutta koskevat säännökset on otettu useiden maiden siviililakikirjoihin. Ks. tässä suhteessa BGB 1631 § 2 mom.; Code civil 375–382 art.; ZGB 278 art. Vrt. myös entisen Itävallan siviililakikirjan 145 §:ä.

tin käskevä sanamuoto. Vähäpätöisemmissä asioissa on huoltajan vallassa päättää, pakottaako hän lapsen noudattamaan tahtoaan vai ei, mutta tärkeämissä kysymyksissä hänen välinpitämättömyytensä sanotussa suhteessa saattaa johtaa viranomaisten puuttumiseen hänen tehtävänsä. Haluaako huoltaja kurittaa lasta tapahtuneen pahanteon johdosta kasvatustarkoituksessa, riippuu yleensä kokonaan hänen omasta harkinnastaan. Vain siinä tapauksessa, että oikeus on määrännyt lapsen kuritettavaksi, hänen on pakko tehdä se. Ellei hän sitä tee, on lapsen kurittaminen täytäntöönpanoviranomaisten tehtävä.³⁷⁷

Lapsen pakottaminen yleensä ja myös sen kurittaminen voi tapahtua monella eri tavalla. Mitä keinoja kussakin tapauksessa on käytettävä, ei voida yleisellä säännöllä määrätä. Tästä asiasta sanotaan Saksan siviililakikirjan perusteluissa sattuvasti seuraavaa: »Eine nähere Bestimmung über die Art und die Mittel der häuslichen Zucht ist weder erforderlich noch angemessen. Der Erziehungsberechtigte hat in dieser Hinsicht selbst die den konkreten Umständen entsprechende Bestimmung zu treffen.»³⁷⁸ Arvosteltaessa, onko jotain keinoa pidettävä puheenaoleviin tarkoituksiin sopivana, on yleisellä tavalla suuri merkitys. Myös on tässä suhteessa kiinnitettävä huomiota lapsen ikään ym. seikkoihin.³⁷⁹

Milloin on sitten lapsen pakottaminen luvallista? Luonnollista on, ettei lasta saa pakottaa mihinkään, mikä on oikeudenvastaista taikka

³⁷⁷ Ks. RL:n 3 luvun 1 §:n 1 ja 2 mom. Tällä emme tietysti tarkoita sitä, ettei huoltaja olisi velvollinen muulla tavoin ohjentaamaan lasta pahanteon johdosta.

³⁷⁸ Motive IV, s. 751.

³⁷⁹ Ks. *Gadolin*, s. 75; *Undén*, s. 55; *Mezger*, s. 227 s.; *Opet-Blume* IV, s. 513; *Knitschky*, s. 150. Kurittaminen käsittää aina pahantunteen aiheuttamisen kuritettavalle. Niinpä sanookin Kaufmann: »Züchtigung im weiteren Sinne ist daher jede dem Erziehungszwecke dienende, gegenüber einem Erziehungsbedürftigen angewandte Massnahme.» Määritelmäänsä hän rajoittaa myöhemmin seuraavasti: »Die Züchtigung hat dieselbe Aufgabe wie die Strafe und ist von ihr auch nicht wesentlich verschieden. Beide sind ein Uebel, das wegen gewisser Verfehlungen verhängt wird.» Ks. *Josef Kaufmann*: Das Züchtigungsrecht der Eltern und Erzieher, Stuttgart 1909, s. 14 ja s. 16. Lapsen kurittaminen voi tapahtua monella tavalla. Siihen ei kuulu yksinomaan lapsen lyöminen, vaan myös muut toimenpiteet, jotka kohdistuvat ruumiilliseen koskemattomuuteen tai joiden tarkoituksena on pahantunteen aiheuttaminen lapselle. Kuritukseen on luettava sielullistenkin kärsimysten aiheuttaminen lapselle. Usein yhdistyy siinä sekä sielullinen että ruumiillinen kärsimys. Vrt. jäljempänä s. 213 s. Esimerkkeinä kurituskeinoista mainittakoon lapsen liikkumisvapauden rajoitukset sekä sen ruokaa, vaatteita, nukkuma-aikaa ym. seikkoja koskevat määräykset. Ks. tässä suhteessa *Urbye*, s. 72; *Hagströmer* II, s. 112 alimuist. 1; *Knitschky*, s. 150.

siveyttä tai hyvää tapaa loukkaavaa.³⁸⁰ Lapsen kurittamista pidettäneen tieteisopissa vallitsevan mielipiteen mukaan luvallisena vain silloin, kun se tapahtuu kasvatustarkoituksessa.³⁸¹ Ilmeistä onkin, että sanottu mielipide on oikea. Kuritusoikeus on annettu huoltajalle hänelle kuuluvan kasvatustehtävän täyttämiseksi eikä hänen omien mieli-johteidensa tyydyttämiseksi. Sen takia kurittaminen on oikeudenvastaista, ellei se tapahdu ensiksimmäisessä tarkoituksessa. Sanottu pitää paikkansa yleensäkin lapsen pakottamisen suhteen, vaikka pakottamistoimenpiteen mielivaltaisen käyttämisen vahingollinen vaikutus lapseen ei olisikaan yhtä selvästi havaittavissa kuin kurituksessa. Koska lapsen tarkoitukseton pakottaminen saattaa vaarantaa sen säännöllistä kehitystä, lienee katsottava, että huoltaja on pakotuskeinon vaarattomuudesta riippumatta yleensäkin oikeutettu pakottamaan lapsen noudattamaan tahtoaan vain kasvatustarkoituksessa.³⁸²

Kasvatustarkoitus laajimmassa mielessä käsittää kaikki toimenpiteet, jotka ovat tarpeen lapsen kehittämiseksi henkisessä ja ruumiillisessa suhteessa parhaalla mahdollisella tavalla. Huomattava on siis, että lapsi voidaan pakottaa sellaiseenkin toimenpiteeseen, joka on tarpeen sen ruumiillisen kehityksen turvaamiseksi. Sen pakottaminen voi näin ollen johtua monesta eri syystä. Niinpä voinee sitä kurittaa, ellei se suostu sille tarpeelliseksi katsottuun leikkaukseen eikä leikkauksen toimittaminen muita keinoja käyttäen ole mahdollista.³⁸³ Isä voinee

³⁸⁰ Ks. esim. *Hagströmer* II, s. 115 alimuist. 1 ja s. 263.

³⁸¹ Näin esim. *Winroth*: Sv. C. III, s. 65; *Undén*, s. 55; *Westring*, s. 382; *Stjernstedt*, s. 377; *Forsman*: De särskilda brotten I, s. 85; *Alanen*: DL 1934, oikeustapaukset, s. 95 s.; *Alanen*: Hätävarjelus, s. 102; *Gadolin*, s. 75; *Staudinger* IV,² s. 1004; *Planck* IV, s. 388; *Sieverts*, s. 205 ss.; *Voltz*, s. 345; *Liszt-Schmidt*, s. 212; *Ebermayer*, s. 574. Tämä on myös nimenomaan sanottu eräiden maiden kuritusoikeutta koskeissa lainsäädännöksissä. Ks. *Lag om barn i äktenskap* 4 § 2 mom.; ZGB 278 art. Meidän oikeuskäytännöstämme ks. KKO 1926 tied. 123, josta selviää, että äiti, joka oli useasti ilman todellista syytä lyönyt ja muulla tavoin pahoinpidellyt lapsiaan, tuomittiin pahoinpitelystä rangaistukseen. Sama periaate ilmenee myös KKO:n päätöksessä 21/8 1919 N:o 861, jolla isä tuomittiin tyttärensä pahoinpitelystä RL:n 21 luvun 12 §:n 1 momentin nojalla rangaistukseen, kun ei ollut näytetty hänen tarkoittaneen pahoinpidellessään tytärtään käyttää kurinpitovaltaansa.

³⁸² Huomattava on kuitenkin, että lapsen pakottaminen tottelemaan huoltajan käskyä voi kasvatukselliselta kannalta jo sinänsä olla riittävä peruste pakottamiskeinon käyttämiseen.

³⁸³ Vrt. RGStr. 61, s. 393 ss. Ks. myös NJA 1922, s. 271, josta selviää, että sairaanhoitajatar, joka oli kurittanut kepillä sairaalaan otettua 3 ½-vuotiasta lasta saadakseen sen totutetuksi pois kastelemasta sänkyään, vapautettiin hovioikeuden hänelle pahoinpitelystä tuomitsemasta rangaistuksesta.

sulkea tyttärensä huoneeseen, jos tämä uhkaa kiellosta huolimatta mennä tanssimaan jne.

Eri mieltä on oltu siitä, mikä merkitys on kurittajan motiivilla arvosteltaessa, onko kuritus tapahtunut kasvatustarkoituksessa vai ei. Hagströmer ja Torp ovat sitä mieltä, että objektiivisesti katsoen oikeutettu kurittaminen jää rankaisematta riippumatta kurittajan motiivista.³⁸⁴ Jos esim. isä, jolle lapsen kasvatus on yhdentekevää, kurittaa sitä pahanteon takia, tämä on heidän mielestään laillista kuritusta, vaikka isän motiivina olisi vain hetkellinen kiukku tai kostonhalu. Oikeampana lienee kuitenkin pidettävä mielipidettä, jonka mukaan rankaisematon on vain toimenpide, johon nimenomaan liittyy kurinpidollinen tarkoitus.³⁸⁵ Teon kaikkien motiivien selvittäminen on käytännössä mahdotonta. Lapsen kurittaminen saattaa johtua useista motiiveista, mutta välttämätöntä on, että sen ollakseen laillista kuritusta tulee johtua myös kurittajan kasvattamistarkoituksesta. Vain tämän tarkoituksen toteuttamiseksi on kuritusoikeus annettu huoltajalle. Ellei sanottua seikkaa katsottaisi kurituksen rankaisemattomuuden välttämättömäksi edellytykseksi, ei esim. isää, joka lapsen pahanteon jälkeen kurittaa sitä yksinomaan sadististen himojensa tyydyttämiseksi, voitaisi tuomita rangaistukseen pahoinpitelystä.

Kun lapsen pakottaminen on luvallista vain kasvatustarkoituksessa, herää kysymys, tuleeko pakottamisteon olla objektiivisestikin katsoen sanotussa tarkoituksessa tapahtunut ja siihen soveltuva toimenpide vai riittääkö, että vain huoltaja on pitänyt sitä sellaisena. Ainakin huoltajan rangaistavaisuutta arvosteltaessa lienee viimeksimainittua mielihpidettä pidettävä oikeana.³⁸⁶ Huoltajaa, joka antaa lapselle pahanteon johdosta omasta mielestään sen hyvin ansaitsemaa kuritusta, ei voida tuomita rangaistukseen pahoinpitelystä, vaikka hänen käsityksensä lapsen teosta tai sen teon johdosta tarvitseman kurituksen määrästä on ollut objektiivisesti katsoen väärä. Yleensä voitaneen olettaa huoltajalla olevan tarpeeksi arvostelukykyä tehtävänsä hoitamiseen, ja jos hän siinä vil-

³⁸⁴ Torp, s. 461 s.; Hagströmer II, s. 115 alimuist. 2. Vrt. Alanen: DL 1934, oikeustapaukset, s. 97.

³⁸⁵ Näin Alanen: DL 1934, oikeustapaukset, s. 97; Sama: Hätävarjelus, s. 102; Thyrén: Kommentar, s. 68; Liszt-Schmidt, s. 212 alimuist. 3; Mezger, s. 228. Tällä kannalla lienee myös Knoph. Ks. Knoph: Hensiktens betydning, s. 142. Vrt. Alanen: Hätävarjelus, s. 101 ss. ja näillä sivuilla mainittuun kirjallisuuteen.

³⁸⁶ Ks. Hagströmer II, s. 115; RGRKomm. IV, s. 367; Alanen: DL 1934, oikeustapaukset, s. 95 s.; Forsman: De särskilda brotten I, s. 85.

pittömässä mielessä toimien jossakin suhteessa erehtyy, se on annettava hänelle anteeksi. Erehtymisen mahdollisuus on lapsen kasvattamisessa suuri, ja huoltajan tuomitseminen rangaistukseen tällaisen erehdyksen takia alentaisi ilmeisesti auktoriteettivaltaa, joka on hänelle tarpeen tehtävänsä hoitamista varten. Jos siis huoltaja kurittaa erehdyksestä syytöntä lasta, kurittaa kohtuuttoman ankaran maailmankatsomuksensa takia lasta pahanteosta, josta objektiivisesti katsoen ei olisi syytä sitä kurittaa, tai kurittaa sitä ankarammin kuin lapsen rikkomus olisi ansainnut, häntä ei käsittääksemme voida rangaista kuritusoikeuden ylittämisestä, mikäli kuritus pysyy lievän pahoinpitelyn rajoissa.

Viimeksi kosketeltujen kysymysten selvittämiseksi esitämme tässä erään ruotsalaisen oikeustapauksen. Virallinen syyttäjä vaati X:n tuomitsemista rangaistukseen siitä, että hän, sitten kun hänen alivuokralaiseltaan oli anastettu tämän huoneesta rahaa, seisotti 8, 9, 11 ja 12 vuoden ikäisiä poikiaan klo 21.30—24.55 vähisen ajan paitaan ja villaröijyyn puettuina keittiössään piiskaten heitä 5—10 minuutin väliajoin rottingilla istuinlihaksille ja lyöden välillä heitä korville. Kurituksen johdosta tunnusti eräs pojista ottaneensa rahat, vaikkei hän ollutkaan sitä tehnyt. Hän peruutti seuraavana päivänä tunnustuksensa ja se pojista, joka rahat todella oli ottanut, myönsi tekonsa. Rahoilla olivat kaikki pojat ostaneet yhteisesti makeisia. Tapauksen selostuksesta ei kuitenkaan selviä, missä määrin muut kolme poikaa olivat tietoisia siitä, millä tavalla rahat oli saatu, ei myöskään, luuliko X kaikkien poikien tai vain jonkun heistä anastaneen rahat. Kurituksesta eivät pojat olleet saaneet vähäistä suurempaa ruumiinvammaa. Eniten oli kuritettu erästä aikaisemmin rahaa anastanutta poikaa, joka kuitenkin ei ollut ottanut kysymyksessäolevia rahoja. Kaikki oikeusasteet hylkäsivät syytteen.³⁸⁷

Oikeustapauksesta käy ilmi, että X oli kurittanut myös syyttömiä lapsiaan. Näiden lasten kurituksen oikeudenmukaisuutta arvosteltaessa on otettava huomioon kaksi mahdollisuutta. X joko luuli, että kaikki pojat olivat yhdessä anastaneet rahat, tai hän arveli vain yhden ottaneen ne, mutta saadakseen selville, kuka niistä oli sen tehnyt, kuritti kaikkia. Onko siis huoltaja oikeutettu kurittamaan lasta päästäkseen selville siitä, onko se tehnyt määrätyn pahan teon? Tieteisopissa on *Gehring* käsitellys tutkimisoikeutta erillisenä huoltoon kuuluvana oikeutena.³⁸⁸ Hän huomauttaa aivan oikein, ettei lapsen tarkoituksenmukainen kasvatta-

³⁸⁷ NJA 1918, s. 508.

³⁸⁸ Ks. *Gehring*, s. 25 ss.

minen ilman sanottua oikeutta ole mahdollista. Puhuessaan keinoista, jotka ovat sallittuja puheenaolevan oikeuden toteuttamiseksi, hän on kuitenkin sitä mieltä, ettei lapsen kurittaminen ole tässä tarkoituksessa luvallista.³⁸⁹ *Gehringin* esittämän mielipiteen mukaan ei siis X:llä olisi ollut oikeutta kurittaa poikia saadakseen selville, kuka heistä oli ottanut rahat. Kysymyksenalaista on kuitenkin, voidaanko mainittua mielihetkettä pitää oikeana. Jos lapsi on tehnyt huoltajan käsityksen mukaan jotain pahaa, sen saaminen tunnustamaan tekonsa on kasvatukselliselta kannalta tärkeitä. Koska lasta on usein vaikea saada tunnustamaan tekonsa lievemmillä pakotuskeinoilla, tuntuisi omituiselta kieltää sen kurittaminen tässä tarkoituksessa, varsinkin kun kuritusoikeuden käyttäminen ei edellytä muissakaan tapauksissa, että lapsi on tunnustanut tekonsa. Jos siis huoltaja kurittaa lasta, joka hänen käsityksensä mukaan ilmeisesti valehtelee, kuritus on paikallaan jo lapsen valehtelemisen takia. Se tapahtuu siis ilmeisesti kasvatustarkoituksessa, ja jos vilpittömässä mielessä toiminut huoltaja erehtyy lapsen teon suhteen, seuraa esitetyistä periaatteista, ettei häntä voida tuomita rangaistukseen tällaisen erehdyksen takia. Sovellettaessa sanottu selostettuun oikeustapaukseen on katsottava X:llä olleen oikeus kurittaa kaikkia poikiaan, ainakin jos hän luuli niiden yhdessä ottaneen rahat. Jos hän sitävastoin arveli vain yhden pojista ottaneen rahat, mutta kuritti kaikkia saadakseen selville, kuka niistä oli sen tehnyt, ei ole yhtä helppoa sanoa, olivatko kuritusoikeuden lailliset edellytykset olemassa. Koska hän tiesi tällöin kurittavansa syyttömiäkin poikia ilman kasvatustarkoitusta, täytynee katsoa häneltä puuttuneen näiden poikien kuritusoikeuden. Vain siinä tapauksessa, että hän luuli kaikkien poikien tietävän, kuka niistä oli ottanut rahat ja kieltäytyvän sitä ilmoittamasta, lienee hänelle myönnettävä kuritusoikeus sillä perusteella, että pojat ovat osoittaneet tottelemattomuutta kieltäytyessään ilmoittamasta puheenaolevaa seikkaa. Siitä, oliko X:n kerrottu kuritustapa oikeassa suhteessa poikien pahan tekoon, voidaan luonnollisesti olla eri mieltä. Poikien lyömisestä, joka tapahtui yleisesti käytetyllä tavalla, ei voitane tehdä huomautuksia. Niiden seisottamista useita tunteja vähissä vaatteissa paikallaan voittaneen sitävastoin pitää kohtuuttomana, varsinkin jos X tiesi, että kolme niistä oli syytöntä. Koska hän on kuitenkin ilmeisesti itse pitänyt

³⁸⁹ *Gehring*, s. 26. Toista mieltä ovat *Winroth*: Sv. C. III, s. 64; *Hagströmer* II, s. 290 alimui. 2. *Vrt. Opet-Blume* IV, s. 513; *Urbye*, s. 73.

puheenaolevaa kuritusta poikien teon suhteen kohtuullisena, hänet on esitettyjen periaatteiden mukaan vapautettu syytteestä.

Huomattava on, että edellä esitetyt periaatteet koskevat lähinnä kurituksen rangaistavaisuutta. Niiden mukaisesti ratkaistaan, onko huoltaja tuomittava kuritusoikeutensa väärinkäyttämisestä rangaistukseen. Sitävastoin ei ole estettä huoltolautakunnan puuttumiselle lapsen huoltoon kuritusoikeuden väärinkäytöksen perusteella, vaikka ei huoltajaa voitaisikaan tuomita siitä rangaistukseen. LSL:ssa omaksuttaneen siis lapsen pahoinpitely laajemmassa mielessä kuin RL:ssä. Jos arvostelukyvyn huoltaja kurittaa vilpittömässä mielessä syyttömiä lapsia tai kurittaa niitä objektiivisesti katsoen kohtuuttoman ankarasti, saatetaan lapsen suhteen ryhtyä ensiksi mainitun lain mukaisiin toimenpiteisiin, mikäli sen kasvatus huoltajan toimenpiteistä ilmeisesti kärsii tai sitä uhkaa niiden johdosta muu vaara hengen, terveyden tai siveyden puolesta. Arvosteltaessa, onko kuritus kasvatukselliselta kannalta tarkoituksenmukainen toimenpide, on siis käytettävä erilaista mittapuuta kysymyksen ollessa huoltajan tuomitsemisesta rangaistukseen ja huoltolautakunnan puuttumisesta hänen tehtävänsä.

Edellä olemme tulleet siihen tulokseen, ettei huoltajaa voida tuomita rangaistukseen kuritusoikeuden väärinkäytöksestä, vaikka hänen käsitöksensä lapsen pahanteosta ja sen tämän teon johdosta tarvitseman kurituksen määrästä on ollut objektiivisesti katsoen väärä.³⁹⁰ Itse kuritusteon rangaistavaisuutta arvosteltaessa lienee sitävastoin käytettävä objektiivista mittapuuta. Tälle teolle täytynee aina asettaa se vaatimus, että se on objektiivisen luonteensa mukaan kuritusta. Jos tekoa ilmeisesti ei voida pitää sen mainitun luonteen mukaan kurituksena, huoltaja ei pääse rangaistuksesta väittämällä käyttäneensä kuritusvaltaansa.³⁹¹ Kuritustapaa ja kurituksen määrää on siis arvosteltava objektiivisen mittapuun mukaan. Tässä suhteessa ei ole kuitenkaan aina helposti ratkaistavissa, onko huoltajan tekoa pidettävä laillisena kurituksena vai ei. Jos esim. raivostunut huoltaja lyö kolmevuotiaasta lasta paksulla seipäällä tai heittää sitä kivellä, ei tekoa voitane pitää objektiivisen luonteensa mukaan laillisena kurituksena, vaikka ei lapselle tulisikaan siitä vähäistä vaikeampaa ruumiinvammaa. Samaa lienee sanottava esim. kohtuuttoman pitkäaikaisesta lapsen sisäänsulkemisesta. Rajatapauksissa on

³⁹⁰ Ks. edellä s. 209 s.

³⁹¹ Ks. *Alanen*: DL 1934, oikeustapaukset, s. 96; *Thyrén*, s. 69; *Hagströmer II*, s. 115; *Liszt-Schmidt*, s. 212 alimuist. 3; *Mezger*, s. 228; *Ebermayer*, s. 577 s.

kuitenkin vaikea määrätä, minkälaisella lyömäaseella lasta saa lyödä, kuinka pitkäksi ajaksi sen sisäänsulkeminen on luvallista jne.³⁹² Kuten jo sanoimme, on kuritustapaa ja sen määrää arvosteltaessa yleisellä tavalla tärkeä merkitys. Myös on kiinnitettävä huomiota lapsen ikään, kehitykseen ym. seikkoihin.³⁹³

Rangaistavan pahoinpitelyn ja rankaisematta jäävän kurituksen rajasta säädetään RL:n 21 luvun 12 §:n 2 momentissa, ettei kurittaja saa kuritusvaltaansa käyttäessään saattaa kuritettavalle vähäistä suurempaa ruumiinvammaa. Pahoinpitely on yleensä ihmisen ruumiillisen koskemattomuuden loukkaamista. Jotta voitaisiin sanoa, että pahoinpitelystä on aiheutunut henkilölle vamma, tulee sanotun loukkaamisen olla pysyväisempää laatua. Heti ohimenevästä loukkaamisesta ei aiheudu mainituksa mielessä vammaa.³⁹⁴ Jos esim. huoltajan toimenpiteestä on aiheutunut lapselle vain heti ohimenevää pahoinvointia tai kipua, ei voitane puhua vammasta RL:n mielessä. Vamman aiheuttaminen saattaa tapahtua lapsen kurituksessa monella tavalla. Tavallisimmin se tapahtunee välittömästi lyöntien ym. toimenpiteiden vaikutuksesta. Se voi myös johtua välillisesti esim. siitä, että lapsi ajetaan ulos pakkaseen, ettei huoltaja anna sille ruokaa jne. Kuten *Serlachius* huomauttaa, RL:mme on pitänyt vähäisen ruumiinvamman mittapuuna vammaa, jota voidaan pitää anteeksiannettavan laillisen kurituksen seurauksena.³⁹⁵ Tällaisen vamman käsite on siis oletettu yleisen tavan perusteella tunnetuksi.

Lapsen pakottamisesta yleensä ja myös sen kurittamisesta saattaa sille tulla sielullisiakin vammoja. Mainitunlainen vamma voi syntyä ruumiillisen vamman ohella tai myös, vaikkei huoltaja käy lapseen mil-

³⁹² Tässä suhteessa on meillä mainittava KKO 1922 p. 914 ja KKO 1934 tied. 58. Ensiksimainitussa päätöksessään KKO vapautti syytetyn, joka kuritusvaltaansa käyttäessään oli lyönyt asianomistajaa pajuvitsoilla paljaalle ruumiille niin, että koko istuinlihaksien iho oli turvonnut ja pintaiho oli oikean lonkkaluun pään kohdalta melkein kokonaan poislähtenyt, RL:n 21 luvun 12 §:n 2 mom. nojalla rangaistuksesta. Toisessa sanotuista päätöksistä KKO tuomitsi syytetyn, joka jollain tyllällä esineellä kuritusvaltaa käyttäessään oli lyönyt kuritettavan selän, pakarat ja reidet mustelmille ja nyhtänyt tukan parista paikasta hänen päästään paljaaksi, mainitun pykälän 1 momentin nojalla rangaistukseen. Vrt. *Forsman*: De särskilda brotten I, s. 83, josta selviää, ettei kurituksesta saa tulla kuritettavalle *Forsmanin* käsityksen mukaan verihaavoja.

³⁹³ Vrt. edellä s. 207.

³⁹⁴ Ks. *Serlachius* II, s. 21 ss.; *Hagströmer* II, s. 127; *Allfeld*, s. 543 s.; *Frank*, s. 480 s.

³⁹⁵ *Serlachius* II, s. 26.

lään tavoin käsiksi, esim. jos hän uhkailee lasta niin kovasti, että se saa siitä hermostoonsa vian. Käsittääkö vamma RL:n mielessä sielullisenkin vamman ja voidaanko huoltaja tuomita rangaistukseen pakottamisoikeutensa ylittämisestä, jos hän on aiheuttanut lapselle tällaisen vaikeata vähäisemmän vamman? Koska RL:ssämme on sisällytetty vaikean ruumiinvamman määritelmään pysyväinen vaikea terveydenhaitta,³⁹⁶ voitaneen pitää selvänä, että pahoinpitely sanotun lain mukaan käsittää sielullisenkin vamman aiheuttamisen.³⁹⁷ Lapselle on siis suotu rikosoikeudellinen oikeussuoja huoltajan sielullistakin pahoinpitelyä vastaan.

Riitainen on kysymys siitä, onko lapsen pakottamisoikeus muillakin henkilöillä kuin sen huoltajalla. *Bindingin* käsityksen mukaan on olemassa yleinen oikeus vieraiden pahankuristen lasten kurittamiseen. Kolmas, joka tapaa lapsen pahanteosta, on oikeutettu antamaan sille laillista kuritusta. Sanotun yleisen kuritusoikeuden *Binding* sanoo johtuvan valtion oikeudesta vaatia, että sen nuoriso tulee hyvin kasvatetuksi. Kuritusoikeus on siis hänen mielestään julkisesta intressistä johtuva kaikille kansalaisille kuuluva oikeus. Kolmannen puheenaolevaa oikeutta *Binding* ei perusta olettamukseen siitä, että lapsen huoltajakin olisi sitä vastaavassa tapauksessa kurittanut, minkä vuoksi tämä

³⁹⁶ Ks. RL 21: 5 § 4 mom.

³⁹⁷ *Serlachius II*, s. 21; *Forsman: De särskilda brotten I*, s. 77. Saksan tieteisopissa ja oikeuskäytännössä aikaisemmin vallalla olleen mielipiteen mukaan ei pahoinpitelyyn sisältynyt sanotun maan rikoslain 223 a §:n 2 momentin mielessä sielullinen pahoinpitely, ellei tällainen pahoinpitely johtunut välillisesti ruumiillisesta pahoinpitelystä. Ks. esim. *Ebermayer*, s. 570; *Olshausen*, s. 818 s. Päinvaltaista mieltä oli sitä vastoin esim. *K. Meyer: Die Strafgesetznovelle, Deutsche Juristen-Zeitung*, Berlin 1912, Bd. 17, s. 665. Puheenaoleva kiista menetti kuitenkin merkityksensä, kun mainittu pykälä kumottiin toukokuun 26 päivänä 1933 annetulla lailla ja sen sijaan tuli voimaan 223 b §, joka on näinkuuluva:

»Wer Kinder, Jugendliche oder wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit Wehrlose, die seiner Fürsorge oder Obhut unterstehen oder seinem Hausstand angehören oder die von dem Fürsorgepflichtigen seiner Gewalt überlassen worden oder durch ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis von ihm abhängig ist, quält oder roh misshandelt oder wer durch böswillige Vernachlässigung seiner Pflicht, für sie zu sorgen, sie an der Gesundheit schädigt, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

In besonders Schwären Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren.»

Mainittu uusi pykälä suo siis lapselle varsin laajan rikosoikeudellisen suojan huoltajan ynnä muiden henkilöiden väärinkäytöksiä vastaan. Myös Tanskan uusi rikoslaki on tässä suhteessa uudenaikaisemmalla kannalla kuin yleensä muiden maiden oikeudet. Ks. *Borgerlig Straffelov 15/4 1930*, 213 §; *Krabbe*, s. 260; *Borum*, s. 83.

hyväksyisi kolmannen kysymyksessä olevan toimenpiteen. Hän katsoo kolmannen oikeutetuksi kurittamaan lasta silloinkin, kun huoltaja ei antaisi siihen suostumustaan, tietysti edellyttäen, että kuritus muuten tapahtuu laillisessa järjestyksessä ja sen yleiset edellytykset ovat olemassa.³⁹⁸ Myös *Zitelmannin* ja *Geiderin* mielestä on kolmannella yleinen oikeus kurittaa vieraita lapsia. Ensiksi mainittu johtaa tämän oikeuden siitä, että kolmas vierasta lasta kurittaessaan toimii ilman toimeksiantoa lapsen huoltajan edustajana (der Geschäftsführung ohne Auftrag). Hän edellyttää siis, että huoltaja antaa kuritukseen suostumuksensa.³⁹⁹ *Geider* katsoo taas puheena olevan oikeuden johtuvan tosihyvän periaatteesta (»aus dem Prinzip des wahren Wohles«).⁴⁰⁰ Syystä ovat kuitenkin useat tieteesoppineet sitä mieltä, ettei kolmannella ole yleistä vieraiden lasten kuritusoikeutta.⁴⁰¹ Kuten edellä on sanottu, kuritus-oikeus on suotu huoltajalle hänelle kuuluvien velvollisuuksien täyttämiseksi. Lapsen kasvattaminen, jota varten mainittu oikeus on tarpeen, on huoltajan yksinoikeus, johon kolmas ei saa yleensä sekaantua. Kasvatustalokannalta on merkitystä sillä, että lapsi ymmärtää kurituksen oikeutuksen ja sen, että se tapahtuu rakkaudesta siihen eikä kostotarkoituksessa, ja tämän takia on tärkeätä, että lasta kurittaa sen kasvattaja eikä kuka tahansa. Huomattava on sitäpaitsi, että lapsen kurittaminen edellyttää sen sielullisten ja ruumiillisten ominaisuuksien tuntemista, mikä ei ole suinkaan mahdollista henkilölle, joka ehkä näkee lapsen ensimmäisen kerran tavatessaan sen pahanteossa.⁴⁰² Ei ole siis lainkaan selvää, että lapsen kurittaminen on julkisen edun tai tosihyvän periaatteen kannalta paikallaan. Päinvastoin voi sen oikaiseminen jollain muulla tavalla olla tarkoituksenmukaisempaa. Yleisen kuritusoikeuden perustaminen olettamukseen siitä, että lapsen huoltaja antaa toimenpiteeseen suostumuksensa, on myös uskallettua. Kurittajanhan on mahdollonta tietää, pitääkö huoltaja lapsen kurittamista lainkaan sopivana kasvatustalokkeinona. Varsin painavin syin voitaneen siis väittää, ettei kolman-

³⁹⁸ *Karl Binding*: Handbuch des Strafrechts I, Leipzig 1885, s. 800.

