

TALLINNA TEHNIKAÜLIKOOL

Sotisaalteaduskond

Õiguse instituut

Signe Vahi

LAPSE HUVI HOOLDUSÕIGUSE VAIDLUSES

Magistritöö

Juhendaja: Viktor Turkin, MA

Tallinn 2015

Deklareerin, et käesolev magistritöö,
mis on minu iseseisva töö tulemus,
on esitatud Tallinna Tehnikaülikooli
magistrikraadi taotlemiseks ja selle alusel
ei ole varem taotletud akadeemilist kraadi.

Üliõpilane Signe Vahi

11. mai 2015

Töö vastab kehtivatele nõuetele

Juhendaja Viktor Turkin, MA

“ “ 2015

Kaitsmisele lubatud “ “ 201...

Õiguse instituudi magistritööde kaitsmiskomisjoni esimees

.....

Sisukord

Kasutatud lühendid	4
Sissejuhatus	5
1. Üldine käsitlus.....	11
1.1 Vanemate roll lapse elus	11
1.2 Lapse õigused	14
1.3 Vanema hooldusõiguse üldised põhimõtted	18
2. Hooldusõiguse kontseptsioon.....	23
2.1 Hooldusõiguse käsitlus võrreldes eelmise perekonnaseadusega	24
2.2 Vanematele suunatud vahendusmenetluse vajalikkus	30
2.3 Ühise hooldusõiguse muutmise võimalused.....	34
2.4 Suhtlemisõigus vanemate lahuselu korral.....	39
3 Lapse huvi väljaselgitamine hooldusõiguse vaidluses.....	47
3.1 Lapse huvi primaarsus menetluses	47
3.2 Lapse ärakuulamine kui lapse põhiõigus	50
3.2.1 Lapse ärakuulamine tsiviilkohtumenetluses hooldusõiguse vaidluses.....	52
3.3 Lapsele määratud esindaja roll menetluses.....	60
3.4 Lastekaitsetöötaja roll lapse huvi väljaselgitamisel.....	65
Kokkuvõte	70
Resume	77
Kasutatud allikad	83

Kasutatud lühendid

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch (Saksamaa Liiduvabariigi tsiviilseadustik)

CEFL – Commission on European Family Law (Euroopa perekonnaõiguse komisjon)

EIK – Euroopa Inimõiguste Kohus

EIÕK – Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon

HMKm – Harju Maakohtu määrus

HMKo – Harju Maakohtu otsus

LaKS – Eesti Vabariigi lastekaitse seadus

LÕK – ÜRO lapse õiguste konventsioon

PKS – Perekonnaseadus

PS – Eesti Vabariigi põhiseadus

RKHKo – Riigikohtu halduskolleegiumi otsus

RKTKo - Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus

RKÜKm – Riigikohtu Üldkogu määrus

RÕS – Riigi õigusabi seadus

TlnHKo – Tallinna Halduskohtu otsus

TlnRnKm – Tallinna Ringkonnakohtu määrus

TlnRnKo - Tallinna Ringkonnakohtu otsus

TMKo – Tartu Maakohtu otsus

TsMS - Tsiviilkohtumenetluse seadustik

TsÜS – Tsiviilseadustiku üldosa seadus

VMKm – Viru Maakohtu määrus

Sissejuhatus

Perekond on ühiskonna alustugi ning tema liikmete - eriti laste - kasvu ja heaolu loomulik keskkond. Lapse isiksuse täielikuks ja harmooniliseks arenguks peab laps kasvama perekonna keskel õnne, armastuse ning üksteisemõistmise õhkkonnas.¹ Vanemate prioriteediks peab olema eelkõige perekonna vajaduste rahuldamine ning tegutsemine lapse igakülgsest heaolust lähtuvalt.

Lapse heaolu on esmajoones seotud just perega ja pereliikmete omavaheliste suhetega. Kui vanemad otsustavad abielu lahutada või kooselu lõpetada, siis on see suureks potentsiaalseks ohuks lapse heaolule. Lapse heaolu arvestades tuleb parimal viisil lahendada rida küsimusi, mh kuidas korraldada edaspidi vanemate ja lapse omavaheline suhtlemine, kelle juures laps elama hakkab, lapse esindamine jms.

Selles emotsionaalses segaduses, mille tihtipeale lahkumine kaasa toob, on oluline arvestada ka kõige väiksemate ja kaitsetumate huvidega. Lapsele peab olema tagatud vanemate lahkuminekul turvaline keskkond, võimalikult stabiilne igapäevarutiin ning kindlus, et ei ema ega isa tema elust pere lagunemise tagajärjel ei kao.²

Statistikaameti³ andmetel sõlmiti aastal 2014 kokku 6118 abielu ning samal aastal vormistati 3268 lahutust. Aastal 2013 oli abielu sõlmimisi 5630 ja lahutusi koguni 3343, millest 1740 juhul olid peres ka ühised alaealised lapsed. Lahutuste kõrge tendents omab suurt mõju nii indiviididele, perekondadele kui ka ühiskonnale üldiselt, kuid eriti puudutab see paljusid lapsi, keda vanemate kooselu lagunemine otseselt mõjutab.⁴ Perekonnaseisu järgi ei ole pooled alla 18-aastaste lastega üksikvanematest kunagi seaduslikus abielus olnud. Järelikult on laps(ed) sündinud väljaspool abielu. Euroopa Liidus on Eesti sellise trendi poolest edetabeli tipus. 2011. aasta rahvaloenduse andmetele tuginedes kasvavad Eestis igas seitsmeteistkümnendas leibkonnas alaealised lapsed koos üksikvanemaga. Kõigis alla 18-aastaste lastega leibkondadest

¹ ÜRO lapse õiguste konventsioon - RT II 1996, 16, 56, preambula

² Aunpu, V. Lapsega suhlemiskorra määramisest, ainuhooldusõigusest ja otsustusõigusest lapse elukoha määramisel, 2011. www.apilv.ee/2011/12/lapsega-suhlemiskorra-maaramisest-ainuhooldusoigusest-ja-otsustusõigusest-lapse-elukoha-maaramisel/ (03.02.2015)

³ Statistikaamet. www.stat.ee (03.02.2015)

⁴ James, A. L., Haugen, G.M. D., Rantalaiho, M., Marples, R. The Voice of the Child in Family Mediation: Norway and England. - International Journal of Children's Rights 2010/18 (3), lk 313-314

oli üksikvanemaleibkondi 24%.⁵ Nendele statistilistele andmetele tuginedes on selge, et trend, kus lapsed kasvavad vaid koos ühe vanemaga on Eestis aina süvenemas. Seega, väga paljude lahkuminekute üheks osapooleks on laps, kelle edasist elukorraldust see otseselt puudutab. Kuna enamike viimastel aastatel sündinud laste vanemad pole olnud omavahelises abielus, ei saa eeltoodud perekonnastatistikat võtta siiski kõikehõlmava alusena.

Oma laste suhtes on vanematel võrdsed õigused ning kohustused, st neil on ühine hooldusõigus. Neil lasub nii õigus kui ka kohustus oma alaealiste laste eest hoolitseda. Hooldusõigus on Eesti perekonnaõiguses võrdlemisi uus mõiste, mis võeti kasutusele 1. juulist 2010 kehtima hakanud perekonnaseadusega (edaspidi PKS). Varasem, 1995. a PKS, sellist mõistet ei sisaldanud. Selle asemel oli reguleeritud lapse elukoha määramine ja vanema õiguste äravõtmine.

Hooldusõiguse kui perekonnaõigusliku instituudi loomise vajalikkusele Eesti õiguses on tähelepanu juhtinud mitmed asutused (Sotsiaalministeerium, Inimõiguste Instituut jt). Tegemist on rahvusvaheliselt väga laialt tuntud õigusliku konstruktsiooniga. Hooldusõiguse põhimõtted näevad ette vastutustundliku ning vägivallavaba kasvatuse, mille käigus tuleb arvesse võtta lapse arengutaset. Võimalust mööda tuleb lapsele anda õigus tema kasvatamise küsimustes kaasa rääkida.⁶

Vanemate hooldusõiguse kuuluvuse ülevaatamine muutub enamasti möödapääsmatuks siis, kui vanemad on otsustanud asuda eraldi elama ning on oluline välja selgitada, mil määral ja mil viisil kumbki vanem lapse kasvatamises edaspidi osaleb.

Üldiselt ollakse arvamusel, et lapse parimates huvides on see, kui tal on vanemate lahuselu korral kaks hooldusõiguslikku vanemat ka pärast vanemate abielu või kooselu purunemist. Samas peaks hooldusõigus kuuluma vanemale siiski üksnes niivõrd, kui võrd see vanem tegelikult lapse kasvatamises ka osaleb.⁷ Ühist hooldusõigust saab muuta või lõpetada vastavasisulise avaldusega kohtule ning kohus peab tegema otsuse lähtuvalt lapse parimast huvist.

⁵ Tõnurist, A. Üksikvanematest Eestis. Statistika blogi, 2014.

www.statistikaamet.wordpress.com/tag/üksikvanemad-estis/ (13.04.2015)

⁶ PKS eelnõu (55 SE) seletuskiri, lk 32. www.riigikogu.ee (10.02.2015)

⁷ Arrak, L. Vanema õigused ja kohustused lapse suhtes ning avaliku võimu sekkumine vanema ja lapse õigussuhtesse. Sotsiaaltöö, nr 5, 2011, lk 9

Ühise hooldusõiguse lõpetamise nõude lahendamisel on kohtud väga sageli püüdnud pooli lepitada, nõustamisele suunata ning kompromissi tegemist soodustada. Kuigi tsiviilkohtumenetluse seadustik (edaspidi TsMS) annab võimaluse vanemate nõustamisele suunamiseks, siis takistavaks asjaoluks osutub üleriigiline nõustamissüsteemi puudumine.⁸

Nii vanematele endile kui ka lapsele on lahkuminek ning pere lagunemine äärmiselt raske. Kui sellele lisandub ka kohtuvaidlus hooldusõiguse pärast, siis on esmatähtis, et kohtumenetlusesõ käigus ning otsuse langetamisel oleks tagatud lapse parim huvi ning võimalikult valutult lapse jaoks elukorraldus stabiliseeruks. On äärmiselt oluline analüüsida otsuste mõju lapsele enne lapsi üldisemalt mõjutavate otsuste vastuvõtmist. Lapsele tuleb anda võimalus kohtumenetluse käigus oma seisukohti väljendada ning sellega mõjutada otsuse vastuvõtmise protsessi.

Lastekaitse lähtekohad tulenevad ÜRO lapse õiguste konventsioonist (edaspidi LÕK), millega Eesti ühines 1991. aastal. Konventsiooniga ühinemisega võeti kohustus tagada rahvusvaheliselt tunnustatud õigused igale Eesti territooriumil elavale lapsele. LÕK on lepinguks laste ja täiskasvanute ning laste ja valitsuse vahel. Sellest tulenevalt on strateegiliseks eesmärgiks kohaldada siseriiklike seaduste ja tavade vastavus nimetatud konventsioonile ja teistele rahvusvahelistele inimõiguste standarditele ning edendada nende printsiipide rakendamist, samuti jälgida LÕK-st kinnipidamist nii siseriiklikes kui rahvusvahelistes õigussuhetes.⁹

Igasugustes lapsi puudutavates ettevõtmistes riiklike või erasotsiaalhoolekandetasutuste, kohtute, täidesaatvate või seadusandlike organite poolt tuleb esikohale seada lapse huvid.¹⁰ Mõiste „lapse huvi“ on ebamäärane ning selle määramise teeb keeruliseks see, et tuleb osata näha ette ka tehatava otsuse tulemusi ja tagajärgi.¹¹

Lapse parima huvi kindlaks tegemine saab toimuda vaid siis, kui välja on selgitatud lapse arvamus antud asjast. Osalisriigid tagavad lapsele, kes on võimeline iseseisvaks

⁸ Lillsaar, M. Ühise hooldusõiguse lõpetamine ja hooldusõiguse üleandmine. Kohtupraktika analüüs. Tartu, 2013, lk 10

⁹ Sotsiaalministeerium. Lastekaitse kontseptsioon. 2005, lk 3 – www.valitsus.ee/sites/default/files/content-editors/arengukavad/lastekaitse_kontseptsioon.pdf (20.01.2015)

¹⁰ ÜRO lapse õiguste konventsioon, *op.cit.*, artikkel 3 lg 1

¹¹ Skivenes, M. Judging the Child's Best Interests: Rational Reasoning or Subjective Presumptions? SAGE Journals: Acta Sociologica 2010/53 (4), lk 339

seisukohavõtuks, õiguse väljendada oma vaateid vabalt kõikides teda puudutavates küsimustes, hinnates lapse vaateid vastavalt tema vanusele ja küpsusele. Selleks antakse lapsele võimalus avaldada arvamust, eriti igas teda puudutavas kohtu- ja administratiivmenetluses, vahetult või esindaja või vastava organi vahendusel siseriiklikele protsessinormidele vastavalt.¹²

Lapse ärakuulamise eesmärk tsiviilkohtumenetluses on tavaliselt selles, et saaks lahendatud vanematevaheline vaidlusküsimus ja teha otsus, mis kõige enam vastaks lapse huvidele.¹³ Andmata lapsele võimalust olla ärakuulatud või jättes tema seisukohad arvestamata, ei ole lapse parimat huvi tema jaoks nii olulises küsimuses võimalik välja selgitada.