³⁹⁹ *E. Zitelmann*: Ausschluss der Wiederrechtlichkeit, Archiv für die civilrechtliche Praxis, Tübingen 1906, Bd. 99, s. 104 s. Näin myös *v. Liszt* aikaisemmissa painoksissaan. Vrt. myös RGRKomm, IV, s. 368.

⁴⁰⁰ *E. Geider*: Die Strafbarkeit der Erwachsenen bei Züchtigung des ungezogenen Jugendlichen, Strafrechtliche Abhandlungen 196, Breslau 1918, s. 41 ss.

⁴⁰¹ Näin esim. *Skeie*, s. 327 s.; *Mezger*, s. 229; *Kipp-Wolff* IV, s. 321 alimuist. 4; *Liszt-Schmidt*, s. 211 alimuist. 3. Ks. myös tässä suhteessa viimeksimainitussa alimuistutuksessa olevia kirjallisuusviittauksia.

⁴⁰² Ks. *Sieverts*, s. 207 s.; *Voltz*, s. 352 ss.

nella ole yleistä vieraiden lasten kuritusoikeutta. Samaa lienee myös sanottava muista lievemmistä pakotuskeinoista. Lapsen pakottaminen liittyy elimellisesti sen kasvatukseen, ja tähän tehtävään ei sivullisella ole oikeutta sekaantua. Poikkeustapauksessa saattanee sitävastoin kolmannen oikeus lapsen pakottamiseen perustua hätävarjelusta ja pakko-tilaa koskeviin oikeussäännöksiin, jolloin sitä on arvosteltava näiden säännösten pohjalta.⁴⁰³

Tärkeä merkitys on kolmannelle huoltajan toimeksiannosta johtuvalla lapsen pakottamis- ja kuritusoikeudella. Kuten huolto-oikeutta, ei myöskään kuritusoikeutta sen osana voi luovuttaa pätevin oikeusvaikutuksin kolmannelle. Tosiasiallisen kuritusoikeuden luovuttaminen kolmannelle on sitävastoin mahdollista.⁴⁰⁴ Tällaisen luovutuksen oikeusvaikutusten suhteen pitää paikkansa, mitä edellä on sanottu lapsen tosiasiallisen huollon luovutuksen oikeusvaikutuksista. Varsinaisessa mielessä jää kuritus- tai pakottamisoikeus edelleen lapsen huoltajalle. Vain sen käyttöoikeus siirtyy kolmannelle, ja huoltaja voi yleensä milloin tahansa purkaa kysymyksessäolevan oikeuden luovutusta koskevan sopimuksen riippumatta siitä, onko siihen syytä vai ei.⁴⁰⁵ Aina ei ole kuitenkaan helppo ratkaista, onko huoltajan katsottava luovuttaneen tosiasiallisen kuritus- tai pakottamisoikeuden kolmannelle. Edellyttääkö sanottu luovutus nimenomaista sopimusta, vai voidaanko sen katsoa johtuvan jo siitä, että lapsen tosiasiallinen kasvatus kokonaisuudessaan tai osa siitä on luovutettu kolmannelle? Aikaisemman lainsäädäntömme mukaan oli kuritusoikeus nimenomaisten säännösten perusteella isäntäväellä alle 18-vuotisen mies- ja alle 14-vuotisen naispalvelijan sekä elinkeinonharjoittajalla sanotun ikäisen mies- ja naispuolisen oppilaan suhteen. Päällismiehellä oli sitäpaitsi oikeus antaa merimiehelle ja koulun opettajalla oppilaalle eräissä tapauksissa kohtuullista kuritusta.⁴⁰⁶ Koska mainitut säännökset on nyttemmin kumottu ja lapsen kurittaminen kiel-

⁴⁰³ Ks. RL 3:6 ja 10; *Liszt-Schmidt*, s. 194; *Mezger*, s. 229 s.; *Serlachius I*, s. 96; *Skeie*, s. 328. Vrt. *Alanen*: Hätävarjelus, s. 75 ss. ja s. 123 ss.

⁴⁰⁴ Ks. *Motive IV*, s. 752; *Mezger*, s. 230 alimuist. 16; *Liszt-Schmidt*, s. 211; *Allfeld*, s. 139; *Frank*, s. 476 s.; *Planck IV*, s. 389; *Opet-Blume IV*, s. 514; *Thyrén: Kommentar*, s. 65; *Westring*, s. 382.

⁴⁰⁵ Vrt. edellä s. 59 s. Luonnostaan lankeaa, ettei kuritusoikeuden luovuttaminen ole luvallista, jos se loukkaa siveyttä tai on vastoin hyviä tapoja. Isä ei saa esim. luovuttaa lastensa kuritusoikeutta sadistiselle henkilölle. Ks. *Mezger*, s. 230.

⁴⁰⁶ Ks. K. palkkaussääntö isännille ja palkkosisille, annettu 30/1 1865, 3 § 6 mom.; KA. elinkeinoista, annettu 31/3 1879, 34 § 2 mom.; MeriL, annettu 9/6 1873, 62 § 2 mom.

letään nimenomaan eräissä niiden sijaan annetuissa oikeussäännöksissä, on katsottava, ettei kuritusoikeus kuulu voimassaolevan oikeutemme mukaan mainittujen työ- ja oppisopimusten nojalla sanotuille henkilöille, ellei huoltaja ole sitä heille nimenomaan luovuttanut.⁴⁰⁷ Ainakin näissä tapauksissa edellyttää siis kuritusoikeuden luovutus kolmannelle nimenomaista sopimusta. Lapsen moittimista, ym. lievempiä pakotuskeinoja on sitävästoin pidettävä ilman sanotunlaista sopimustakin sallittuina. Tällaisten pakotuskeinojen käyttäminen on mainituille henkilöille usein välttämätöntä. Sopimus, jolla huoltaja luovuttaa lapsen kuritusoikeuden kolmannelle, voidaan tehdä suullisesti tai kirjallisesti. Tällaisen sopimuksen muodosta ei lainsäädännössämme ole määräyksiä. Sopimuksen tekeminen siten, että sopimuspuolten oikeudet pystytään näyttämään toteen, on pääasia.

Eräissä tapauksissa täytynee katsoa kuritus- ja pakottamisoikeuden siirtyneen kolmannelle, vaikkei huoltaja olisikaan luovuttanut sitä tälle nimenomaisella sopimuksella. Näin on laita aina, kun lapsen tosiasiallinen huolto kokonaisuudessaan on luovutettu kolmannelle. Ellei huoltaja halua luovuttaa kuritusoikeutta lapsen tosiasialliselle huoltajalle, lienee hänen pidättävä se tässä tapauksessa nimenomaan itselleen.⁴⁰⁸ Lapsen moittimisen ym. lievien pakotuskeinojen pidättäminen huoltajalle lienee sitävästoin puheenaolevassa tapauksessa mahdotonta, koska tällaiset keinot ovat tosiasialliselle huoltajalle hänen tehtävänsä täyttämiseksi välttämättömiä. Yksityisen huoltoon kuuluvan tehtävän luovutusta ei seuranne säännönmukaisesti lapsen kuritusoikeus ilman nimenomaista sopimusta. Koska sanotunlaisen tehtävän suorittaminen edellyttää lapsen pakottamista noudattamaan sen henkilön tahtoa, jolle kysymyssäoleva tehtävä on annettu, lienee tällä henkilöllä kuitenkin oikeus käyttää lasta kohtaan mainitunlaisia lieviä pakotuskeinoja. Tällaisia keinoja hän saanee käyttää vain lapsen pakottamiseksi hänelle luovutettua tehtävää koskevassa asiassa. Muissa suhteissa hän ei ole velvollinen eikä oikeutettukaan käyttämään lasta kohtaan pakotusta. Jos puheenaolevalla tehtävällä on kuitenkin lapselle erittäin tärkeä merkitys ja sen suorittaminen ilman lapsen kurittamista tai voimakkaampien pa-

⁴⁰⁷ Ks. MerimiesL 49 § 1 mom.; OppisopimL 12 §. Mainittakoon, että esim. Ruotsissa on kansakoulunopettajalla oikeus kurittaa oppilasta. Saksassa on Reichsgericht useissa päätöksissään katsonut, että kansakoulujen ja eräiden jatkoluokkien sekä oppikoulujen alaluokkien opettajilla on kuritusoikeus. Ks. tässä suhteessa *Liszt-Schmidt*, s. 211 alimuist. 3.

⁴⁰⁸ Ks. *Westring*, s. 382; *Hagströmer* II, s. 113; *Mezger*, s. 230.

kotuskeinojen käyttämistä osoittautuu mahdottomaksi, lienee henkilö, jolle huoltaja on tehtävän uskonut, oikeutettu poikkeustapauksessa kurittamaan lasta ja käyttämään sitä kohtaan voimakkaampia pakotuskeinoja. Niinpä lienee lääkäri, jolle huoltaja on antanut tehtäväksi toimittaa lapselle leikkauksen, oikeutettu kurittamaan lasta saadakseen sen suostumaan leikkaukseen, ellei leikkauksen toimittaminen muita keinoja käyttäen ole mahdollista.⁴⁰⁹ Ruotsin Korkein oikeus on vapauttanut sairaanhoitajattaren, joka oli kepillä kurittanut 3 1/2-vuotiaista lasta saadakseen sen totutetuksi pois kastelemasta sänkyään, hovioikeuden hänelle pahoinpitelystä tuomitsemasta rangaistuksesta.⁴¹⁰

Kolmannen taholta tapahtunut lapsen kurittaminen tai pakottaminen saattaa tulla oikeudenmukaiseksi sen johdosta, että huoltaja antaa siihen jälkeensä suostumuksensa. Huoltajan ollessa esim. matkoilla tai muusta syystä tilapäisesti estettynä tehtäväänsä hoitamasta voi sattua tapauksia, joissa lapsen kurittaminen käy välttämättömäksi. Henkilö, joka huoltajan poissa ollessa lähinnä huolehtii lapsesta, lienee tällöin oikeutettu sitä kurittamaan, jos hän voi edellyttää saavansa huoltajan suostumuksen toimenpiteelleen. Vaikkei huoltaja antaisikaan siihen jälkeensä suostumustaan, mainittua henkilöä ei voitane tuomita tekonsa johdosta rangaistukseen, jos lapsen kurittaminen huoltajan poissaollessa on ollut objektiivisesti katsoen välttämätöntä ja puheenaolevaa henkilöä voidaan pitää kysymyksessä olevana aikana jonkinlaisena lapsen tosiasiallisena huoltajana.⁴¹¹ Tässä yhteydessä on myös syytä tarkastella puolison oikeutta kurittaa sellaista puolisoitten yhteisessä kodissa asuvaa lasta, jonka huolto kuuluu yksin toiselle puolisolalle. Saako esim. mies ilman vaimonsa suostumusta kurittaa puolisoitten yhteisessä kodissa asuvaa vaimon aikaisemmasta avioliitosta syntynyttä lasta tai vaimonsa otolasta? Kun tällaisen lapsen huolto ja siis myös sen kuritusoikeus kuuluu yksin toiselle puolisolalle, ei toinen puoliso ole varsinaisesti oikeutettu kurittamaan sitä ensiksi mainitun suostumuksetta. Tässä suhteessa on kuitenkin otettava huomioon, mitä edellä on sanottu huoltajan jälkeensä antaman suostumuksen vaikutuksesta puheenaolevan toimenpiteen oikeudenmukaisuuteen. Puolison, jolle lapsen huolto-oikeus kuuluu, voitaneen sitäpaitsi useissa tapauksissa katsoa luovuttaneen tosiasiallisen huolto-oikeuden äänettömällä sopimuksella kysymyksessä olevalle

⁴⁰⁹ Vrt. RGStr. 61, s. 393 ss.

⁴¹⁰ NJA 1922, s. 271.

⁴¹¹ Ks. RGRKomm. IV, s. 368.

toiselle puolisolle, joten viimeksimainitulla saattaa olla tällä perusteella lapsen kuritusoikeus. Huomattava on kuitenkin, että mainittu oikeudellinen huoltaja voi kieltää milloin tahansa toista puolisoa kurittamasta sanotunlaista lasta, ja jos viimeksimainittu sen tästä huolimatta tekee, hänen tekonsa muuttuu pahoinpitelyksi.⁴¹²

Luonnollista on, että lapsen iällä on pakotuskeinoa ja pakotuksen määrää arvosteltaessa merkitystä. Tämä koskee varsinkin kurittamista, mutta ei yhtä suuressa määrässä lievempiä pakotuskeinoja. Lapsen moittiminen on esim. sellainen keino, jonka oikeudenmukaisuutta arvosteltaessa sanotulla seikalla ei liene merkitystä. Kuritusoikeuden suhteen on sitävästoin herännyt epäilyksiä siitä, mihin ikään asti lasten kurittaminen on luvallista. Tähän lienevät antaneet aihetta varsinkin eräät lapsen kurittamista koskevat lainsäädännökset. Niinpä RL:n 3 luvun 1 §:n 1 momentissa säädetään, ettei lasta, jonka oikeus on määrännyt kuritettavaksi, saa kurittaa, jos se, sen jälkeen kun tuomio annettiin, on täyttänyt kuusitoista vuotta. Aikaisemmin voimassa olleissa palkkaussäännössä ja elinkeinoista annetussa asetuksessa oli kuritusoikeus ulotettu vain alle 18-vuotiseen mies- ja alle 14-vuotiseen naispalvelijaan sekä -oppilaaseen.⁴¹³ Huomattava on kuitenkin, etteivät sanotut säännökset koske huoltajan kuritusoikeutta, joten niissä mainittuja ikärajoja ei voi soveltaa siihen. Kun oikeus määrää lapsen kuritettavaksi, on se julkisoikeudellinen toimenpide huolimatta siitä, ettei tässä ole kysymys rangaistuksesta.⁴¹⁴ Palkkaussäännössä ja elinkeinoista annetussa asetuksessa määrätyt ikärajat olivat poikkeusmääräyksiä, joista ei voi johtaa yleistä sääntöä. Yhteisen kaikkia tapauksia varten soveltuvan ikärajan määrääminen huoltajan kuritusoikeudelle tuottaisi vaikeuksia jo lasten erilaisten luonteiden ja epätasaisen kehityksen takia. Koska huoltajan kuritusoikeuden lakkaamiselle ei ole näin ollen säädetty erikoista ikärajaa, täytynee katsoa tämän oikeuden kestävän periaatteellisesti, kunnes lapsi täyttää 21 vuotta.⁴¹⁵ Tässä suhteessa on kuitenkin muistettava, että kuritus on eräs kasvatuksen tehostamiskeino. Kun kas-

⁴¹² Ks. RGRKomm. IV, s. 367; SJ 1933, Rättsfall, s. 18 N:o 10, josta selviää, että Götan hovioikeus tuomitsi miehen rangaistukseen pahoinpitelystä sen takia, että hän oli kurittanut vaimonsa lastensuojelulautakunnan kanssa tekemän sopimuksen nojalla kasvatettavakseen ottamaa alaikäistä lasta. Vrt. *Thyrén*: Kommentar, s. 65.

⁴¹³ Ks. edellä s. 216 s.

⁴¹⁴ Ks. *Serlachius* I, s. 116.

⁴¹⁵ Näin *Winroth*: Sv. C. III, s. 64; *Palmén*, s. 45; *Undén*, s. 54; *Thyrén*: Kommentar, s. 65; Lb. GB. IV, s. 431.

vatuksen tulee tapahtua aina lapsen etua ja kehittämistä silmälläpitäen, on ilmeistä, että kasvatuksellisesti oikea suhtautumistapa esim. 2-vuotiaaseen, 10-vuotiaaseen ja 18-vuotiaaseen lapseen on erilainen. Tämä seikka vaikuttaa myöskin määräävästi kuritusoikeuden käyttöön. Vaikka puheenaoleva oikeus periaatteellisesti kestää lapsen siviilioikeudelliseen täysi-ikäisyyteen saakka, rajoittaa huoltajan velvollisuus käyttää kulloinkin oikeata kasvatustapaa myöskin hänen kuritusoikeuttaan. Kehittyneemmän lapsen kasvatuksessa on lähinnä pyrittävä vetoamaan lapsen omaan harkintakykyyn ja vastuuntuntoon. Erityisesti 18 vuotta täyttäneen lapsen kurittaminen saattanee tulla kysymykseen vain poikkeustapauksessa, esim. pahankurisen tai muuten ikätovereitaan alemmalle kehitystasolle jääneen lapsen suhteen. Muussa tapauksessa tällaisen huollettavan kurittamista ei voida pitää oikeana kasvatustapana eikä oikeudenmukaisena tekona. Kuitenkaan ei vilpittömässä mielessä toiminutta huoltajaa, joka on pitänyt vanhemman lapsen kurittamista kasvatuksellisesti kannalta tarkoituksenmukaisena toimenpiteenä, voida tuomita rangaistukseen kuritusoikeutensa ylittämisestä. Lapsen kurittamisoikeus ei lakanne siinäkään tapauksessa, että se muuttaa pois kotoa ja alkaa elättää itseänsä.⁴¹⁶ Sitävastoin se lakkaa tietysti alaikäisen lapsen mennessä naimisiin, koska huolto-oikeuskin lakkaa silloin.⁴¹⁷

Kuten jo on ollut puhetta, saattaa lapsen oikeudenvastainen pakottaminen johtaa huoltajan tuomitsemiseen rangaistukseen taikka huoltolautakunnan tai oikeuden puuttumiseen lapsen huoltoon. Rangaistavaa oikeudenvastaista pakottamista tarkasteltaessa kiintyy huomio lähinnä RL:n 21 luvun pahoinpitelyä koskeviin säännöksiin. Myös voinevat tulla kysymykseen kotirauhan rikkomista, laitonta vangitsemista, kiduttamista tunnustukseen ja pakottamista koskevat säännökset.⁴¹⁸ Tavallisimmin huoltaja ylittää kuritusvaltansa siten, että hän aiheuttaa lapselle vähäistä suuremman ruumiinvamman. Huomattava on kuitenkin, että häntä voidaan rangaista kuritusoikeuden väärinkäyttämisestä silloinkin, kun kurituksesta ei ole tullut sallittua suurempaa vammaa, mutta hän on ylittänyt oikeutensa jossain muussa suhteessa.⁴¹⁹ Jos kurituksesta on tullut vähäistä suurempi ruumiinvamma, riippuu vamman laadusta, mitä RL:n 21 luvun säännöstä kussakin tapauksessa on sovellettava. Erikoi-

⁴¹⁶ Näin *Thyrén*: Kommentar, s. 65. Toisin *Winroth*: Sv. C. III, s. 64.

⁴¹⁷ Ks. *Thyrén*: Kommentar, s. 65.

⁴¹⁸ Ks. edellä s. 205 s.

⁴¹⁹ *Undén*, s. 55.

sesti on huomattava, että vaikean ja sitä vähäisemmän ruumiinvamman saattaminen kuritettavalle rangaistaan tuottamuksellisenakin.⁴²⁰

Kun RL:n 21 luvun 12 §:n 2 momentissa puhutaan vähäisen vamman saattamisesta kuritetulle, ei tästä vielä selviä, onko kurittaja rangaistuksesta vapaa vain, jos vamma on syntynyt hänen tahtomattaan, vai myös siinä tapauksessa, että hän on tarkoittanut saattaa kuritettavalle sanotunlaisen vamman. Ruotsin oikeuden kannalta *Hagströmer* huomauttaa, ettei lain tarkoituksena ole ollut julistaa vamman tuottamista kuritettavalle lualliseksi. Tarkoituksellista vamman saattamista kuritettavalle ei hänen mielestään voi objektiivisesti katsoen hyväksyä, mutta koska vamma on vähäinen, on säädetty, ettei kurittajaa ole tuomittava sen aiheuttamisesta rangaistukseen.⁴²¹ *Hagströmerin* mielestä ei kurittajaa voida näin ollen tuomita rangaistukseen siinäkään tapauksessa, että hän on tarkoittanut saattaa kuritettavalle vähäisen vamman.⁴²² Suomen oikeuden kannalta lienee riidatonta, että vähäisen vamman tahallinen saattaminen kuritettavalle on sallittua. Tämä selviää siitä, ettei mainitunlaisen ruumiinvamman saattamista toiselle RL:mme mukaan rangaistane lainkaan tuottamuksellisena.⁴²³ Jos RL:n 21 luvun 12 §:n 2 momentin säännöksellä ei olisi nimenomaan tahdottu julistaa tahallista vähäisen rumiinvamman saattamista kuritettavalle sallituksi, tämä säännös olisi vailla merkitystä. Koska vähänkin vanhemman lapsen tehokas kurittaminen, ilman että siitä syntyisi lapselle vammaa, on usein mahdollista, katsoisimme toisin kuin *Hagströmer* Ruotsin oikeuden kannalta meidän RL:mme puheenaolevan säännöksen sisältävän sen, että vähäisen vamman tarkoituksellinenkin saattaminen kuritettavalle on sallittua.

Tässä yhteydessä on vielä paikallaan huomauttaa PK:n 6 luvun 5 §:n säännöksestä, jonka mukaan isä tai äiti, joka kurittaa lastansa niin kovasti, että se siitä kuolee, menettää omasta ja sukulaistensa puolesta kaikki, minkä olisivat olleet siltä perimässä.

Suojelutoimenpiteet, joihin huoltolautakunta saattaa ryhtyä huoltajan ylittäessä pakottamisoikeutensa, ovat lapsen edun kannalta tärkeämpiä kuin huoltajan tuomitseminen rangaistukseen oikeudenvastaisen pakottamisen johdosta. Kuten jo on ollut puhetta, mainitun lauta-

⁴²⁰ RL 21: 5 § 3 mom. ja 11 § 2 mom.

⁴²¹ *Hagströmer* II, s. 114. Samaa mieltä lienee myös *Forsman*: De särskilda brotten I, s. 83.

⁴²² *Hagströmer* II, s. 116. Näin myös *Thyrén*: Kommentar, s. 64.

⁴²³ Ks. *Forsman*: De särskilda brotten I, s. 81; *Serlachius* II, s. 29. Vrt. edellä s. 166 s.

kunnan tulee ryhtyä sanotussa laissa määrättyihin suojelutoimenpiteisiin, jos lapsi on yhteiskunnallisen huollon tarpeessa sen takia, että sitä kodissa pahoinpidellään tai sitä siellä uhkaa muu vaara hengen, terveyden tai siveyden puolesta.⁴²⁴ Lapsen huoltoon huoltolautakunta saattaa tässä tapauksessa puuttua riippumatta siitä, voidaanko huoltaja tuomita lapsen oikeudenvastaisesta pakottamisesta rangaistukseen vai ei. Huoltolautakunnan ryhtyminen mainittuihin toimenpiteisiin ei siis edellytä, että huoltaja olisi syyllistynyt rangaistavaan lapsen pakottamiseen. Suojelutoimenpiteiden merkitys on päinvastoin juuri siinä, että niiden avulla voidaan puuttua lapsen huoltoon silloinkin, kun huoltajaa ei voida tuomita oikeutensa väärinkäyttämisestä rangaistukseen.⁴²⁵ Toiselta puolen on huomattava, että nämä toimenpiteet voivat tulla myös kysymykseen rangaistuksen ohella. Milloin huoltajan on katsottava pahoinpidelleen lasta LSL:n mielessä ja milloin lasta uhkaa kotona muu vaara hengen, terveyden tai siveyden puolesta, ei voida yleisellä säännöllä määrätä. Asia on ratkaistava in casu.

Lapsen pakottaminen yleensä ja myös sen kurittaminen ei ole aina helppo tehtävä. Erikoisesti vanhempien lasten suhteen se saattaa tuottaa vaikeuksia. Tämän takia herää kysymys, voiko huoltaja turvautua näissä toimenpiteissään viranomaisten apuun. Saksan oikeudessa on nimenomaan säädetty, että holhousviranomaisten on annettava tässä suhteessa apuaan.⁴²⁶ Huomattava on myös code civilin säännös siitä, että tuomioistuimen on, syytä siihen asiallisesti tutkimatta, määrättävä lapsi sen isän vaatimuksesta vankeuteen.⁴²⁷ Kysymyksenalaista on sitävastoin, voiko huoltaja Suomen oikeuden mukaan turvautua viranomaisten välittömään apuun pakottamisoikeuttaan toteuttaessaan.⁴²⁸ Lähinnä voisivat tässä tulla kysymykseen oikeus sekä poliisi-, täytäntöönpano-, holhous- ja lastensuojeluviranomaiset. Oikeutemme säännöksistä ei saane kuitenkaan tukea sellaiselle käsitykselle, että mainitut viranomaiset olisivat velvolliset välittömästi avustamaan huoltajaa lapsen pakottamisessa. Vain siinä tapauksessa, että oikeus on määrännyt lapsen kuritettavaksi eikä huoltaja siitä huolehdi, täytäntöönpanoviranomaisten on annettava lapselle kuritusta.⁴²⁹ Välillisesti saattaa myös oikeus avustaa huoltajaa

⁴²⁴ Ks. LSL 8 § 1 mom. d kohta.

⁴²⁵ Ks. *Undén*, s. 55; *Hagströmer* II, s. 113 alimuist. 3.

⁴²⁶ BGB 1631 § 2 mom.

⁴²⁷ Code civil 376–382 art.

⁴²⁸ Vrt. *Winroth*: Sv. C. III, s. 65; Lb. GB. IV, s. 431 s.; *Undén*, s. 55.

⁴²⁹ RL 3: 1 § 2 mom.

hänen tehtävissään määräämällä lapselle apuhuoltajan.⁴³⁰ Apuhuoltajan määrääminen huoltajan pyynnöstä yksistään jotain määrättyä lapsen pakottamistoimenpidettä varten ei voine kuitenkaan tulla kysymykseen. Samaa lienee myös sanottava suojeľuvalvojasta.⁴³¹ Apuhuoltajan määrääminen riippuu kokonaan oikeuden ja suojeľuvalvojan määrääminen huoltolautakunnan harkinnasta. Sitäpaitsi on huomattava, etteivät he ole toiminnassaan huoltajan käskyjen ja määräysten täytäntöönpanijoita, vaan heillä on oikeus osallistua huoltajan ohella itsenäisesti lapsen huoltoon kuuluviin tehtäviin.⁴³² Mitä lopuksi tulee LSL:n 9 §:n 2 momentin d kohdassa mainittuihin lapsen tai nuoren henkilön ruumiillista, henkistä ja siveellistä hoitoa varten tarpeellisiin toimenpiteisiin, tarkoitettaneen niillä tuskin lapsen kurittamista.⁴³³ Sitäpaitsi on huomautettava, että nämä toimenpiteet riippuvat huoltolautakunnan harkinnasta, joten niidenkään täytäntöönpaneminen ei käsitä huoltajan, vaan mainitun lautakunnan tahdon toteuttamista. Olemme siis tulleet siihen tulokseen, ettei huoltaja ole oikeutettu saamaan oikeutemme mukaan viranomais-ten välitöntä apua pakottamisoikeutensa toteuttamiseksi. Koska hän on kuitenkin oikeutettu siirtämään pakottamisoikeutensa tosiasiallisen käyttämisen kolmannelle, hän voi käyttää tätä apunaan lapsen pakottamisessa.

6. LAPSEN EDUSTAMINEN.

A. Lapsen edustamisesta yleensä.

Holhouksen tarkoituksesta sinänsä johtuu, ettei lapsi ole yleensä toimikelpoinen. Sillä tulee olla sen vuoksi edustaja. Lapsen edustajana on säännönmukaisesti sen holhooja. Lapsen huollon ja sen omaisuuden hoidon kuulussa eri henkilöille ei ole kuitenkaan aina helppo ratkaista, kumpaan näistä tehtävistä lapsen edustus jossain erityisessä asiassa liit-

⁴³⁰ HL 26 §.

⁴³¹ Ks. LSL 9 § 2 mom. e kohta.

⁴³² Ks. HL 37 § 2 mom.; LSL 10 § 2 mom.

⁴³³ Tätä osoittanee sekin, että sanotun momentin b kohdassa puhutaan vain lapselle annettavasta varoituksesta, vaikka esim. Ruotsin lastensuojeľulaissa, joka ilmeisesti on ollut meidän lakimme esikuvana, säädetään nimenomaan, että lastensuojeľulautakunta voi määrätä, että alle 15-vuotiasta poikaa tai alle 12-vuotiasta tyttöä on jonkun lautakunnan jäsenen tai muun sopivan henkilön toimesta kuritettava. Ks. Lag om samhällets barnav rd och ungdomsskydd, given 6/6 1924, 23 § 1 mom. c kohta.

tyy. Sääntönä lienee, että edustus henkilöä koskevissa asioissa kuuluu sanotussa tapauksessa huoltajalle ja omaisuutta koskevissa asioissa omaisuuden hoitajalle.⁴³⁴ Sen seikan ratkaiseminen, kuuluuko määrätty asia, jossa lapsen edustaminen tulee kysymykseen, sen omaisuuden vai henkilöä koskevien asioiden hoitoon, saattaa kuitenkin tuottaa vaikeuksia. Useissa asioissa on esim. samanaikaisesti kysymys sekä lapsen omaisuuden että sen henkilöä koskevien asioiden hoidosta.

Lapsen huollon kuulussa sen vanhemmille yhteisesti saattaa olla tarkoituksenmukaista, etteivät molemmat osallistu lapsen edustukseen oikeudessa ja muiden viranomaisten luona. Sen vuoksi, ja koska lapsen isää on yleensä pidettävä tähän tehtävään sopivampana, on nimenomaan säädetty, että isä edustaa lasta tuomioistuimessa ja muun viranomaisen luona, ellei äitiä ole katsottu siihen soveliaammaksi.⁴³⁵ Kysymyksessäoleva säännös muodostaa poikkeuksen yleisestä vanhempien tasa-arvoisuutta lapsen huollossa koskevasta periaatteesta. Kun isälle on annettu oikeus edustaa lasta oikeudessa ja muun viranomaisen luona, tämä käsittää sen, että hän voi yksin määrätä tärkeistä lasta koskevista asioista. Isän oikeus edustaa lasta puheenaolevassa suhteessa perustuu suorastaan lain säännökseen. Jos äiti osoittautuu soveliaammaksi kysymyksessäolevaan tehtävään, oikeus voi uskoa sen hänelle. Äidin määrääminen lapsen edustajaksi näissä asioissa edellyttää siis nimenomaista oikeuden päätöstä. Niin kauan kuin tällaista päätöstä ei ole tehty, kuuluu mainittu edustus-oikeus isälle. Lapsen vanhempien ollessa sen huoltajina kuuluu sen edustus muissa paitsi nyt puheenaolleissa asioissa sitävästoin vanhemmille yhteisesti. Siinä tapauksessa, että lap-

⁴³⁴ Ks. tässä suhteessa ulkomaisen oikeuden osalta BGB 1603 §; *Staudinger* IV, 2, s. 986; *RGRKomm.* IV, s. 362; *Opet-Blume* IV, s. 509; *Gehring*, s. 32; *ZGB* 279 art. 1 mom.; *Schulthess*, s. 11; *Stjernstedt*, s. 369 s.; *Lb. GB.* IV, s. 429; *Westring*, s. 376; *Undén*, s. 62 s. Ruotsin aikaisemman oikeuden osalta katsoi *Winroth*, että aina kun laissa oli annettu määrätty toimivalta edusmiehelle, tällä tarkoitettiin omaisuuden hoitajaa eikä sitä, jolle kuului lapsen henkilöä koskevien asioiden hoito. *Winroth*: *Sv. C.* IV, s. 377 s. Poikkeuksena mainittakoon Norjan oikeus, jonka mukaan omaisuuden hoitaja edustaa lasta sen henkilöä koskevissa työ- ja palvelussuhteissa siinäkin tapauksessa, ettei tämä ole samanaikaisesti lapsen huoltaja. Ks. *Lov om Vergemål for umyndige* 32 § 2 mom. *Rikheim*: *Vergemålsloven*, s. 17. *Vrt. Arnholm*, s. 47.

⁴³⁵ *HL* 37 § 1 mom. Lapsen vanhempien ja kolmannen henkilön ollessa sen holhojina isä on katsottu oikeutetuksi äidin puolesta edustamaan lasta oikeudenkäynnissä. Holhoustoimen ollessa isän ja mainitun kolmannen henkilön kesken jakamatta isää ei ole sitävästoin pidetty oikeutettuna yksinään käyttämään lapsen puhevaltaa oikeudenkäynnissä. *KKO* 1936 tied. 395.

sella on muuten useampia huoltajia, joiden kesken huoltoa ei ole jaettu, kuuluu oikeus edustaa lasta tuomioistuimessa ja muun viranomaisen luona sekä myös kaikissa muissa asioissa huoltajille yhteisesti.⁴³⁶ Kun edustusoikeus on useammilla huoltajilla yhteisesti, tulee heidän kaikkien joko henkilökohtaisesti tai valtuuttamansa asiamiehen välityksellä osallistua puheenaolevaan tehtävään. Toisen tai muiden huoltajien osallistuminen lapsen edustukseen vähäpätöisissä asioissa saattaa tosin tuntua tarpeettomalta, mutta kun oikeutemme säännöksistä ei saa tukea sellaiselle käsitykselle, että tämä olisi välttämätöntä vain tärkeimmissä asioissa, lienee katsottava, että useammat huoltajat ovat aina, jo mainittuja poikkeustapauksia lukuunottamatta, velvolliset yhdessä edustamaan lasta. Huomattava on sitäpaitsi, että rajan vetäminen tärkeiden ja vähemmän tärkeiden asioiden välille on kysymyksessäolevassa suhteessa vaikeata.

Edellä sanotusta selviää, että oikeus edustaa lasta sen henkilöä koskevissa asioissa kuuluu säännönmukaisesti huoltajalle. Tämä ei pidä kuitenkaan paikkaansa poikkeuksetta. Ensinnäkin on huomattava, ettei viisitoista vuotta täyttänyttä lasta voi edustaa puhtaasti henkilökohtaisissa asioissa.⁴³⁷ Niinpä huoltaja ei esim. voine edustaa sitä sen avioliiton syntymistä koskevassa oikeudenkäynnissä, vaan on ainoastaan oikeutettu avustamaan lasta tällaisessa asiassa.⁴³⁸ Huoltaja ei myöskään edusta lasta sen avioliiton solmimisessa, vaikka hänen on annettava siihen suostumuksensa. Niinikään hän ei voi edustaa lasta sen kihlauksessa.⁴³⁹ Mitkä asiat ovat siinä määrin henkilökohtaisia, ettei huoltajalla voida katsoa olevan oikeutta edustaa niissä lasta, ei voida määrätä yleisellä säännöllä. Kysymyksen ratkaisemisessa lienee yleisellä tavalla tärkeä merkitys. Aina kun lapsen edustaminen on hyvän tavan vastaista, se on katsottava kielletyksi. Huoltajalle annettaneen kuitenkin puheena-

⁴³⁶ HL 37 § 2 mom. Ks. myös KKO 1936 tied. 366.

⁴³⁷ Ks. esim. *Montgomery*, s. 644; *Grottenfelt*: Förmynderskapslagen, s. 66; *Winroth*: Sv. C. IV, s. 378; *Staudinger* IV, s. 986; *Eck*, s. 103 s.; *Schulthess*, s. 11 s.

⁴³⁸ *Grottenfelt*: Förmynderskapslagen, s. 66; *Ekeberg*: Äktenskaps ingående och upplösning, s. 255. Heikkomielisen henkilön holhoojaa ei ole pidetty oikeutettuna hakemaan holhokin avioliittoa purettavaksi huoruuden perusteella. JFT 1903, Bilaga, s. 66 N:o 31. Jos lapsen avioliitto on solmittu lain säätämässä muodossa, ei sen edustaminen enää tule kysymykseen. Avioliiton vaikutuksesta on huoltusoikeus lakannut. Ks. HL 18 §.

⁴³⁹ *Cosackin* mielestä on Saksan oikeuden mukaan sillä, jolle kuuluu vanhempien valta, oikeus purkaa lapsen kihlaus tärkeiden syiden perusteella. *Cosack* II, s. 218.

olevassa suhteessa varsin laaja toimivalta. Niinpä hänellä on esim. katsottava olevan oikeus edustaa lasta sen oikeusasemaa koskevassa jutussa.⁴⁴⁰ Niinikään hän saa muuttaa lapsen sukunimen.⁴⁴¹

Huoltajan kysymyksessä olevaa edustusoikeutta rajoittaa edelleen alaikäisen henkilön oma toimikelpoisuus eräissä asioissa. Viisitoista vuotta täyttäneen lapsen rajoitetulla toimikelpoisuudella on pääasiallinen merkityksensä sen omaisuuden hoidon suhteen.⁴⁴² Eräissä suhteissa ulottuu tällaisen lapsen toimikelpoisuus kuitenkin sen henkilöä koskeviin asioihin ja rajoittaa huoltajan edustusoikeutta. Niinpä esim. sanotun ikäisellä lapsella on oikeus tehdä määrätyissä tapauksissa työsopimus ja esiintyä itse oikeudessa sitä koskevassa asiassa.⁴⁴³

Jos lapsen etu on tai saattaa joutua ristiriitaan huoltajan edun kanssa, huoltaja ei voi edustaa lasta. Tällaisessa tapauksessa on oikeuden määrättävä lapselle uskottu mies sitä kysymyksessä olevassa asiassa edustamaan.⁴⁴⁴ Luonnollista on, että lapsen omaisuuden hoitajan etu joutuu sen edun kanssa useammin ristiriitaan kuin huoltajan etu sen henkilöä koskevissa asioissa. Kuitenkin saattavat lapsen ja huoltajan edut joutua ristiriitaan esim. rikosasiassa, jossa molemmat ovat asianosaisina. Aloitteen uskotun miehen määräämiseksi lapselle voi tehdä huoltaja itse, lapsen sukulainen taikka kunnallishoivatoimikunta ja luonnollisesti myös oikeus.⁴⁴⁵ Eri mieltä ollaan siitä, onko tuomioistuimien puheena olevassa tapauksessa oikeutettu ja velvollinen asiallisillakin perusteilla kieltäytymään määräämästä lapselle uskottua miestä. Saako siis oikeus harkita, onko tällainen toimenpide asiallisesti lapsen kannalta tarkoituksenmukainen vai onko sen tutkittava vain kysymyksen muodollinen puoli? Planckin mielestä oikeus voi kieltäytyä määräämästä lapselle

⁴⁴⁰ Ks. Winroth: Sv. C. IV, s. 378.

⁴⁴¹ L. sukunimestä, annettu 23/12 1920, 13 §. Vrt. Winroth: Sv. C. IV, s. 378.

⁴⁴² Ks. HL 16 §; Grotenfelt: Förmynderskapslagen, s. 26 ss.; Gadolin, s. 32 ss.; Ekström, s. 343 ss.

⁴⁴³ Ks. jäljempänä s. 230 ss. ja s. 244.

⁴⁴⁴ HL 65 § 1 mom. Ks. myös KKO 1935 tied. 21, josta selviää, että kun holhoustoimi on useampien holhoojien kesken jakamattomana, toinen holhooja ei ole ilman eri määräystä oikeutettu edustamaan holhottia asiassa, joka koskee holhottavan ja toisen holhoojan välistä oikeussuhdetta. Vrt. ulkomaisen oikeuden osalta BGB 1630 § 2 mom., 1795 § ja 1796 § 2 mom.; ZGB 282 ja 392 art.; Staudinger IV, s. 987 ss.; RGRKomm. IV, s. 363 ss.; Schulthess, s. 12; Winroth: Sv. C. IV, s. 368.

⁴⁴⁵ HL 65 § 1 mom. verr. 20 § 1 mom. ja 70 § 2 mom.; Lvk. ehdotukset holhouslaiksi, s. 70; Grotenfelt: Förmynderskapslagen, s. 154 s.

uskottua miestä ainoastaan muodollisista syistä.⁴⁴⁶ Tätä mielipidettä ei voitane kuitenkaan pitää oikeana.⁴⁴⁷ Uskotun miehen määräämiseen lapselle oikeudenkäyntiä varten, jonka se varmasti tulee häviämään ja jonka johdosta se joutuu kärsimään tarpeettomia kustannuksia, tuomioistuim ei esim. liene velvollinen. Harkitessaan, onko uskotun miehen määräämiseen lapselle asiallista perustetta, oikeus saattaa siis välillisesti puuttua huoltajan määräämisvaltaan lapsen henkilöä koskevissa asioissa.

Huoltajan edustusoikeuden rajoituksista on vielä mainittava lastenvalvojan oikeus avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen uskottuna miehenä pitää huolta siitä, että lapsen oikeutta ja etua valvotaan; ajaa sen puolesta kannetta elatusvelvollisuudesta sekä viranomaisten luona muutenkin ryhtyä toimiin lapsen elatusoikeuden turvaamiseksi.⁴⁴⁸ Kuten jäljempänä tulee lähemmin puhetta, lastenvalvojalla on kuitenkin mainituissa asioissa ainoastaan kilpaileva edustusoikeus lapsen huoltajan kanssa. Lastenvalvojan ohella on myös huoltaja oikeutettu edustamaan lasta näissä asioissa.⁴⁴⁹

Huoltaja on lapsen lakimääräinen edustaja. Hänen edustusoikeutensa perustuu suorastaan lakiin. Tämä pitää paikkansa määräyksenvaraisenkin huoltajan osalta, vaikka huolto-oikeus perustuukin tässä tapauksessa tuomioistuimen päätökseen.⁴⁵⁰ Sanotusta johtuu, ettei huoltaja tarvitse lasta edustaessaan valtakirjaa.⁴⁵¹ Jos hänen edustamisoikeutensa tehdään riidanalaiseksi, lakimääräinen huoltaja näyttää sen toteen sukuselvityksellä ja määräyksenvarainen huoltaja oikeuden hänelle antamalla huoltajanmääräyksellä.⁴⁵²

Edustuksen olemukseen kuuluu toiminta toisen nimessä siten, että toiminnan oikeudelliset vaikutukset kohdistuvat välittömästi edustet-

⁴⁴⁶ *Planck* IV, s. 648.

⁴⁴⁷ Näin esim. *Staudinger* IV, s. 989.

⁴⁴⁸ *AULapsL* 16 § 1 ja 2 mom.

⁴⁴⁹ Ks. jäljempänä s. 243 ja s. 248 s.

⁴⁵⁰ Ks. *Ekström*, s. 771; *v. Tuhr* II, s. 417 s.; *Staudinger* IV, s. 985; *Motive* IV, s. 1083.

⁴⁵¹ Ks. esim. *Ekström*, s. 771 s.; *Montgomery*, s. 644 s.; *Dernburg: Das bürgerliche Recht* I, s. 529 ss.; *Cosack* II, s. 206 s. Valtuutuksesta voitaneen puhua ainoastaan, kun oikeus edustaa toista henkilöä perustuu oikeustoimeen. Ks. *Ekström*, s. 772; *Cederberg*, s. 21; *Trygger: Om fullmakt*, s. 16.

⁴⁵² Ks. *Granfelt: Civilprocessrätt*, s. 48; *Wrede: Civilprocessrätt* I, s. 198 s.; *Cosack* II, s. 206 s.; *v. Tuhr* II, s. 425.

tuun.⁴⁵³ Yleisesti vallitsevan mielipiteen mukaan tätä ei ole kuitenkaan ymmärrettävä siten, että edustajan tulisi aina nimenomaan toimia päämiehensä nimessä, jos vain asianhaarat muuten osoittavat, kenen puolesta hän toimii.⁴⁵⁴ Edustaessaan lasta ei siis holhooja ole velvollinen toimimaan nimenomaan sen nimessä. Hänen edustusoikeutensa puitteissa lapsen puolesta antamansa tahdonilmaisut ja muut toimenpiteet kohdistuvat välittömästi lapsen oikeuksiin ja velvollisuuksiin riippumatta siitä, onko ne tehty nimenomaan sen nimessä vai osoittavatko muut asianhaarat niiden olevan tässä tarkoituksessa tehty. Jos asianhaarat eivät sitävastoin osoita holhoojan tarkoittaneen toimia lapsen nimessä, edustuksen oikeusvaikutukset kohtaavat häntä eikä lasta, ja lapsi saa kysymyksessä olevat oikeudet ja velvollisuudet, vasta kun holhooja ne sille siirtää.⁴⁵⁵ Kosketellulla seikalla on pääasiallinen merkityksensä lapsen omaisuuden hoidon suhteen. Eräissä tapauksissa saattaa kuitenkin sen edustaminen henkilöä koskevista asioista ja varsinkin sekä omaisuutta että henkilöä samanaikaisesti koskevista asioista tapahtua huoltajan nimessä. Jos huoltaja esim. sopii lääkärin kanssa määrätystä lapsen hoidosta, hän tekee tavallisesti sopimuksen omassa eikä lapsen nimessä.⁴⁵⁶ Myös lääkärin hoidostaan kirjoittama lasku asetetaan yleensä huoltajan eikä lapsen maksettavaksi. Se, että lapsi tulee huoltajan toimenpiteiden vaikutuksesta oikeutetuksi ja velvoitetuksi, käsittää myöskin sen, että se on vastuussa näistä toimenpiteistä.

Edellä omaksumistamme⁴⁵⁷ huolto-oikeuden luovuttamista koskevista periaatteista johtuu, ettei huoltaja saata luovuttaa lapsen edustusoikeutta kokonaisuudessaan kolmannelle henkilölle. Tämä ei käsitä kuitenkaan sitä, että hänen tulisi osallistua henkilökohtaisesti kaikkeen lapsen edustukseen. Yleisvaltakirjan antaminen pysyväisesti kaikkea lapsen edustusta varten ei ole mahdollista, mutta yksityisessä asiassa, joka ei luonteensa mukaisesti edellytä huoltajan henkilökohtaisen määräämisvallan käyttöä, hän on sitävastoin oikeutettu siirtämään lapsen

⁴⁵³ *Wrede*: Civilprocessrätt I, s. 190; *Wrede—Sjöström*, s. 65; *Cederberg*, s. 3; *Granfelt*: Civilprocessrätt, s. 48; *Sundström*: Asianosaiskäsitteestä, s. 59 s.; *Kallenberg III*, s. 626; *Hassler*, s. 5; *Trygger*: Om fullmakt, s. 109.

⁴⁵⁴ *Granfelt*: Konkursförvaltaren, s. 178; *Sundström*: Asianosaiskäsitteestä, s. 61; *Hassler*, s. 5 ss.; *Kallenberg III*, s. 502 alimuist. 2.

⁴⁵⁵ *Ks.* RGRKomm. IV, s. 364; *Planck IV*, s. 386; *Opet-Blume IV*, s. 509 s.; *Staudinger IV*, s. 985; *Motive IV*, s. 1087; *Gehring*, s. 32 s.

⁴⁵⁶ *Ks.* RGRKomm. IV, s. 364.

⁴⁵⁷ *Ks.* s. 57 ss.

tosiasiallisen edustusoikeuden kolmannelle.⁴⁵⁸ Niissä tapauksissa, joissa huoltaja saa valtuuttaa kolmannen lasta edustamaan, hän vastannee vain siitä, että hän on tarpeellisella huolellisuudella valinnut valtuutetun ja valvonut tämän toimintaa sekä antanut tälle edustusta varten tarpeelliset ohjeet ja neuvot.⁴⁵⁹

B. Lasta koskevat tahdonilmaisut ja sen puolesta tehtävät sopimukset.

Mikäli huoltajan edustusoikeutta ei ole edellämainittujen periaatteiden mukaan rajoitettu, hän on lapsen edustajana oikeutettu solmi-
maan sen henkilöä koskevat sopimukset sekä antamaan ja vastaanotta-
maan sen puolesta yksipuolisia tahdonilmaisuja. Viimeksimainituksa
suhteessa huoltaja edustaa lasta esim. haasteen tiedoksiantamisessa,
vedon tai tyytymättömyyden ilmoituksen peruutuksessa sekä sopimuk-
sen irtisanomisessa ja purkamisessa.⁴⁶⁰

Useimmissa lapsen puolesta tehtävissä sopimuksissa on kysymys sen
varallisuuseduista, minkä vuoksi sitä edustaa niissä omaisuuden hoitaja
eikä huoltaja. Eräät sopimukset koskevat kuitenkin sekä lapsen hen-
kilöä että sen varallisuusetuja. Tässä suhteessa on erikoisesti mainitta-
va lapsen puolesta tehtävät oppi- ja työsopimukset. Epätietoista on,
kuuluuko tällaisen sopimuksen tekeminen lapsen huoltajalle vai sen
omaisuuden hoitajalle.⁴⁶¹ Kysymyksen ratkaisu riippunee siitä, onko
oppi- ja työsopimuksessa pidettävä tärkeämpinä lapsen henkilöä vai sen
varallisuusetuja koskevia seikkoja. Jos edellisiä on pidettävä tärkeäm-
pinä, sanotun sopimuksen tekeminen kuuluu huoltajalle, muussa tapauk-
sessa omaisuuden hoitajalle. Arvosteltaessa, onko syytä tehdä lapsen
puolesta mainitunlainen sopimus, on käsittääksemme pidettävä pää-

⁴⁵⁸ Ks. v. Tuhr II,2, s. 431 s.; Staudinger IV,2, s. 986 ja s. 1417; Kipp-Wolff IV, s. 482.

⁴⁵⁹ Ks. Staudinger IV,2, s. 1417; Kipp-Wolff IV, s. 482.

⁴⁶⁰ Ks. Grotenfelt: Förmynderskapslagen, s. 67; Winroth: Sv. C. IV, s. 368 s. ja s. 376.

⁴⁶¹ Vrt. edellä s. 223 s. TyösopimL:n 9 §:ssä ja OppisopimL:n 5 §:ssä puhutaan työ- ja oppisopimuksesta, jonka holhooja on tehnyt alaikäisen puolesta. Epäselväksi jää näin ollen, tarkoitetaanko lapsen holhoojalla tässä yhteydessä sen huoltajaa vai omaisuuden hoitajaa. Vrt. MerimiesL 10 § 1, 4, 5 ja 6 mom. Mainittuja säännöksiä ei voine tulkita siten, että sopimuksen tekoon tarvittaisiin sekä lapsen huoltajan että omaisuuden hoitajan suostumukset. Tällainen tulkinta johtaisi arvaamattomiin vaikeuksiin.

asiallisesti silmällä sen henkilöä koskevia seikkoja. Oppisopimuksen suhteen langennee tämä luonnostaan.⁴⁶² Sanottu sopimushan tehdään juuri huoltajalle kuuluvan tehtävän, lapsen kasvattamisen ja kehittämisen, täyttämiseksi. Sitäpaitsi on oppiaikana maksettavalla palkalla pieni merkitys. Usein ei lapselle makseta tältä ajalta lainkaan palkkaa. Työsopimuksenkin teossa lienee huoltajan eikä omaisuuden hoitajan edustettava lasta. Työsopimusta lapsen puolesta tehtäessä on erikoisesti pidettävä silmällä työn soveltuvaisuutta lapsen terveydelle ja sen siveelliselle kehitykselle. Tämän seikan valvominen on tärkeätä, koska lapsi itse aliarvioi usein sen merkityksen ja pitää liiaksi arvossa työstä maksettavaa korvausta tai joitakin vähäpätöisiä henkilökohtaisia seikkoja. Koska siis työsopimusta lapsen puolesta tehtäessä on etupäässä pidettävä silmällä, ettei sopimus ole lapselle kasvatuksellisessa tai terveydellisessä suhteessa epäedullinen ja tämän seikan valvominen kuuluu ilmeisesti huoltajan eikä omaisuuden hoitajan tehtäviin, lienee huoltajan edustettava lasta sen työsopimuksen teossa.⁴⁶³

Lapsen edustajana huoltaja saa tehdä sen puolesta työsopimuksen, jos kysymyksessäoleva työ soveltuu alaikäiselle ja sopimuksen tekeminen on muuten lapsen etujen mukaista. Ennen työsopimuksen tekoa huoltajan on siis erikoisesti kiinnitettävä huomiota näihin seikkoihin.⁴⁶⁴ Kuten jo on ollut puhetta,⁴⁶⁵ rajoittaa huoltajan edustusoikeutta lapsen oikeus tehdä eräissä tapauksissa itse työsopimuksensa. Tätä koskevat

⁴⁶² Lapsen oppisopimuksen tekeminen luetaan yleisesti sen henkilöä koskeviin asioihin. Ks. *Staudinger* IV, 2, s. 1003; *Planck* IV, s. 388; *RGRKomm.* IV, s. 365; *Borum*, s. 89. Norjan oikeudessa vaaditaan alle kahdeksantoistavuotiaan lapsen oppisopimukseen sen isän tai omaisuuden hoitajan sekä lapsen itsensä suostumus. Ks. *Lov om håndverksnaering*, annettu 25/7 1913, 16 §. *Gjelsvikin* mielestä sanottulla säännöksellä ei ole tarkoitettu oikeutta isää tekemään kysymyksessäolevaa sopimusta, ellei hän ole lapsen omaisuuden hoitaja. *Gjelsvik*, s. 36 alimuist. 1. Toisin *Rikheim: Vergemålsloven*, s. 65.

⁴⁶³ Ks. *Undén*, s. 55 s.; *Lb. GB.* IV, s. 434; *Lb. AB.* I, s. 239 s.; *Westring*, s. 384; *Borum*, s. 89; *RGRKomm.* IV, s. 364. Toisin sitävastoin Norjan oikeudessa, jonka mukaan lapsen omaisuuden eikä sen henkilöä koskevien asioiden hoitaja edustaa lasta sen palvelus- ja työsuhteissa, ellei asiasta ole nimenomaan toisin määrätty. Omaisuuden hoitajan on kuitenkin mikäli mahdollista neuvoteltava asiasta lapsen vanhempien kanssa, jos näille kuuluu sen henkilöä koskevien asioiden hoito. Ks. *Lov om Vergemål for umyndige* 32 § ja 40 § 2 mom.; *Rikheim: Vergemålsloven*, s. 17 s. ja s. 63; *Sama: Umyndiges Rettshandler*, s. 62; *Gjelsvik*, s. 36; *Birger Ekeberg: Norsk Familjerettslagstiftning*, S.J. 1928, s. 534 alimuist. 2; *Berg*, s. 50 s.

⁴⁶⁴ Vrt. *Rikheim: Umyndiges Rettshandler*, s. 62.

⁴⁶⁵ Ks. edellä s. 226.

säännökset sisältyvät TyösopimL:imme 9 §:ään, jossa säädetään, että 18 vuotta täyttänyt alaikäinen saa työntekijänä itse tehdä työsopimuksensa. Sama oikeus on annettu myös viisitoista, vaan ei kahdeksatoista vuotta täyttäneelle alaikäiselle, joka elättää itsensä omalla työllään. Sanotussa pykälässä on vielä säädetty, ettei työsopimusta, jonka holhooja on tehnyt alaikäisen puolesta, saa ulottaa yli sen ajan, jolloin alaikäinen täyttää kahdeksantoista vuotta.⁴⁶⁶ Alle 15-vuotiaan lapsen puolesta on siis sen huoltajan tehtävä aina työsopimus. Huoltajan toimivaltaa rajoittaa sitä-vastoin sanotussa suhteessa 18 vuotta täyttäneen lapsen sekä viisitoista, vaan ei kahdeksatoista vuotta täyttäneen omalla työllään itsensä elättävän lapsen oikeus tehdä työntekijänä itse työsopimuksensa.

Tässä yhteydessä on syytä tutkia lähemmin huoltajan oikeutta määrätä lapsen työvoimasta ja sitä, miten lapsen oikeus tehdä itse työsopimuksensa rajoittaa mainittua huoltajan oikeutta. Huolimatta siitä, että lapsi on asetettu työsopimuksensa tekemisen suhteen puheenaolevaan itsenäiseen asemaan, huoltajalla on edelleen sen kasvattajana oikeus määrätä eräissä suhteissa lapsen työvoimasta. Siinä tapauksessa, ettei lapsi käytä oma-aloitteisesti oikeuttaan työsopimuksen tekemiseen, huoltaja saa määrätä, että sen on tehtävä hänen talouteensa kuuluvaa tai elinkeinotoimintaansa liittyvää työtä taikka hankittava itselleen muualta työpaikka. Huoltaja on nimittäin velvollinen totuttamaan lasta työntekoon. Hänen oikeutensa vaatia lapselta työtä on johdettavissa lapsen kasvattamisvelvollisuudesta. Ellei huoltajalla olisi puheenaolevaa oikeutta, saattaisi esim. kahdeksantoista vuotta täyttänyt poika, joka ei halua mennä vieraan palvelukseen, vetelehtiä laiskana kotona, mistä voisi olla pojan kasvatukselle tuhoisia seurauksia. Vaikka huoltajan luona asuva lapsi käyttääkin oikeuttaan työsopimuksen solmimiseen, se on velvollinen tekemään vapaa-aikoinaan huoltajan määräämiä taloustöitä, esim. pilkkomaan puita jne. Niissä tapauksissa, joissa lapsella ei ole itsenäistä oikeutta työsopimuksen tekemiseen, on huoltajan vallassa päättää, käyttääkö hän lapsen työvoimaa taloudessaan tai elinkeinotoiminnassaan vai luovuttaako hän sen lapsen puolesta tekemällään työsopimuksella kolmannelle. Ratkaistaessa, millä tavalla lasta on totutettava työhön, on kasvatusnäkökohdat otettava ensisijaisesti huomioon.

Kuten sanotusta selviää, huoltaja saattaa käyttää lapsen työvoimaa myös omaksi hyväkseen. Edellä olemme jo todenneet, että tämä oikeus

⁴⁶⁶ Vrt. Ruotsin, Tanskan ja Norjan oikeuden osalta. Lag om barn i äktenskap 5 §; Lov om Umyndighed og Vaergemaal, 35 ja 36 §; Lov om vergemål for umyndige 31 ja 32 §.

johtuu lapsen kasvattamisvelvollisuudesta.⁴⁶⁷ Tästä seuraa, että määräyksenvarainenkin huoltaja on oikeutettu käyttämään lapsen työvoimaa omaksi hyväkseen. Jos lapsen huolto ei kuulu sen vanhemmille, määrää siis lapsen työvoimasta sen huoltaja eivätkä vanhemmat. Lapsen työvoiman käyttämiseen huoltajan hyväksi saattaa olla perusteltu syy sen takia, että lapsen pitäminen huoltajan välittömän valvonnan alaisena on sen edun kannalta suotavampaa kuin sen lähettäminen vieraaseen työpaikkaan.

Siitä, että huoltajan on määrättävä lapsen työvoimasta sen kasvatusta silmälläpitäen, johtuu, että hänen on totutettava lasta etupäässä sellaiseen työhön, joka kehittää sitä sen tulevaan ammattiin. Lapsen määrääminen huoltajan talouteen kuuluviinkin töihin saattaa olla kasvatuksellisesti kannalta perusteltua. Huoltaja ei saa kuitenkaan pitää lasta omassa työssään, jos sen työvoiman luovuttaminen kolmannelle on lapsen kasvatuksen takia tarkoituksenmukaisempaa. Jos huoltaja käyttää lapsen työvoimaa omaksi hyväkseen, hän voi määrätä lapsen vieraallakin paikkakunnalla suoritettavaan työhön, esim. toisella paikkakunnalla omistamalleen maatilalle.⁴⁶⁸

Onko sitten lapsi oikeutettu saamaan korvausta huoltajalle suorittamastaan työstä? Saksan oikeuden mukaan on lapsi, niin kauan kuin se kuuluu vanhempiensa talouteen ja saa heiltä kasvatusta tai elatusta, velvollinen kykynsä sekä elinehtojensa mukaan tekemään korvauksetta työtä vanhempiensa taloudessa tai elinkeinotoiminnassa. Mainittu velvollisuus on Saksan oikeudessa sekä alaikäisellä että täysi-ikäisellä lapsella.⁴⁶⁹ Puheenaolevaa kysymystä ei ole järjestetty meidän oikeudessamme lainsäädäntöteitse. Kuitenkin katsoisimme oikeudessamme olevan sääntönä, ettei alaikäinen lapsi ole oikeutettu saamaan palkkaa siitä työstä, jonka se on tehnyt huoltajalle ollessaan hänen kasvatettavanaan. Tässä ei ole kysymys työsopimuksesta TyösopimL:n mielessä,

⁴⁶⁷ Ruotsin lainvalmistelukunta huomauttaa tässä suhteessa, ettei vanhempien oikeus vaatia lapselta työtä johdu lapsen velvollisuudesta suorittaa työllään korvausta elatuksestaan ja kasvatuksestaan. Vanhempien velvollisuus elättää ja kasvattaa lapsensa on luonnollinen velvollisuus, jota vastaa lapsen velvollisuus huolehtia vanhemmistaan siinä tapauksessa, etteivät he pysty itseänsä elättämään. Ks. Lb. GB. IV, s. 433 s.

⁴⁶⁸ Ks. tässä suhteessa Saksan oikeuden osalta *Staudinger* IV,2, s. 947 s.