2012. aastal korraldati lasteombudsmani ja sotsiaalministeeriumi initsiatiivil esmakordselt lapse õiguste ja vanemluse monitooring. Lapse kaasamise ja osalemisega seotud õiguste tagamise eelduseks on see, et inimesed peavad laste kaasamist oluliseks ja vajalikuks. Eesti elanikkonna hulgas on väga vähe neid, kes seda väidet ei toetaks. Lastest 72% ja täiskasvanutest 70% on täiesti nõus, et laste ärakuulamine on sama tähtis kui täiskasvanute kuulamine. Täiskasvanud inimesed ja lapsed pooldavad küll võrdselt lapse ärakuulamist, kuid 46% täiskasvanutest on seisukohal, et lapse arvamusega ei pea tingimata arvestama.¹⁴

Töö teema on aktuaalne ning vajab käsitlemist esiteks põhjusel, et hooldusõiguse mõiste on alates 2010. aastast uus ja oluline muudatus vanema õiguste ja kohustuste õigusnormide kogumis ning seega mõjutab see pikka aega kehtinud ja juba väljakujunenud praktikaid. Teiseks, üheks väga ohtlikuks lapse heaolu mõjutavaks riskiteguriks on just vanemate lahkuminek. Enamasti on vanematel raske teravas hooldusõiguse vaidluses jääda objektiivseks ning vanemate vastandlike huvide korral on vaidlus kohtus konfliktne ning keeruline. Samuti on tihti peale sellises olukorras vastandlikel huvidel raske nõustuda nende isikute seisukohtadega, kes menetluses seisavad hea just lapse huvide järgimise eest. Kolmandaks, üha enam tähtsustatakse nii rahvusvahelisel kui ka siseriiklikul tasandil laste õigusi ning nende parima huvi järgimise vajadust kõigis nendega seotud menetlustes. Lapse parima huvi mõiste erinevates õigusaktides on aga liialt üldine ning täpsemalt lahti seletamata. Parima huvi väljaselgitamise

¹² ÜRO lapse õiguste konventsioon, *op.cit.*, artikkel 12 lg-d 1 ja 2

¹³ Liiv, E. Lapse ärakuulamine tsiviilkohtumenetluses. *Juridica*, IV, 2006, lk 258

¹⁴ Karu, M. jt. Lapse õiguste ja vanemluse monitooring. Laste ja täiskasvanute küsitluse kokkuvõte. Tallinn: Poliitikauuringute Keskus Praxis, 2012, lk 17. www.sm.ee/sites/default/files/content-editors/Ministeerium_kontaktid/Uuringu_ja_analuusid/Sotsiaalvaldkond/lapse_õiguste_ja_vanemluse_monitooring_-_kokkuvote.pdf (02.02.2015)

protsess on hooldusõiguse vaidluses keeruline ning nõuab hindamist juhtumipõhiselt - seega sõltub pelgalt hindaja professionaalsusest, mis omakorda ei taga ühtlast kvaliteeti.

Eelnevast tulenevalt sõnastab autor töö uurimisküsimuse järgnevalt: kas seadusandja poolt kehtestatud menetlustoimingud on piisavad, et hooldusõiguse vaidluses otsuse tegemisel oleks tagatud lapse parim huvi?

Töö kirjutamisel on kasutatud kvalitatiivseid meetodeid – analüütilist ning võrdlevat meetodit. Analüütiline meetod väljendub seadusandluse, kohtupraktika ja erialase kirjanduse analüüsimisel ja selle koosmõjus tehtud järeldusel. Võrdlusmaterjaliks on võetud eelkõige Saksamaa ning mõningal määral ka Norra, Taani ja Rootsi regulatsioon. Saksa õiguspraktikale on olulisel määral viidatud põhjusel, et Saksa tsiviilseadusandlus on olnud oluliseks eeskujuks Eesti õigusloomele.¹⁵

Töö allikmaterjalideks on nii rahvusvaheline kui ka Eesti õiguskirjandus, Eestis kehtinud ning kehtivad õigusaktid ning nende eelnõude seletuskirjad. Võõrkeelsetest materjalidest toetub autor ingliskeelsetele teostele. Õigusaktide valikus on lisaks siseriiklikele seadustele kasutatud olulisel määral Euroopa Liidu üldiseid suuniseid, poliitikat ja kohtupraktikat.

Töö on jagatud kolmeks peamiseks osaks, millest esimene annab töö kontektsi arvestades üldise ülevaate nii vanemate rollist lapse elus kui ka lapse õigustest. Kuna autor töös ei käsitle lähemalt hooldusõiguse alla kuuluvat varahooldust ja õigust otsustada lapsega seotud asju, siis on viimases alapeatükis lisaks hooldusõiguse üldistele põhimõtetele antud lühike ülevaade ka nimetatud mõistete tähendusest.

Teine peatükk keskendub hooldusõiguse käsitlemisele ning sellega seonduvale. Autor annab ülevaate peamistest muudatustest, mis 2010. aastal kehtiva PKS-ga jõustusid ning mis käesoleva töö raames on olulised. Lisaks ühise hooldusõiguse muutmise erinevatele võimalustele on peatükis analüüsitud ka lepitusmenetluse olulisust enne hooldusõiguse vaidluse kohtusse jõudmist. Autor peab vajalikuks analüüsida viimases alapeatükis suhtlusõigust ning sellega seonduvaid kitsaskohti, kuna suhtlusõigusel kui sellisel on väga tihti oma osa vanemate

¹⁵ Pärnamärgi, I. Saksa mõju Eesti õiguses. Õiguskeel, 1, 2014

hooldusõiguse vaidlustes ning kohtu poolt kindaks määratud suhtluskorra eiramine vanema poolt on lapse huvi ning õiguste vastane.

Kolmas peatükk keskendub peaaesjalikult lapse parima huvi väljaselgitamise ja tõlgenduse protsessile vanematevahelises hooldusõiguse kohtuvaidluses. Autor analüüsib lapse ärakuulamise protsessi, samuti lapse esindaja ning lastekaitsetöötaja rolli lapse huvi väljaselgitamisel ning tagamisel menetluses. Autor toob välja ilmnunud probleemkohad ning teeb omapoolsed ettepanekud.

Töö vormistamisel on lähtutud Tallinna Tehnikaülikooli üliõpilastööde kirjutamise ja vormistamise juhendis esitatavatest nõuetest.

Autor tänab juhendajat, Viktor Turkinit, asjakohaste märkuste, nõuannete ja konstruktiivse kriitika eest, mis on olnud abiks magistritöö kirjutamisel.

1. Üldine käsitlus

Veel 19. sajandil räägiti Rooma õiguse ettekujutuste alusel lapsest kui isa poolt valitsevast objektist. Tänapäeval on vaieldamatu, et lapsed on õigussubjektid ja põhiõiguste kandjad.¹⁶ Tänapäevases mõistes on tegemist eelkõige vanemate vastutusega selle eest, et lapsele oleks tagatud kõik eluks ja arenguks vajalik.¹⁷ Lapse vanem ei saa omada õigust lapse eest hoolitseda ilma kohustuseta seda teha, kuna ta ei saa sellest õigusest loobuda ilma, et kaotaks vanema õigused täielikult.¹⁸

Suhe lapse ja vanema vahel on Eestis kaitstud nii siseriiklike kui ka rahvusvaheliste õigusaktidega. Tegemist ei ole üksnes perekonnaõigusest tuleneva subjektiivse õigusega, vaid inim- ja põhiõigusega, mis kuulub õiguse perekonnaelu kaitsealasse.¹⁹ Selle kaitse on tagatud nii Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni²⁰ (edaspidi EIÕK) artikliga 8 kui ka Eesti Vabariigi põhiseaduse²¹ (edaspidi PS) §-ga 26.

Laste positsioon on läbi aegade olnud suhteliselt ebakindel. Nii lapse kui ka lapsepõlve tähenduse järjepidev muutumine ühiskonnas on toonud kaasa selle, et laste õigusi on hakatud üha enam eri tasanditel tunnustama - neile on usaldatud suurem vastutus ja pädevus, et oma elu kujundamisel kaasa rääkida. Lapse õigustele viidatakse ka mitmetes olulistes raamdokumentides. Laste õiguste käsitlemisel on pöördepunktiks kahtlemata LÕK, mille toel on uus kujutus pädevamast lapsest kandunud riigiti ka üldisesse seadusandlusesse.

1.1 Vanemate roll lapse elus

Lapse sünd on enamasti rõõmustav sündmus nii perekonna kui ka avaliku võimu jaoks. Samas on vastündinud laps abitu ja võimetu ise enda eest hoolitsema ja ilma kõrvalise abita ellu jääma. Sellest tulenevalt käsitletakse last õigussuhetes kui erilist õigussubjekti.²²

¹⁶ Lüderitz, A. Perekonnaõigus. Õpik. Tallinn: Juura, 2005, lk 286

¹⁷ PKS eelnõu (55 SE) seletuskiri, *op.cit.*, lk 32

¹⁸ Kalmet, T., Mõistlik, P. International Encyclopaedia of Laws. Family and Succession law – Estonia. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, lk 106

¹⁹ Vahem, C. Hooldusõigus pärast vanemate lahkuminekut, magistritöö, Tartu Ülikool 2011, lk 9

²⁰ Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon - RT II 2010, 14, 54

²¹ PS - RT I, 27.04.2011, 2

²² Arrak, L. *op.cit.*, lk 6

Tsiviilseadustiku üldosa seaduse²³ (edaspidi TsÜS) § 7 lg 1 ja 2 järgi algab lapse õigusvõime elusalt sündimisega ja sellest hetkest alates on laps võimeline omama tsiviilõigusi ja kandma tsiviilkohustusi. Tema piiratud tegutsemis- ja arusaamisvõime tõttu on tema iseseisev osalemine õiguskäibes oluliselt piiratud, mistõttu lapsel on TsÜS § 8 lg 2 teise lause järgi piiratud teovõime. Õiguskord lähtub põhimõttest, et laps vajab vanemlikku hoolitsust üldjuhul kuni täisealiseks saamiseni ja pärast täieliku teovõime saavutamist laps iseseisvub ning vanemlik vastutus lapse suhtes lõpeb, kuid alles jäävad sugulusest tulenevad õigused ning kohustused vanema ja lapse vahel, samuti teatud vanemliku vastutuse järelmõjud.²⁴ Täieliku teovõime on TsÜS § 8 lg 2 kohaselt 18-aastaseks saanud isikutel ehk täisealistel.

PS § 27 lg 1 järgi on perekond rahva püsimise ja kasvamise ning ühiskonna alusena riigi kaitse all. Perekond nimetatud sätte tähenduses hõlmab ka vanemate ja laste vahelisi suhteid. Oluline ei ole, kas laps on sündinud abielust või väljaspool abielu, kas ta on võõras- või kasulaps või lapsendatu.²⁵ Riigikohtu halduskollegiumi seisukoht on, et perekonnal on põhiseaduse seisukohalt iseseisev väärtus.²⁶ Vanematel lasub vastavalt LÕK artikkel 18 lõikele 1 esmane vastutus lapse kasvatamise ja arengu eest, st vanemad on lapse kaitse, kasvatamise ja hoolitsuse peamine allikas.

Ehkki vanematel on esmane kohustus oma lapsi kasvatada, väljendab LÕK siiski selgelt, et nende võim pole piiratu. Vanemate tähelepanu keskpunktis peavad olema lapse huvid. Veelgi enam – lapse juhendamine ja suunamine peab olema sobilik ning lapse arenevate võimetega kooskõlas. Nõue, et vanemad paneksid tähele lapse arenevaid võimeid ja arvestaksid vastavalt küpsuse ilmnemisele üha rohkem tema seisukohti, tähendab, et vanemlik vastutus kahaneb koos lapse vanuse ja küpsuse kasvamisega.²⁷

Perekonna tähtsust lapse jaoks väljendatakse LÕK-s sellega, et nimetatakse lapse õigust perekonnale, mis üldisemalt tähendab õigust vanematele. See õigus – õigus olla perekonna liige – iseloomustab tervet LÕKi. Seda tunnustatakse kui teatud tüüpi ligipääsuõigust vanematele.