⁴⁶⁹ Ks. BGB 1617 §. *Staudinger* IV,2, s. 946 ss.; *Knitschky*, s. 159. Kysymys siitä, onko vanhemmilla oikeus vaatia, että heidän luonaan asuvat täysi-ikäiset lapset tekevät heille työtä, jää tutkimuksemme ulkopuolelle.

vaan perheenjäsenenä tehdystä työstä, jonka vaatimiseen huoltajalla on oikeus senvuoksi, että hän saa käyttää lapsen työvoimaa kasvatustar-koituksessa omaksikin hyväkseen.⁴⁷⁰ Ellei lapsen ja huoltajan kesken ole nimenomaan sovittu siitä, että lapselle suoritetaan puheenaolevasta työstä palkkaa, ei siis lapsella ole käsittääksemme oikeutta saada korvausta tällaisesta työstä. Sanottu pitänee paikkansa 18 vuotta täyttä-neenkin lapsen suhteen. Jos mainitun ikäinen työsopimuksen tekemiseen oikeutettu lapsi tekee huoltajalle työtä siitä suoritettavasta korvauksesta mitään sopimatta, lienee katsottava tarkoituksena olleen, ettei työstä suoriteta ainakaan muuta korvausta kuin minkä lapsi ruuan, asunnon, vaatetuksen ym. muodossa saa.⁴⁷¹ Lapsen etu on käsittääksemme turvattu siten, että se voi sanotun iän saavutettuaan sopia huoltajansa kanssa työstä maksettavasta korvauksesta, tai ellei huoltaja suostu täl-laiseen sopimukseen, tehdä työsopimuksen vieraan työnantajan kanssa.

Asken sanotusta selviää, että huoltaja saattaa tehdä lapsen kanssa TyösopimL:n mukaisen työsopimuksen. Tällaisen työsuhteen perusta-minen tulee kysymykseen niissä tapauksissa, joissa lapsen ilmaisen työvoiman käyttäminen huoltajan hyväksi on ilmeisesti sen edun vastaista. Ellei lapsella ole oikeutta tehdä itse työsopimustaan, täytynee uskotun miehen tehdä sen puolesta mainitunlainen työsopimus.

Kun laki myöntää viisitoista, vaan ei kahdeksaatoista vuotta täyttä-neelle lapselle oikeuden tehdä itse työsopimuksensa, vain jos se elättää itsensä omalla työllään, johtuneee tästä, että huoltajan on aina tehtävä lapsen ensimmäinen työsopimus. Puheenaolevaa säännöstä ei voitane tulkita siten, että mainitun ikäinen lapsi olisi oikeutettu tekemään työ-sopimuksen silloinkin, kun se sopimusta tehdessään ei elätä itseään, mutta sopimus tarkoittaa sellaista työtä, jolla se todennäköisesti tulevai-suudessa tulee itsensä elättämään. Mitä sitten on ymmärrettävä sillä, että lapsi elättää itsensä omalla työllään? Alle 18-vuotiaan työansio on useimmiten niin pieni, että sillä eläminen on vaikeata varsinkin, jos paremmissa oloissa elänyt lapsi haluaa elää entisen elintasonsa mukai-sesti. Niinpä lieneekin *Rikheim* oikeassa sanoessaan, ettei vastaavaa säännöstä Norjan oikeudessa voida tulkita siten, että lapsen olisi todella elätettävä itsensä ansaitsemallaan palkalla. Lapsi on oikeutettu teke-mään itse työsopimuksensa, jos sen palkka on niin suuri, että se pystyisi

⁴⁷⁰ Vrt. *Stang*, s. 202 alimuist. 14. Vrt. myös TyösopimL 1 § 1 mom.

⁴⁷¹ Perheenjäsenen oikeudesta saada korvausta perheen hyväksi tehdystä työstä ks. KKO 1929 tied. 159; 1932 tied. 550; 1934 tied. 219, 250, 379, 384 ja 497. Vrt. myös KKO 1933 tied. 323.

sillä elämään riippumatta siitä, käyttääkö se elatukseensa työansionsa lisäksi yksityistä omaisuuttaan tai muita tuloja.⁴⁷² Arvosteltaessa, millä palkalla lapsi pystyy itsensä elättämään, lienee pidettävä mittapuuna sen toimeentulominimiä.

TyösopimL:n 9 §:ssä ei ole määräyksiä siitä, minkälaisesta työstä lapsi saa tehdä itse työsopimuksensa. Näin ollen voitaneen kysyä, saako viisitoista, vaan ei kahdeksaatoista vuotta täyttänytkin omalla työllään itsensä elättävä lapsi tehdä sopimuksen kaikenlaisesta työstä. Ruotsin, Tanskan ja Norjan oikeuksissa on nimenomaan säädetty, että lapsella on oikeus tehdä sopimus vain samanlaisesta työstä, jossa se aikaisemmin oli.⁴⁷³ Tällaisella säännöksellä on epäilemättä lapsen kannalta tärkeä merkitys. Solmiessaan lapsen puolesta sen ensimmäisen työsopimuksen huoltaja on harkinnut, soveltuuko puheenaoleva työ terveydellisistä ym. syistä lapselle. Arvostelukyvyyttömän lapsen siirtyminen omin päin täysin toisenlaiseen työhön saattaa olla kohtalokasta. Tästä huolimatta lienee katsottava, ettei lapsen kysymyksessä olevaa oikeutta nimenomaisen säännöksen puutteessa voida oikeutemme mukaan rajoittaa koskemaan vain samanlaista työtä, jossa se aikaisemmin oli.

Eri mieltä voitaneen olla siitä, onko viisitoista, vaan ei kahdeksaatoista vuotta täyttänyt lapsi oikeutettu tekemään itse työsopimuksensa vain sellaisesta uudesta työstä, jolla se pystyy itsensä elättämään. Ruotsin oikeuden kannalta vastaa *Westring* kysymykseen myöntävästi.⁴⁷⁴ TyösopimL:mme 9 §:n sanamuodosta päättäen edellyttää sitä vastoin lapsen oikeus tehdä mainitussa tapauksessa itse työsopimuksensa ainoastaan, että se sopimusta tehdessään elättää itsensä. Kysymyksenalaista on kuitenkin, onko tämä ollut lainsäätäjän tarkoituksena. Ellei lapsi pysty hankkimaan itselleen sellaista työtä, jolla se pystyy itsensä elättämään, saattaa esim. sen opintojen täydentäminen käydä välttämättömäksi, ja tässä suhteessa voisi lapsen mainitunlainen työsopimus olla esteenä.

TyösopimL:n säännökset koskevat sopimuksia, joissa toinen sopimus-kumppani, työntekijä, sitoutuu tekemään toiselle, työnantajalle, työtä

⁴⁷² *Rikheim*: Umyndiges Rettshandler, s. 65. Selvää on sitä vastoin, ettei lapsi elätä itseään omalla työllään, jos sillä on tuloja yksinomaan perinnöstä tai lahjasta taikka holhoojan sen lukuun harjoittamasta ansiotoiminnasta. Ks. *Lehtinen*, s. 52.

⁴⁷³ Ks. *Lag om barn i äktenskap* 5 §; *Lov om Umyndighed og Vaergemaal* 35 § 2 mom.; *Lov om vergemål for umyndige* 32 § 1 mom.; *Berg*, s. 51; *Rikheim*: Umyndiges Rettshandler, s. 65.

⁴⁷⁴ *Westring*, s. 384 alimuist. 2. Ks. myös *Ussing*; *UfR* 1923, s. 131; *Berg*, s. 51.

tämän johdon ja valvonnan alla korvausta vastaan.⁴⁷⁵ Lain ulkopuolelle jäävät siis sopimukset, jotka eivät käsitä työnantajan johdon ja valvonnan alla suoritettavaa työtä, samoin sopimukset korvauksetta suoritettavasta työstä.⁴⁷⁶ Työsopimus ei myöskään ole sanotun lain mielessä viran tai toimenhaltijan ja julkisoikeudellisen yhteisön välinen virkasuhde.⁴⁷⁷ Näine rajoituksineen TyösopimL:n mukainen työsopimus voidaan tehdä kaikenlaisesta työstä, ja mainittua lakia on sovellettava kaikkiin työsuhteisiin, mikäli erityinen laki ei sisällä siitä poikkeavia määräyksiä.⁴⁷⁸ TyösopimL on siis tarkoitettu yleiseksi laiksi, joka täydentää erikoislakienkin mahdollisia puutteellisia säännöksiä. Myös sen 9 §:n säännöksiä on sovellettava niihin tapauksiin, joissa erikoislaki on olemassa, mikäli siinä ei ole siitä poikkeavia määräyksiä.⁴⁷⁹

Työsopimuksen voinee lapsi tehdä ainoastaan henkilökohtaisesta työvoimastaan.⁴⁸⁰ Se saa asettaa korvausta vastaan työvoimansa kokonaan tai osittain toisen käytettäväksi. Kun TyösopimL:n säännökset koskevat vain sopimusta sellaisesta työstä, joka tapahtuu työnantajan johdon ja valvonnan alla, selviää tästä, ettei työsopimukseen sanotun lain mielessä sisälly esim. työurakkasopimus.⁴⁸¹ TyösopimL:n 9 §:n säännöksiä ei siis voitane soveltaa työurakkasopimukseen.⁴⁸² Tällaisen sopimuksen täyttämättä jättämisestä johtuvan vastuun kannalta on perusteltua kieltää lapselta, joka ei useinkaan pysty arvioimaan sanotun vastuun laajuutta, oikeus työurakkasopimuksen solmimiseen omin päin. Koska TyösopimL:n säännöksiä on sovellettava urakkatyötä⁴⁸³ sekä työnantajan johdon ja valvonnan alaisena suoritettavaa kotityötä⁴⁸⁴ tar-

⁴⁷⁵ TyösopimL 1 § 1 mom. Ks. myös Kivimäki: DL 1930, s. 156 ss.; Lehtinen, s. 25 ss.

⁴⁷⁶ Ks. Kivimäki: DL 1930, s. 159 ja s. 163 ss.; Lehtinen, s. 25 s. Mainitun korvauksen suhteen vrt. TyösopimL 1 § 1 mom..

⁴⁷⁷ TyösopimL 1 § 2 mom.; Lehtinen, s. 34 s.; Kivimäki: DL 1930, s. 158; Lvk ehdotus laiksi työsopimuksesta s. 92; Kotonen, s. 208.

⁴⁷⁸ TyösopimL 1 § 2 mom.; Lvk ehdotus laiksi työsopimuksesta, s. 93; Kotonen, s. 208; Lehtinen, s. 8.

⁴⁷⁹ Vrt. MerimiesL 10 §; OppisopimL 5 §.

⁴⁸⁰ Tämä selvinnee TyösopimL:n 9 §:n sanamuodosta.

⁴⁸¹ Kivimäki: DL 1930, s. 164; Lehtinen, s. 26 ss.; Lvk. ehdotus laiksi työsopimuksesta, s. 92 s.

⁴⁸² Näin Gadolin, s. 35 s. Samoin Ruotsin oikeuden kannalta Westring, s. 385. Vrt. Rikheim: Umyndiges Rettshandler, s. 60.

⁴⁸³ Ks. Lehtinen, s. 27 s.; Lvk ehdotus laiksi työsopimuksesta, s. 93; Rikheim: Umyndiges Rettshandler, s. 60.

⁴⁸⁴ Ks. Lehtinen, s. 31 s.; Kivimäki: DL 1930, s. 165.

koittavaan sopimukseen, on lapsella sitävastoin oikeus tehdä mainitun lain 9 §:ssä säädetyin edellytyksin sanotunlainen sopimus.

Lapsen oikeus tehdä itse työsopimuksensa ei sisältäne sitä, että se voisi huoltajan suostumuksetta sitoutua olemaan käyttämättä työvoimaansa,⁴⁸⁵ olemaan tekemättä määrättyä työtä tai ryhtymättä määrätynlaiseen toimeen. Tällä seikalla on merkitystä esim. niissä tapauksissa, joissa työnantaja suojatakseen valmistusmenetelmänsä liittää työsopimukseen ehdon siitä, ettei työntekijä erottuaan hänen palveluksestaan saa määrää aikana ryhtyä kilpailevan yrityksen palvelukseen.

Lapsen oikeus työsopimuksen tekemiseen käsittää myös oikeuden sopimuksen purkamiseen ja irtisanomiseen.⁴⁸⁶ Tekemänsä työsopimuksen täyttämisestä lapsi on taloudellisesti vastuussa. Jos se rikkoo sopimuksen, sen suhteen on noudatettava yleisiä vahingonkorvausta koskevia periaatteita. Aiheuttamastaan vahingosta lapsi vastannee omaisuutensa hoitajankin hallinnassa olevalla omaisuudella.⁴⁸⁷ Lapsen puheenaolevasta itsenäisestä asemasta johtuu, että se on mainituissa tapauksissa oikeutettu ajamaan omin päin kannetta työnantajaansa vastaan työsopimuksen täyttämisestä. Viimeksimainitun vaatiessa siltä korvausta sopimuksen täyttämättä jättämisestä lienee jutussa sitävastoin ainakin kuultava lapsen omaisuuden hoitajaa, koska lapsi, kuten jo sanoimme, vastaa sopimuksen täyttämättä jättämisestä silläkin omaisuudella, joka on tämän hallinnassa.⁴⁸⁸ Viisitoista vuotta täyttäneen lapsen oikeudesta hallita, mitä se omalla työllään ansaitsee, johtune, että lapsi, jolla on oikeus tehdä itse työsopimuksensa, saa nostaa sille työstä suoritettavan palkan.⁴⁸⁹

TyösopimL:n 9 §:n säännöksistä selvinnee, että viisitoista, vaan ei kahdeksaatoista vuotta täyttänyt omalla työllään itsensä elättävä lapsi on oikeutettu tekemään itse työsopimuksensa siinäkin tapauksessa, että huoltaja on tehnyt sen ensimmäisen työsopimuksen, ennenkuin lapsi täytti viisitoista vuotta. Tällainen lapsi saavuttaa siis puheenaolevan

⁴⁸⁵ *Bentzon*: Personretten, s. 61.

⁴⁸⁶ Ks. *Rikheim*: Umyndiges Rettshandler, s. 64 s.; *Berg*, s. 51 ja 138; *Undén*, s. 57; *Westring*, s. 384; *Kaskel*, s. 101.

⁴⁸⁷ *Gadolin*, s. 37 s.; *Undén*, s. 58; *Westring*, s. 385; *Bentzon*: Personretten, s. 60 s.; *Ussing*, UfR 1923, s. 130.

⁴⁸⁸ *Winroth*: Sv. C. IV, s. 370; *Kallenberg III*, s. 556 alimuist. 28; *Undén*, s. 60. Vrt. *Stenbeck—Lindhagen*, s. 72.

⁴⁸⁹ HL 16 §. *Rikheim*: Umyndiges Rettshandler, s. 70. Vrt. *Gadolin*, s. 33 s.; *Grottenfelt*: Förmynderskapslagen, s. 27 s.

itsenäisen aseman pelkästään siitä syystä, että se täyttää viisitoista vuotta.⁴⁹⁰ Kahdeksantoista vuotta täyttänyt lapsi tulee oikeutetuksi itse tekemään, irtisanomaan ja purkamaan työsopimuksensa siitä päivästä lähtien, jona se täyttää 18 vuotta. Sentakia onkin nimenomaan säädetty, ettei lapsen puolesta tehtyä työsopimusta saa ulottaa sanotun ajan yli.⁴⁹¹ Jos työsopimus on tehty pitemmäksi ajaksi eikä sovittu työaika ole päättynyt lapsen täyttäessä 18 vuotta, lapsi ei liene kuitenkaan oikeutettu purkamaan sopimusta yksistään sillä perusteella, että se on saavuttanut mainitun iän. Se voinee päästä siitä vapaaksi vasta kohtuullisen irtisanomisajan jälkeen.⁴⁹² Työsopimus, jonka lapsi olematta siihen oikeutettu on tehnyt huoltajan suostumuksesta, on molempien sopimuspuolten suhteen pätemätön.⁴⁹³ Se tulee kuitenkin päteväksi, jos huoltajan jälkeenpäin hyväksyy. Hyväksyminen saattaa tapahtua myös äänestämällä. Jos lapsi on esim. aloittanut työn mainitunlaisen laittomasti tehdyn sopimuksen perusteella eikä huoltaja saatuaan sen tietoonsa ryhdy toimenpiteisiin työnteon estämiseksi, hänen lienee katsottava hyväksyneen sopimuksen.⁴⁹⁴

Kuten edelläolevasta selviää, rajoittaa huoltajan määräämisvaltaa lapsen henkilöä koskevissa asioissa oleellisesti lapsen oikeus tehdä itse työsopimuksensa. Tässä ei ole kysymys yksinomaan oikeudesta määrätä lapsen työvoimasta. Mainitusta lapsen oikeudesta johtuu välillisesti rajoituksia muillekin huoltajan oikeuksille. Jos lapsi ei ole puheenaolevassa suhteessa itsenäisessä asemassa, huoltaja on oikeutettu määräämään, että sen tulee asua hänen luonaan sekä tehdä hänelle kykyjensä ja voimiensa mukaan työtä.⁴⁹⁵ Lapsi, joka on oikeutettu huoltajan tahdosta riippumatta solmimaan itse työsopimuksensa, saattaa sitävastoin tekeillä sopimuksen työstä, joka edellyttää sen asumista kodin ulkopuolella, vapautua käytännöllisesti katsoen useissa suhteissa huoltajan määräämisvallasta. Huoltajan oikeuden kannalta on senvuoksi tärkeätä tutkia, onko lapsen oikeus tehdä itse työsopimuksensa ehdoton vai voiko huol-

⁴⁹⁰ Ks. *Rikheim*: Umyndiges Rettshandler, s. 65.

⁴⁹¹ TyösopimL 9 §.

⁴⁹² Näin Ruotsin oikeuden kannalta *Undén*, s. 59.

⁴⁹³ *Ekström*, s. 688 s.; *Montgomery*, s. 560; *Gadolin*, s. 40; *Grottenfelt*: Förmynderskapslagen, s. 24.

⁴⁹⁴ Ks. *Ekström*, s. 683 s.; *Gadolin*, s. 40; *Rikheim*: Umyndiges Rettshandler, s. 64; *Winroth*: Sv. C. IV, s. 362 ss. Vrt. Ruotsin oikeuden osalta Lag om förmynderskap 5 kap. 8 §.

⁴⁹⁵ Vrt. *Westring*, s. 384.

taja TyösopimL:n 9 §:n säännöksen estämättä saada tällaisen sopimuksen lakkaamaan, jos se on hänen mielestään lapselle välttämätöntä.

Ruotsin ja Tanskan oikeuksissa on huoltajalla sekä Norjan oikeudessa omaisuuden hoitajalla nimenomaisen säännöksen perusteella valta purkaa lapsen tekemä työsopimus, jos se on lapsen kasvatuksen tai hyvinvoinnin kannalta tarpeellista. Tanskan ja Norjan oikeuksissa tämä valta on kuitenkin rajoitettu koskemaan vain alle 18-vuotiaita lapsia. Ruotsin oikeudessa huoltaja saattaa sitävästoin purkaa mainituilla perusteilla 18 vuotta täyttäneenkin lapsen työsopimuksen, jos oikeus antaa siihen suostumuksensa.⁴⁹⁶ Vastaavia säännöksiä ei ole meidän oikeudessamme. Oikeus saada lapsen tekemä työsopimus lakkaamaan voittaneen kuitenkin johtaa huoltajalle hänen tehtävänsä tarkoituksesta. Mainittu tehtävä ei pääty sen johdosta, että lapsi saavuttaa työsopimuksensa tekemisen, irtisanomisen ja purkamisen suhteen puheenaolevan itsenäisen aseman. Lapsen sanotusta oikeudesta riippumatta huoltaja on edelleen velvollinen huolehtimaan sen kasvatuksesta ja terveydestä, ja ellei hän voi saada tässä tarkoituksessa lapsen työsopimusta lakkaamaan, näistä tehtävistä huolehtiminen ei ole mahdollista. Oikeutemme säännökset huoltajan vastuusta lapsen pitämisestä työssä vastoin lain määräyksiä⁴⁹⁷ osoittavat myöskin, että huoltajalle on pakko myöntää oikeus puuttua lapsen tekemään työsopimukseen. Eräissä tapauksissa saattanee nimittäin huoltaja joutua vastuuseen lapsen pitämisestä laittomasti työssä huolimatta siitä, että tällaisesta työstä tehty työsopimus on ollut lapsen tekemä.⁴⁹⁸ Näin ollen lienee selvää, että huoltajalla on oikeus saada lakkaamaan lapsen tekemä työsopimus ainakin niissä tapauksissa, joissa hän sallimalla sen olla edelleen työssä vastoin lain säännöksiä syyllistyy politiarikkomukseen. Mutta myös muissa tapauksissa on huoltajalla käsittääksemme mainittu oikeus. TyösopimL:n säännösten tarkoituksena on työnantajan ja -tekijän välisen suhteen

⁴⁹⁶ Ks. Lag om barn i äktenskap 5 § 2 mom.; Lov om Umyndighed og Vaerge-maal 36 §; Lov om vergemål for umyndige 32 § 2 mom.; *Westring*, s. 384 s.; *Undén*, s. 56 ja s. 58 s.; *Rikheim*: Vergemålsloven, s. 65.

⁴⁹⁷ Ks. edellä s. 165.

⁴⁹⁸ Tässä suhteessa on mainittava kauppa-, konttori- ja varastoliikkeiden työoloista annetun L:n 17 §:n 3 momentin säännös verr. saman lain 4 §:n 2 mom. sekä LSL:n 45 § verr. 30 §:ään. Toisissa tapauksissa rajoitetaan taas huoltajan kysymyksessäoleva vastuu nimenomaan niihin tapauksiin, joissa lapsi ei ole ollut itse oikeutettu tekemään työsopimusta. Ks. L., jolla kielletään pitämästä nuoria naisia eräissä lastaus- ja purkaustöissä 3 § 3 mom.

järjesteleminen. Tästä johtuu, että kun lapsi on oikeutettu solmimaan työsopimuksensa omin päin, mainitun lain nojalla työntekijälle tulevat oikeudet ja velvollisuudet kuuluvat yksinomaan sille. Näin ollen on esim. lapsi eikä huoltaja oikeutettu käyttämään sanotussa tapauksessa TyösopimL:ssa työntekijälle myönnettyä sopimuksen irtisanomis- ja purkamisoikeutta. Toiselta puolen täytyy huoltajallakin olla oikeus saada kysymyksessä oleva työsopimus lakkaamaan, jos sen lakkaaminen on lapsen kasvatuksen tai terveyden kannalta välttämätöntä. Puheenaoleva huoltajan oikeus en johtune TyösopimL:n mukaisesta työsuhteesta, vaan siitä, että sanotun lain 9 §:n säännös lapsen itsenäisestä toimikelpoisuudesta on poikkeussäännös, jota ei asiallisesti voida ulottaa niin pitkälle, että se estäisi huoltajaa täyttämästä tärkeitä hänelle kuuluvia velvollisuuksia.⁴⁹⁹

Sanotulla perusteella huoltajalla lienee oikeus saada lakkaamaan 18 vuotta täyttäneenkin lapsen tekemä työsopimus. Jos mainitun iän saavuttanut tyttö menee esim. palvelukseen ravintolaan, jossa sen siveellisyys ilmeisesti joutuu vaaranalaiseksi, olisi kohtuutonta, ettei tytön kasvatuksesta vastuussa oleva huoltaja voisi saada sitä erotetuksi sille vaarallisesta ympäristöstä. Tällaisessa tapauksessa on siis lapsi oikeutettu purkamaan työsopimuksen TyösopimL:n nojalla ja huoltaja huolto-oikeutensa perusteella. Luonnollista on, että huoltajalle on myönnettävä oikeus puuttua lapsen tekemään työsopimukseen vain erittäin painavilla syillä. Jos se on lapsen kasvatuksen tai terveyden kannalta välttämätöntä, huoltajalla lienee oikeus saada lakkaamaan sellainenkin työsopimus, jonka hän on lapsen edustajana itse tehnyt, muillakin kuin TyösopimL:ssa mainituilla purkamisperusteilla. Lapsen kasvatuksen kannalta välttämättömänä voidaan työsopimuksen lakkaamista pitää mainituissa tapauksissa, vain jos sopimuksen jatkuminen on ilmeisesti esteenä kaikelle lapsen järkiperaiselle kasvatukselle, ei siis esim. jos lapselle olisi huoltajan mielestä edullisempaa siirtyä toiselle alalle. Puheenaolevaa oikeuttaan puuttua lapsen työsopimukseen huoltaja ei voi myöskään käyttää esim. lapsen palkan pienuuden takia, vaikka palkka olisikin ilmeisessä epäsuhteessa sen suorittamaan työhön.⁵⁰⁰

Kuten sanotusta selviää, huoltaja on käsittääksemme oikeutettu saamaan lapsen työsopimuksen lakkaamaan muillakin kuin TyösopimL:n

⁴⁹⁹ Ellei huoltaja ryhdy toimenpiteisiin lapselle sopimattoman työsopimuksen lakkaamiseksi, tämä saattanee johtaa huoltolautakunnan puuttumiseen lapsen huoltoon.

⁵⁰⁰ Vrt. *Rikheim: Umyndiges Rettshandler*, s. 66.

määräämillä edellytyksillä, jos se on lapsen kasvatuksen tai terveyden kannalta välttämätöntä.⁵⁰¹ Kaikissa niissä tapauksissa, joissa työsopimuksen lakkaaminen on mainitulta kannalta välttämätöntä, huoltajalla lienee oikeus saada sopimus sovitusta työkaudesta ja irtisanomisajasta huolimatta heti lakkaamaan. Hänellä on siis jonkinlainen sopimuksen purkamisoikeus.⁵⁰² Siinä tapauksessa, että huoltajan puheenaoleva oikeus tehdään riidanalaiseksi, lienee asia tuomioistuimen ratkaistava. Lapsen vastustaessa huoltajan vaatimusta työsopimuksen lakkaamisesta lienee sillä oikeus käyttää huoltajan ohella puhevaltaa asiassa. Huoltaja ei silloin edusta sitä varsinaisessa mielessä. Hän toteuttaa vain omaa oikeuttaan puuttua kysymyksessäolevassa suhteessa itsenäisessä asemassa olevan lapsen työsopimukseen.

Siinä tapauksessa, että huoltaja puheenaolevaa purkamisoikeuttaan käyttäessään vetoaa sellaiseen perusteeseen, joka oikeuttaisi lapsen purkamaan työsopimuksensa TyösopimL:n säännösten nojalla, määräytyy työnantajan ja työntekijän vahingonkorvausvelvollisuus mainitun lain 33 §:n 2 momentin mukaan. Kysymyksenalaista on sitävastoin, onko työnantaja oikeutettu vahingonkorvaukseen niissä tapauksissa, joissa huoltaja saa lapsen työsopimuksen lakkaamaan, vaikkei TyösopimL:n mukaista purkamisperustetta ole olemassa. Tanskan oikeudessa on nimenomaan säädetty, että työnantaja voidaan oikeuttaa saamaan vahingonkorvausta tällaisessa tapauksessa, jos korvauksen suorittamista on pidettävä hänen oikeutensa kannalta kohtuullisena.⁵⁰³ Vastaavaa säännöstä ei ole sitävastoin Ruotsin eikä Norjan oikeuksissa.⁵⁰⁴ *Westringin* mielestä työnantajalla ei ole Ruotsin oikeuden mukaan puheenaolevassa tapauksessa oikeutta vahingonkorvaukseen. Tämän hän selittää johtuvan siitä, että mainittu vahingonkorvausvelvollisuus voisi estää huoltajaa purkamasta sopimusta silloinkin, kun sen purkaminen on lapsen edun kannalta välttämätöntä.⁵⁰⁵ Omasta puolestamme katsoimme kuitenkin Tanskan oikeuden kannan johtavan tässä suhteessa oikeudenmukaisempaan tulokseen. Kysymys lienee siis jätettävä oikeuden harkittavaksi in casu.

⁵⁰¹ Huomattava on toiselta puolen, ettei huoltaja voi vedota tässä tarkoituksessa kaikkiin TyösopimL:n mukaisiin purkamisperusteisiin. Ks. TyösopimL 30 §.

⁵⁰² Vrt. TyösopimL 30 §.

⁵⁰³ Lov om Umyndighed og Vaergemaal 36 §.

⁵⁰⁴ Vrt. Lag om barn i äktenskap 5 § 2 mom.; Lov om vergemål for umyndige 32 § 2 mom.

⁵⁰⁵ *Westring*, s. 386.

Niissä tapauksissa, joissa huoltajalla on oikeus saada lapsen tekemä työsopimus mainituilla perusteilla lakkaamaan, lienee katsottava viisitoista, vaan ei kahdeksantoista vuotta täyttäneen lapsen menettävän tällaisen sopimuksen lakkaamisen vaikutuksesta itsenäisen oikeutensa työsopimuksen tekemiseen. Tämä johtuu jo siitä, ettei lapsi elätä itseään enää omalla työllään. Näin ei liene sitävastoin laita, mikäli on kysymys kahdeksantoista vuotta täyttäneen lapsen oikeudesta tehdä työsopimus, mutta jos sanotun ikäinen lapsi tekee uudelleen sen kasvatukselle tai terveydelle sopimattoman työsopimuksen, huoltaja saattaa jälleen ryhtyä toimenpiteisiin sopimuksen lakkaamiseksi.⁵⁰⁶

Lapsen oikeus tehdä itse työsopimuksensa ei siis käsittäksemme ole ehdoton siinä mielessä, ettei huoltaja voisi siihen mainituin edellytyksin puuttua. Tällainen puuttuminen on kuitenkin mahdollista vain poikkeustapauksessa. Lainsäätäjän tarkoituksena on ollut saattaa lapsi todella puheenaolevassa suhteessa huoltajaansa nähden itsenäiseen asemaan.⁵⁰⁷ Näin ollen huoltajalla ei ole yleistä oikeutta etukäteen rajoittaa tai kokonaan kieltää lapselta sille TyösopimL:n 9 §:ssä taattua oikeutta työsopimuksen tekemiseen.⁵⁰⁸ Kuitenkin lienee hänellä tällainenkin oikeus siinä poikkeustapauksessa, että kaiken tai määrätynlaisen työn kieltäminen lapselta on sen kasvatuksen tai terveyden kannalta välttämätöntä. Alle kahdeksantoistavuotisen lapsen osalta on sanottu oikeus itsestään selvä, koska huoltajan on tehtävä aina tällaisen lapsen ensimmäinen työsopimus. Kahdeksantoista vuotta täyttäneen lapsen suhteen lienee tällainen oikeus johdettavissa huollon tarkoituksesta. Lainsäätäjän tarkoituksena ei ole voinut olla, että esim. keuhkotautinen kahdeksantoista vuotta täyttänyt lapsi, jonka lääkäri on määrännyt lähetettäväksi parantolaan, saisi tuhota elämänsä ryhtymällä vastoin huoltajan tahtoa sille hengenvaaralliseen työhön, tai että mainitun iän saavuttanut tyttö saisi huoltajan kiellosta huolimatta mennä palvelukseen sellaiseen paikkaan, jossa se joutuu ilmeisesti siveellisesti rappiolle.

⁵⁰⁶ Ruotsin oikeudessa menettää myös kahdeksantoista vuotta täyttänyt lapsi sanotussa tapauksessa nimenomaisen säännöksen perusteella puheenaolevan itsenäisen asemansa. Ks. Lag om barn i äktenskap 5 § 2 mom.; *Undén*, s. 57; *Westring*, s. 385; Lb. AB. I, s. 530.

⁵⁰⁷ Vrt. *Bentzon*: Personretten, s. 62; *Undén*, s. 57.

⁵⁰⁸ Näin Norjan oikeuden kannalta *Rikheim*: Umyndiges Rettshandler, s. 66. Vrt. Tanskan oikeuden osalta *Bentzon*: Personretten, s. 62.

Kuten jo on mainittu,⁵⁰⁹ edustaa huoltaja lasta myös sen oppisopimuksen teossa. Oppilaalla tarkoitetaan OppisopimL:ssa henkilöä, joka ennenkuin on täyttänyt kaksikymmentäyksi vuotta, on muulle ammatinharjoittajalle kuin isälleen tai äidilleen mennyt työhön oppiakseen sellaisen käsityö- tai teollisuusammatin tai ammatinhaaran, jonka oppimiseen säännönmukaisesti vaaditaan vähintään kahden vuoden aika tai johon OppisopimL:n soveltamista pidetään tarpeellisena, vaikka sen oppimiseen riittää lyhempiikin aika, kuitenkin vähintään yksi vuosi.⁵¹⁰ Kuten työsopimuksen, saa myös oppisopimuksen tehdä itse kahdeksantoista vuotta täyttänyt lapsi. Vastaavasti on myös sama oikeus viisitoista, vaan ei kahdeksatoista vuotta täyttäneellä omalla työllään itsensä elättävällä lapsella.⁵¹¹ Ellei viimeksimainitun ikäinen lapsi elätä itseään omalla työllään, edustaa huoltaja sitä oppisopimuksen teossa. Tässä tapauksessa ei mainitun sopimuksen tekemiseen yleensä vaadita lapsen suostumusta.⁵¹² Huoltaja saa siis vastoin lapsen tahtoakin määrätä, mihin ammattiin hän sitä kehittää. Kun huoltajan lapsen puolesta tekemää oppisopimusta ei saa ilman lapsen kirjallista suostumusta ulottaa yli sen ajan, jolloin se täyttää kahdeksantoista vuotta,⁵¹³ saattaa lapsi kuitenkin sanotun iän saavutettuaan siirtyä vastoin huoltajan tahtoa toiseen ammattiin. Mitä edellä on sanottu siitä, millä edellytyksillä huoltaja on oikeutettu tekemään lapsen puolesta työsopimuksen, milloin lapsen on katsottava elättävän itsensä omalla työllään, työsopimuksen voimassaolosta siinä tapauksessa, että se on ilman lapsen suostumusta ulotettu yli sen ajan, jolloin se täyttää kahdeksantoista vuotta ja huoltajan oikeudesta saada lapsen oppisopimus lakkaamaan, jos se on lapsen kasvatuksen tai terveyden takia välttämätöntä, pitänee soveltuvin osin paikkansa myös oppisopimuksen suhteen.⁵¹⁴ Kun oppilaana ei ole OppisopimL:n mukaan pidettävä henkilöä, joka oppiakseen jonkin ammatin on mennyt isälleen tai äidilleen työhön,⁵¹⁵ selviää tästä, ettei lapsen ja sen isän tai äidin välinen oppisopimus ole mahdollinen.⁵¹⁶ Sanotun säännöksen estä-

⁵⁰⁹ Ks. s. 229 s.

⁵¹⁰ OppisopimL 2 § 2 mom.

⁵¹¹ OppisopimL 5 §.

⁵¹² Norjan oikeudessa vaaditaan oppisopimukseen lapsen suostumus. Ks. Lov om håndverksnaering, 25/7 1913, 16 §; Lov om Forhyrings-, Faeste- og Engagementskontorer, 12/6 1896, 3 §; Rikheim: Vergemålsloven, s. 65.

⁵¹³ OppisopimL 5 §.

⁵¹⁴ Ks. s. 230 ss.

⁵¹⁵ OppisopimL 2 § 2 mom.

⁵¹⁶ Toisin Saksan oikeudessa. Ks. Staudinger IV, 2, s. 1003.

mättä voinee sitävastoin määräyksenvarainen huoltaja ottaa OppisopimL:n mielessä oppilaakseen huollettavansa lapsen. Tässä tapauksessa lienee lapselle, joka ei ole oikeutettu tekemään itse oppisopimustaan, määrättävä uskottu mies solmimaan sen puolesta puheenaolevan sopimuksen.⁵¹⁷

Oikeustoimiin, joissa huoltaja edustaa lasta, lienee myös luettava sopimus lasta varten suoritettavasta elatusavusta.⁵¹⁸ Elatusapu on tarkoitettu käytettäväksi huollosta aiheutuvien menojen suorittamiseen. Tämän takia on huoltaja eikä omaisuuden hoitaja oikeutettu tekemään sopimuksen lapselle maksettavasta elatusavusta. Hänen tehtävänä on arvostella, miten suuren elatusavun tulee olla, jotta se riittäisi huollosta johtuvien menojen peittämiseen. Avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen elatusvelvollisuutta koskevan sopimuksen teossa edustaa lasta sen äiti lapsensa lakimääräisenä huoltajana, ellei lapselle ole määrätty muuta huoltajaa.⁵¹⁹ Tällaisen elatusapusopimuksen teossa on kuitenkin lastenvalvojalla huoltajan ohella tärkeä merkitys.⁵²⁰

C. Lapsen edustaminen oikeudessa ja muun viranomaisen luona.

Edellä on jo ollut puhetta siitä, että huoltaja on oikeutettu edustamaan lasta sen henkilöä koskevissa asioissa tuomioistuimessa ja muun viranomaisen luona sekä että lapsen molempien vanhempien ollessa sen huoltajina sanottu edustus-oikeus kuuluu isälle, ellei äitiä ole katsottu tähän tehtävään soveliaammaksi.⁵²¹

Tutkimuksemme puitteissa ei ole mahdollista tarkastella kaikkia niitä tapauksia, joissa huoltajan on edustettava lasta muun viranomaisen kuin oikeuden luona. Toteamme vain yleensä, että hänen on edustettava sitä näiden luona kaikissa sen henkilöä koskevissa asioissa. Lapsen edusta-

⁵¹⁷ Näin Saksan oikeuden kannalta isän ja lapsen välisen oppisopimuksen osalta *Opet-Blume* IV, s. 512 s.; *Staudinger* IV, s. 1003. Toisin RGRKomm. IV, s. 365, jonka mukaan oppisopimuksen tekeminen ei ole tällaisessa tapauksessa lainkaan tarpeen.

⁵¹⁸ Ks. *Undén*, s. 40; *Bäärnhielm*, s. 209. Vrt. AULapsL:n 16 §:n 2 momentin sanamuotoa. Siitä, kenelle lapselle tuleva elatusapu on suoritettava, ks. edellä s. 128 ss.

⁵¹⁹ AULapsL 3 §.

⁵²⁰ AULapsL 11 § 1 mom., 15 § 1 mom. ja 16 §.

⁵²¹ Ks. s. 223 s.

miseen oikeudessa syvennymme sitävastoin seuraavassa yksityiskohtaisemmin.

Kaikilla alaikäisillä on kelpoisuus esiintyä asianosaisena riitajutussa eli ns. asianosais- l. riitapuolikelpoisuus. Sanottu kelpoisuus on nimittäin jokaisella, joka voi olla yksityisoikeuksien subjektina.⁵²² Oikeudenkäyntikelpoisuus eli kyky ryhtyä oikeudellisesti päteviin oikeudenkäyntitoimiin puuttuu sitävastoin alle viisitoistavuotiaalta lapselta kokonaan, ja sanotun iän saavuttaneella lapsella on riita-asioissa vain rajoitettu oikeudenkäyntikelpoisuus.⁵²³ Oikeudenkäynnissä on siis huoltajan edustettava alle viisitoistavuotiaasta lasta sen henkilöä koskevassa asiassa ja tämän iän täyttäneeltä lasta näissä asioissa, mikäli lapsella ei ole oikeudenkäyntikelpoisuutta. Sitäpaitsi saattaa huoltajalla olla eräissä tapauksissa oikeus käyttää lapsen ohella sen puhevaltaa. Rajoitettu oikeudenkäyntikelpoisuus on viisitoista vuotta täyttäneellä lapsella, kun asia koskee omaisuutta, minkä se on omalla työllään ansainnut. Jos lapsella on siihen kylliksi ymmärrystä, se voi myös oikeudelle tehdä sellaisen esityksen, johon holhouksen hoito ehkä antaa aihetta. Sitäpaitsi oikeuden on holhoustoimen hoitoa ja valvontaa eli siis myös lapsen huollon hoitoa ja valvontaa koskevassa asiassa kuultava kahdeksantoista vuotta täyttäneeltä lasta, kun se katsotaan tarpeelliseksi ja se voi tapahtua ilman ajanhukkaa.⁵²⁴ Lapsen oikeudenkäyntikelpoisuus sen itse ansaitseman omaisuuden suhteen rajoittaa lähinnä omaisuuden hoitajan toimivaltaa. Huoltajan edustusoikeuden kannalta sisältää sitävastoin tärkeän rajoituksen lapsen oikeudenkäyntikelpoisuus riidassa, joka johtuu työsopimuksesta, jonka se on ollut oikeutettu omin päin solmimaan. Kuten jo on mainittu, se on käsittääksemme oikeutettu ajamaan omin päin kannetta työnantajaansa vastaan tällaisen työsopimuksen täyttämisestä. Työnantajan vaatiessa siltä korvausta sopimuksen täyttämättä jättämisestä lienee jutussa kuitenkin kuultava lapsen omaisuuden hoitajaa, koska se vastannee sopimuksen täyttämättä jättämisestä tämänkin hallinnassa olevalla omaisuudella.⁵²⁵ Aikaisemmin on ollut puhetta siitä,

⁵²² Ks. *Granfelt: Civilprocessrätt*, s. 47; *Wrede—Sjöström*, s. 63; *Wrede: Civilprocessrätt I*, s. 180; *Sundström: Asianosaiskäsitteestä*, s. 28 ss.; *Tarjanne: Asianosaisseuraanto*, s. 18 ss.; *Kallenberg I*, s. 525; *Rikheim: Umyndiges Rettsandler*, s. 140.

⁵²³ Ks. *Wrede: Civilprocessrätt I*, s. 182 ss.; *Wrede—Sjöström*, s. 63; *Granfelt: Civilprocessrätt*, s. 47; *Tarjanne: Asianosaisseuraanto*, s. 33 ss.; *Kallenberg I*, s. 545 ss.

⁵²⁴ HL 16, 47 ja 61 §; *Wrede: Civilprocessrätt I*, s. 183 s.; *Wrede—Sjöström*, s. 63; *Granfelt: Civilprocessrätt*, s. 47; *Grottenfelt: Förmynderskapslagen*, s. 26 ss.; *Gadolin*, s. 32 s.; *Ekström*, s. 344.

⁵²⁵ Ks. edellä s. 236.

ettei lasta voi edustaa puhtaasti henkilökohtaisissa asioissa.⁵²⁶ Tällaisessa asiassa on siis viisitoista vuotta täyttäneellä lapsella itsellään oikeudenkäyntikelpoisuus. Kuitenkin lienee huoltajalla oikeus esiintyä mainitunlaisessa asiassa lapsen avustajana.⁵²⁷ Mitä tulee lapsen puolesta ajettaviin oikeudenkäynteihin ja sen puolesta tehtäviin oikeustoimiin, on vielä mainittava, että ellei avioliiton ulkopuolella syntyneelle lapselle ole määrätty holhoojaa, saa sen alaikäinenkin äiti tehdä sopimuksen siitä elatusavusta, mikä lapselle on tuleva ja ajaa siitä kannetta.⁵²⁸ Yllämainittuja poikkeuksia lukuunottamatta edustaa huoltaja säännönmukaisesti lasta riitajutussa sen henkilöä koskevassa asiassa.⁵²⁹

Rikosprosessissa on asianosaiskelpoisuus syytettynä jokaisella luonnollisella henkilöllä riippumatta siitä, onko hän teoistaan rikosoikeudellisesti vastuunalainen. Käytännössä käsitellään myös syyntakeetonta ja alle viisitoistavuotiasta lasta vastaajina aina, kun niitä vastaan vaaditaan ryhdyttäväksi toimenpiteeseen, joka on ainakin osittain luonteeltaan rikosprosessuaalinen.⁵³⁰ Rikosprosessissa edustaa huoltaja aina alle viisitoistavuotiasta tai syyntakeetonta lasta, jota syytetään rikokseen verrattavasta teosta. Kuitenkin on myös lasta kuultava, jos se käy sopivasti päinsä. Viisitoista vuotta täyttäneellä lapsella on sitävästoin sitä vastaan ajatussyytejutussa oikeudenkäyntikelpoisuus. Jos lapsi ei ole kuitenkaan vielä täyttänyt kahdeksaatoista vuotta eikä ole niin kehittynyt, että se pystyisi itseään kunnolla puolustamaan, tai jos sen etu sitä muuten vaatii, huoltaja on kutsuttava sitä oikeudessa avustamaan.⁵³¹ Kun OK:n 15 luvun 1 §:ssä säädetään, että holhokin ollessa syytettynä edusmiehellä on lupa olla hänellä apuna, ilmenee tästä, että huoltaja saa

⁵²⁶ Ks. s. 225 s.

⁵²⁷ *Grottenfelt*: Förmynderskapslagen, s. 66.

⁵²⁸ AULapsL 3 § 2 mom.

⁵²⁹ Vrt. *Winroth*: Sv. C. IV, s. 366 s.

⁵³⁰ *Granfelt*: Föreläsningar, s. 441; *Sama*: Lärobok i straffprocessrätt, s. 108 s.; *Sama*: Sammandrag av föreläsningar i straffprocessrätt, s. 54 s.; *Wrede—Sjöström*, s. 199.

⁵³¹ Ks. *Granfelt*: Lärobok i straffprocessrätt, s. 109; *Sama*: Sammandrag av föreläsningar i straffprocessrätt, s. 55; *Sama*: Föreläsningar, s. 444 ss.; *Wrede—Sjöström*, s. 200; *Sundström*: Sotatuomioistuinprosessioikeus, s. 159 s.; *Grottenfelt*: Förmynderskapslagen, s. 28 ja s. 66. Vrt. myös ulkomaisen oikeuden osalta *Undén*, s. 63; *Winroth*: Sv. C. IV, s. 367 s.; *Salomonsen*, s. 115 s.; *Rikheim*: Umyndiges Rettshandler, s. 145.

avustaa 18 vuotta täyttänyttäkin lasta tämän ollessa vastaajana rikosprosessissa.⁵³²

Oikeutemme säännökset siitä, kuka on oikeutettu käyttämään asianomistajan oikeutta alaikäisen henkilön osalta, ovat epätäydelliset. RL:n 8 luvun 5 §:ssä säädetään, että jos saman luvun 4 §:ssä mainittu rikos, so. asianomistajarikos, tehdään sitä vastaan, joka on ymmärrystään vailla taikka joka ei ole täyteen ikään tullut, saa edusmies syyttää rikoksesta tahi ilmoittaa sen syytteeseen. Sanamuotonsa mukaisesti voidaan tätä pykälää soveltaa ainoastaan asianomistajarikokseen. Sitäpaitsi siinä ei sanota, tarkoitetaanko sillä, joka on täyteen ikään tullut, siviilioikeudellisesti täysi-ikäistä vaiko rikosoikeudellisesti vastuunalaista henkilöä. Tieteisopissa ja käytännössä on oltu kuitenkin yksimielisiä siitä, että holhoojalla tulee olla samanlainen syyteoikeus kysymyksen ollessa muistakin kuin asianomistajarikoksista.⁵³³ Mitä taas tulee mainitun pykälän sanoihin »joka ei ole täyteen ikään tullut», on käytäntö ja tieteisoppineiden enemmistö asettunut sille kannalle, että tässä on tarkoitettu rikosoikeudellisen vastuunalaisuuden perustavaa 15 vuoden ikää.⁵³⁴ Viisitoista vuotta täyttänyt lapsi, joka ei ole täyttä ymmärrystä vailla, on siis sikäli itsenäisessä asemassa, että se saa ajaa omin päin syytettyä sitä vastaan tehdystä rikoksesta.. Asianomistajan syyteoikeus alle viisitoistavuotiaan tai täyttä ymmärrystä vailla olevan lapsen osalta kuuluu sitävastoin sen henkilöä koskevissa asioissa yksinomaan huoltajalle. Tämä edellyttää, ettei lapsi ole rikoksen tekoaikana eikä vielä syytteen nostamisaiakanakaan saavuttanut viidentoista vuoden ikää.⁵³⁵ Jos huoltaja tekee huollettavaansa lasta vastaan asianomistajarikoksen, ennenkuin se on tullut täysi-ikäiseksi, saa virallinen syyttäjä tehdä

⁵³² Ks. *Granfelt: Föreläsningar*, s. 445; *Sama: Lärobok i straffprocessrätt*, s. 109; *Wrede—Sjöström*, s. 200; *Sundström: Sotatuomioistuinprosessioikeus*, s. 159 s. KKO P. 1920 Tied. 530.

⁵³³ Ks. *Granfelt: Föreläsningar*, s. 435; *Sama: Lärobok i straffprocessrätt*, s. 108; *Tirkkonen*, s. 192; *Palmgren*, s. 117.

⁵³⁴ Näin *Wrede—Sjöström*, s. 196; *Granfelt: Lärobok i straffprocessrätt*, s. 108; *Sama: Föreläsningar*, s. 436 s.; *Sama: Sammandrag av föreläsningar i straffprocessrätt*, s. 54; *Sundström: Sotatuomioistuinprosessioikeus*, s. 158 s.; *Palmgren*, s. 118; *Grotenfelt: Kommentar till strafflagen*, s. 238 s.; *Sama: Förmynderskapslagen*, s. 66; *Ignatius*, s. 8 s. Toisin *Forsman*, jonka mielestä tässä on kysymys siviilioikeudellisesta täysi-ikäisyydestä. *Forsman: Allmänna läror*, s. 625.

⁵³⁵ *Granfelt: Föreläsningar*, s. 437; *Sama: Lärobok i straffprocessrätt*, s. 108; *Grotenfelt: Kommentar till strafflagen*, s. 239; *Tirkkonen*, s. 192 alimuist. 41.

rikoksesta syytteen, vaikkei sitä olekaan ilmoitettu syytteeseen panta-vaksi.⁵³⁶

Esitetystä selviää, että huoltaja edustaa kaikissa riitajutuissa ja rikos-asioissa alle viisitoistavuotiasta tai täyttä ymmärrystä vailla olevaa lasta. Sanotun iän täyttäneellä lapsella on riitajutuissa eräissä poikkeustapauksissa määrättyjen asioiden suhteen oikeudenkäyntikelpoisuus. Rikos-asioissa on sitävastoin sääntönä, että viisitoista vuotta täyttänyt lapsi saattaa itsenäisesti esiintyä oikeudessa syytettynä ja käyttää asianomistajanoikeuttaan.

Onko sitten huoltajalla määräämisvaltaa 15, vaan ei 21 vuotta täyttä-neen lapsen asianomistajanoikeuden suhteen? Edellä on jo asetettu sille kannalle, että tällaisella lapsella on oikeus itsenäisesti esiintyä asian-omistajana. Sellaista ratkaisua, että oikeus esiintyä asianomistajana rikosprosessissa olisi tässä tapauksessa ainoastaan lapsella, ei kuiten-kaan voida pitää tyydyttävänä. Huoltajan velvollisuutena on valvoa alle 21-vuotiaan lapsen etua, ja rikoksen kohdistuessa lapseen voi olla kysymys suuristakin lapsen eduista. Ajateltakoonpa vain esim. lapseen kohdistunutta törkeätä lievempää pahoinpitelyä, joka saattaa olla asian-omistajarikos. Asianomistajanoikeuden käyttämisen uskominen yksin-omaan lapsen harkintaan olisi vastoin huollon yleisiä periaatteita. Käy-tännössä onkin puheenaolevan oikeuden käyttäminen uskottu tässä tapauksessa sekä lapselle että sen huoltajalle.⁵³⁷ Huoltajalla on siis valta käyttää lapsen henkilöä koskeissa asioissa 15, vaan ei 21 vuotta täyttä-neenkin lapsen asianomistajanoikeutta. Hänellä ei voitane kuitenkaan katsoa olevan tällaisissa asioissa itsenäistä asianomistajanoikeutta. Hän saa vain käyttää lapsen puheenaolevaa oikeutta.⁵³⁸ Hänellä on siis oikeus itsenäisesti lapsen etua silmälläpitäen ratkaista, ryhtyykö hän

⁵³⁶ RL 8: 6. Tässä säännöksessä tarkoitettaneen sillä, joka ei ole täyteen ikään tullut, alle 21-vuotista henkilöä. Ks. *Granfelt: Lärobok i straffprocessrätt*, s. 106; *Wrede—Sjöström*, s. 198; *Ignatius*, s. 9 ss. Toisin *Grotenfelt: Kommentar till straff-lagen*, s. 240 verr. s. 238 s.

⁵³⁷ Näin *Granfelt: Lärobok i straffprocessrätt*, s. 108; *Wrede—Sjöström*, s. 196 alimuist. 3; *Sundström: Sotatuomioistuinprosessioikeus*, s. 159; *Palmgren*, s. 118. KKO on katsonut, että holhoojalla on itsenäinen asianomistajaoikeus rikoksesta, joka koskee sekaantumista 15, vaan ei 17 vuotta täyttäneeseen lapseen. KKO 1933 sel. 41 ja 1938 tied. 643. *Grotenfeltin* ja *Tirkkosen* mielestä on sitävastoin 15 vuotta täyttänyt lapsi oikeutettu puheenaolevassa tapauksessa vain yksinään käyttämään asianomistajan oikeuksia. *Grotenfelt: Kommentar till strafflagen*, s. 239; *Tirkkonen*, s. 191 s.

⁵³⁸ *Tirkkonen*, s. 191 s.; *Palmgren*, s. 119. Käytännössä on holhoojalle annettu joskus puheenaolevassa suhteessa itsenäinen oikeus. Ks. KKO 1933 sel. 41.

asiassa toimenpiteisiin. Näin ollen hän saattaa esim. rajoittua toimimaan vain lapsen avustajana oikeudenkäynnissä.⁵³⁹ Huoltajalle kuuluvat siis yleensä asianosaisen oikeudet, ei velvollisuudet.⁵⁴⁰ Hänen tehtävästään johtuu kuitenkin, että hän on velvollinen ryhtymään toimenpiteisiin aina, kun lapsen etu sitä vaatii.

Siinä tapauksessa, että huoltaja käyttää oikeuttaan avustaa lasta sen ollessa syytettynä tai lapsen ohella sen asianomistajanoikeutta, hän saa ryhtyä oikeudenkäynnissä kaikkiin tarpeellisiin toimiin. Hän saa olla saapuvilla oikeuden istunnoissa, käyttää oikeudenkäynnissä asiamiestä jne.⁵⁴¹ Koska tällaisessa oikeudenkäynnissä on näin ollen asianosaisen oikeudet sekä lapsella että sen huoltajalla, herää kysymys, miten on meneteltävä näiden oikeudenkäyntitoimien joutuessa keskenään ristiriitaan. Tässä suhteessa lieenee yleisenä sääntönä, että huoltajan oikeudenkäyntitoimet tulevat lapsen eduksi, vaikka ne olisivatkin ristiriidassa sen omien oikeudenkäyntitoimien kanssa. Ratkaiseva merkitys on siis annettava sille prosessitoimelle, joka eniten turvaa lapsen oikeutta.⁵⁴² Jos esim. lapsi myöntää syytteen oikeaksi ja jättää asian päätettäväksi, mutta huoltaja pyytää syytteen hylkäämistä tai asian lykkäämistä lisänäytön hankkimista varten, on huoltajan pyyntöä noudatettava. Ratkaistessaan, onko lapsen vai huoltajan prosessitoimi otettava huomioon, on siis oikeuden valvottava viran puolesta lapsen etua. Tästä johtuu, että huoltaja saattaa nostaa rikoksesta syytteen, vaikkei lapsi haluaisikaan sitä tehdä.⁵⁴³ Niissä tapauksissa, joissa sekä lapsella että huoltajalla on puheenaolevassa oikeudenkäynnissä asianosaisen oikeudet, heillä on kumpaisellakin oikeus käyttää lain määräämin rajoituksin⁵⁴⁴ asiamiestä sekä valita itselleen oikeudenkäyntiavustaja. Ellei lapsi sovi huoltajan kanssa yhteisen asiamiehen tai oikeudenkäyntiavustajan käyttämisestä, kummallakin on oikeus valita itselleen oma asiamies tai avustaja.⁵⁴⁵

Kuten jo olemme maininneet, edustaa huoltaja lasta sen elatusvelvollisuutta koskevassa jutussa.⁵⁴⁶ Koska lastenvalvojalla avioliiton ulko-

⁵³⁹ Ks. *Granfelt: Lärobok i straffprocessrätt*, s. 108.

⁵⁴¹ Ks. *Salomonsen*, s. 113.

⁵⁴² Ks. *Salomonsen*, s. 116; *Rikheim: Umyndiges Rettshandler*, s. 145. Vrt. *Wrede: Civilprocessrätt I*, s. 265; *Sjöström: Om tredskodom*, s. 103 ss.; *Hassler*, s. 318 s.

⁵³⁴ Vrt. *Winroth: Sv. C. IV*, s. 368 ja s. 372 s.

⁵⁴⁴ Ks. OK 15: 1.

⁵⁴⁵ *Salomonsen*, s. 116.

⁵⁴⁶ Ks. s. 130.

puolella syntyneen lapsen uskottuna miehenä on oikeus ajaa huoltajan ohella lapsen puolesta kannetta elatusvelvollisuudesta,⁵⁴⁷ edustaa hänkin lasta sanotussa oikeudenkäynnissä. Lapsen edustusoikeus on siis tässä suhteessa lastenvalvojalla siinäkin tapauksessa, että lapsen äiti on nostonut puheenaolevan kanteen makaajaansa vastaan. Näin ollen saattaa lapsella olla kysymyksessäolevassa oikeudenkäynnissä kaksi edustajaa. Siinä tapauksessa, että heidän oikeudenkäyntitoimensa tulevat keskenään ristiriitaisiksi, lienee lapsen kannalta edullisempi toimi määräävä. Lastenvalvojan ja äidin ristiriitaisista väitteistä ja lausumista on siis oikeuden otettava huomioon lapselle edullisempi lausunto tai väite.⁵⁴⁸ Jos esim. lastenvalvoja vaatii vastaajalta suurempaa elatusapua kuin lapsen äiti, on pidettävä kiinni ensiksimainitun vaatimuksesta. Lapsen äidin läheisestä suhteesta makaajaansa johtuu, ettei hän pysty aina valvomaan sanotussa oikeudenkäynnissä tarpeeksi tehokkaasti lapsen etua. Senvuoksi on lastenvalvojalla tässä suhteessa tärkeä merkitys. Lastenvalvojan mainitusta itsenäisestä asemasta seurannee, että hän on oikeutettu jatkamaan juttua, jos lapsen äiti on tehnyt siinä sovinnon. Tähän lienee hänellä valta riippumatta siitä, onko hän haastattanut makaajan juttuun yhteisellä haasteella lapsen äidin kanssa vai onko äiti pannut jutun vireille ja lastenvalvoja sitten kanteeseen yhtynyt sekä myös siinä tapauksessa, että äiti ja lastenvalvoja kumpikin erikseen ovat panneet jutun vireille, mutta asiat käsitellään yhdessä.⁵⁴⁹

Oikeudenkäynnissä, jossa huoltajan on edustettava lasta sen henkilöä koskevassa asiassa, on useimmiten samanaikaisesti kysymys lapsen omaisuuttakin koskevista asioista. Säännönmukaisesti huoltaja edustaa lasta vain sen henkilöä ja omaisuuden hoitaja sen omaisuutta koskevissa asioissa. Jos samassa oikeudenkäynnissä on kysymys molemmista asioista, on sekä huoltajan että omaisuuden hoitajan edustettava siinä lasta. Kuitenkin lienee huoltaja oikeutettu edustamaan lasta sen henkilöä koskevaan pääasiaan nähden merkityksettömän korvausvaatimuksen osalta. Tällaisia korvausvaatimuksia ovat esim. oikeudenkäyntikulut ja pienemmät korvaukset rikosasioissa.⁵⁵⁰ Mainitunlaiset asiat saattaneet siis tuomioistuin ratkaista lapsen omaisuuden hoitajaa kuulematta.

⁵⁴⁷ AULapsL 15 § 1 mom. sekä 16 § 1 ja 2 mom.

⁵⁴⁸ *Bäärnhielm*, s. 214 s. Vrt. myös edellä alimuist. 542 mainittua kirjallisuutta.

⁵⁴⁹ *Bäärnhielm*, s. 215.

⁵⁵⁰ Vrt. *Winroth*: Sv. C. IV, s. 370.

Jos oikeudenkäyntikelpoisuutta vailla oleva lapsi on esiintynyt omin päin sellaisessa asiassa, jossa huoltajan olisi tullut sitä edustaa, lienee tuomioistuimen lainvoiman voittanut ratkaisu tästä huolimatta sitova. Samaa lienee myös sanottava oikeuden ratkaisusta asiassa, jossa huoltaja tai omaisuuden hoitaja on edustanut lasta, vaikkei sen edustaminen asian luonteen mukaan olisi kuulunut hänen toimivaltaansa. Kaikissa näissä tapauksissa on kuitenkin huoltajalla tai holhoojalla OK:n 25 luvun 22 §:n nojalla kantelu-oikeus.⁵⁵¹

7. HUOLTAJAN SUOSTUMUS LAPSEN AVIOLIITTOON JA KIHLAUKSEEN.

Edellä kosketeltujen huoltajan oikeuksien ja velvollisuuksien lisäksi ansaitsee vielä lähempää tarkastelua huoltajalta vaadittava suostumus lapsen avioliittoon ja kihlaukseen.⁵⁵²

Koska alaikäinen henkilö ei pysty aina arvostelemaan olosuhteita, joissa hän avioliiton solmii, vaaditaan tämän suhteen syntymiseen yleisesti lapsen vanhempien, läheisten sukulaisten, holhoojan tai huoltajan suostumus.

Meidän oikeutemme mukaan mies ei saa mennä avioliittoon, ennenkuin on kahdeksantoista, eikä nainen, ennenkuin on seitsemäntoista vuotta täyttänyt, ellei tasavallan presidentti ole antanut siihen lupaa.⁵⁵³ Edelleen on säädetty, ettei alaikäinen, joka ei ole ollut ennen naimisissa, saa mennä avioliittoon vanhempiensa suostumuksetta. Jos toinen vanhemmista on kuollut tai ei ole osallinen alaikäisen huoltoon taikka jos häneltä ei voida ilman melkoista hankaluutta tai ajanhukkaa hankkia lausumaa asiasta, on toisen suostumus riittävä. Milloin näin on laita molempien vanhempien suhteen, on avioliittoon hankittava muun holhoojan tai uskotun miehen suostumus.⁵⁵⁴ Mainitussa suhteessa poikkeavat AL:mme säännökset suuresti aikaisemmasta oikeudestamme.