²³ TsÜS. RT I, 13.03.2014, 103

²⁴ Arrak, L. *op.cit.*, lk 7

²⁵ Lõhmus, U. PS § 27 lg 1 – Truuväli, E.-J jt (toim). Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 2. Täiendatud väljaanne. Tallinn: Juura 2008, lk 299

²⁶ RKHKo 3-3-1-11-00

²⁷ Holmberg, B., Himes, J. Vanemlik vastutus versus riigi kohustused. Eseeede kogumikus laste õigused. ÜRO lapse õiguste konventsiooni põhimõtete rakendamine praktikas (Toim. P. Pedak). Tallinn: Lastekaitseliit, 2005, lk 72

Lapse ligipääsuõigust oma vanematele tuleb siseriiklikult kehtestada seadustega. Seda tehes peab riik arvesse võtma lapse ligipääsuõigust mõlemale vanemale.²⁸ LÕK artikkel 9 sätestab selgesõnaliselt, et lapsel on õigus säilitada regulaarsed isiklikud suhted ja vahetu kontakt mõlema vanemaga, kui see ei lähe vastuollu lapse huvidega. Artikkel 10 lisab, et lapsel on selline õigus ka juhul, kui vanemad elavad erinevates riikides.

Nimetatud õigus tuleb tagada eranditult. See tähendab näiteks, et nii abielust kui ka väljaspool abielu sündinud lastel on võrdsed õigused oma vanemate suhtes. Neil pole mitte ainult võrdne õigus ligipääsule ning mõlema vanema hoolitsusele, vaid ka võrdne õigus rahalisele toetusele ja pärandile.²⁹

Lapse heaolu on seotud lapse enda, teda ümbritsevate inimeste ja keskkonnaga. Lapse lähim keskkond on nn mikrosüsteem, mis hõlmab kodu ja perekonda, last otseselt ümbritsevaid inimesi, keskkonna füüsilisi tingimusi ja majanduslikke võimalusi, aga ka sotsiaalseid suhteid ja emotsionaalset õhkkonda. Lapse heaolu on dünaamiline protsess, mis on lapse enda sisemiste, inimestevahelise, sotsiaalsete ja kultuuriliste protsesside tulem. Lapsel endal lasub oluline subjektiivne roll teda ümbritseva tajumisel ning see on kooskõlas LÕK põhimõtetega.³⁰

Iga laps vajab arenguks ja heaoluks kõrvalist toetust ja abi, mida enamasti pakub perekond, eelkõige lapse vanemad. Ka õiguslike suhteid reguleerides lähtutakse lapse arengu ja heaolu tagamisel lapse eksistentsiaalsest sõltuvusest oma vanematest, mistõttu on lapse arengu ja heaolu esmaseks tagajaks ka õiguslikult eelkõige tema vanemad.³¹

Kui vanema soe, stimuleeriv ja järjepidev hoolitsus viivad empaatia, usalduse ja heaolu tekkimiseni, siis sellise suhte puudumine vanematega, ebatavaline kiindumus, karm, paindumatu või ebajärjekindel distsipliin, ebapiisav järelvalve ja vähene lastega koos tegutsemine, konfliktid paarisuhetes ja abielu purunemine ning lapsevanema psühhopatoloogia (nt ema depressioon) suurendavad laste puhul märkimisväärselt käitumuslike ja emotsionaalsete probleemide kujunemise riski. Eriti lapse varases eas mõjutab vanemate kasvatuspraktika lapse tulevikku rohkem kui jõukus, klassikuuluvus, haridus või mis tahes muu tuntud sotsiaalne faktor.

²⁸ Holmberg, B., Himes, J. *op.cit.*, lk 74

²⁹ *ibid.*

³⁰ Reinomägi, A. jt. Lapse heaolu mõõtmise käsitus. Eesti Statistika, 2014, lk 6. www.stat.ee/dokumendid/75444 (15.03.2015)

³¹ Arrak, L. *op.cit.*, lk 6

Aju kiire arenemine ja eriline vastuvõtlikkus kogetule annab lapsele nii suurepärase arenguvõimaluse kui ka olulise haavatavuse. Nii paneb lapse ja tema peamise hooldaja vaheline suhe aluse kõigile järgnevatele lapse loodud suhetele.³²

Autor nõustub eelnevaga, et lapse käitumismudeli, harjumuste ning suhtemisoskuste kujunemisel on just vanemate roll määrava tähtsusega. Lapsele on oluline luua teatavad kasvutingimused, et igakülgseks oleks tagatud nende optimaalne areng. Vanemate poolt tehtavad valed valikud ning otsused võivad kiiva kiskuda või lausa hävitada kogu laste ülejäänud elu.

1.2 Lapse õigused

Euroopa Liidu põhiõiguste harta³³, mille peamiseks eesmärgiks on kaitsta inimeste põhiõigusi, sätestab artiklis 24 laste õiguse vabalt väljendada oma seisukohti ning kohustuse nendega lapsega seotud küsimustes arvestada vastavalt lapse vanusele ja küpsusele, seada esikohale lapse huvid kõigis lastega seotud avalik-õiguslike asutuste ja eraõiguslike institutsioonide toimingutes ning iga lapse õiguse säilitada regulaarsed isiklikud suhted ja otsene kontakt oma mõlema vanemaga, kui see ei ole vastuolus lapse huvidega.

1989. aastal vastuvõetud LÕK on lapse heaolu käsitlemise normatiivne alus, mis rõhutab lapse arengu terviklikkust, iga lapse individuaalsust ja sünnipärase potentsiaali realiseerimise tähtsust. Konventsioonis sisalduv rahvusvaheliselt tunnustatud põhimõtete raamistik, selle kõikehõlmav iseloom ja õiguslik siduvus on aluseks laste olukorra ja võimaluste hindamisele ning laste olukorra parandamisele. LÕKi järgi on igal lapsel õigus üles kasvada ühiskonnas, mis edendab tema arengut ja heaolu. Lapse õigused on lapse heaolu lahutamatu osa, mistõttu võib neid käsitleda kui heaolu hindamise lähtealuseid.³⁴

LÕK on peamine lapsi käsitlev inimõiguste dokument, mis oma erakordses laiahaardelisuses hõlmab lisaks laste kodaniku- ja poliitilistele õigustele ka nende majanduslikke, sotsiaalseid ja

³² Sotsiaalministeerium, Laste ja perede arengukava 2012-2020, 2011, lk 17-18.

www.sm.ee/sites/default/files/content-editors/Lapsed_ja_pered/laste_ja_perede_arengukava_2012_-_2020.pdf (17.04.2015)

³³ Euroopa Liidu põhiõiguste harta. (2007/C 303/01), artikkel 24

³⁴ Reinomägi, A. jt. *op.cit.*, lk 9

kultuurilisi õigusi.³⁵ Konventsiooni peetakse pöördepunktiks lapse õiguste käsitlemisel, selle kaudu on tõdemus pädevamast lapsest kandunud ka seadusandlusse.³⁶ Konventsioon on pea kõigi maailma riikide poolt ratifitseeritud, Eesti liitus sellega kohe pärast taasiseseisvumist 1991. aastal. Seega on Eesti võtnud endale kohustuse järgida konventsiooni põhimõtteid ning tagada lapse õigused. Et seda ülesannet paremini täita, loodi 2011. aastal Eestis lasteombudsmani institutsioon. Lasteombudsman on õiguskantsler, kelle ülesandeks on lapse õiguste kaitse ja edendamine.³⁷

LÕK-s sätestatud lapse õigused võib jagada sisu järgi kolme suurde kategooriasse: hoolitsusega seotud õigused, kaitsega seotud õigused ning autonoomia ja osalemisega seotud õigused.

Hoolitsuse ja kaitsega seotud lapse õigused võivad tunduda iseenesestmõistetavad ning rõhuasetus ongi seni olnud just nende õiguste tagamisel ning lapse autonoomia ja osalemise õigused on jäänud tahaplaanile. Viimasel ajal on aga lapse autonoomia ja osalemisega seotud õigused sattunud erilise tähelepanu keskmesse. Rõhutama on hakatud seda, et laste hääl peab olema ühiskonnas kuuldav ja arvesse võetud ning lapsed peavad olema kaasatud neid puudutavate otsuste tegemisse erinevatel tasanditel alates perekonnast kuni kõrgema tasandi otsustusprotsessideni.³⁸ Lapse õigust olla ärakuulatud käsitleb autor täpsemalt alapeatükis 3.2.

LÕK sätestab üldpõhimõttena lapse vajaduse erilisele kaitsele ja hoolele tema füüsilise ja vaimse ebaküpsuse tõttu, kaasa arvatud vastava seadusliku kaitse nii enne kui ka pärast sündi. Antud töö kontekstis on olulisimad konventsiooni kaks artiklit, mida autor töös ka laiaulatuslikult käsitleb ning millele viitab: artikkel 3, mille kohaselt tuleb esikohale seada lapse huvid ning artikkel 12, mille kohaselt tuleb lapsele tagada võimalus väljendada oma arvamust teda puudutavates küsimustes, hinnates lapse vaateid vastavalt tema vanusele ja küpsusele, sh teda puudutavas kohtu- ja administratiivmenetluses.

³⁵ Holmberg, B., Newell, P. – Laste õiguste „valvekoer“. Eseeide kogumikus laste õigused. ÜRO lapse õiguste konventsiooni põhimõtete rakendamine praktikas (Toim. P. Pedak). Tallinn: Lastekaitseliit, 2005, lk 159

³⁶ Verhellen, E. Convention on the Rights of the Child. Background, Motivation, Strategies, Main Themes. 4th edition. Antwerp: Garant 2006, lk 9

³⁷ Karu, M. jt. *op.cit.*, lk 4

³⁸ *ibid.*, lk 4-5

Konventsioon kehtestab lapse ja riigi vahelise otsese suhte, mis tähendab, et mitte kellelgi, ka vanemal, pole lapse üle „omanikuõigusi“.³⁹ Näiteks on vanemate „omanikuõiguse“ küsimus alati päevakorras, kui teemaks on lapse hooldusõigus ning selle jagamine. Vanemate tülid selle üle sarnanevad tihtipeale nende varajagamisvaidlustega, kuna peamiselt vaieldakse selle üle, kus ja kellega peaks laps elama, st kelle „oma“ peaks laps olema. Selliste vanemate vahelise konfliktide käigus unustatakse tihtipeale ära peamine – õigus lapsel avaldada oma arvamust ning õigust suhelda oma mõlema vanemaga.

Juba alates LÕKi esimesest eelnõust, mille esitas 1978. aastal Poola valitsus, oli selge, et lapse huvide esikohale seadmise põhimõte tuleb konventsiooni sisse kirjutada ning seal tähtsale kohale seada. Tegelikult tõstis seda põhimõtet esile juba 1959. aasta lapse õiguste deklaratsioon, kuulutades, et lapsi käsitlevate seaduste vastuvõtmisel tuleb „üle kõige pidada silmas lapse huvisid“; niisamuti peaks see olema „juhtpõhimõtteks neile, kes vastutavad (lapse) hariduse ja suunamise eest“. Riigisisesealt oli lapse huvide esikohale seadmise põhimõte juba pikka aega olnud mitme õiguskorra osa, ehkki seda kohaldati tavaliselt vaid üksikjuhtumitel perekonnaõiguse küsimustes, nagu lahutus, eestkoste ja adopteerimine.⁴⁰

LÕK laiendab põhimõtet kõigile last mõjutavatele otsustele. Lapse huvid peavad olema esmatähtsad kõigi lapsi puudutavate meetmete võtmisel, mitte ainult riigiasutuste, vaid ka asjaomaste erainstitutsioonide tegevuses.

Konventsiooni koostajad mitte ainult ei laiendanud põhimõtte kohaldamisala, vaid seadsid selle kogu konventsiooni katvaks „sätete sätteks“. ÜRO lapse õiguste komitee on astunud veel ühe sammu võrra edasi, määratledes lapse huvide esikohale seadmise üldpõhimõttena, mis juhib kogu konventsiooni.⁴¹

Eestis on lapse suhtlus- ja hooldusõiguse põhimõtted määratletud nii lastekaitseaduses (edaspidi LaKS) kui ka perekonnaseaduses. LaKS⁴² kohaselt on lastekaitse põhimõtteks alati ja igal pool seada esikohale lapse huvid ning igat last tuleb kohelda nagu isiksust, tema omapära,

³⁹ Holmberg, B., Himes, J. *op.cit*, lk 82-83

⁴⁰ Hammarberg, T., Holmberg, B. Lapse huvide esikohale seadmine – põhimõte ja protsess. Eseeede kogumikus laste õigused. ÜRO lapse õiguste konventsiooni põhimõtete rakendamine praktikas (Toim. P. Pedak). Tallinn: Lastekaitseliit, 2005, lk 30

⁴¹ *ibid.*

⁴² LaKS - RT I, 13.12.2013, 12 §-d 3 ja 31

iga ja sugu arvestavalt. LaKS § 28 kohaselt on lapsel, kes on lahutatud ühest või mõlemast vanemast, õigus säilitada isiklikud suhted ja kontakt mõlema vanemaga ja lähedaste sugulastega, välja arvatud juhul, kui see last kahjustab. Ka PKS⁴³ § 143 sätestab lapse õiguse isiklikult suhelda mõlema vanemaga.