Ennen AL:a voimassa olleen oikeuden mukaan mies sai mennä yleensä naimisiin, vasta kun hän oli tullut täysi-ikäiseksi. Sitävastoin oli

⁵⁵¹ Ks. *Grottenfelt*: Förmynderskapslagen, s. 68 s.; *Winroth*: Sv. C. IV, s. 369; *Granfelt*: Civilprocessrätt, s. 95; *Sama*: Sammandrag av föreläsningar i straffprocessrätt, s. 135; *Wrede—Sjöström*, s. 150.

⁵⁵² Huoltajan suostumuksesta lapseksiottamiseen on jo ollut aikaisemmin puhetta. Ks. edellä s. 99 s.

⁵⁵³ AL 2 §.

⁵⁵⁴ AL 3 § 1 mom.

nainen oikeutettu solmimaan avioliiton seitsemäntoista vuotta täytettyään. Alaikäisen naisen avioliittoon vaadittiin kuitenkin naittajan suostumus.⁵⁵⁵ Naittajantoimi⁵⁵⁶ oli erotettu holhouksesta erilliseksi tehtäväksi, joka kuului naitettavan sukulaiselle tai hänen vanhempiansa määräämälle henkilölle ja vain siinä tapauksessa, ettei heitä ollut elossa, hänen holhoojalleen.⁵⁵⁷

AL:ssa ei enää tunneta erityistä naittajantointia. Suostumuksen antaminen sekä alaikäisen miehen että naisen avioliittoon on AL:n 3 §:n 1 momentin mukaan sisällytetty huoltajalle kuuluviin tehtäviin. Tämä selvinnee varsinkin sanotun momentin säännöksestä siitä, että jos toinen lapsen vanhemmista ei ole osallinen sen huoltoon, hänen suostumuksensa lapsen avioliittoon ei ole tarpeen. Sitä, että huoltoon osallisista puolisista on toisen suostumus riittävä, ellei toiselta voida ilman melkoista hankaluutta tai ajanhukkaa hankkia lausumaa asiasta, ja sitä, että eräissä tapauksissa uskottu mies voi antaa puheenaolevan suostumuksen, lienee katsottava poikkeussäännökseksi, joka ei järkytä yleistä periaatetta mainitun oikeuden kuulumisesta lapsen huoltoon.⁵⁵⁸

Lapsen edustajana toimii huoltaja aina, kun hän käyttää lapsen sijassa sen oikeudellista valtaa. Ratkaistaessa, edustaako huoltaja jossain asiassa lasta, on siis kiinnitettävä huomiota siihen, kenen oikeutta hän käyttää. Se, jolla ei ole valtaa määrätä toisen henkilön asioista hänen edustajanaan, saattaa käyttää vain omaa määräämisvaltaansa. Hän ei ole edustaja.⁵⁵⁹ Huoltajan määräämisvallan sisällön kannalta on tärkeätä erottaa toisistaan ne tapaukset, joissa huoltaja edustaa lasta ja joissa hän käyttää lapsen oikeuden suhteen itsenäistä hänelle huollosta johtuvaa oikeutta.⁵⁶⁰

⁵⁵⁵ NK 1: 1 ja 6; KA 31/10 1864.

⁵⁵⁶ Ks. naittajantoimesta NK 1 luku. *Chydenius*: Äktenskapsrätt, s. 6 ss. *Winroth*: Handbok I, s. 17 ss.

⁵⁵⁷ Ks. NK 1: 3. *Wrede*: Naimiskaari, s. 12 s.; *Chydenius*: Äktenskapsrätt, s. 7.

⁵⁵⁸ Vrt. *Grönvall*, s. 151 ja ulkomaisen oikeuden osalta Lb. GB. IV, s. 185 s.; *Undén*, s. 61; *Arnholm*, s. 47 ja s. 152; *Rikheim*: Umyndiges Rettshandler, s. 37; *Schulthess*, s. 13; ZGB 98 art. 2 mom. Erikoinen naittajantoimi on edelleen olemassa esim. Ranskan oikeudessa. Ks. Code civil 148–160 art.

⁵⁵⁹ Ks. esim. *Sundström*: Asianosaiskäsitteestä, s. 61 ss. ja näillä sivuilla mainittua kirjallisuutta.

⁵⁶⁰ Ks. tässä suhteessa AsevelvollisuusL, annettu 30/6 1932, 31 §; A. suojeluskuntajärjestöstä, annettu 4/5 1928, 6 § 1 mom.; A. ampuma-aseista ja ampumatarpeista, annettu 27/1 1933, 19 § 3 mom.

Vanhemmassa ruotsalais-suomalaisessa oikeudessa ei avioliittoon vaadittu lainkaan naisen suostumusta. Avioliittosopimuksen tekivät naittaja ja sulhanen keskenään. Sanotun sopimuksen teossa edusti siis naittaja naista. Maakuntalakien mukaan vaadittiin kuitenkin avioliittoon myös naisen suostumus.⁵⁶¹ Tämän johdosta muuttui naittajan edustusoikeus oikeudeksi antaa suostumus naisen avioliittoon. Voimassaolevankin oikeutemme mukaan huoltaja antaa vain suostumuksen alaikäisen lapsen avioliittoon. Avioliitosta päättäminen on puhtaasti henkilökohtainen oikeus, jossa edustaminen ei ole mahdollista. Avioliiton solmii siis lapsi eikä huoltaja, ja antaessaan siihen suostumuksensa huoltaja käyttää huollosta hänelle johtuvaa itsenäistä oikeuttansa eikä edustaa lasta sen oikeuksien käyttämisessä.⁵⁶²

Huoltajan tehtävänä on valvoa avioliiton solmimisessa lapsen etua. Aina kun avioliitto on lapsen edun mukainen, hänen on annettava siihen suostumuksensa. Sen kieltäminen omista itsekkäistä pyyteistä ei ole luvallista.⁵⁶³ Niinpä huoltaja väärinkäyttää oikeuttaan evätessään suostumuksensa esim. sen vuoksi, että hän menettää lapsen kotoa muuttamisen johdosta ilmaista työvoimaa. Ratkaistessaan, onko aiottua avioliittoa pidettävä lapsen edun mukaisena, huoltajan on kiinnitettävä huomiota avioliittoon aikovien taloudellisiin oloihin ja toimeentulomahdollisuuksiin sekä heidän henkilökohtaisiin ominaisuuksiinsa.⁵⁶⁴ Eri mieltä voitaneen olla siitä, mikä merkitys puheenaolevassa ratkaisussa on annettava sille, että mies on maannut naisen tai että avioliittoon aikoville jo syntynyt lapsi saa avioliiton vaikutuksesta aviolapsen oikeudet. *Planckin* mielestä näillä seikoilla on ratkaiseva merkitys ja avioliiton on

⁵⁶¹ Ks. esim. *Wrede*: Naimiskaari, s. 19 s.

⁵⁶² Vrt. avioehtosopimukseen vaadittavan suostumuksen suhteen AL 42 §. Siinä tapauksessa, että lapsen huolto ja sen omaisuuden hoito kuuluvat eri henkilöille, lienee avioehtosopimukseen vaadittava omaisuuden hoitajan suostumus. Ennen AL:a voimassaolleen oikeutemme mukaan kuului avioehtosopimuksen tekeminen alaikäisen naisen puolesta naittajalle. Sen tekemiseen oli kuitenkin naisen suostumus ja hänen allekirjoituksensa tarpeen. Ks. NK 8 luku 1 § 2 mom.; L. aviopuolisoiden omaisuus- ja velkasuhteista, annettu 15/4 1889, 3 luku 1 § 2 mom.

⁵⁶³ Ks. tässä suhteessa *Wrede*: Naimiskaari, s. 17; *Chydenius*: Äktenskapsrätt, s. 9; *Taranger*, s. 51; *Planck* IV,1, s. 29. Toista mieltä on *Cosack*, joka katsoo, että vanhempain oikeus antaa suostumuksensa alaikäisen lapsen avioliittoon johtuu lapsen henkilökohtaisesta riippuvaisuussuhteesta vanhempiinsa ja että vanhemmat voivat myös oman etunsa vuoksi evätä suostumuksensa lapsen avioliittoon. *Cosack* II,2, s. 220. Vrt. BGB:n 1304 §:n 2 mom. viimeisen lauseen sanamuotoa. Ks. myös aikaisemman oikeutemme osalta NK 6: 4.

⁵⁶⁴ *Wrede*: Naimiskaari, s. 17; *Grönvall*, s. 151.

katsottava olevan näissä tapauksissa aina avioliittoon aikovien edun mukaisen.⁵⁶⁵ Vaikkakin avioliitto saattaa olla sanottujen seikkojen vaikutuksesta usein huollettavan edun mukainen, emme omasta puolestamme antaisi kuitenkaan näille seikoille puheenaolevassa harkinnassa ratkaisevaa merkitystä. Antaessaan suostumuksensa lapsen avioliittoon huoltajan tulee ottaa huomioon kaikki olosuhteet, joista riippuu, onko avioliitto lapselle edullinen vai ei.

Koska aviokumppanin henkilökohtaisilla ominaisuuksilla, taloudellisilla oloilla ym. seikoilla on suostumuksen antamista harkittaessa tärkeä sija, täytyy huoltajan mainitun suostumuksen koskea avioliittoon määrätyn henkilön kanssa. Hän ei siis voi antaa lapselle yleistä lupaa mennä naimisiin edeltäpäin määräämättömän henkilön kanssa.⁵⁶⁶

Huomiota ansaitsee kysymys siitä, onko ehtojen liittäminen puheenaolevaan suostumukseen mahdollista. *Arnholm* vastaa kysymykseen kieltävästi.⁵⁶⁷ Toista mieltä ovat sitävastoin esim. *Winroth* ja *Planck*.⁵⁶⁸ Käsittääksemme viimeksimainittua mielipidettä on pidettävä oikeana. Mikäli ehto yleisten oikeusperiaatteiden mukaan on luvallinen, huoltaja voinee antaa kysymyksessä olevan suostumuksensa tällaisin ehdoin. Niinpä hän voi antaa sen esim. ehdolla, ettei avioliittoa saa solmia ennenkuin lapsi on päättänyt keskeneräiset opintonsa. Ennen ehdon täyttymistä on mainitunlaisella suostumuksella kuitenkin vähäinen merkitys.

Kuten jo on ollut puhetta, voi henkilö, joka ei ole vielä saavuttanut avioliittoikää, saada tasavallan presidentiltä luvan mennä naimisiin.⁵⁶⁹ Tällainen lupa käsittänee kuitenkin vain erivapauden avioliittoian suhteen eikä oikeuttane lasta solmimaan tässäkin tapauksessa avioliittoa huoltajan suostumuksesta. Presidentin luvasta riippumatta saattaa siis huoltaja kieltäytyä antamasta suostumustaan avioliittoon, jos siihen on lapsen edun kannalta perusteltu syy.⁵⁷⁰

Siitä yleisestä periaatteesta, että huolto-oikeuden kuulussa useammille henkilöille yhteisesti kaikkien huoltajien on osallistuttava tärkeisiin lasta koskeviin päätöksiin,⁵⁷¹ sisältää AL:n 3 §:n 1 momentin sään-

⁵⁶⁵ *Planck* IV,1, s. 29.

⁵⁶⁶ Ks. *Arnholm*, s. 152; *Taranger*, s. 50; *Planck* IV,1, s. 29; *Heinsheimer* I, s. 45.

⁵⁶⁷ *Arnholm*, s. 152.

⁵⁶⁸ *Winroth*: Handbok I, s. 20; *Planck* IV,1, s. 29.

⁵⁶⁹ AL 2 §.

⁵⁷⁰ Näin *Grönvall*, s. 150. Toista mieltä lienee *Winroth*: Handbok I, s. 20.

⁵⁷¹ Ks. edellä s. 110 s.

nös poikkeuksen. Momentissa säädetään nimittäin, että jos toiselta lapsen vanhemmista ei voida ilman melkoista hankaluutta tai ajanhukkaa hankkia lausumaa lapsen oikeudesta mennä avioliittoon, toisen suostumus on riittävä. Vaikka säännöksessä puhutaan vain lapsen vanhemmista, lienee sitä sovellettava myös määräyksenvaraisiin huoltajiin, jos huolto kuuluu useammalle määräyksenvaraiselle huoltajalle. Luonnollista on, että toisen tai muiden huoltajien lausuma lapsen oikeudesta mennä avioliittoon saadaan jättää hankkimatta vain erittäin painavien syiden perusteella. Jos lapsella on useampia huoltajia, lienee jokaisella itsenäinen oikeus kysymyksessäolevan suostumuksen antamiseen. Yhdenkin kieltäytyessä antamasta mainittua suostumusta ei lapsella liene oikeutta mennä avioliittoon, ellei se saa siihen oikeuden lupaa.⁵⁷²

Koska huoltajan mainitulle suostumukselle ei ole säädetty muotomääräyksiä, voinee sen antaminen tapahtua joko suullisesti tai kirjallisesti. Joskus saattanee huoltajan konkludenttinenkin toiminta osoittaa hänen suostuvan lapsen avioliittoon. Suostumusta tarkoittavaa tahdonilmaisua ei tarvitse antaa kuulutusviranomaiselle. Se voidaan antaa myös avioliittoon aikoville itselleen. Tämä selvinnee Avioliittolain ja sen voimaannpanosta annetun lain soveltamisesta marraskuun 22 päivänä 1929 annetun A:n 4 §:stä, jossa säädetään, että kuulutusviranomaisen on, kun siihen on aihetta, vaadittava alaikäiseltä selvitys siitä, että sen huoltaja on antanut avioliittoon suostumuksen. Kuulutusviranomaisen vaatimuksesta on siis lapsi velvollinen selvittämään, että se on saanut huoltajansa tai oikeuden luvan avioliittoonsa, mutta jos sanottu viranomais on saanut asiasta muuten selvyyden, sen ei tarvitse vaatia siitä selvitystä lapselta.⁵⁷³

Jos avioliitto on päätetty, vaikkei huoltaja ole antanut siihen suostumustaan, se on kuitenkin pätevä. Tämä selvinnee siitä, ettei huoltajan suostumuksen puutetta ole mainittu AL:n III osan 1 luvussa sellaisena seikkana, joka oikeuttaa tuomitsemaan avioliiton peruutuneeksi.⁵⁷⁴ Eri asia on, että vihkiä voidaan tuomita rangaistukseen virkavirheestä.⁵⁷⁵

⁵⁷² Huoltajien keskinäisten välien ratkaiseminen holhouslautakunnassa ei tällaisissa tapauksissa kysymykseen. Ks. HL 37 § 3 mom.; Grönvall, s. 36 s. Ranskan oikeudessa katsotaan alaikäisen avioliitto sallituksi, jos toinen vanhemmista sen kieltää, mutta toinen antaa suostumuksensa. Ks. Code civil 148 art. 1 mom.

⁵⁷³ Vrt. Grönvall, s. 152.

⁵⁷⁴ Ks. Huttunen, s. 41 ja aikaisemman oikeutemme osalta Chydenius: Äktenskapsrätt, s. 10 ss.

⁵⁷⁵ Ks. RL 40: 12, 20 ja 21 §; KirkkoL 125 § 2 mom.

Yleisten huollossa vallitsevien periaatteiden mukaan ei lapsi voi ryhtyä toimenpiteisiin huoltajan sen huollon suhteen tekemän päätöksen muuttamiseksi tai kumoamiseksi.⁵⁷⁶ Lapsen oikeus pyytää tuomioistuimen lupaa avioliittoonsa siinä tapauksessa, että huoltaja on pätevältä syyttä evännyt suostumuksensa siihen,⁵⁷⁷ sisältää kuitenkin poikkeuksen mainitusta periaatteesta. Koska tällaisen luvan pyytäminen kuuluu lapsen puhtaasti henkilökohtaisiin asioihin, ei uskotun miehen määrääminen lasta siinä edustamaan voinut tulla kysymykseen. Luvan saanee siis lapsi itse pyytää oikeudelta. Sitä lienee pyydettävä huoltajan yleisessä tuomioistuimessa tai holhoustuomioistuimessa.⁵⁷⁸ Kuten holhouksen hoitoa koskevat asiat yleensä, lienee mainitun luvan antamistakin käsiteltävä ilmoitusasiana, joka voitaneen panna haasteellakin vireille.⁵⁷⁹ Puheenaolevan asian saattaminen oikeuden tutkittavaksi edellyttää aina, että huoltaja on kieltäytynyt antamasta suostumustaan lapsen avioliittoon. Hänen suostumustaan ei voitane sitävastoin korvata oikeuden luvalla siten, että asia häneltä lausumaa ennakolta hankkimatta saatetaan suoraan oikeuden tutkittavaksi.⁵⁸⁰ Päätellessään, onko lapselle annettava lupa mennä avioliittoon vai ei, oikeuden on pidettävä silmällä niitä seikkoja, jotka järkevän huoltajankin tulee ottaa tätä kysymystä ratkaistessaan huomioon.⁵⁸¹ Mikäli toisen kihlakumppanin kuuleminen osoittautuu tarpeelliseksi, oikeus voinee häntä kuulla. Mitään puhevaltaa ei sanotulla kihlakumppanilla kuitenkaan ole asiassa.⁵⁸²

Oikeuden kysymyksessäolevasta asiasta antamaan päätökseen voidaan hakea muutosta valittamalla hovioikeuteen. Ellei hovioikeus anna lapselle lupaa mennä naimisiin, saa sen päätöksestä valittaa edelleen korkeimpaan oikeuteen. Jos hovioikeus sitävastoin antaa puheenaolevan luvan, huoltaja ei voi hakea muutosta sen päätökseen.⁵⁸³

Aikaisemmin olemme jo todenneet, ettei huoltajan suostumuksen puute tee lapsen avioliittoa pätemättömäksi.⁵⁸⁴ Koska lapsi tulee naimi-

⁵⁷⁶ Vrt. HL 47 ja 61 §.

⁵⁷⁷ AL 3 § 3 mom.

⁵⁷⁸ Grönvall, s. 151; Wrede: Naimiskaari, s. 112 s.

⁵⁷⁹ Winroth: Handbok I, s. 18; Wrede: Naimiskaari, s. 113.

⁵⁸⁰ Planck, IV,1, s. 29.

⁵⁸¹ Wrede: Naimiskaari s. 19; Grönvall, s. 151; Planck IV,1, s. 29.

⁵⁸² Vrt. Chydenius: Äktenskapsrätt, s. 13.

⁵⁸³ AL 29 §; Grönvall, s. 151 s.; Wrede: Naimiskaari, s. 18; Winroth: Handbok I, s. 18.

⁵⁸⁴ Ks. s. 254.

siin menonsa vaikutuksesta täysi-ikäiseksi, raukeaa siis huolto-oikeus siinäkin tapauksessa, että avioliitto on solmittu huoltajalta siitä lausumaa hankkimatta. Tällaisen avioliiton päättämisen jälkeen ei lapsen entisellä huoltajalla ole oikeutta estää sitä muuttamasta pois hänen määräämistään olinpaikasta. Sitävastoin huoltaja saattaa estää lasta asettumasta ennen naimisiin menoaan asumaan yhteen kihlakumppaninsa kanssa. Tässä suhteessa on huomattava aikaisemmin mainitsemamme RL:n 25 luvun 8 §:n säännös, jonka mukaan viisitoista vuotta täyttäneen naisen vieminen pois, tämän tahdon mukaan, mutta ilman huoltajan suostumusta tarkoituksella saattaa nainen avioliittoon, on rangaistava teko.⁵⁸⁵ Tällä säännöksellä on ilmeisesti ollut tarkoituksena turvata huoltajan oikeus antaa suostumuksensa alaikäisen naisen avioliittoon. Ennen AL:n voimaantuloa naittajalla oli oikeus tehdä hänen suostumuksettaan naimisiin mennyt nainen perinnöttömäksi.⁵⁸⁶ AL:n antamisen yhteydessä on tätä koskevat säännökset kuitenkin kumottu.⁵⁸⁷

Eri mieltä on oltu siitä, saattaako huoltaja peruuttaa lapsen avioliittoon antamansa suostumuksen. *Chydeniuksen* mielestä suostumuksen peruuttaminen, mikäli oli kysymys naittajalta vaadittavasta suostumuksesta, ei ollut mahdollista, ellei naittaja ollut erehtynyt jostakin suostumuksen antamiseen oleellisesti vaikuttaneesta seikasta.⁵⁸⁸ Oikeampana lienee kuitenkin pidettävä *Tarangerin*, *Arnholmin* ja *Planckin* mielipidettä, jonka mukaan tällainen suostumus on yleensä peruutettavissa.⁵⁸⁹ Se tarkoitus, jota varten huoltajalla on oikeus ja velvollisuus antaa suostumuksensa lapsen avioliittoon, ei tulisi toteutetuksi, ellei hän saattaisi peruuttaa tätä suostumusta. Tämän takia lienee suostumus peruutettavissa, siksi kunnes vihkiminen on toimitettu, riippumatta siitä, onko se annettu asianomaiselle viranomaiselle vai asianosaisille itselleen. Peruuttamiseen lienee huoltaja oikeutettu aina, kun lapsen etu sitä vaatii, eikä siis ainoastaan perusteilla, jotka hän on saanut tietoonsa suostumuksen antamisen jälkeen. Heti kun huoltaja on peruuttanut mainitun suostumuksensa, on katsottava, ettei häneltä vaadittavaa suostumusta lapsen avioliittoon ole olemassa. Hänen suostumuksensa voidaan korvata tällöin vain oikeuden päätöksellä.

⁵⁸⁵ Ks. edellä s. 192 ja *Chydenius*: Äktenskapsrätt, s. 9 s.

⁵⁸⁶ NK 6:1 ja 3.

⁵⁸⁷ ALVpL 1 §.

⁵⁸⁸ *Chydenius*: Äktenskapsrätt, s. 12 s. Pääpiirteittäin samalla kannalla on *Winroth*. Ks. *Winroth*: Sv. C. I, s. 50 s.; *Sama*: Handbok I, s. 19.

⁵⁸⁹ Ks. *Taranger*, s. 51; *Arnholm*, s. 152 s.; *Planck* IV,1, s. 28 s. ja s. 31.

Huoltajalta vaaditaan suostumus lapsen avioliittoon sentakia, että hänellä jos kellään voidaan olettaa olevan tahtoa ja kykyä harkita, onko avioliittoa pidettävä lapsen edun mukaisena. Tästä johtuu, että lain säännöksiä siitä, kenen mainittu suostumus on annettava, on pidettävä absoluuttisina. Määräämisoikeuttaan puheenaolevassa asiassa huoltaja ei saa siirtää toiselle henkilölle, vaikka hän katsoisikin tällä olevan tarpeelliset edellytykset asian arvostelemiseen.⁵⁹⁰ Myöskään hän ei voine luopua oikeudestaan suostumuksen peruuttamiseen. Aina kun lapsen etu sitä vaatii, hän on velvollinen peruuttamaan sen avioliittoon antamansa suostumuksen.⁵⁹¹

Kun alaikäinen henkilö saa mennä avioliittoon, on luonnollista, että hän saa myös tehdä sopimuksen vastaisen avioliiton solmimisesta eli kihlautua.⁵⁹² Alaikäisen lapsen kihlauksenkaan suhteen ei siis huoltajalla ole välitöntä määräämisvaltaa. Kuten avioliitto, on kihlauskin puhtaasti henkilökohtainen oikeustoimi, joka edellyttää kihloihin menevän henkilön omaa tahdonilmaisua. Jotta alaikäisen henkilön kihlauksella olisi kaikki siitä lain mukaan johtuvat oikeusvaikutukset, kihlaukseen vaaditaan huoltajan suostumus.⁵⁹³ AL:mme edellyttää kuitenkin selvästi, että kihlaus voidaan päättää huoltajan suostumuksetakin. Jos suostumusta ei ole annettu, kihlauksella on toisen sopimuspuolen

⁵⁹⁰ Ks. *Planck* IV,1, s. 31; *Winroth*: Sv. C. III, s. 50. Vrt. myös tässä suhteessa aikaisemman oikeutemme osalta NK 3:3 ja *Chydenius*: Äktenskapsrätt, s. 9.

⁵⁹¹ *Planck* IV,1, s. 31.

⁵⁹² Tämä selviää AL:n 6 §:n 2 momentista. Oikeudessamme ei ole nimenomaista säännöstä siitä, vaaditaanko alaikäisen kihlaukseen jokin määrätty ikä. Tieteisopissa on kysymyksestä esitetty eriäviä mielipiteitä. Eräät tutkijat ovat sitä mieltä, että alaikäisen kihlaukseen vaaditaan avioliittoikä. Näin *J. Serlachius*: JFT 1903, s. 313 s.; *Chydenius*: Äktenskapsrätt, s. 19. *Winrothin* mielestä saattaa alaikäinen sitävästoin mennä kihloihin, jo ennenkuin hän on saavuttanut avioliittoiän, jos hän on tarpeeksi kehittynyt ymmärtääkseen puheenaolevan oikeustoimen sisällön. Ks. *Winroth*: Sv. C. I, s. 39. Samalla kannalla on *Planck* Saksan oikeuden suhteen. Ks. *Planck* IV,1, s. 9. Vrt. *Endemann* II,2, s. 48. Mainittava on vielä, että *v. Willebrand* katsoo historiallisilla perusteilla kihlaukseen vaadittavan molemmilta sopimuskumppaneilta viidentoista vuoden ikä. *v. Willebrandt*: JFT 1903, s. 17. Koska kihlaus-aika on tarkoitettu jonkinlaiseksi koeajaksi ennen avioliittoa, lienee paikallaan, että sitä koskeva sopimus voidaan tehdä, jo ennen kuin kihlakumppanit ovat tulleet avioliittoikänsä. Kun alaikäiselle yleensä ei ole myönnetty toimikelpoisuutta, ennenkuin hän on täyttänyt viisitoista vuotta, ja lienee syytä olettaa, ettei hänellä ainkaan ennen tätä ikää ole tarpeeksi arvostelukykyä ymmärtääkseen kihlauksen merkityksen, katsoisimme, että kihlaukseen on vaadittava sanottu ikä. Vrt. Ruotsin oikeuden osalta *Westring*, s. 18; *Stjernstedt*, s. 2.

⁵⁹³ AL 6 § 2 mom. *Grönvall*, s. 21.

osalta kaikki sen tuottamat oikeudelliset vaikutukset, mutta sen osalta, jolle suostumus olisi ollut tarpeen, se aiheuttaa ainoastaan velvollisuuden kihlauksen purkautuessa palauttaa AL:n 7 §:n mukaan kihlakumppanilta saadut lahjat sekä velvoittaa sulhasen sanotun lain 9 §:ssä mainituin edellytyksin suorittamaan hyvitystä morsiamelle, jonka hän on maannut. Huoltajan suostumuksella tapahtuneesta kihlauksesta saattaa sitävastoin johtua mainittujen oikeusseuraamusten lisäksi AL:n 8 §:ssä säädetty vahingonkorvausvelvollisuus.⁵⁹⁴

Kihlaus on voimassaolevan oikeutemme mukaan vapaamuotoinen sopimus. Se voidaan tehdä suullisesti tai kirjallisesti. Myös lienee se katsottava tehdyksi, esim. kun mies ja nainen ovat pyytäneet kuulutusta avioliittoon. Sormusten vaihtaminen, kihlauksen julkaiseminen, viranomaisten myötävaikutus tai muut muodollisuudet eivät siis ole laillisen kihlauksen välttämättömiä edellytyksiä. Sopimuksen avioliittoon menemisestä tulee kuitenkin olla selvä ja nimenomainen, jotta sitä voitaisiin pitää sitovana kihlauksena. Luonnollista on, että kihlauksen vapaamuotoisuus saattaa tuottaa hankaluuksia arvosteltaessa, onko huoltajan katsottava antaneen puheenaoleva suostumuksensa. Jos kihlaussopimus on tehty todistajain läsnäollessa joko suullisesti tai kirjallisesti ja huoltaja on antanut samassa tilaisuudessa suostumuksensa kihlaukseen, se on helppo näyttää toteen. Muissa tapauksissa saattaa se käydä vaikeaksi. Siinä tapauksessa, että huoltaja on ollut läsnä tavanmukaisessa kihlauksen julkaisutilaisuudessa tai jos hän muuten huolimatta siitä, että on ollut kihlauksesta ilmeisesti tietoinen, ei ole todistettavasti evännyt suostumustaan siihen, hänen lienee katsottava antaneen puheenaolevan suostumuksen.⁵⁹⁵ Ellei huoltaja anna suostumustaan lapsen kihlaukseen, lapsi ei voi saattaa kysymystä tuomioistuimen tutkittavaksi ja saada kihlaukseensa kuten avioliittoonsa oikeuden suostumusta. Jos lapsen avioliittoon on hankittu oikeuden lupa, on huoltajan suostumuksetta tapahtunutta kihlausta kuitenkin pidettävä sen jälkeen sellaisen kihlautumisen veroisena, johon suostumus on annettu.⁵⁹⁶

Lapsen kihlaukseen annettua suostumusta on tulkittava suppeasti. Se ei käsitä lupaa mennä avioliittoon. Naimisiinmenoa varten tulee olla nimenomainen juuri siihen annettu suostumus. Kihlaukseen suos-

⁵⁹⁴ AL 6 § 2 mom. *Grönvall*, s. 21. Aikaisemman oikeutemme mukaan vaa-dittiin naisen kihlaukseen aina naittajan suostumus. Ks. NK 3:1; *Chydenius: Äktenskapsrätt*, s. 12; *Wrede: Naimiskaari*, s. 60 s.

⁵⁹⁵ Ks. *Wrede: Naimiskaari*, s. 60 s.; *Chydenius: Äktenskapsrätt*, s. 16 ss.

⁵⁹⁶ *Grönvall*, s. 155.

tunut huoltaja saattaa pitää usein lapsen avioliittoa ennenaikaisena esim. sen nuoren iän tai jonkin muun seikan takia. Jotta lapsen kihlauksella olisi kaikki lain säättämät oikeusvaikutukset, vaaditaan siihen siinä tapauksessa, että lapsella on useampia huoltajia, kaikkien näiden suostumus. Jos yksikin kieltäytyy antamasta suostumustaan, kihlausta lienee pidettävä vastoin huoltajan tahtoa solmittuna. Mitä edellä on sanottu huoltajan oikeudesta evätä suostumuksensa lapsen avioliittoon, ehtojen liittämisestä avioliittoon annettuun suostumukseen, mainitun suostumuksen muodosta ja sisällöstä, sen peruuttamisesta ja mahdollisuudesta siirtää oikeus tällaisen suostumuksen antamiseen toiselle henkilölle, pitäneen soveltuvin osin paikkansa kihlaukseenkin vaadittavan suostumuksen suhteen.⁵⁹⁷ Kuten kihlaus, on kihlauksen purkaminenkin puhtaasti henkilökohtainen oikeustoimi, joka edellyttää kihlakumppanin omaa tahdonilmaisua.⁵⁹⁸ Kihlauksen purkamiseen ei vaadita huoltajan suostumusta.⁵⁹⁹

⁵⁹⁷ Ks. edellä s. 252 ss.