Töö teemast tulenevalt on oluline välja tuua ka TsMS-is sätestatud lapse õigus isiklikule esindajale perekonnaasjades, kui see on vajalik lapse huvide kaitseks, sh kui lapse huvid on oluliselt vastuolus tema seadusliku esindaja huvidega. Lapse esindaja rolli lapse õiguste ning huvide kaitsmisel käsitleb autor täpsemalt alapeatükis 3.3.

Tänapäeva ühiskonnas on siiani üheks probleemiks, et lapsed ei ole piisavalt väärtustatud. Mitmed siseriiklikud õigusaktid sätestavad lapselt arvamuse küsimise kohustuse lapsega seotud asjade lahendamisel, kuid tegelikkuses iga-päeva elus lapse arvamusega paljudel juhtudel siiski ei arvestata. 2010. a läbi viidud Euroopa Sotsiaaluuringu tulemused näitavad, et üldine arvamus toetab laste ära kuulamist, kuid sellega arvestamist ei peeta teatud juhtudel oluliseks. Teiseks lapse väärtustamise näitajaks on laste kaasamine ühiskonna- ning pereellu, mis on oma olemuselt laiem kui pelgalt lapselt arvamuse küsimine teda puudutavates küsimustes.⁴⁴ Euroopa Nõukogu poolt koostatud lapse õiguste strateegias 2012-2015⁴⁵ märgitakse, et igal lapsel on seaduslik õigus olla ära kuulatud ja kaasatud pere-, ühiskonna- ja poliitikaellu.

2011. aastal viis Euroopa komisjoni õigusküsimuste peadirektoraat läbi uuringu „Laste õigused nende endi silme läbi“⁴⁶, milles kajastub Euroopa Liidu liikmesriikide laste arvamus nii nende enda kui ka üldiselt laste õigustega seoses. Eri taustaga teismelised arutasid selle üle, mida tähendab olla laps 2010. aastal. Nad rääkisid takistustest, mis ei lase neil oma õigusi kasutada ja sellest, millist käitumist nad täiskasvanutelt ootavad. Uuringus osalenud noored tõid välja, et täiskasvanutel on laste vastu vähene usaldus ning seetõttu on piiratud ka laste võimalus oma elu üle ise otsustada. Paljud lapsed märkisid ära osalusõiguse tähtsuse ning vajalikkuse. Seda

⁴³ PKS RT I, 29.06.2014, 105

⁴⁴ Poopuu, T. jt Lastekaitse seaduse eelnõu väljatöötamiskavatsus. Sotsiaalministeerium, lk 6. www.osale.ee/konsultatsioonid/files/consult/234_Lastekaitse%20seaduse%20eelnou%20VTK.pdf (22.01.2015)

⁴⁵ Council of Europe Strategy for the Rights of the Child 2012-2015, CM(2011)171 final. Strategic objective 4: Promoting child participation – www.wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1908087&Site=CM (10.03.2015)

⁴⁶ Euroopa Komisjon. Laste õigused nende endi silme läbi. Euroopa Liit, 2011. www.ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/rights-of-the-child_et.pdf (22.01.2015)

väljendasid ka need, kelle vanemad elavad lahus või on lahutatud. Küsitletud tahaksid, et vanemad kaasaksid lapsi rohkem neid otseselt puudutavatesse otsuste tegemisse ja probleemide lahendamisse, näiteks kus elada vanemate lahkumineku korral. Lapsed soovivad osaleda aktiivselt neid puudutavates otsustusprotsessides ja tunda, et nende arvamusega ka arvestatakse. Nimetatud uuring toob välja, et lapse huvide järgimine on üks lapse õiguste kaitse aluspõhimõtteid, mis tähendab, et lastele tuleb anda võimalus väljendada neid puudutavatel teemadel oma seisukohti.

1.3 Vanema hooldusõiguse üldised põhimõtted

Lapse individuaalne hooldus ja kasvatus on riigi ja ühiskonna jaoks asendamatu, seepärast tuleb toetada vanemaks olemist ja vanema õiguste lisamist põhiõiguste kataloogi.⁴⁷

PS § 27 lg 3 kohaselt on vanematel õigus ja kohustus kasvatada oma lapsi ja hoolitseda nende eest. Patriarhaalses ühiskonnakorralduses kujutas vanema hooldusõigus endast isa võimu. Tänapäevases mõistes on tegemist eelkõige vanema(te) vastutusega selle eest, et lapsele oleks tagatud kõik eluks ja arenguks vajalik. Seega sisaldub hooldusõiguses ka sellele vastav vanema kohustus.⁴⁸

Alates 1. juulist 2010 kehtima hakanud PKS tõi varem kehtinud perekonnaseadusega võrreldes kaasa väga olulise muudatuse vanema õiguste ja kohustuste instituudis. Kasutusele võeti maailmas laialt levinud vanema hooldusõiguse kontseptsioon. Vanematele põhiseadusega antud õigus ja neile pandud kohustus oma laste eest hoolitseda ja neid kasvatada oli vanema ja lapse õigussuhte täpsemale reguleerimisele aluseks enne 1. juulit 2010 kehtinud perekonnaseaduses ja on seda ka 1. juulil 2010 jõustunud PKSi. Siiski ei ole vanemate autonoomia laste hea käekäigu tagamisel piiramatult, kuna ühiskond tervikuna on huvitatud sellest, et igast sündinud lapsest kasvaks täisväärtuslik ühiskonna liige. Sellest tulenevalt on avalikule võimule sätestatud PS §-s 26 erandina õigus sekkuda seaduses sätestatud juhtudel ja korras tervise, kõlbluse, avaliku korra või teiste inimeste õiguste ja vabaduste kaitseks isiku era- ja perekonnaellu, sh vanema autonoomsusesse.⁴⁹

⁴⁷ Lüderitz, A. *op.cit.*, lk 286

⁴⁸ PKS eelnõu (55 SE) seletuskiri, *op.cit.*, lk 32

⁴⁹ Arrak, L. *op.cit.*, lk 7

Vanema hooldusõigus väljendab vanemate loomulikku seost lastega ja kiindumust neisse, olles ühtlasi vanemale tegutsemisraamistik. Selles avalduvad elementaarsed inimlikud vajadused: omada kiindumusobjekti, näha isiku kasvamist, tema eest hoolitseda ja teda kaitsta.⁵⁰ Vanema hooldusõiguse loomuõiguslikuks tuumaks on hoolitsus lapse isiku eest. Õiguse ja kohustusena hõlmab see vanemate kõiki tegevusi, mis on kehalises ja vaimses mõttes vajalikud ja olulised lapse kaitsmiseks ja arenguks.⁵¹

Vanema hooldusõiguse definitsioon Eesti õiguskorras tuleneb PKS §-st 116 lg 2, mille kohaselt on vanemal õigus ja kohustus hoolitseda oma alaealise lapse eest, sealhulgas hoolitseda lapse isikliku heaolu (isikuhooldus) ja lapse vara (varahooldus) eest ning otsustada lapsega seotud asju (otsustusõigus). PKS § 120 lg 1 kohaselt on hooldusõiguslik vanem üldjuhul lapse seaduslik esindaja (esindusõigus). Ulatusel ulatub esindusõigus sama kaugele kui hooldusõigus. Kui hooldusõigust on piiratud, on samapalju piiratud ka esindusõigus. Seega puudutab uue PKS-ga kasutusele võetud vanema hooldusõiguse instituut laste ja vanemate suhet, millele suhetes kolmandate isikutega vastab vanemate esindusõigus kõigis lapse isikut ja vara puudutavates küsimustes.⁵² Lapse ja vanema õigussuhtes moodustabki kõige olulisema osa just vanema hooldusõigus.

PKS § 124 lg 1 kohaselt on isikuhooldus hooldaja kohustus ja õigus last kasvatada, tema järele valvata ja tema viibimiskohta määrata ning lapse igakülgse heaolu eest muul viisil hoolitseda. Isikuhooldus tähendab vanema jaoks nii õigust kui ka kohustust teha kõik, et tagada lapse heaolu ja tema nii füüsiline kui ka psüühiline areng. Isikuhooldus hõlmab endas faktilist hoolitsust ja eluvajaduste katmist (sh eluase, toit, rõivad ja tervishoid). Kasvatamise all on mõeldud muu hulgas lapsele hariduse andmise küsimusi, mis on sätestatud PKS §-s 125. Isikuhoolduse alla kuulub ka lapse järele valvamine ning tema suhtlusringkonna määramine (sh kohustus hoida last teda ähvardavate ohtude eest) ning lapse viibimiskoha üle otsustamine.⁵³

Kuna laps on õigusvõimeline, siis võib talle kuuluda vara. Kui lapsele kuulub vara, siis ometigi ei saa ta oma piiratud teovõime tõttu vara käsutada, mistõttu sätestab PKS varahoolduse mõiste. Varahooldust reguleerib PKS § 127, mille kohaselt hõlmab varahooldus õigust ja kohustust

⁵⁰ Lüderitz, A. *op.cit.*, lk 286

⁵¹ *ibid.*, lk 300

⁵² Uusen-Nacke, T., Göttig, T. Perekonnaõiguse seosed teiste tsiviilõiguse valdkondadega. *Juridica*, II, 2010, lk 91

⁵³ PKS eelnõu (55 SE) seletuskiri, *op.cit.*, lk 33

valitseda lapse vara, muu hulgas last esindada. See ei välista lapse õigust seaduses sätestatud juhtudel vara iseseisvalt valitseda. PKS § 133 lg-st 1 tuleneb vanematele kohustus lapse varahooldusõiguset teostades ilmutada samasugust hoolt, nagu nad tavaliselt rakendavad oma asjades.

Üldjoontes laieneb vanemale kuuluv varahooldusõigus lapse kogu varale; § 128 näeb siin siiski ette teatud erandid. Toimingute puhuks, mida vanemal ei ole lapse nimel õigust teha, tuleb määrata erieestkostja (§ 209).⁵⁴

Terminitega „isikuhooldus“ ja „varahooldus“ eristatakse lapse suhtes vanematele kuuluvaid isikulisi ja varalisi õigusi ning kohustusi. Sellisel moel hooldusõiguse jagamine tagab, et igakülgsest oleks tagatud lapse huvidega arvestamine ning lisaks annab kohtule suurema paindlikkuse vajadusel nende õiguste piiramiseks. Näiteks ei pea hooldusõiguse vaidluses ühte vanemat hooldusõigusest täielikult ilma jätma, vaid ainult varahooldusõigusest, säilitades ühise hooldusõiguse lapse isikuhoolduse osas.

PKS § 116 lg 2 sätestab, et mh on vanemal otsustusõigus, st õigus otsustada lapsega seotud asju. Kui ühist hooldusõigust omavad vanemad elavad alaliselt lahus, otsustavad nad lapsega seotud olulisi asju ühiselt (PKS § 145 lg 1). Hooldusõigusega vanemal, kelle juures laps teise vanema nõusolekul või kohtulahendi alusel alaliselt elab, on õigus otsustada lapse igapäevaelu asju ainuisikuliselt. Igapäevaelu asjade otsustamisena tuleb üldjuhul mõista sellise tavaotsuse tegemist, mis esineb sageli ja mis lapse arengut püsivalt ei mõjuta. PKS § 145 lg 3 sätestab, et kui laps viibib seaduslikul alusel vanema juures, kelle juures ta alaliselt ei ela, võib sellel ajal lapse tavahooldamise asju otsustada ka see vanem. Sellest lähtuvalt on ka otsustusõiguse kontseptsiooni põhjal mõlemal vanemal suhteliselt võrdsed õigused. PKS eelnõu seletuskirja kohaselt peaks seadusest tulenev otsustusõigus lihtsustama lapse esindamist ja aitama luua selgust nii vanemate omavahelistes suhetes kui ka suhetes kolmandate isikutega.⁵⁵

PS § 27 lg 3 kehtestab vanemate õiguse ja kohustuse kasvatada oma lapsi ja hoolitseda nende eest. LÕK rõhutab vajadust tunnustada põhimõtet, et mõlemad vanemad vastutavad ühiselt lapse

⁵⁴ PKS eelnõu (55 SE) seletuskiri, *op.cit.*, lk 33

⁵⁵ *ibid.*, lk 35

üleskasvatamise ja arendamise eest. Vanematel või teatud juhtudel seaduslikel hooldajatel lasub esmane vastutus lapse üleskasvatamise ja arendamise eest (artikkel 18).⁵⁶

Reeglina kuulub hooldusõigus vanematele ühiselt – PKS § 117 lg 1 tulenevalt on omavahel abielus olevatel vanematel oma lapse suhtes ühine hooldusõigus. Nimetatud õigused ja kohustused laienevad peale abikaasadest vanemate ka vanematele, kes ei ole omavahel abielus ning kes PS § 117 lg 2 järgi isaduse omaksvõtu tahteavaldusi esitades ei ole väljendanud oma soovi jätta vanema hooldusõigus vaid ühele vanematest.

Vanemaks ei loe seadus üksnes bioloogilisi vanemaid. Kui lapse ema on abielus, siis kantakse lapse isana sünniakti isik, kes on lapse emaga abielus. Lapse emaga abielus olevat meest ei kanta isana lapse sünniakti, kui abikaasad esitavad selleks ühise avalduse (PKS § 39).⁵⁷

PKS § 118 lg 1 sätestab, et vanemad teostavad lapse suhtes ühist hooldusõigust ja täidavad hoolduskohustust omal vastutusel ja üksmeeles, pidades silmas lapse igakülgset heaolu. Hooldusõiguse teostamisel tuleb arvestada ka põhimõttega, et vanematel on oma laste suhtes võrdsed õigused ja kohustused (PKS § 116 lg 1) ning vanemaks saades lapse võime ja vajadus iseseisvalt ja vastutusvõimeliselt tegutseda suureneb, mistõttu tuleb vanematel lapsega hooldus- ja kasvatusküsimusi arutada, kui lapse arengutase seda võimaldab (PKS § 116 lg 3).

Hooldusõiguse teostamisel on eesmärgiks, et lapsest kasvab täisealiseks saades TsÜS-i § 8 lg 2 mõttes täieliku teovõimega isik ehk isik, kes saab oma tegudest aru ning suudab neid juhtida.⁵⁸

Seoses vanema hooldusõiguse institusiooni sissetoomisega PKSi väärrib märkimist, et kui vanemate abielu lahutatakse ja kumbki neist ei taotle hooldusõiguse kuuluvuse muutmist, siis säilib vanematel ka pärast abielu lõppemist ühine hooldusõigus oma laste suhtes. Hooldusõiguse muutmist võib kohtult taotleda nii koos abielu lahutamise kui ka pärast abielu lahutamist.⁵⁹ PKS § 137 lg 1 kohaselt on võimalik ühist hooldusõigust omavatel vanematel, kes elavad alaliselt lahus või ei soovi muul põhjusel hooldusõigust edaspidi ühiselt teostada, kummalgi kohtult hagita menetluses taotleda, et lapse hooldusõigus antakse talle osaliselt või täielikult üle.

⁵⁶ Lõhmus, U. PS § 26 lg 3 – Truuväli, E.-J jt (toim). Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 2. Täiendatud väljaanne. Tallinn: Juura 2008, lk 301

⁵⁷ *ibid.*

⁵⁸ Espenberg, K., Soo, K., jt. Vanema hooldusõiguse määramise uuring. Lõppraport. Tartu Ülikool: RAKE, 2013, lk 24

⁵⁹ PKS eelnõu (55 SE) seletuskiri, *op.cit.*, lk 25

Vastavalt TsMS⁶⁰ § 550 lg 1 p-le 2 lahendatakse vanema õiguste määramine lapse suhtes hagita menetluses kohtus.

Vanemate võrdseid õiguseid ja kohustusi lapsega kooselava vanema ja lahuselava vanema puhul ei saa võtta sõna-sõnalt. Riigikohus on leidnud, et hoolimata PKSiis sätestatud vanemate õiguste ja kohustuste võrdsuse põhimõttest ei saa alati lahus elavale vanemale tagada samasugust lapsega suhtlemise ja lapse kasvatamise õigust, nagu see on lapsega koos elaval vanemal. Lapsest lahus elamine vähendab paratamatult vanema ja lapse koosolemise võimalusi.⁶¹ Oluline on, et oma kohustusi peavad vanemad täitma heas usus ning lähtuvalt lapse huvidest ning mitte mingil juhul ei tohi takistada teise vanemaga suhtlemist või kahjustada suhet teise vanemaga.

Vanema õiguste määramise asjadena käsitletakse nii vanema õiguste äravõtmist ja suhtlemise korraldamist kui ka vanema hooldusõiguse piiramist, peatamist, ühise hooldusõiguse lõpetamist ja ainuhooldusõiguse üleandmist ühele vanemale, hooldusõiguse üleandmist ühelt vanemalt teisele ja otsustusõiguse küsimuste lahendamist. Autor käsitleb käesoleva töö teises peatükis nii suhtlemiskorra määramist kui ka ühise hooldusõiguse lõpetamise erinevaid võimalusi.

Vanema hooldusõigust on võimalik piirata või täielikult ära võtta PKS §-de 134-136 alusel. PKS § 140 alusel on võimalik vanema hooldusõigust peatada, kui vanem on kehvalt võimetu lapse hooldusõigust teostama. Kohus piirab vanemate hooldusõigust või võtab selle täielikult ära juhul, kui ohus on lapse heaolu. Kohus teeb kõiki lapsesse puutuvaid asju läbi vaadates esmajoones lapse huvidest lähtuva lahendi, arvestades kõiki asjaolusid ja asjaomaste isikute õigustatud huve (PKS § 123 lg 1).

Põhirõhk on kõigi lapse kasvatamise ja hooldamisega seotud küsimuste puhul lapse heaolul ja tema huvidel.⁶²

⁶⁰ TsMS. RT I, 19.03.2015, 26

⁶¹ RKTko 3-2-1-13-07

⁶² PKS eelnõu (55 SE) seletuskiri, *op.cit.*, lk 32

2. Hooldusõiguse kontseptsioon

Riigil on eriline huvi laste kasvatuse vastu. Ta jätab selle küll esmajoones vanemate hooleks, kuid pretendeerib õigusele reguleerida seadusega laste kasvatamist vanema õiguste piiramisega. Riigi „valvuriamet“ viib koduse kasvatuse suhtes ka selleni, et tagatud on lapse inimväärikus ja tema vaba enesemääramise õigus. Vanema õiguse all mõistetakse lapse huvides seatud ning kohustustega seotud õigust, nii et vanema hooldusõiguse sisu ja piiride määramisel on arvesse võetud lapse isikuõigusi.⁶³

Vanema hooldusõiguse riikliku kontrolli õigustamiseks toetuti Saksa õiguses vanema õiguse seotusele tema kohustustega. See oli tuntud juba 17. sajandil - vanema võim oli endastmõistetavalt seotud kommete ja kõlblusega. Sellest, oma olemuselt moraalsest, piirangust sai õiguslik piirang.⁶⁴ Nimetatud piirang on sisse viidud ka Saksamaa tsiviilseadustikku⁶⁵ (*Bürgerliches Gesetzbuch*, edaspidi BGB) §-i 1627, mis sätestab, et vanemad peavad hooldusõigust teostama lapse heaoluks ning lapse huvides.

Vanema õiguste ja kohustuste maht sõltub sellest, kas vanemale kuulub lapse suhtes hooldusõigus või mitte. Üldjuhul saavad PKS § 117 järgi nii abielus olevad kui ka abielus mitteolevad vanemad lapse sünni järel lapse suhtes ühise hooldusõiguse. Üksnes juhul, kui lapsel on ainult üks seaduses sätestatud korras kindlaks tehtud vanem või kui vanemad, kes ei ole lapse sünni ajal abielus, väljendavad isaduse omaksvõtu tahteavaldusi tehes PKS § 117 lg 2 järgi soovi jätta vanema hooldusõigus üksnes ühele vanematest, saab vanem sündinud lapse suhtes ainuhooldusõiguse. Viidatud sätted puudutavad eelkõige nende vanemate hooldusõiguse kuuluvust, kelle laps on sündinud pärast 30. juunit 2010.

Ühise hooldusõiguse lõpetamiseks annab PKS-i regulatsiooni kohaselt mitmeid võimalusi. Hooldusõiguse muutmise põhjusteks on enamasti juhud, kus vanemate omavaheliste pingete tõttu ei ole võimalik ühist hooldusõigust teostada ning hooldusõiguse teostamise viisis on

⁶³ Lüderitz, A. *op.cit.*, lk 206

⁶⁴ *ibid.*, lk 287

⁶⁵ Saksamaa Liiduvabariigi tsiviilseadustik *Bürgerliches Gesetzbuch*. www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html

tekkinud erimeelsused, kui ka olukorrad, kus soovitakse fikseerida tegelik olukord, kus üks vanem ei osale lapse kasvatamises.⁶⁶

Seoses sellega, et hooldusõiguse instituut on suhteliselt uus, tajuvad paljud vanemad hooldusõigust pigem suhtlusõigusena. Kui vanemad lähevad lahku, lepivad nad tavaliselt kokku (või ei lepi) lapsega suhtlemise (sh lapse kohtumise lahuselava vanemaga) korra ega mõtle nii palju hooldusõigusele. Kui lapsest lahus elav vanem ei saa lahkumineku järel lapsega aga üldse suhelda või saab seda enda arvates liiga vähe ning asi jõuab kohtusse, „teadvustatakse” hooldusõigus.⁶⁷

CEFL (*Commission on European Family Law*)⁶⁸ printsiibi 3:1 kohaselt hõlmab vanemlik vastutus endas nii hooldust, kaitset ning haridust, elamiskoha kindlaks määramist, vara haldust, seaduslikku esindust kui ka isiklike suhete säilmist. Isiklike suhete säilimise all on CEFL muu hulgas mõelnud ka suhtlusõigust.

Kuigi suhtlusõiguse reguleerimine ei ole hooldusõiguse üks osa, leiab autor eelnevale tuginedes siiski, et selle käsitlemine on käesolevas peatükis lapse huvi konteksti arvesse võttes oluline. Eelkõige just sel põhjusel, et tihtipeale pöördub vanem kohtu poole just suhtluskorra kindlaksmääramiseks, mis omakorda viitab probleemile, et vanem, kelle juures laps elab, ei võimalda teisel vanemal oma lapsega suhelda ning sellest tulenevalt rikutakse ka lapse huvi oma lahuselava vanemaga suhelda.

2.1 Hooldusõiguse käsitus võrreldes eelmise perekonnaseadusega

Kehtiva PKS redaktsiooni väljatöötamise vajalikkus tulenes esmajoones Eesti eraõiguse vallas aset leidnud kiiretest ja põhjapanevatest arengutest. Eelnev PKS jõustus 1. jaanuaril 1995. a. Selle reguleerimismeetod ja läbiv ideoloogia tuginesid suures ulatuses 1969. aasta Eesti NSV abielu- ja perekonnakoodeksile.⁶⁹

⁶⁶ Espenberg, K., Soo, K., jt. *op.cit.*, lk 43

⁶⁷ Siimula-Saar, K., Lillsaar, M. Vanematevahelised vaidlused hooldusõiguse ja suhtlusõiguse kindlaksmääramisel – kes on võitja, kes kaotaja? www.riigikogu.ee/rito/index.php?id=16411(10.02.2015)

⁶⁸ CEFL kodulehekülg. www.ceflonline.net (13.02.2015)

⁶⁹ PKS eelnõu (55 SE) seletuskiri, *op.cit.*, lk 1

PKS rakendamise praktikas kerkis esile arvukaid kitsaskohti. Seaduse peamiseks probleemiks oli madal regulatiivsusaste. Seadus sisaldas suurel hulgal deklaratiivseid norme, samas puudusid sageli konkreetsete eraõiguslikud nõudealused, mis võimaldasid isikul taotleda oma huvide ja õiguste kohtulikku kaitset. Seadus jättis õigust rakendavatele organitele (kohus, eestkosteasutus) äärmiselt laia otsustusruumi, mistõttu konkreetse juhtumi tõenäolist tulemit seaduse sätete põhjal oli enamasti võimatu adekvaatselt ette näha.⁷⁰ See kitsaskoht ilmnes mh ka vanema õiguste teostamise korral.

Mitmete rahvusvaheliste organisatsioonidega ning teiste riikide perekonnaõigusteadlastega tihenened kontaktide ja koostöö tulemusel selgines vajadus pöörata rohkem tähelepanu rahvusvaheliselt tunnustatud ja laialt kasutusel olevatele perekonnaõiguslikele instituutidele ja õiguskaitsevahenditele.⁷¹ Üheks selliseks rahvusvahelisel tasandil tunnustatud mõisteks oligi hooldusõiguse käsitlus.