⁵⁹⁸ Toisin *Cosack*, jonka mielestä Saksan oikeuden mukaan sillä, jolle kuuluu vanhempain valta, on oikeus purkaa lapsen kihlaus tärkeiden syiden perusteella. *Cosack* II, s. 218.

⁵⁹⁹ Ks. AL 2 luku; *Planck* IV,1, s. 11. Vrt. *Chydenius: Äktenskapsrätt*, s. 30.

ÜBER DIE SORGE FÜR DIE PERSON DES KINDES.

ZUSAMMENFASSUNG.

I. DIE SORGE FÜR DIE PERSON DES KINDES IM FINNISCHEN RECHT.

Im finnischen Recht umfasst die Vormundschaft des minderjährigen Kindes im weiteren Sinne die Rechte und Pflichten, die die Person des Kindes betreffen und zur Verwaltung seines Vermögens gehören. Als Vormünder für das Kind fungieren seine Eltern, besonders dazu bestellte Personen oder in einigen Sonderfällen ein Fürsorgerat. Im finnischen Recht sind also die Eltern des Kindes auch in den Vormundschafsbegriff mit einbezogen. Zum Unterschied zu besonders bestellten Vormündern nennt man sie jedoch gesetzliche Vormünder, eine Bezeichnung, die ihren Grund darin hat, dass weder die Eltern eines ehelichen noch die Mutter eines unehelichen Kindes zu diesen Aufgaben besonders bestimmt zu werden brauchen, da ihr Recht dazu direkt auf dem Gesetz beruht. In der finnischen Gesetzgebung spricht man aber von der Vormundschaft auch in beschränkterem Sinne und meint damit zur Unterscheidung von anderen dem Vormund obliegenden Aufgaben lediglich die Verwaltung des Vermögens des Mündels. Unter *Sorge für die Person des Kindes* werden im finnischen Gesetz das Recht und die Pflicht verstanden, alle die Person des Kindes betreffenden Sachen zu bestimmen und zu besorgen soweit das Kind nicht selbst das Recht hat, über seine eigenen Angelegenheiten zu bestimmen.

Die finnische Gesetzgebung kennt den Begriff der elterlichen Gewalt nicht. Von der elterlichen Gewalt sprechen jedoch einige Forscher in ihren rechtswissenschaftlichen Abhandlungen und rechnen dazu das Recht der Eltern zur Erziehung und Vermögensverwaltung des

Kindes. Seitdem sich unser Recht den Begriff der Sorge für die Person des Kindes in einem gleichen Sinne wie die dänische und norwegische Rechtspflege den der elterlichen Gewalt zu eigen gemacht hat, ist seine Anwendung nach Ansicht des Verfassers irreführend. Die Rechte und Pflichten, die den Eltern in Sachen der Person des Kindes sowie aus der Verwaltung seines Vermögens erwachsen, müssen wir im allgemeinen neben die entsprechenden Rechte und Pflichten der übrigen Vormünder setzen.

Gewöhnlich liegen die Verwaltung des Vermögens des Kindes und die Sorge für seine Person in der Hand derselben Person, jedoch verhält es sich nicht immer so. Wenn die genannten Aufgaben sich auf verschiedene Personen erstrecken, wird der Vermögensverwalter des Kindes gewöhnlich zu seinem Vormund und derjenige, der für seine Person sorgt Fürsorger genannt. Da man aber auch eine solche Person, der sowohl die Sorge für das Vermögen als auch für die Person des Kindes obliegt, mit Vormund bezeichnet, so ist es irreführend, von einem Vormund zu sprechen, wenn es sich nur um den Vermögensverwalter des Kindes handelt. Deshalb werden wir im folgenden die Bezeichnung Vormund nur in dem besprochenen weiteren Sinne gebrauchen und meinen damit eine Person, die das Vermögen des Kindes verwaltet und die Sorge für seine Person ausübt. Diejenige Person aber, die einzig die Vermögensverwaltung innehat, wird dagegen der Deutlichkeit halber Vermögensverwalter des Kindes genannt werden.

Wenn die Sorge für die Person des Kindes, ebenso wie seine Vormundschaft im allgemeinen, direkt durch das Gesetz Sache der Eltern beim ehelichen und Sache der Mutter beim unehelichen Kinde ist, kann man ihnen die Bezeichnung gesetzlicher Fürsorger geben. Die Anvertrauung dieser Aufgabe an andere Personen setzt hingegen immer eine ausdrückliche Rechtsbestimmung voraus, wonach die betreffende Person der bestellte Fürsorger für die Person des Kindes wird.

Unter sozialer Fürsorge in rechtlichem Sinne sind diejenigen Schutzmassnahmen zu verstehen, die ein Fürsorgerat auf Grund des Kinderschutzgesetzes v. 17. I. 1936 zu entsprechender Pflege wie sie sich für die Person des betreffenden Kindes als notwendig erweist, zu übernehmen hat. Zu den in Frage kommenden Massnahmen gehört auch das Recht des Fürsorgerates, das Kind oder den Jugendlichen in seine Obhut zu nehmen, wobei die Eltern das Sorgerecht für das Kind verlieren und dieses an den Fürsorgerat übergeht.

Da der Fürsorgerat eine Verwaltungsbehörde ist, nennen wir seine Sorge im folgenden administrative Sorge. Zur Sorge für die Person des Kindes als vormundschaftsrechtlichen Begriff zählen wir also die gesetzliche, die bestellte und die administrative Sorge.

II. DAS WESEN DES SORGERECHTS UND GEWISSE DARAUF BERUHENDE ALLGEMEINE GRUNDSÄTZE.

1. DAS WESEN DES SORGERECHTS.

Nach Ansicht des Verfassers begründet das Sorgeverhältnis sowohl für den gesetzlichen als auch den bestellten Fürsorger das subjektive Recht zur Ausübung der ihm anvertrauten Aufgabe. Dieses subjektive Recht gibt jedoch von dem Wesen des Sorgerechts nur ein einseitiges Bild. Das den genannten Fürsorgern zur Führung der die Person des Kindes angehenden Sachen zustehende Recht schliesst auch zugleich die Verpflichtung dazu ein. Der Fürsorger ist sowohl dem Staat als auch dem Kinde gegenüber verpflichtet, der ihm anvertrauten Aufgabe zu genügen. Zur Erfüllung dieser Pflicht stehen ihm eine Reihe verschiedener Befugnisse zu, wie z.B. das Züchtigungsrecht am Kinde, das Recht zu seiner Beaufsichtigung usw. Diese Befugnisse kann man jedoch wohl nicht als besondere subjektive Rechte des Fürsorgers ansehen sondern nur als Rechtsbefugnisse, die sich aus dem besagten subjektiven Recht herleiten. Im allgemeinen dürfte es richtig sein, die Meinung zu vertreten, dass der in Frage kommenden Pflicht bei der Sorge für die Person des Kindes eine entscheidende Bedeutung zukommt und dass der grösste Teil der erwähnten Rechtsbefugnisse dem Fürsorger zunächst nur zur Erfüllung dieser Pflicht gegeben ist.

Die Pflicht des Fürsorgers, von der die Rede war, bezieht sich wohl in erster Linie und unmittelbar auf das Kind und an zweiter Stelle auf den Staat. Daraus folgt wiederum, dass im allgemeinen das Wohl des Kindes bei der Sorge bestimmend sein muss. Was die Interessen des Kindes in jedem Einzelfall erfordern, ist jedoch nicht immer leicht festzustellen. Die natürliche Folge wie sie aus dem Vorrang der Kindesinteressen erwächst, ist die, dass der Fürsorger die ihm zustehenden Befugnisse nicht zum eigenen Vorteil verwenden darf, sobald dies mit den Interessen des Kindes in Widerspruch steht.

Was oben vom Wesen des gesetzlichen und bestellten Sorgerechtes gesagt wurde trifft für die administrative Sorge nicht zu. Der Fürsorger-

rat ist eine öffentliche Behörde. Hinsichtlich der Sorge für die Person des Kindes hat er die einer Behörde allgemein zustehende Handlungsgewalt, der andererseits die Handlungspflicht gegenübersteht. Der Fürsorgerat besitzt die obenerwähnten zur Ausübung der Sorgspflicht nötigen Rechte wie beispielsweise das Züchtigungsrecht, dagegen aber begründet das Sorgeverhältnis für ihn nicht das bereits behandelte subjektive Recht zu der betreffenden Aufgabe. Die Sorge für die Person des Kindes ist ihm nicht zur Verwirklichung eigener individueller Interessen sondern zur Wahrung derjenigen des Kindes und der Öffentlichkeit übertragen.

2. DIE VERWIRKLICHUNG DER IM SORGEVERHÄLTNIS BEGRÜNDETEN RECHTE UND PFLICHTEN.

Das Verhältnis zwischen Fürsorger und Kind ist seinem Charakter nach ein Subordinationsverhältnis. Das Kind steht im Subordinationsverhältnis zu seinem Fürsorger. Die Bestimmungsgewalt für beinahe sämtliche die Person des Kindes betreffenden Sachen liegt beim Fürsorger und das Kind hat den dabei von ihm gegebenen Anordnungen Folge zu leisten sowie überhaupt seinen Weisungen nachzukommen. Tut es das nicht dann ist der Fürsorger berechtigt, es zu alldem zu zwingen, was zur Erfüllung besagter Aufgabe notwendig ist. Als direktes Mittel zur Verwirklichung seiner Obliegenheit steht dem Fürsorger also die Zwangsmassnahme gegen das Kind zur Durchsetzung seines Willens zu Gebote.

Der Fürsorger kann jedoch nicht immer zu dem erwähnten direkten Mittel seine Zuflucht nehmen, um seinen Willen durchzusetzen. Die sog. mittelbare Durchführung der zur Sorge gehörenden Aufgaben geht in der Weise vor sich, dass der Fürsorger die Behörden um Hilfe zur Erfüllung seiner Funktionen bittet. Vernachlässigt der Fürsorger seine Obliegenheiten, dann muss die Behörde auch das Recht haben, aus eigener Initiative einzugreifen. Dies kann auf mancherlei verschiedene Weise geschehen. Der Fürsorger erhält eine Warnung oder es wird bestimmt dass er alle diejenigen Massnahmen für das Kind zu treffen hat, die zur Sorge für sein körperliches, geistiges und sittliches Wohl nötig sind, für das Kind wird Schutzaufsicht angeordnet oder schlimmstenfalls wird der Fürsorger völlig seiner Aufgabe enthoben.

3. IST DIE SORGE FÜR DIE PERSON DES KINDES ÖFFENTLICH- ODER PRIVATRECHTLICH?

Wie bereits erwähnt umfasst die Sorge für die Person des Kindes sowohl ein Recht als auch eine Verpflichtung. Mit gewissen Einschränkungen hat der Fürsorger das Bestimmungsrecht über alle die Person des Kindes angehenden Sachen, aber er ist dagegen auch sowohl dem Staate wie dem Kinde gegenüber verpflichtet, die ihm anvertraute Aufgabe zu erfüllen. Die massgebliche Bedeutung der genannten Verpflichtung im öffentlichen Interesse dürfte wohl keinem Zweifel unterliegen, aber nach Ansicht des Verfassers trägt diese Verpflichtung wenigstens bei der gesetzlichen und bestellten Sorge an erster Stelle den Interessen des Kindes und erst in zweiter Linie den öffentlichen Interessen Rechnung. Die Feststellung, dass besagte Sorge ein öffentliches Interesse in sich schliesst, ist demnach wohl kaum ein hinreichender Grund, sie zum öffentlichen Recht zu zählen. Der hauptsächliche Zweck der die Sorge für die Person des Kindes betreffenden rechtlichen Bestimmungen ist die Regelung des Verhältnisses zwischen dem Kinde und seinem Fürsorger. Aus den angeführten Gründen ist Verfasser der Ansicht, dass sowohl die gesetzliche als auch die bestellte Sorge zum Privatrecht zu rechnen sind.

In der Überführung des Kindes in die Obhut des Fürsorgerates dürfte dagegen eine entscheidende Bedeutung für das Allgemeinwohl liegen. Da die Stellung des Kindes unter den Schutz eines Fürsorgerates und ebenso die Anvertrauung der Sorge für seine Person an einen solchen wohl hauptsächlich zur Wahrung des öffentlichen Interesses geschieht und die Körperschaft bei der in Frage kommenden Aufgabe wohl auch hauptsächlich ein solches Interesse im Auge hat, liesse sich daraus freilich schliessen, dass das besagte Sorgeverhältnis zum öffentlichen Recht gezählt werden muss.

Indem die gesetzliche und die bestellte Sorge in das Privatrecht einbezogen wurde lag darin die Absicht, den Hauptzweck der betreffenden Sorgebestimmungen, der in der Regelung der Rechte und Pflichten zwischen Fürsorger und Kind besteht, besonders hervorzuheben. Dagegen war damit keineswegs die Tendenz verbunden, jene äusserst bedeutungsvolle Tatsache zu leugnen, dass das allgemeine Wohl auch bei der privatrechtlichen Sorge für die Person des Kindes einen wichtigen Gesichtspunkt bildet.

Bei jeder Vormundschaft kommt der staatlichen Aufsichtstätigkeit eine wesentliche Bedeutung zu. Die Oberaufsicht liegt ebenfalls bei

staatlichen Behörden. Obwohl alle Bestimmungen, die die Überwachung der Sorge für die Person des Kindes betreffen auch vom Standpunkt des Kindes aus wichtig sind, so müssen sie doch wohl so angesehen werden, dass sie zuallererst zur Wahrung des Allgemeinwohls gegeben sind, weshalb man sie zum öffentlichen Recht rechnen muss.

4. IN WELCHEM MASSE KANN DIE GESETZGEBUNG IN DIE REGELUNG DES SORGEVERHÄLTNISSES EINGREIFEN?

Das Familienleben baut sich auf persönlicher Zuneigung auf, und die daraus entstehenden Forderungen sind oft mit ethischen und nicht mit rechtlichen Mitteln zu verwirklichen. Aus den Rechten und Pflichten zwischen Eltern und Kindern kann man keinen erschöpfenden Begriff von der Gesetzgebung erhalten.

Eine zweckentsprechende Sorge muss sich nach den individuellen Eigenarten von Fürsorger und Kind richten. Der Erlass allzu detaillierter Bestimmungen könnte daher eher schädlich als nutzbringend sein. Darauf ist es auch zurückzuführen, dass zunächst nur das Eintreten des Sorgerechts und sein Erlöschen Gegenstand einer speziellen Gesetzgebung geworden sind. Aber auch die ins einzelne gehenden Bestimmungen des Sorgerechts kann man nicht gänzlich ausserhalb der Gesetzgebung lassen. Es ist nicht immer die Gewähr dafür vorhanden, dass der Fürsorger die an ihn gestellten Anforderungen aus Liebe zum Kinde erfüllt. Darum sind den dem Fürsorger zukommenden Rechten allgemeine Grenzen gesetzt.

Da sich nicht immer die gleichen Anforderungen an einen Fürsorger stellen lassen, ist die Frage, ob sie ihren Zweck erfüllt haben, oft nur in casu zu entscheiden. Wenn gesetzliche Anordnungen fehlen, liegt in der allgemeinen Gewohnheit eine wesentliche Bedeutung für detaillierte Bestimmungen der Sorge.

5. DER ABSOLUTE CHARAKTER DER RECHTSBESTIMMUNGEN ÜBER DAS SORGERECHT.

Im finnischen Recht ist es die Regel, dass der Fürsorger sein Sorgerecht nicht durch einen Vertrag auf andere Personen oder an eine Behörde abtreten kann. Die zwischen Ehegatten getroffene Verein-

barung hinsichtlich der Sorge für die Person des Kindes bei Scheidung oder einer davor eintretenden Trennung der Wohngemeinschaft hat die Bedeutung, dass das Gericht seinen Beschluss ihrem Gutdünken gemäss zu fassen hat, wenn es nicht gegen das Wohl des Kindes gerichtet ist. Die sich auf die Begründung des Adoptivverhältnisses beziehenden Rechtsverordnungen besagen ebenfalls, dass der Fürsorger selbst im Sorgerecht die Bestimmungsgewalt hat. Jenes Recht könnte jedoch dem anderen Ehegatten durch privaten Vertrag nur überlassen werden, wenn die Eheleute nach Aufgabe des gemeinsamen Haushalts getrennt wohnen und auch das ist nur in beschränktem Sinne möglich. Die Abtretung bezieht sich nicht auf das gesamte Sorgerecht und der Vertrag gilt nur solange bis das Gericht eine endgültige Regelung trifft. Ausserdem kann das Sorgerecht im Sinne des § 11 des Kinderschutzgesetzes durch schriftlichen Vertrag auf einen Fürsorgerat übergehen. In den anderen Fällen kann der Fürsorger die rechtliche Sorge für die Person des Kindes durch Abmachung wohl weder einer Privatperson noch einer Behörde überlassen.

Die tiefste Ursache für die Unabtretbarkeit des betreffenden Rechtes dürfte dabei die sein, dass die Sorge eine rechtliche Verpflichtung in sich trägt, die rechtspolitisch von grosser Bedeutung ist. Rechtspolitisch liegt wesentliche Bedeutung auf einer dauerhaften Regelung der Sorge und ferner darauf, dass man immer unterrichtet ist und leicht feststellen kann, wer, in jedem einzelnen Falle für die betreffende Aufgabe verantwortlich ist. Bei der Betrachtung der Unübertragbarkeit des Sorgerechts ist also daran zu denken, dass die Sorge auch eine Verpflichtung enthält, von der sich der Fürsorger nicht dadurch befreien kann, dass er sie durch Vertrag einem anderen überträgt.

Bei der Besorgung seiner Aufgaben darf der Fürsorger jedoch Hilfe in Anspruch nehmen. Soweit das Wohl des Kindes nicht gefährdet wird und soweit es nicht gegen die guten Sitten verstösst, kann der Fürsorger mittels Vertrag die Pflege besagter Aufgaben einem anderen überlassen. Die Abtretung der tatsächlichen Sorge für die Person des Kindes ist also möglich.

Da der Fürsorger seine Rechte und Pflichten nicht mit der erforderlichen Rechtswirksamkeit durch Vertrag an einen anderen abtreten kann, so ist es natürlich, dass auch ein Vertrag hinsichtlich der Überlassung der tatsächlichen Sorge für ihn in dieser Beziehung keinen bindenden Charakter trägt. Immer wenn das Wohl des Kindes es erforderlich macht ist der Fürsorger sowohl berechtigt als auch verpflichtet, die

tatsächliche Sorge für die Person des Kindes demjenigen, dem sie überlassen ist, aus der Hand zu nehmen.

Der tatsächliche Fürsorger hat im Verhältnis zum Kinde kein selbständiges Recht. Es ist lediglich ein vom rechtlichen Fürsorger abgeleitetes Recht. Darum ist er in der Besorgung seiner Aufgaben den gleichen Beschränkungen unterworfen wie letztgenannter Fürsorger auch. Wie dem rechtlichen, so kommen auch dem tatsächlichen Pfleger nicht alleine Rechte sondern auch Pflichten zu.

III. ENTSTEHUNG DES SORGERECHTS.

1. ENTSTEHUNGSGRUNDLAGEN DES SORGERECHTS.

Die Entstehungsgrundlagen des Sorgerechts stehen mit den Entstehungsgrundlagen der Rechte des Vermögensverwalters des Kindes in Übereinstimmung. Entstehungsursache des Sorgerechts ist gewöhnlich ein natürliches Ereignis, die Geburt eines Kindes, oder ein Beschluss des Gerichts oder der Verwaltungsbehörde. Früher wurde bereits erwähnt, dass die Abtretung besagten Rechtes an einen Fürsorgerat unter gewissen Voraussetzungen möglich ist. In Ausnahmefällen kann das Fürsorgerecht auch als mittelbare Folge der Legalisierung des Kindes oder eines seiner rechtlichen Stellung betreffenden Gerichtsbeschlusses eintreten.

Da die Entstehung der administrativen Sorge im Zusammenhang mit dem Erlöschen der gesetzlichen und bestellten Sorge Gegenstand eingehenderer Betrachtung sein wird, behandeln wir sie nur insoweit sie zur Klarstellung des Eintretens des bestellten Sorgerechts unerlässlich ist.

2. ENTSTEHUNG DES GESETZLICHEN SORGERECHTS.

Das gesetzliche Sorgerecht tritt gewöhnlich durch die Geburt eines Kindes ein. Die Eltern des Kindes oder der eine Elternteil werden durch die Geburt des Kindes zu seinem Fürsorger. Die Sorge für die Person des Kindes ist den Eltern im allgemeinen als besonderes Recht garantiert und kann ihnen nicht ohne gültigen Grund genommen werden.

Die Sorge für die Person des ehelichen Kindes ebenso wie seine Vormundschaft gehören direkt durch gesetzliche Verordnung seinen Eltern. Im Vormundschaftsgesetz ist bestimmt, dass die Eltern gemeinsam die gesetzlichen Vormünder eines minderjährigen Kindes sein sollen.

Im finnischen Recht gilt es als Regel, dass die Sorge für das uneheliche Kind seiner Mutter zukommt. Diese Aufgabe fällt der Mutter des Kindes direkt durch gesetzliche Bestimmung zu. Sie ist also die gesetzliche Fürsorgerin ihres Kindes. Ihr Sorgerecht beruht auf der Geburt des Kindes. Das Sorgerecht für die Person ihres Kindes ist ihr jedoch nicht ebenso unbedingt anvertraut wie den Eltern eines ehelichen Kindes. Diese Frage kann auf Vorschlag des Fürsorgerates dem Gericht zur Entscheidung vorgelegt werden, und das Gericht muss dann unter Berücksichtigung der Interessen des Kindes frei entscheiden, ob die Mutter die Eignung zum Fürsorger hat und wenn nicht, muss es einen anderen Fürsorger für das Kind bestimmen.

Verheiraten sich die Eltern eines unehelichen Kindes, tritt das Kind demzufolge in die gleiche Stellung wie ein ehelich geborenes Kind. Eine derartige Legalisierung des Kindes spielt besonders im Sorgerechtsverhältnis eine wichtige Rolle, da es im allgemeinen eine mittelbare Folge des Eheschlusses ist, dass derjenige Teil der Eltern, der keinen Anteil an besagtem Recht gehabt hat, nun dadurch einen solchen erhält.

3. ENTSTEHUNG DES BESTELLTEN SORGERECHTS.

Hat ein Minderjähriger keinen gesetzlichen Fürsorger oder ist dieser oder der bestellte Fürsorger durch Gerichtsbeschluss seiner Funktionen enthoben und wird das Kind nicht in die Obhut eines Fürsorgerates genommen, dann bestimmt ihm nach unserem geltenden Recht das Gericht einen Fürsorger. Entledigt das Gericht den früheren Fürsorger von seiner Aufgabe, dann hat es Massnahmen zur Bestimmung eines neuen Fürsorgers für die Person des Kindes zu treffen. Bei Todesfall des gesetzlichen oder bestellten Fürsorgers hat der Vormundschaftsrat dies dem Vormundschaftsgericht anzuzeigen, damit es einen neuen Fürsorger für die Person des Kindes bestimmen kann. Das Gericht hat ebenfalls im Zusammenhang mit der Ehescheidung über die Sorge für die Person des Kindes zu beschliessen. Dabei handelt es sich jedoch im allgemeinen nicht um die Entstehung des Sorgerechts sondern um seinen Verlust, weil bestimmungsgemäss besagtes Recht vor der Ehescheidung

den beiden Gatten gehört und demnach also schon von vornherein demjenigen zukommt, dem es im Zusammenhang mit der Scheidung anvertraut wird.

4. GEWISSE ALLGEMEINE GRUNDSÄTZE FÜR DIE ENTSTEHUNG DES GESETZLICHEN UND BESTELLTEN SORGERECHTS.

Bei der Entstehung des gesetzlichen Sorgerechts spielt der Umstand eine wesentliche Rolle, dass der gesetzliche Fürsorger direkt das auf dem Gesetz beruhende Recht zu der betreffenden Sorge hat. Beim Eintreten des Sorgerechts untersteht seine Eignung zu der erwähnten Aufgabe in keiner Weise der Prüfung durch die Behörden. Das bestellte Sorgerecht setzt dagegen immer das Gutachten des Gerichts über die Würdigkeit der zum Fürsorger bestimmten Person für diese Aufgabe voraus. Im Vormundschaftsgesetz sind ausdrücklich diejenigen Gründe aufgezählt, die eine Person zur Ausübung der Vormundschaft unfähig machen. Diese sog. Tauglichkeitsgründe werden im allgemeinen in unbedingte und bedingte eingeteilt. Erstere machen eine Person ohne weiteres für die betreffende Tätigkeit ungeeignet. Das Vorhandensein eines bedingten Fähigkeitsgrundes hängt dagegen von der gerichtlichen Entscheidung ab. Da es im Vormundschaftsgesetz keine gesonderten Tauglichkeitsgründe für den Fürsorger und den Vermögensverwalter des Kindes gibt, kann man wohl die Ansicht vertreten, dass die allgemeinen Tauglichkeitsgründe des Vormunds auch bei der entsprechenden Bestimmung des Fürsorgers für das Kind allein in Anwendung zu bringen sind.

Bei der Behandlung der Entstehungsgründe des gesetzlichen Sorgerechts war die Rede davon, dass das Sorgerecht für die Person des ehelichen Kindes gewöhnlich den beiden Eltern gemeinsam gehört. Auch das bestellte Sorgerecht kann mehreren Personen zugleich anvertraut werden. Die Übertragung der Vormundschaft für das Kind auf mehrere Personen zusammen ist auch auf die Weise möglich, dass dem gesetzlichen Vormund ein Nebenvormund beigegeben wird. Der Nebenvormund wird gewöhnlich nur zur Vermögensverwaltung des Kindes eingesetzt. Lediglich in Ausnahmefällen dürfte Anlass vorhanden sein, die Sorge für die Person des Kindes gemeinsam dem gesetzlichen Vormund und einem Nebenvormund anzuvertrauen.

Bei der Untersuchung der Entstehung des Sorgerechts ist daran zu denken, dass die Sorge für die Person des Kindes auch eine Verpflichtung enthält. Im allgemeinen besteht ein Zwang zur Annahme der betreffenden Aufgabe. Dies betrifft vor allem das gesetzliche Sorgerecht, aber auch die Annahme der bestellten Sorge ist allgemeine Bürgerpflicht, deren Erfüllung man sich nur auf Grund besonderer im Gesetz erwähnter Bedingungen entziehen kann.

5. ENTSTEHUNG DES ADOPTIVVERHÄLTNISSES.

Bei der Entstehung des Sorgerechts spielt auch die Annahme einer Person unter einundzwanzig Jahren an Kindesstatt eine Rolle.

Beim Eintreten des Adoptivverhältnisses ist zwischen Übereinkunft der Beteiligten und behördlicher Massnahme zu unterscheiden. Zur Adoption eines Minderjährigen ist die Einwilligung des Fürsorgers des Kindes notwendig. Dies dürfte so zu verstehen sein, dass Voraussetzung für die Entstehung eines Adoptivverhältnisses immer ein Vertrag zwischen Fürsorger und künftigen Adoptiveltern zur Überlassung des Kindes als Adoptivkind ist. Das Adoptivverhältnis wird jedoch durch genannte Abmachung noch nicht begründet. Zu seiner Entstehung ist auch die Zustimmung der Behörden erforderlich, die, wie bereits erwähnt, dabei begründenden Charakter hat.

Im finnischen Recht steht die Begründung des Adoptivverhältnisses dem Gericht zu. Das Gericht kann das genannte Verhältnis begründen, wenn festgestellt ist, dass die persönlichen Eigenschaften des Nachsuchenden und seine Verhältnisse derart sind, dass die Adoption dem Wohle desjenigen, den er an Kindesstatt annehmen will, dienlich ist. Ferner hat das Gericht noch besonders festzustellen, dass das Kind bei den Adoptiveltern eine gute Pflege und Erziehung erhält und, wenn es nötig ist, auch, ob die Voraussetzungen und hinreichender Anlass bestehen, ein Kindes- und Elternverhältnis zwischen den betreffenden Personen zu begründen.

Vom Standpunkt des Sorgerechts als Gegenstand vorliegender Untersuchung liegt eine wesentliche Bedeutung darin, dass die Kindesannahme eines Minderjährigen eine Vereinbarung zwischen dem Fürsorger des Kindes und seinen zukünftigen Adoptiveltern voraussetzt. Die Begründung eines Adoptivverhältnisses ist folglich gegen den Willen des Fürsorgers nicht möglich.

Wenn ein von der Sorge für die Person des Kindes ausgeschlossener Ehegatte der fraglichen Aufgabe würdig ist, muss nach Ansicht des Verfassers zur Begründung des Adoptivverhältnisses im allgemeinen auch seine Einwilligung gefordert werden. Er hat das grössere Recht auf die Sorge für die Person des Kindes als die dem Kinde oftmals völlig fremden Adoptiveltern. Berechtigter Anlass zu einer Begründung besagten Verhältnisses gegen den Willen des der Sorge enthobenen aber dazu würdigen Vaters oder der Mutter dürfte wohl nur in Ausnahmefällen vorliegen.

Da das Recht des Fürsorgers, das Kind zur Adoption abzugeben als ein rein persönliches Recht anzusehen ist, sollte eine adoptio incognito nach unserem Recht wohl als unzulässig gelten. Die Zustimmung des Fürsorgers zur Überlassung des Kindes für die Adoption setzt also wohl immer eine Kenntnis des Namens der künftigen Adoptiveltern ebenso wie auch ihrer sonstigen ihre Persönlichkeit und die Begründung des Adoptivverhältnisses betreffenden Umstände voraus.

Ein Adoptivverhältnis kann nicht unter solchen Bedingungen begründet werden, dass es etwa aufgehoben wird, wenn die Vertragsparteien die vereinbarten Abmachungen nicht einhalten. Das Sorgerecht für die Person des Kindes darf auch nicht bedingungsgebunden auf die Adoptiveltern übergehen. Wenn auch an eine solche Übereinkunft gewisse Bedingungen geknüpft wären, so hätten sie doch keine rechtliche Bedeutung.

Bevor das Gericht über das Zustandekommen eines Adoptivverhältnisses beschlossen hat, dürfte einem derartigen Vertrag nur sehr geringe Bedeutung zukommen. Beide Vertragsparteien können davon zurücktreten, sodass man ein Adoptivverhältnis darauf nicht mit Zwangsmitteln zu begründen vermag.