Justiitsministeerium alustas juba 1996. aastal perekonnaseaduse analüüsivat läbitöötamist. Esialgu oli eesmärgiks välja selgitada puudused ja esitada muudatusettepanekud kehtiva seaduse pinnalt. Töö käigus jõuti siiski seisukohale, et otstarbekam on sätestada muudatused uue seaduse kujul, et tagada seaduse struktuuri terviklikkus ja parem ülevaatlikkus.⁷²

Eelnev PKS reguleeris lapse ja vanema õigussuhteid väga üldiselt. Seadus nägi ette vanema üldise kohustuse last kasvatada ja tema eest hoolitseda ning kaitsta tema õigusi ja huve. Sellega seaduse regulatsioon suuresti ka piirdus. Puudusid vanema õiguste teostamist täpsustavad sätted ja võimalus vanema õiguste teostamist vanemate vahel jagada, nagu ka sätted, mille alusel saanuks kohtunik lahendada vanemate lahkkelisid lapse kasvatamise asjus.⁷³

Vanema õigused kuulusid mõlemale vanemale. Kõik õigused, sh lapse esindamise õiguse säilitas ka see vanem, kes polnud last aastaid näinudki. Neid õigusi sai piirata ainult eriti ränkade eksimuste korral. Samuti oli ühel vanemal peaagu võimatu leida kohtulikku kaitset vanema

⁷⁰ PKS eelnõu (55 SE) seletuskiri, *op.cit.*, lk 1

⁷¹ *ibid.*, lk 1 -2

⁷² *ibid.*, lk 2

⁷³ Justiitsministeerium. Jõustub uus perekonnaseadus. www.just.ee/et/uudised/joustub-uus-perekonnaseadus (20.01.2015)

vastu, kes tegutses lapse huvide vastu. Eestkosteasutus sekkus alles siis, kui ohus oli juba lapse elu või tervis. Kõik muud probleemid olid sisuliselt lahendusest.⁷⁴

Eelnõu loob senisest paremad eeldused isikute perekonnaõiguslike õiguste ja huvide kaitseks, nähes ette konkreetsed alused nõuete esitamiseks. Varasema PKS-ga võrreldes pöörab eelnõu oluliselt rohkem rõhku perekonnasuhte n-ö nõrgema osalise (alaealine laps, varatu abikaasa) seisundile. Samuti annab seadus senisest selgemini piiritletud otsustuskriteeriumid kohtule. Täpsustatud regulatsioonid ja selged otsustusalusused, sealhulgas eeskätt põhjalikud varaliste suhete ning vanema ja lapse suhete korraldamise sätted, annavad eelduse kohtuvaidluste vähenemiseks, kuna seaduse kirjapandud sätete põhjal on vaidluse tõenäoline tulem selgemini ettenähtav.⁷⁵

1. juulil 2010. a. jõustus hetkel Eestis kehtiv PKS. Üheks olulisemaks muudatuseks võrreldes varem, aastast 1995 kehtinud PKS-ga oligi hooldusõiguse mõiste kasutuselevõtmine laste ja vanemate suhetes. 1995. a PKS⁷⁶ sellist mõistet ei sisaldanud - selle asemel oli reguleeritud lapse elukoha määramine (§ 51) ja vanema õiguste äravõtmine (§ 54).

Hooldusõiguse regulatsiooni peamine eesmärk on laste huvide senisest parem kaitse. Selle tagamiseks on kehtivas PKS-is täpsustatud vanemate ja laste vahelisi õigusi ja kohustusi ning vanemlike õiguste ja kohustuste maht on seotud sellega, kuivõrd vanem lapse kasvatamises tegelikult osaleb.⁷⁷

Vanemliku vastutuse sisu uues PKS-s on võrreldes varem kehtinud õigusega jäänud põhiliselt samaks, kuid vanema õigused ja kohustused alaealise lapse suhtes on senisest täpsemalt reguleeritud. Varem kehtinud PKS-i järgi kuulusid lapse seaduslikule vanemale kõik vanema õigused ja kohustused, kui lapse põlvnemine oli seaduses sätestatud korras tõestatud, va kui vanemalt olid vanema õigused ära võetud. Seega piisas varem vanema õiguste saamiseks sellest, et vanem oli vanemana kantud lapse sünniakti. Kehtiva PKS järgi võib küll vanem olla lapse seaduslik vanem, kuid ta ei pruugi olla kõigi vanema õiguste ja kohustuste kandja. Eelkõige puudutab see vanema hooldusõigust kui kõige olulisemat osa vanemlikust vastutusest. Kui

⁷⁴ Justiitsministeerium. Jõustub uus perekonnaseadus *op.cit.*

⁷⁵ PKS eelnõu (55 SE) seletuskiri, *op.cit.*, lk 46

⁷⁶ PKS kehtetu redaktsioon - RT I 2009, 60, 395

⁷⁷ PKS eelnõu (55 SE) seletuskiri, *op.cit.*, lk 32

suhtlusõigus, ülalpidamiskohustus ja muu vanemlik vastutus kuuluvad alati vanemale, kellest lapse põlvnemine on seaduses sätestatud korras kindlaks tehtud, siis hooldusõigus võib vanemale kuuluda või ka mitte, samuti võib vanemale kuuluda hooldusõigus üksnes osaliselt. Seega on kehtivas õiguses loobutud käsitusest, mille järgi saab vanem olla üksnes kõigi vanema õiguste ja kohustuste kandja või kõigist neist korraga ilma jäetud, ning sätestatud on paindlikum regulatsioon, mille järgi võivad vanemale kuuluda just need üksikud õigused ja kohustused hooldusõigusest, mis tagavad parimal viisil lapse heaolu.⁷⁸ Lapse heaolu tagamine on hooldusõiguse küsimuses esmatähtis.

1995. a. PKS § 51 andis vanematele võimaluse lahuselu korral kokku leppida, kumma vanema juures laps elama hakkab. Kui vanemate vahel vastav kokkuleppe puudus, lahendas vanema nõudmisel sellesisulise vaidluse kohus.

Seega eeldas seadus, et lapse elukohaks saab niisugusel juhul ühe vanema elukoht. Elukoha määramisel pidi kohus lähtuma lapse huvidest, selgitama välja vastavas vanuses lapse soovi elada ühe või teise vanemaga ning vajadusel ära kuulama eestkostetasutuse seisukoha.⁷⁹ Riigikohus on ühes oma otsuses⁸⁰ märkinud, et kohus peab lapse elukoha määramisel lähtuma lapse huvidest, arvestades seejuures ka lapse soovi. Juhul, kui kohus leiab, et lapse soov elukoha määramise kohta pole kindel või kui elukoha määramine lapse soovitud viisil läheks vastuollu lapse huvidega, tuleb kohtul põhjalikult lapse huvisid otsuses kaaluda ja põhjendada, miks on lapse huvides määrata tema elukohaks just selle vanema elukoht. Seejuures ei saa ainsaks elukoha määramise põhjenduseks olla see, et elukoha määramine ühe vanema juurde tähendab senise elukorralduse ja peresuhtluse olulist muutust.

Enne 1. juulit 2010 kehtinud PKS § 54 lõikes 1 oli sätestatud vanema õiguste äravõtmise aluste mitteammendav loetelu. Kohus võis vanemalt tema õigused ära võtta, kui vanem ei täitnud mõjuva põhjusega oma kohustusi lapse kasvatamisel ja tema eest hoolitsemisel.

⁷⁸ Arrak, L. *op.cit.*, lk 8

⁷⁹ Turkin, V. Perekonnaseadus. Kommentaarid ja selgitused. Agitaator: 2007, lk 64-65

⁸⁰ RKTko 3-2-1-27-09

Kohustuste täitmata jätmiseks lapse eest hoolitsemisel sai pidada mh ka vanema huvi puudumist lapse käekäigu vastu ja lapsega suhtlemata jätmist.⁸¹ PKS § 54 lg 1 p 4 järgi sai kohus vanemalt tema õigused ära võtta ka juhul, kui vanem avaldas lapsele kahjulikku mõju.

Riigikohus on ühes oma 1999. a. lahendis märkinud, et vanemad, olles õigustatud isiklikult kasvatama oma lapsi, on samaaegselt kohustatud teostama seda õigust laste huvides. Selle nõude rikkumise puhul vanemate õigusi ei kaitsta ja riik, sekkudes perekondlikesse õigussuhetesse, kas piirab vanemate õigusi või kohaldab sanktsioonina vanema õiguste äravõtmist.⁸² Riigikohus selgitab, et vanemalt lapse suhtes vanema õiguste äravõtmine on äärmuslik õiguskaitsevahend lapse huvide kaitseks. Vanema õiguste äravõtmisel ei ole vanema suhtes karistuslikku eesmärki. Seaduse mõte selle õiguskaitsevahendi sisseviimisel on pigem lapse kaitsmine.⁸³

Vanema õiguste äravõtmisel lõppesid perekondlikud õigussuhted vanema ja lapse vahel. Vanemal puudusid õigus lapsega suhelda, last isiklikult kasvatada ning seadusest tulenevalt esindada. Erandina võis eeskosteasutus lubada isikule, kellelt on vanema õigused ära võetud kokkusaamisi lapsega. Ära võtta oli võimalik üksnes vanema õigusi. Vanema kohustuste äravõtmist seadus ette ei näinud.⁸⁴ Seega säilis näiteks kohustus last ülal pidada.

Enne 1. juulit 2010 sündinud laste suhtes saab vanemate hooldusõiguse kuuluvuse määrata üldjuhul kindlaks PKS § 214 lg 1 järgi, mille kohaselt loetakse vanema hooldusõigus alates 1. juulist 2010 kuuluvaks lapse vanematele ühiselt. Seega on ka enne 1. juulit 2010 sündinud laste vanematel alates 1. juulist 2010 üldjuhul ühine hooldusõigus. Hooldusõigust ei ole PKS § 214 lg 1 teise lause järgi siiski vanemal, kellelt vanema õigused on varem kehtinud perekonnaseaduse alusel ära võetud. Samuti ei ole vanemal hooldusõigust juhul, kui kohus on enne 1. juulit 2010 määranud lapse elukohaks teise vanema elukoha.⁸⁵

Kui kohus on enne 1. juulit 2010 määranud lapse elukohaks ühe vanema elukoha, loetakse PKS § 214 lg 3 järgi, et vanema hooldusõigus kuulub alates uue PKSi jõustumisest sellele

⁸¹ Claudius Õigusbüroo. Hooldusõigus, otsustusõigus ja lapsega suhtlemise korraldamine (suhtlemiskord) – olulisi Riigikohtu seisukohti. www.claudiuslaw.com/et/oigusblogi/36-hooldusõigus-otsustusõigus-suhtlemiskord-olulisi-riigikohtu-seisukohti (22.01.2015)

⁸² RKTko 3-2-1-78-99

⁸³ RKTko 3-2-1-4-07, p 23

⁸⁴ Turkin, V. *op-cit.*, lk 71

⁸⁵ RKTko 3-2-1-45-11, p 18

vanemale, kelle elukoha on kohus lapse elukohaks määranud.⁸⁶ Seega on seadusandja andnud lapse elukoha määramises tehtud kohtulahenditele tagasiulatuvalt ühise hooldusõiguse lõpetamise tähenduse uue PKS 137 lg 1 järgi, arvestamata, et tegemist on menetluslikult ja õiguslikult tähenduselt erinevate institutidega.⁸⁷

PKS jõustumine ning hooldusõiguse mõiste kasutusele võtmine tähendas paljude vanemate jaoks seda, et nad kaotasid PKS rakendussätte kohaselt üleöö hooldusõiguse. Seega näiteks see vanem, kes leppis lapse elukoha määramisel lapse jätmisega teise vanema juurde, oli nüüd ilma jäänud kogu hooldusõigusest – oli vaid õigus lapsega suhelda ning ülalpidamiskohustus. Puudus näiteks õigus kaasa rääkida lapse kooli või lasteaia valiku osas.

Viktor Turkin on viimati nimetatud seadusemuudatust kommenteerides selgitanud: „Seaduseelnõu autorid põhjendasid asja väitega, et asjade selline korraldamine osutub asjaosalistele vähem koormavaks kui alternatiivne lahendus, mille kohaselt oleksid kõik vanemad uue perekonnaseaduse jõustumisel saanud lapse suhtes ühise hooldusõiguse. Oletati, et kui oleks valitud teine tee, kasvanuks plahvatuslikult kohtuvaidlused, mis tabanuks esmajoones neid vanemaid, kes olid korra juba lapse elukoha määramisel pika ja kuluka kohtutee läbinud ning pidanuks uuesti ainuhoolduse taotlemiseks kohtumenetluse algatama.“⁸⁸

Autori arvates oleks siinkohal olnud otstarbekam sisse viia regulatsioon, mille kohaselt oleks see vanem, kelle juurde vana PKS-i järgi laps elama määrati, saanud uue PKS-i kohaselt vaid otsustusõiguse oma lapse viibimiskoha osas, kuid mitte hooldusõigust tervenisti. Sel viisil oleks lahus elava vanema õigused vähem riivatud ning mõlemal vanemal oleks võimalus oma lapsega seotud küsimustes kaasa rääkida.

Varasemalt reguleeriski PKS kõiki lahuselavate vanemate suhteid lapse elukoha kaudu. Kõigil juhtudel säilisid vanematel võrdsed õigused, kuigi paljudel juhtudel lahuselav vanem neid reaalseid teostada ei saanudki. Samas ei taha kohtud ka kehtiva seaduse alusel hooldusõigust tervikuna muuta ning tegemist on pigem väga erandliku toiminguga. Eelduslikult säilivad mõlemale vanemale siiski võrdsed õigused ning kohustused – ehk ühine hooldusõigus.

⁸⁶ RKTko 3-2-1-64-10

⁸⁷ TlnRnKm 2-09-50992, lk 3

⁸⁸ Turkin V. Üleöö lapse hooldusõigusest ilma. Eesti Päevaleht, 2012.

www.epl.delfi.ee/news/arvamus/viktor-turkin-uleoo-lapse-hooldusõigusest-ilma?id=64422798
(15.04.2015)

Elukoha määramise nõuet enam PKS alusel esitada ei saa. Hooldusõigus on osadeks jagatav ja tavapäraselt nõutakse nüüd otsustusõigust lapse viibimiskoha määramise osas, mis sisuliselt on sama võrreldes varasema lapse elukoha määramisega.