IV. DAS VERHÄLTNIS ZWISCHEN MEHREREN FÜRSORGEPERSONEN.

Nach finnischem Recht kommt die Sorge für die Person des Kindes seinen Eltern gemeinsam zu, und die beiden Ehegatten sind in dieser Beziehung einander gleichgestellt. Bei Meinungsverschiedenheiten hat keiner von beiden unbedingte Entscheidungsgewalt. Das Sorgerecht eines jeden Gattenteils ist völlig selbständig und regelmässig auch sach-

lich ebenso weitgehend. In dieser Hinsicht besteht jedoch eine Ausnahme darin, dass der Vater das Recht hat, sein Kind in Sachen, die die Sorge für dessen Person betreffen, bei Gericht und auch bei den anderen Behörden zu vertreten. Was oben über das Verhältnis zwischen den Eheleuten gesagt ist gilt auch, die Vertretung des Kindes ausgenommen, wenn die Sorge für die Person des Kindes mehreren bestellten Fürsorgern oder dem gesetzlichen und einem bestellten Fürsorger gemeinsam obliegt.

Im Vormundschaftsgesetz wird bestimmt, dass, wenn die Vormünder verschiedener Meinung sind, der Vormundschaftsrat zwischen ihnen entscheidet, — falls es das Wohl des Kindes erfordert, dass man die Sache nicht auf sich beruhen lassen darf.

Aus dem, was vorher über die Unabtretbarkeit des Sorgerechts ausgesagt ist, wird deutlich, dass die Gatten während der Ehe das Sorgerecht nicht durch gegenseitige Abmachung in der Weise regeln können, dass es lediglich dem einen Teil von ihnen zusteht oder dass die darin einbegriffenen Aufgaben zwischen ihnen geteilt werden. Aus dem rechtlichen Charakter des Sorgerechts entsteht die Folgerung, dass auch mehrere bestellte Fürsorger sich in die zur Sorge gehörenden Aufgaben durch Vereinbarung lediglich faktisch teilen können. Eine solche Aufteilung hat aber im allgemeinen keine rechtliche Bedeutung. Eine derartige Anordnung des Sorgerechts dürfte im allgemeinen auch durch Gerichtsbeschluss nicht durchführbar sein.

V. INHALT DES SORGERECHTS.

1. INHALT DES SORGERECHTS ALLGEMEIN.

Da die Sorge das Recht und die Pflicht umfasst, in allen seine Person betreffenden Sachen zugunsten des Kindes zu handeln, so ist es unmöglich, eine erschöpfende Aufstellung aller zur Sorge gehörenden Aufgaben zu geben. In Ausnahmefällen kann der Fürsorger berechtigt sein, sich einstweilig auch in andere als nur die Sachen einzumischen, die sich auf die Person des Kindes beziehen. Um den Inhalt des Sorgerechts klarzustellen, werden nachstehend einige der wichtigsten Rechte und Pflichten des Pflegers behandelt werden.

2. ERZIEHUNG DES KINDES.

A. *Erziehung des Kindes allgemein.*

Den wichtigsten Teil der Aufgaben des Fürsorgers dürfte wohl die Erziehung des Kindes bilden, in der seine schwierigste und weitreichendste Pflicht enthalten ist. Im folgenden sind mit Erziehung des Kindes das Recht und die Pflicht des Fürsorgers gemeint, für die körperliche, geistige und sittliche Entwicklung des Kindes unter Berücksichtigung seiner Begabung, Fähigkeiten und Verhältnisse, in denen es lebt, zu sorgen, es auf seine bestimmte Lebensaufgabe vorzubereiten und in diesem Sinne alle seine Handlungen zu leiten.

Einen zentralen Einfluss auf die Erziehung des Kindes hat seine Lebenshaltung. Der Lebensstand des Kindes hängt sowohl von seinen eigenen Vermögensverhältnissen als auch von denen seiner Eltern ab. Wenn sich darüber auch keine ausdrückliche Gesetzbestimmung vorfindet so dürfte es doch gelten, dass, wenn das Kind über eigene Mittel verfügt, die Eltern das Recht haben, sie an erster Stelle für den Unterhalt und die Erziehung des Kindes aufzuwenden. Erst wenn sich das eigene Vermögen des Kindes als nicht ausreichend erweist, sind die Eltern wohl verpflichtet, eigene Mittel für den erwähnten Zweck zur Verfügung zu stellen. Nach Ansicht des Verfassers setzt also die betreffende Unterhaltungspflicht immer die Notwendigkeit des Unterhalts voraus. Diese Notwendigkeit ist jedoch sofort vorhanden, wenn das Einkommen und Vermögen des Kindes nicht für eine solche Erziehung ausreichen, die es zu beanspruchen berechtigt ist.

B. *Verhältnis des Fürsorgers zum Vermögensverwalter mit besonderer Berücksichtigung der Leistung der Ausgaben, die durch die Erziehung des Kindes entstehen.*

Da der Vermögensverwalter des Kindes das Recht und die Pflicht hat, für alle Sachen, die mit dem Vermögen des Kindes zusammenhängen, Sorge zu tragen, so ist es natürlich, dass er wenigstens eine mittelbare Einflussgewalt auf diejenigen Angelegenheiten bei der Tätigkeit des Fürsorgers hat, für deren Kosten er aufkommen muss. Falls die Sorge für die Person des Kindes und seine Vermögensverwaltung verschiedenen Personen anvertraut sind, ist es klar, dass die Sorge am

besten in der Weise ausgeübt wird, dass dem Fürsorger gegenüber dem Vermögensverwalter eine möglichst selbständige Stellung gewährleistet wird. Man darf ihn zu dem Letzteren nicht in ein derartiges Abhängigkeitsverhältnis setzen, dass er ihn um jeden aus der Sorge resultierenden Ausgabeposten einzeln angehen muss. Damit nun der Fürsorger die obengenannte für ihn unbedingt notwendige selbständige Stellung einnehmen kann, muss ihm der Vermögensverwalter in regelmässigen Zeitabschnitten eine bestimmte Summe zur Deckung der durch die Sorge verursachten Ausgaben überlassen. Der Fürsorger ist ermächtigt, die so erhaltenen Mittel nach eigenem Ermessen für den betreffenden Zweck zu verwenden.

C. Körperliche Erziehung des Kindes.

Bei der körperlichen Erziehung des Kindes handelt es sich zunächst um die Pflege und Besorgung seiner körperlichen Entwicklung und Gesundheit. Der Fürsorger hat dem Kinde Essen, Kleider und sonstigen Bedarf des täglichen Lebens zu schaffen, hat sich um seine Gesundheit und übrige körperliche Pflege zu kümmern. Auch hinsichtlich dieser Erziehung spielt die Lebenshaltung des Kindes eine grosse Rolle.

Über die vorbeugenden Massnahmen betreffs der Gesundheitspflege des Kindes gibt es in manchen Gesetzen Bestimmungen, die vom Fürsorger zu befolgen sind. Wichtige präventive Verordnungen finden sich besonders in der Arbeiterschutzgesetzgebung.

D. Geistige Erziehung des Kindes.

Die geistige Erziehung des Kindes bezieht sich wohl zuallererst auf seine Entwicklung in geistiger und sittlicher Hinsicht zu einem nützlichen Mitglied der staatlichen Gemeinschaft. Als einen Teil besagter Ausbildung darf man wohl auch die religiöse Erziehung ansehen. Letztere wird jedoch im folgenden gesondert behandelt.

Einen wichtigen Platz in der geistigen Erziehung des Kindes nimmt der theoretische Unterricht ein. Hierbei sind zu unterscheiden, die Volksschulbildung, die in Elementar- und gewöhnlichen Volksschulunterricht zerfällt, die Vorbereitung für die höhere Bildung, die den Unterricht an höheren Lehranstalten und die Ausbildung an der Universität nebst anderen Hochschulen umfasst, sowie die Berufsschulung.

Die allgemeine Schulpflicht wurde bei uns durch das Schulpflichtgesetz vom 15. April 1921 eingeführt. Besagtes Gesetz gilt für die Erreichung jenes Masses an Wissen und Können, das die Volksschule vermittelt. Zur Verwirklichung der Schulpflicht müssen die Gemeinden Volksschulen unterhalten, in denen die Kinder unentgeltlich Unterricht erhalten, aber das Kind kann zu dem Zwecke auch auf eine andere Schule gegeben oder das entsprechende Wissen kann ihm durch Privatunterricht vermittelt werden. Die erwähnte Verpflichtung betrifft im allgemeinen die Kinder aller finnischen Staatsangehörigen.

Soweit zu einem solchen Zwecke Mittel vorhanden sind und das Kind die für die Fortsetzung seiner Ausbildung nötige Begabung zeigt, hat der Fürsorger ihm eine höhere Bildung als die der Volksschule zu verschaffen.

Nahe an die Pflicht, für den Unterricht des Kindes zu sorgen, schliesst sich das Recht zu seiner Berufswahl. Im allgemeinen kann man wohl der Meinung sein, dass der Fürsorger das Recht hat, gewöhnlich auch gegen den Willen des Kindes, ihm seinen Beruf auszuwählen. Das Recht des Fürsorgers zur Berufswahl des Kindes wird aber beschränkt durch die Berechtigung des Minderjährigen, der das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, als Arbeitnehmer selbst einen Arbeitsvertrag schliessen zu können, ebenso durch das Recht des fünfzehn Jahre alten Minderjährigen, der doch nicht als achtzehnte Lebensjahr vollendet hat und sich aus eigener Arbeit selbst unterhält, als Arbeitnehmer eigenhändig Arbeits- und Lehrverträge eingehen zu können sowie durch die gesetzlichen Bestimmungen darüber, dass der Pfleger einen für den Minderjährigen abgeschlossenen Arbeitsvertrag nicht über die Zeit hinaus schliessen kann, wo der Minderjährige sein achtzehntes Lebensjahr vollendet, ebenso nicht einen Lehrvertrag über die genannte Zeit hinaus anders als mit schriftlichem Einverständnis des Minderjährigen.

E. Religiöse Erziehung des Kindes.

Wie oben schon die Rede war, stehen die geistige und die religiöse Erziehung des Kindes miteinander in nahem Zusammenhang. In §. 33 Absatz 2 des Vormundschaftsgesetzes wird angeordnet, dass das Kind in Gottesfurcht zu erziehen ist. Nach dem Inkrafttreten des Gesetzes über die Religionsfreiheit vom 10. März 1922 dürfte sich besagte Bestimmung des Vormundschaftsgesetzes jedoch nur auf ein solches Kind be-

ziehen, das irgendeiner religiösen Gemeinschaft d. h. der evangelisch-lutherischen oder der griechisch-katholischen oder einer sonstigen Gemeinschaft angehört, die den Zweck hat, öffentlich die Religionsausübung zu betreiben und ordnungsmässig eingetragen ist. Gehört das Kind dagegen keiner religiösen Gemeinschaft an, dann ist sein Fürsorger demnach nicht verpflichtet, ihm eine religiöse Erziehung zu geben.

3. BEAUFSICHTIGUNG DES KINDES.

A. *Beaufsichtigung des Kindes allgemein.*

Mit der Erziehung des Kindes ist seine Beaufsichtigung verbunden, womit wohl das Recht und die Pflicht des Fürsorgers gemeint sein dürften, das Kind zu überwachen sowie zu verhindern, dass es sich selbst geistig oder körperlich Schädigungen zufügt, Verbrechen oder sonstige Missetaten begeht und sich selbst oder dritten Personen Schaden verursacht.

Die betreffende Pflicht des Fürsorgers liegt vor allem im Interesse des Kindes selbst, aber sie gilt auch für den Schutz der Interessen dritter Personen.

B. *Rechtsfolgen bei Vernachlässigung der Beaufsichtigung des Kindes.*

a. *Eingreifen des Fürsorgerates oder des Gerichts in die Sorge für die Person des Kindes.*

Von den Rechtsfolgen die durch Vernachlässigung der Beaufsichtigung des Kindes entstehen, ist zunächst zu erwähnen, dass der Fürsorgerat, wenn der Fürsorger die Beaufsichtigung des Kindes vernachlässigt, in gewissen Fällen dem Kinde gegenüber zu Schutzmassnahmen schreiten kann wie sie das Kinderschutzgesetz vorsehen.

Das Versäumen der Beaufsichtigungspflicht kann auch die Enthebung des Fürsorgers von seiner Aufgabe durch Gerichtsbeschluss zur Folge haben. Eine derartige Massnahme kommt jedoch nur in dem Falle in Frage, dass der Fürsorger durch eine mangelhafte Beaufsichtigung des Kindes seine Pflicht wesentlich vernachlässigt oder gegen sie verstossen hat.

b. Strafen für das Vernachlässigen der Beaufsichtigung.

Wenn man die Folgen, die durch die Vernachlässigung der betreffenden Beaufsichtigungspflicht entstehen, vom strafrechtlichen Standpunkt aus untersucht, ist es hinsichtlich des Fürsorgers von entscheidender Bedeutung, wann er sich dadurch, dass er es unterlässt, das Kind vom Begehen einer bestimmten Handlung abzuhalten, selbst einer strafbaren Handlung schuldig macht. Hier handelt es sich also zunächst darum, wann eine Unterlassung des Fürsorgers, das Kind an der Ausführung einer bestimmten Tat zu hindern, strafrechtlich mit einer positiven Handlung gleichzusetzen ist oder wann der Fürsorger sich eines sog. unechten Unterlassungsverbrechens schuldig gemacht hat. Der Fürsorger kann sich durch Vernachlässigung der Beaufsichtigung des Kindes jedoch auch ein sog. echtes Unterlassungsverbrechen zuschulden kommen lassen. In einigen Fällen ist nämlich ausdrücklich in den gesetzlichen Bestimmungen festgelegt, dass sich der Fürsorger, wenn er es unterlässt, das Kind von der Begehung einer bestimmten Handlung abzuhalten, z.B. von der Ausübung ungebühriger Erwerbsarbeit usw., einer Bestrafung aussetzt.

Da das Kind gewöhnlich in allem seinem Handeln der Befehls- und Bestimmungsgewalt des Fürsorgers untersteht, ist die Unterlassung des Fürsorgers, es an der Begehung einer strafbaren Handlung zu hindern, mit positiver Verursachung in eine Linie zu stellen. Der Fürsorger besitzt das Recht, das Kind zur Befolgung seines Willens zu zwingen, sodass ihm die Abhaltung des Kindes von strafbaren Handlungen im allgemeinen möglich ist. Versucht er nicht, es mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln daran zu hindern, wird seine Untätigkeit als Zustimmung zum Tun des Kindes aufgefasst. Die Pflicht des Fürsorgers zur Beaufsichtigung des Kindes ist demnach eine rechtliche Verpflichtung, die eine strafrechtliche Verantwortung für ihn begründen kann.

Da das Kind solange es das einundzwanzigste Lebensjahr nicht vollendet hat unter der Befehlsgewalt des Fürsorgers steht, muss man wohl annehmen, dass die Pflicht des Fürsorgers, es an der Begehung von Straftaten zu hindern, für diese ganze Zeit gilt. Die Beaufsichtigungspflicht des Fürsorgers endet also nicht, wenn das Kind strafrechtlich für seine eigenen Taten verantwortlich wird.

Früher war schon die Rede davon, dass sich der Fürsorger durch Unterlassung der Beaufsichtigung des Kindes auch eines sog. echten

Unterlassungsverbrechens schuldig machen kann. Seine Unterlassung das Kind an der Begehung von Taten und sonstigen Handlungen zu hindern, die gegen die guten Sitten verstossen, die für seine geistige und körperliche Entwicklung schädlich sind, ist in einigen Fällen auf Grund spezieller gesetzlicher Bestimmungen strafbar. Bei der Behandlung der strafrechtlichen Verantwortung, die dem Fürsorger durch Vernachlässigung seiner Beaufsichtigungspflicht erwächst, ist auch an die ihm als Aufsichtsperson des Kindes zukommenden positiven Pflichten zu erinnern z. B. die Verpflichtung, darüber zu wachen, dass das Kind einen der Schulpflicht gemässen Unterricht erhält, dass es geimpft wird, bei gewissen Gelegenheiten keine politischen Abzeichen trägt usw. Auch das Versäumen letzterwähnter Pflichten kann in bestimmten Fällen eine Bestrafung für den Fürsorger nach sich ziehen.

c. Schadenersatzpflicht aus Vernachlässigung der Beaufsichtigung.

Neben der oben behandelten strafrechtlichen Verantwortung des Fürsorgers spielt seine Verpflichtung, für einen durch das Kind verursachten Schaden einzustehen, eine wichtige Rolle.

Ebenso wie die Verpflichtung des Fürsorgers, das Kind von der Begehung einer strafbaren Handlung abzuhalten, so beruht auch seine Pflicht, den von jenem angerichteten Schaden zu verhindern, auf der eben angeführten Beaufsichtigungspflicht. Um auf Grund einer Unterlassung von einer Person Schadenersatz verlangen zu können, muss sie die rechtliche Verpflichtung haben, den Schaden zu verhindern. Im vorigen wurde festgestellt, dass der Fürsorger rechtlich verpflichtet ist, das Kind von der Begehung einer strafbaren Handlung abzuhalten. Aus dem gleichen Grunde hat er daher auch die Verpflichtung, den von jenem angerichteten Schaden zu verhindern und wenn er, insoweit ihm dies möglich ist, diese seine Pflicht versäumt, dann ist er nach den allgemeinen Schadenersatzgrundsätzen ersatzpflichtig. Seine Unterlassung, das Kind an der Begehung einer schadenverursachenden Handlung zu hindern ist einer positiven Urheberschaft vergleichbar.

Der Fürsorger steht für den von dem Kinde verursachten Schaden nur in dem Falle ein, dass ihm eine Vernachlässigung der Beaufsichtigungspflicht zur Last gelegt werden kann. Nach der allgemein obwaltenden Auffassung unterscheidet sich der privatrechtliche Schuldbegriff vom

strafrechtlichen Verschulden in der Beziehung, dass man bei der Beurteilung, ob der Urheber so gehandelt hat wie er im ersterwähnten Falle hätte handeln müssen, einen objektiven, hinsichtlich des strafrechtlichen Verschuldens dagegen einen subjektiven Massstab anlegt. Wird ein objektiver Massstab genommen dann fragt man, was konnte die handelnde Person auf Grund dessen, was gewöhnlich vorauszusehen möglich gewesen wäre, annehmen. Bei der Abschätzung, ob nun der Fürsorger seine in Frage stehende Beaufsichtigungspflicht erfüllt hat, ist demnach der objektive Massstab anzuwenden. Dies bedeutet, dass vom Fürsorger bei der betreffenden Aufgabe die gleiche Fähigkeit verlangt werden muss wie man sie von einem, der besagter Obliegenheit sorgfältig genügt, fordern kann. Hat er dabei eine derartige Fähigkeit und Sorgfalt bewiesen, dann kann man ihm eine Vernachlässigung seiner Beaufsichtigungspflicht nicht nachweisen und ein Dritter hat nicht das Recht, für einen von dem Kinde verursachten Schaden Ersatz von ihm zu verlangen.

4. BESTIMMUNG DES AUFENTHALTSORTES DES KINDES.

Damit der Fürsorger seine Aufgabe verwirklichen kann, muss er sowohl das Recht als auch zugleich die Pflicht haben, über den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Im allgemeinen kann der Fürsorger über den Aufenthaltsort des Kindes frei nach eigenem Ermessen entscheiden. Besonders ist zu beachten, dass auch die Eltern als gesetzliche Fürsorger des Kindes nicht verpflichtet sind, es bei sich zu halten. Der Fürsorger ist jedoch in jedem Falle verpflichtet, dem Kind einen Aufenthaltsort zu bestimmen. Die Festsetzung des Aufenthaltsortes enthält also eine positive Verpflichtung.

Wenn auch der Fürsorger gewöhnlich den Aufenthaltsort des Kindes nach freier Prüfung vorschreiben darf, wird seine entsprechende Bestimmungsgewalt jedoch in gewissen Fällen durch die Rechte des Mitfürsorgers sowie durch die Rechte des der Sorge enthobenen Vaters wie der Mutter beschränkt. Auch eine mit dem Kinde selbst oder seinem Fürsorger für es geschlossene Vereinbarung kann zu Begrenzungen dieses Rechtes führen, und Einschränkungen darin können auch von einigen Verordnungen des öffentlichen Rechts herrühren.

Das Bestimmungsrecht des Fürsorgers über den Aufenthaltsort des Kindes kann verletzt werden entweder dadurch, dass das Kind selbst

den ihm zugewiesenen Aufenthaltsort wechselt oder dass eine dritte Person es unerlaubt gegen seinen Willen bei sich hält. In beiden Fällen stehen dem Fürsorger Mittel zur Hand, um sein Recht geltend zu machen. Weigert sich das Kind, an dem ihm vom Fürsorger bestimmten Aufenthaltsort zu verweilen, darf es der Fürsorger mit den ihm gestatteten Zwangsmassnahmen an den betreffenden Ort zurückbringen. In solchem Falle kann er wohl auch polizeiliche Hilfe in Anspruch nehmen. Bemächtigt sich eine dritte Person ohne Erlaubnis des Kindes, dann darf der Fürsorger die Vollzugsbehörde um seine Zurückschaffung in seine Gewalt angehen. Ausserdem kann er immer vor Gericht auf Herausgabe des Kindes klagen.

5. ZWANGSMITTEL GEGEN DAS KIND.

Mit Zwangsmitteln gegen das Kind in weiterem Sinne dürften alle Massnahmen gemeint sein, die gestattet sind, um das Kind gefügig zu machen, den Willen des Fürsorgers zu befolgen. Darin ist also auch die Züchtigung enthalten, weil sie den Zweck verfolgt, dem Kinde eine Zurechtweisung zu geben, damit es in Zukunft schlechte Taten vermeidet und sich an die Weisungen des Fürsorgers hält.

Wenn man die Zwangsmittel gegen das Kind, um es zu rechtmässigem Handeln zu bringen, beurteilt, muss man die Fragen voneinander trennen, ob der Zwang unrechtmässig ist und ob der Fürsorger dafür bestraft werden kann. Da die Aufgabe des Fürsorgers darunter leiden würde, wenn sich die Behörden ständig einmischten, falls er seine Rechte ein wenig überschreitet, so führt die unrechtmässige Anwendung von Zwangsmitteln nicht oft zu Massnahmen von seiten der Behörden. Kommen hingegen Massnahmen der Behörden in Frage, dann können die Folgen derartiger Zwangsmittel eine Verurteilung des Fürsorgers zu einer Strafe, Eingreifen des Fürsorgerates oder des Gerichts in die Sorge für die Person des Kindes oder neben der Bestrafung irgendwelche der letzterwähnten Massnahmen sein.

Das Eingriffsrecht des Fürsorgerates in die Sorge für die Person des Kindes infolge falscher Anwendung des Zwangsrechtes beruht auf einer Bestimmung des Kinderschutzgesetzes, die dahin geht, dass der Rat zu den in genanntem Gesetz aufgeführten Schutzmassnahmen greifen muss, wenn das Kind einer sozialen Fürsorge darum bedarf, weil es zu Hause misshandelt wird oder ihm dort eine sonstige Gefahr für Leben, Gesundheit und Sittlichkeit droht. Für die Bestimmung der Grenze zwischen

strafbarer Misshandlung und straflos bleibender Züchtigung spielt dagegen die Verordnung aus dem Strafgesetz Kapitel 21 § 12 Absatz 2 eine grundlegende Rolle; daraus geht nämlich hervor, dass aus der Züchtigung keine grössere sondern nur eine geringe körperliche Schädigung entstehen darf.

Die Züchtigung des Kindes ist nur dann gestattet, wenn sie zu erzieherischen Zwecken erfolgt. Da die grundlose Anwendung von Zwangsmitteln gegenüber dem Kinde seine regelmässige Entwicklung gefährden kann, so darf man wohl der Meinung sein, dass der Fürsorger, unabhängig von der Unschädlichkeit des Zwanges, auch im allgemeinen das Kind zur Befolgung seines Willens nur zum Zwecke der Erziehung zu zwingen berechtigt ist.

6. DIE VERTRETUNG DES KINDES.

Die Vertretung des Kindes in allen Sachen, die es betreffen, gehört zur Vormundschaft. Vertreter des Kindes ist also regelmässig sein Vormund. Kommt die Sorge für die Person des Kindes und die Verwaltung seines Vermögens mehreren Personen zu, dann ist es die Regel, dass die Vertretung bei den sich auf die Person des Kindes beziehenden Sachen in der Hand der Fürsorger liegt und alles, was das Vermögen betrifft, Sache des Vermögensverwalters ist.

Besteht die Sorge für die Person des Kindes für beide Eltern gemeinsam, so ist ausdrücklich bestimmt, dass der Vater das Kind vor Gericht und bei sonstigen Behörden vertritt, wenn nicht die Mutter dazu als geeigneter angesehen werden muss. Fungieren die Eltern des Kindes als seine Fürsorger, dann steht seine Vertretung dagegen in anderen als den nun behandelten Angelegenheiten den Eltern beiderseits gemeinsam zu. Im Falle, dass das Kind sonst mehrere Fürsorger hat, unter denen die Sorge für seine Person nicht geteilt ist, gehört das Recht, das Kind vor Gericht und bei den sonstigen Behörden sowie auch in allen übrigen Sachen zu vertreten, den Fürsorgern gemeinsam.

7. ZUSTIMMUNG DES FÜRSORGERS ZUR EHESCHLIES- SUNG UND VERLOBUNG DES KINDES.

Nach unserem Recht dürfen der Mann nicht vor vollendetem achtzehnten und die Frau nicht vor vollendetem siebzehnten Lebensjahr

die Ehe eingehen, wenn nicht der Staatspräsident die Erlaubnis dazu erteilt. Weiterhin ist bestimmt, dass ein Minderjähriger, der zuvor noch nicht verheiratet war, ohne Zustimmung seiner Eltern keine Ehe schließen darf. Ist der eine Elternteil gestorben oder hat er keinen Anteil an der Sorge für die Person des Minderjährigen oder lässt sich von ihm ohne bedeutende Schwierigkeiten oder Zeitverlust keine Meinungsäußerung über die Angelegenheit beschaffen, dann ist auch die Einwilligung des anderen Elternteils allein ausreichend. Liegen die Verhältnisse hinsichtlich der beiden Eltern wie erwähnt, dann ist zur Eheschließung die Zustimmung eines anderen Vormundes oder eines Pflegers einzuholen. Die Erklärung der Einwilligung für das Eingehen der Ehe, sowohl des unter Vormundschaft stehenden Mannes unter 21 Jahren wie ebenso der Frau, ist nach dem Gesetz über die Eheschließung in die Aufgaben des Fürsorgers mit einbezogen.

Dem Fürsorger ist gehalten, bei der Eheschließung über die Interessen des Kindes zu wachen. In jedem Falle, wo die Verheiratung dem Wohle und dem Vorteil des Kindes entspricht, hat er seine Einwilligung dazu zu geben. Ihre Verweigerung aus persönlichen eigensüchtigen Motiven ist unzulässig.

Um der Verlobung einer minderjährigen Person auch alle die sich nach dem Gesetz daraus ergebenden Rechtsfolgen zu verschaffen, ist allerdings die Zustimmung des Fürsorgers erforderlich. Unser Gesetz über die Eheschließung enthält jedoch die klare Voraussetzung, dass die Verlobung auch ohne die Billigung des Fürsorgers erfolgen kann. Wird die Einwilligung nicht gegeben, hat die Verlobung von seiten der anderen Vertragspartei alle damit verbundenen rechtlichen Folgen, für die Seite aber, von der eine Zustimmung nötig gewesen wäre, zieht sie allein nur die Verpflichtung nach sich, nach einer etwaigen Lösung des Verhältnisses, nach § 7 des Ehegesetzes die vom Verlobungspartner erhaltenen Geschenke zurückzuerstatten sowie den Bräutigam, unter den in § 7 des genannten Gesetzes enthaltenen Voraussetzungen zu verpflichten, der Braut eine Entschädigung zu leisten, falls eine Beiwohnung stattgefunden hat. Eine mit Zustimmung des Fürsorgers eingegangene Verlobung kann dagegen neben den erwähnten Rechtsfolgen auch eine Schadenersatzpflicht zur Folge haben, wie sie sich aus § 8 des Gesetzes über die Eheschließung ergibt.

KORJATTAVAA.

- S. 22 alimuist. 1 viimeisen edellinen rivi on: »Kipp-Wolff», pitää olla »Kipp-Wolff I,1», jne.
- » 105 rivit 1 ja 23 sekä alimuist. 173 on: »in cognito», pitää olla: »incognito».
- » 126 sivun yläreunassa oleva petitillä painettu otsake pois.
- » 174 alimuist. 241 on: »Erstatningsansvar», pitää olla »Erstatningsret», jne.

Suomalaisen lakimiesten yhdistyksen

julkaisusarjassa on ilmestynyt seuraavat teokset:

N:o 1.	<i>Tapio Tarjanne</i> : Virkasuhteen lakkaaminen, 1934	90:—
» 2.	<i>Huugo Raninen</i> : Fob-lauseke, 1934	90:—
» 3.	<i>Y. J. Hakulinen</i> : Kiinteistön luovutuksen muodosta, 1935	45:—
» 4.	<i>V. Merikoski</i> : Yhdistymisvapaudesta, 1935	80:—
» 5.	<i>Urho Kekkonen</i> : Kunnallinen vaalioikeus, 1936	100:—
» 6.	<i>A. R. Heikonen</i> : Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa I, 1936	90:—
» 7.	<i>V. Merikoski</i> : Erivapauden käsite, 1936	45:—
» 8.	<i>Arvo Sipilä</i> : Vahingonvastuun rakenne, 1936	100:—
» 9.	<i>A. R. Heikonen</i> : Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa II, 1937	80:—
» 10.	<i>Huugo Raninen</i> : Vahvistuskirje sopimuksen tekemisessä, 1937	55:—
» 11.	<i>Kirjoitelmia</i> , 1937	45:—

Sisältää:

1.	<i>Brynolf Honkasalo</i> : Nulla poena sine lege.	
2.	<i>V. Merikoski</i> : Vaalilainsäädännön aikamääräykset.	
3.	<i>Paavo Alkio</i> : Tuomioistuinten velvollisuudesta lähettää ilmoituksia eräistä toimenpiteistään.	
» 12.	<i>Tauno Tirkkonen</i> : Tuomionpurku, 1937	100:—
» 13.	<i>R. Erich</i> : Suomen oikeusasema, 1938	55:—
» 14.	<i>Otto Brusiin</i> : Tuomarin harkinta normin puuttuessa, 1938	90:—
» 15.	<i>Erik Castrén</i> : Ilmasota I, 1938	150:—
» 16.	<i>Ilmo Ollinen</i> : Kiinteistön pakkohuutokaupasta I, 1938	90:—
» 17.	<i>V. Merikoski</i> : Valtionapujärjestelmä, 1938	100:—
» 18.	<i>Erik Castrén</i> : Ilmasota II (Neutraalisuus), 1939	75:—
» 19.	<i>Ilmo Ollinen</i> : Kiinteistön pakkohuutokaupasta II, 1939	50:—
» 20.	<i>Ilmari Melander</i> : Lapsen huollosta. Yksityisoikeudellinen tutkimus. I, 1939	100:—

Saatavina paitsi kirjakaupoista myöskin Tieteellisten seurojen kustannustoimistosta os. Helsinki, Snellmanink. 9—11 (Säätytalo). Kustannustoimistosta voivat yhdistyksen jäsenet tilata teoksia puoleen hintaan.