Eelmise, enne 2010. aastal kehtima hakanud perekonnaseadust, oli PKSi järgi esmane lapsega suhtlemise probleemide lahendaja eestkostetasutus (lastekaitsepetsialistid). Praeguse kehtiva PKSi järgi aga kohus. Viimane on kohustatud eestkostetasutuse arvamuse välja selgitama, kuid see pole kohtule tingimusteta siduv. Lastekaitsetöötajate rolli lastega seotud menetluses käsitleb autor alapeatükis 3.4.

2.2 Vanematele suunatud vahendusmenetluse vajalikkus

Vahendusmenetlus ehk lepitusmenetlus on kohtumenetlusele alternatiivne vaidluste lahendamise protsess, mille käigus erapooletu ning professionaalne isik aitab vaidlevatel osapooltel analüüsida olukorda ning jõuda mõlemale poolele sobiva lahenduseni.⁸⁹

Vahendusmenetluse tunnuseks on, et pooli lepitaval erapooletul kolmandal isikul puudub õigus langetada menetlusosaliste suhtes siduvaid otsuseid.⁹⁰ Täidetav tulemus sünnib üksnes siis, kui pooled jõuavad kokkuleppele. Vaidluste lahendamisel vastastikkuse konsensuse saavutamise teel on mitmeid eeliseid poolte jaoks: tagatud on mõlema poole rahulolu lõpptulemusega (või vähemalt selle vabatahtlik aktsepteerimine), menetlus on kokkuvõttes kiirem, vähem formaliseeritud, kulud on väiksemad ning võimalik on arvestada juriidiliselt mitterelevantsete, kuid poolte jaoks oluliste asjaoludega.⁹¹

Lepitusmenetlus pole võluvahend, kuid intelligentse ja suhtlemisel põhineva kiire vaidluste lahendamise viisina on see mõnedes asjades tõsiseks alternatiiviks kohtumenetlusele.⁹² Kui kohtumenetluses toimub eelkõige faktiliste asjaolude väljaselgitamine ja neile asjaoludele

⁸⁹ Casals, M.M., Divorce Mediation in Europe: An Introductory Outline. Electronic Journal of Comparative Law, 2005, vol 9.2, lk 2. www.ejcl.org/92/art92-2.pdf (20.04.2015)

⁹⁰ Wall, J. A., Stark, J. B., Standifer, R. L. Mediation: A Current Review and Theory Development. SAGE Journals: Journal of Conflict Resolution 2001/45 (3), lk 370

⁹¹ Lepitusseaduse eelnõu (487 SE) seletuskiri, lk 1. www.riigikogu.ee

⁹² Laidvee, K. Lepitusmenetlustest. Kuidas toimub lepitamine? – Juridica, VII, 2013, lk 516

seaduse rakendamine, siis vahendusmenetluse eesmärgiks on mõlemaid pooli rahuldava lahendi saamine ja inimsuhete säilitamine.⁹³

Vahendusmenetlusel on oluline tähtsus just lahutusmenetluses.⁹⁴ Perede puhul keskendub vahendusmenetlus ehk perelepitusteenus eelkõige lapse hooldusõiguse, suhtlusõiguse ja ülalpidamisega seotud küsimustele.⁹⁵ Perelepitus on protsess, milles erapooletu kolmas osapool ehk lepitaja aitab kaasa perevaidluse lahendamisele, aidates kaasa vanematevahelise vabatahtliku kokkuleppe saavutamisele.⁹⁶

Lepitusmenetluse siseriiklikku rakendamist pereasjades soodustab ennekõike TsMS. Üldine vaidluse kokkuleppel lahendamist soodustav säte on TsMS § 4 lg 4, mille kohaselt peab kohus kogu menetluse ajal tegema kõik endast sõltuva, et asi või selle osa lahendataks kompromissiga või muul viisil poolte kokkuleppel, kui see on kohtu hinnangul mõistlik. Kohus võib selleks muu hulgas esitada pooltele kompromissilepingu projekti või kutsuda pooled isiklikult kohtusse, samuti teha neile ettepaneku vaidluse kohtuväliseks lahendamiseks või lepitaja poole pöördumiseks.

Kui kohtu hinnangul on see kohtuasja asjaolusid ning senist menetluskäiku arvestades asja lahendamise huvides vajalik, võib ta kohustada pooli osalema lepitusseaduses sätestatud lepitusmenetluses. Spetsiifilisemalt last puudutavas menetluses peab kohus TsMS § 561 kohaselt nii vara kui võimalik ja igas menetlusstaadiumis püüdma suunata asjaosalisi asja kokkuleppel lahendama. Kohus peab asjaosalised võimalikult aegsasti ära kuulama ja juhtima nende tähelepanu võimalusele kasutada perenõustaja abi eelkõige ühise seisukoha kujundamiseks lapse hooldamisel ja tema eest vastutamisel.

⁹³ Erne, J. Vahendusmenetlus tsiviilvaidluste kohtuvälise lahendamise võimalusena. *Juridica*, VII, 2003, lk 487

⁹⁴ Steffek, F., Unberath, H. *Regulating Dispute Resolution: ADR and Access to Justice at the Crossroads*. A&C Black, 2014, lk 376

⁹⁵ Sotsiaalministeerium. *Peretoetuste, teenuste ja vanemapuhkuste roheline raamat*. Tallinn, 2015, lk 85. https://www.sm.ee/sites/default/files/content-editors/Lapsed_ja_pered/Perehuvitised/peretoetuste_teenuste_ja_vanemapuhkuste_roheline_raamat_2015.pdf (01.04.2015)

⁹⁶ Shepard, A. An Introduction to the Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation. *Family Law Quarterly*, 2001/35 (1), lk 3

Samalaadne õigus on tegelikult näiteks ka lastekaitsetöötajal, kes võib vanematele soovitada kokkuleppe saavutamiseks pöörduda perelepitaja poole ning ta võib esitada sellise soovituselise kohtunikule ka juba käimasoleva kohtuvaidluse raames. Näiteks selgub ühes Riigikohtu lahendis⁹⁷, et Tallinna linna lastekaitsetöötaja tegi kohtule ettepaneku suunata pooled perenõustamisele, mille järel oleks lapsel võimalik isaga tihedamalt ja pikemalt kohtuda.

Perelepitus on Eestis seaduse tasemel reguleeritud alates aastast 2010, mil jõustus lepitusseadus⁹⁸, seega on tegemist suhteliselt uue valdkonnaga. Lepitusseadusega võeti Eesti õiguskorda üle Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv nr 2008/52/EÜ⁹⁹ vahendusmenetluse teatavate aspektide kohta tsiviil- ja kaubandusajades. Direktiivi eesmärk on hõlbustada alternatiivsete vaidluste lahendamise menetluste kättesaadavust ja edendada vaidluste rahumeelset lahendamist, soodustades vahendusmenetluse kasutamist ning tagades tasakaalu vahendus- ja kohtumenetluste vahel.

Ühelt poolt võiks väita, et perelepitus on nagu lepitusmenetlus ikka, ainult valdkonnaks on peresuhete ja perekonnaõigusega seotud küsimused. Siiski tuleb mõista perelepituse eripära – perelepitus hõlmab sageli laiemat ringi teemasid ja inimesi kui näiteks ärilepitus.¹⁰⁰ Näiteks on perelepituse üheks eripäraks see, et lisaks eri meelt olevate vanemate huvidele tuleb kaaluda ka laste huvi ning seada need kokkuleppe saavutamisel alati esikohale.

Toimiva riikliku perelepitussüsteemi üheks heaks näiteks võib tuua Norra, kus alates 2007. aastast peavad need paarid, kellel on abielust alla 16-aastased lapsed, osalema perelepituses. Loomulikult ei tähenda selline kohustuslik perelepituse läbiviimine seda, et pooled on sunnitud kokkuleppele jõudma, kuid oluline on alustada vahendusega enne, kui asi on jõudnud kohtusse. Erandjuhtudeks on need kaasused, kus on tegemist koduvägivallaga.¹⁰¹ Norra abielu aktis (*Ekteskapsloven*)¹⁰² on sätestatud, et vahendusmenetluse eesmärk on jõuda vanemliku vastutuse osas kokkuleppele, võttes aluseks laste jaoks parima lahenduse.

⁹⁷ RKTko 3-2-1-45-11, p 4

⁹⁸ LepS - RT I 2009, 59, 385

⁹⁹ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2008/52/EÜ, 21. mai 2008, vahendusmenetluse teatavate aspektide kohta tsiviil- ja kaubandusajades. ELT L 136, 24.05.2008

¹⁰⁰ Valma, K. jt Lepitussüsteemi perevaidlustes. *Juridica*, I, 2014, lk 86

¹⁰¹ Casals, M. M. *op.cit.*, lk 7

¹⁰² Norra Kuningriigi abieluakt *Ekteskapsloven*, section 26.

<https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/the-marriage-act/id448401/>

Perelepituse teenuse kasutamine Eestis on tasuline. Kuigi tasu lepitajale on kahtlemata oluliselt madalam nii juriidilisele nõustajale makstavast tasust kui ka kohtukuludest, võib see mõnel juhul saada takistuseks ning lepitaja poole ei pöördata. Kui lepitusmenetluse käigus vanemad kokkuleppele ei jõua (mis on tõenäoline), siis lisanduvad lepitusmenetluse tasule ka kohtukulud.

Kuigi 2010. aastal vastu võetud lepitusseadus lõi lepituse kasutamiseks vajaliku õigusliku raamistiku ning Eestis tegutseb juba 1998. aastast just perelepitusele keskendunud Lepitajate ühing, on Eestis perelepituse kasutamine vähe levinud. Lepitajate ühingu hinnangu kohaselt on selle põhjuseks asjaolu, et teenust kasutada soovijatele ei ole teenuse hinna eest tasumine jõukohane ning ka kõik kohalikud omavalitsused ei ole valmis teenust rahastama. Kuigi igas maakonnas on olemas koolitatud spetsialistid, siis igas maakonnas nad ei tööta – osa väljaõppinud lepitajatest on loobunud tegutsemast, sest kliente, kes oleksid valmis teenuse eest maksma, ei ole piisavalt.¹⁰³

Eesti tasulise perelepitussüsteemi võrdluseks võib tuua nii Rootsi, Taani kui ka Norra, kus vastava teenuse kasutamine on osapooltele tasuta.¹⁰⁴ Nagu eelnevalt viidatud, siis Eestis ei kasutata perelepitust tihtipeale just selle tasulisuse tõttu. Autori arvates aitaks suuremale perelepituse kasutamisele kaasa riigipoolne osaline või täielik teenuse kasutamise rahastamine. Olukorras, kus jäetakse lepitus kui odavam võimalus kasutamata, võib riigile kokkuvõttes põhjustada oluliselt suuremaid kulutusi - kui neid juhtumeid tuleb lahendada hakata läbi kohtusüsteemi.

Autori leiab, et Eesti võiks kaaluda Norra eeskujul regulatsiooni, mille kohaselt kõigile neile, kes on esitanud hooldusõiguse määramiseks kohtusse hagi, oleks perelepitus kohustuslik. Siinjuures tuleb siiski arvestada, et perelepitus ei pruugi sobida igale perele ning ei pruugi olla igas hooldusõiguse määramise vaidluses rakendatav. Kindlasti ei sobi perelepitus juhul, kui tegemist on koduvägivalla juhtumiga – sama erand on kehtestatud ka Norras. Lepitusprotsessi edukuse eelduseks on, et osapooled on võrdsed, kes otsivad oma küsimustele parimaid lahendusi erapooletu kolmanda osapoole, lepitaja, abiga.

¹⁰³ Sotsiaalministeerium. Peretoetuste, teenuste ja vanemapuhkuste roheline raamat. *op.cit.*, lk 87

¹⁰⁴ Social Policy and Family Law: Marriage, Divorce and Parenthood. Council of Europe Family Policy Database 2009, lk -8, 22, 37.

www.coe.int/t/dg3/familypolicy/Source/4_2_iii%20Family%20mediation.pdf (28.04.2015)

Julgustades inimesi kasutama lepitust kohtumenetluse alternatiivina, tuleb tagada, et lepituse käigus oleks nii vaidlevate osapoolte kui lapse õigused kindlalt kaitstud. See omakorda eeldab teenuseosutajate ühtlaselt kõrget pädevust üle Eesti. Eksisteerib vajadus arendada välja riiklik süsteem perelepituse pakkumiseks, et see oleks kättesaadav kõigile sõltumata elukohast.¹⁰⁵

Ideaalne perelepituse resultaat on sellisele kokkuleppele jõudmine, millest osapooled ka kinni peavad. Lepitusmenetlus aitab kaasa parima võimaliku kokkuleppe saavutamisele lähtuvalt ennekõike laste parimast huvist ning heaolust. Lapse jaoks on oluline vanemate omavaheline konstruktiivne ning tasakaalukas suhtlemine ning ühiselt lapse elukorralduse jaoks parima lahenduse leidmine. Kahtlemata aitab perelepitus lastel ka oluliselt kergemini toime tulla vanemate lahkuminekuga, kuna konfliktne kohtumenetlus jääb olemata.

Kui osapooled on jätkuvalt konfliktised ning ühine, laste huvidega arvestav, kokkuleppe jääb lepitusmenetluse käigus saavutamata, tuleb vastav vaidlus lahendada kohtus. Järgnevas alapeatükis käsitleb autor erinevaid seadusest tulenevaid võimalusi vanemate ühise hooldusõiguse muutmiseks.

2.3 Ühise hooldusõiguse muutmise võimalused

Hooldusõigus on osadeks jagatav ning see tuleneb vanema hooldusõiguse põhimõtete määratlusest, mille kohasel hooldusõigus hõlmab endas nii isikuhooldust, varahooldust kui ka õigust otsustada lapsega seotud asju. Sellest tulenevalt saab vanem taotleda endale kas üksnes lapse isikuhooldust, varahooldust või lihtsalt õigust otsustada mõnda lapse jaoks olulist küsimust.

Iseenesest säilib vanemate ühine hooldusõigus ka siis, kui vanemad asuvad eraldi elama. Kui ühist hooldusõigust omavad vanemad elavad alaliselt lahus, otsustavad nad üldjuhul lapsega seotud olulisi asju PKS § 145 lg 1 järgi endiselt ühiselt. Lapse igapäevaelu küsimusi otsustab PKS § 145 lg-te 2 ja 3 järgi see vanem, kelle juures laps parasjagu viibib. Muus osas ei mõjuta vanemate lahuselu vanemate ühisest hooldusõigusest tulenevaid õigusi ja kohustusi. Seega säilivad ühise hooldusõiguse korral mõlemal vanemal lapse suhtes üldjuhul võrdsed õigused ja

¹⁰⁵ Sotsiaalministeerium. Peretoetuste, teenuste ja vanemapuhkuste roheline raamat. *op.cit.*, lk 87

kohustused, sh õigus määrata üksmeelselt lapse viibimiskoht ning leppida kokku, kumma vanema juures laps peamiselt elab ja kuidas saab laps teise vanemaga suhelda.¹⁰⁶

Vanemate ühise hooldusõiguse lõpetamiseks annab PKS erinevaid võimalusi. Kui vanemad ei jõua ühist hooldusõigust teostades lapsele olulises asjas ühisele kokkuleppele, võib kohus PKS § 119 alusel vanema taotlusel anda selles asjas otsustusõiguse ainult ühele vanemale. Lähtuvalt ühise hooldusõiguse idees, peaks kohus vastava otsuse tegema vaid erandlikel juhtudel.¹⁰⁷ Tõsised ja korduvad vanemate vahelised erimeelsused lapse kasvatamise olulistest küsimustes võivad viidata aga sellele, et lapse parimatest huvides ei pruugi olla vanemate ühise hooldusõiguse säilitamine.

Vanemate lahuselu korral võiks otsustusõiguse üleandmise asemel vaadata vanemate ühise hooldusõiguse tervikuna ümber ja muuta seda vastavalt sellele, milliseid õigusi kumbki vanem lahuselu korral lapse suhtes tegelikult teostab ja milliseid kohustusi täidab ning milline õiguste ja kohustuste jaotus tagab vanemate lahuselu korral lapse huvides parima lahenduse.¹⁰⁸ PKS § 137 lg 1 alusel on kummalgi hooldusõigust omaval vanemal õigus taotleda lahuselu korral kohtult hagita menetluses seda, et lapse hooldusõigus antaks talle osaliselt või täielikult üle.

Ka Saksa õiguses on BGB § 1672 lg 1 alusel kummalgi vanemal võimalus taotleda endale täieliku või osalise hooldusõiguse üleandmist. Väärt märkimist on BGB §-st 1671 lg 2 p 1 tulenev nüanss, et taotluse rahuldamiseks on määrav teise vanema nõusolek, kui sellele ei vaidle vastu vähemalt 14-aastane laps. Seega, kui vanemad on üksmeelel ühise hooldusõiguse lõpetamise osas, ei ole kohtul õigust nende otsuse autonoomsuses kahelda.¹⁰⁹ Saksamaa perekonakohtud juhivad antud juhul otsuse tegemisel nii vanemate ühisest tahtest kui ka lapse parimast huvist. Saksa kehtiv õigus annab nimetatud sätete alusel vanemate omavahelisele kokkuleppele suurema osakaalu ning alles siis, kui vanemad ei jõua omavahelisele kokkuleppele ja sellele vaidleb vastu vähemalt 14-aastane laps, peab kohus igakordselt kaaluma, milline lahendus on lapse huvidest lähtuvalt parim.

¹⁰⁶ RKTko 3-2-1-45-11, p 20

¹⁰⁷ Gottwald, P., Schwab, D., Büttner, E. Family and Succession Law in Germany. München: Beck, 2001, lk 83

¹⁰⁸ RKTko 3-2-1-45-11, p 21

¹⁰⁹ Gottwald, P., *op.cit.*, lk 89

Saksamaa kohtud kasutavad ühele vanemale ainuhooldusõiguse määramise otsustamiseks kaheastmelist tuvastusmeetodit. Esmalt teeb kohus kindlaks selle, kas lapse huvides on pigem vanemate ühine hooldusõigus või ainuhooldusõiguse määramine ühele vanemale. Alles seejärel otsustab kohus, kas lapse huvidele vastab ainuhooldusõiguse määramine taotluse esitanud vanemale.¹¹⁰

Eesti õigussüsteemis on PKS § 137 lg 1 alusel on esiteks kummalgi vanemal õigus kohtult hagita menetluses taotleda ühise hooldusõiguse lõpetamist ja talle ainuhooldusõiguse üleandmist, sh ka lapse viibimiskoha ainuotsustusõiguse üleandmist. Kui kohus annab ainuhooldusõiguse täielikult ühele vanemale, ei ole teisel vanemal lapse suhtes enam hooldusõigust (sh lapse viibimiskoha määramise ega lapse elu puudutavate oluliste küsimuste otsustamise ega neis küsimustes lapse esindamise õigust), kuid PKS § 143 lg 1 teise lause järgi on hooldusõiguseta vanemal kohustus ja õigus lapsega isiklikult suhelda ning PKS § 145 lg 4 järgi on tal üldjuhul ka lapse igapäevaelu puudutavate küsimuste otsustamise õigus ajal, mil laps teise vanema nõusolekul või kohtulahendi alusel tema juures viibib.¹¹¹

Vanem ei pea tingimata nõudma ühise hooldusõiguse täielikku lõpetamist PKS § 137 lg 1 järgi. Sama säte annab vanematele võimaluse lapse suhtes ühine hooldusõigus säilitada ning vanem võib nõuda kohtu kaudu ainuhooldusõigust üksnes osaliselt, st selles osas, milles vanemad ei suuda ühist hooldusõigust jagades ja lapse parimat huvi silmas pidades omavahel kokku leppida. Seega, kui vanemad ei jõua omavahelisele kokkuleppele, kelle juures laps elama hakkab, võib kohus säilitada vanemate ühise hooldusõiguse, kuid anda ühele vanemale ainuotsustusõiguse lapse viibimiskoha määramise küsimuses.

Riigikohus on oma lahendis¹¹² märkinud, et kohtul tuleb arvestada seda, et andes ühele vanemale lapse viibimiskoha määramise õiguse, puudutab see ühtlasi kummagi vanema võimalust teostada lapse suhtes isikuhooldusõigust (last kasvatada ja tema eest hoolitseda). Lisaks võib kohus PKS § 137 lg 1 alusel vanemale antud ainuhooldusõigust ajaliselt piiritleda, sh anda vanemale ainuhooldusõiguse ajaks, mil teisel vanemal ei ole faktilise takistuse (sh eemalviibimise) tõttu võimalik hooldusõigust teostada. Mh saab kohus vanemate soovi arvestades määrata ka

¹¹⁰ Boele-Woelki, K., Braat, B., Curry-Sumner, I. European Family Law in Action. Volume III: Parental Responsibilities. Antwerp-Oxford: Intersentia, 2005, lk 317-318

¹¹¹ RKTKo 3-2-1-45-11, p 21

¹¹² *ibid.*

vanemate vahelduva ainuhooldusõiguse, kui vanemad on kokku leppinud, et laps elab vaheldumisi kord ühe kord teise vanema juures, ja see vastab lapse huvidele.

Nii Eesti kui ka Saksa õiguses on sarnane ühise hooldusõiguse lõpetamise regulatsioon. Mõlemal vanemal on seadusega antud õigus esitada kohtule taotlus täieliku või osalise hooldusõiguse üleandmiseks. Erinevus on siiski selles osas, et PKS kohaselt ei ole, erinevalt Saksamaa kehtivast regulatsioonist, vanemate omavahelisel kokkuleppel suuremat jõudu kui vähemalt 14-aastase lapse seisukohal. Seega Eestis ühise hooldusõiguse üleandmise avaldust ei rahuldata, kui vähemalt 14-aastane laps vaidleb hooldusõiguse üleandmise vastu või kui on alust eeldada, et ühise hooldusõiguse lõpetamine ja avaldajale ainuhooldusõiguse määramine ei ole kooskõlas lapse huvidega.¹¹³

PKS § 137 lg-st 3 tulenevalt tuleb kohtul lähtuda ühise hooldusõiguse lõpetamise korral hooldusõiguse ühele vanemale andmise otsustamisel eeskätt lapse huvidest, arvestades muu hulgas kummagi vanema vaimset ja majanduslikku valmisolekut last kasvatada, hingelist seotust lapsega ja senist pühendumist lapse eest hoolitsemisele ning lapse tulevase elamistingimusi. PKS eelnõu seletuskirja kohaselt loob selline regulatsioon ja selged otsustusalusel eelduse kohtuvaidluste vähendamiseks, kuna seaduses kirjapandu põhjal on vaidluse tõenäoline tulem selgemini ettenähtav ning osapooled lahendavad oma vaidlused kohtusse pöördumata.¹¹⁴

Oma otsuste tegemisel peab kohus lähtuma alati ka PKS § 123 lg-st 1, mille kohaselt peab kohus tegema kõiki lapsesse puutuvaid asju läbi vaadates esmajoones lapse huvidest lähtuva lahendi, arvestades kõiki asjaolusid ja asjaomaste isikute huve.

Kohtud rahuldavad üldiselt vanema avalduse ainuhooldusõiguse või osalise hooldusõiguse määramiseks, kui kas teine vanem sellele vastu ei vaidle ning on nõus, et hooldusõigus antakse üle avaldajale, või kui teine vanem avaldusele üldse ei vasta või ei tunne lapse vastu huvi.¹¹⁵ Tartu Ülikooli poolt läbi viidud kohtulahendite analüüsis selgus, et nendest avaldustest, kus on põhjus teada, taotlevad emad endale lapse ainuhooldusõiguse määramist umbes pooltel juhtudel seetõttu, et pärast lahkuminekut on jäänud laps(ed) ema kasvatada ning isa ei osale lapse

¹¹³ PKS *ibid.* § 137 lg 2

¹¹⁴ PKS seletuskiri (55 SE) *op.cit.*, lk 46

¹¹⁵ Göttig, T, Uusen-Nacke, T. Vanema õigused ja kohustused lapse suhtes. Kohtute aastaraamat 2013. Riigikohus, lk 56. www.riigikohus.ee/vfs/1725/Kohtute_aastaraamat_2013.pdf

kasvatamises ja tihti ka ülalpidamises. Peamiselt on sel juhul avalduses ainuhooldusõiguse taotlemise põhjendusena toodud, et soovitakse ainuhoolduse taotlemisega fikseerida juriidiliselt tegelik olukord, et teine pool ei osale lapse kasvatamises. Avalduse aluseks on see, et hooldusõigus peaks kuuluma vanemale üksnes niivõrd, kuivõrd see vanem tegelikult lapse kasvatamises osaleb.¹¹⁶ Nimetatud põhimõte oli ka aluseks 2010. aastal jõustud PKS-is vanemate õiguste ja kohustuste kuuluvuse reguleerimisel.

Viidatud kohtulahendite analüüsi kohaselt on paljudes avaldustes toodud põhjendusena välja, et ühiseid last puudutavaid otsuseid on teise vanema huvi puudumisel keeruline teha. Kuna ühist hooldusõigust omavad vanemad peaksid otsustama lapsega seotud olulisi asju ühiselt ka juhul, kui nad elavad alaliselt lahus, siis soovitakse ühise hooldusõiguse lõpetamise või osalise üleandmisega tagada stabiilsus igapäevaelu küsimustes. Hinnanguliselt veerandil juhtudel on ema esitanud avalduse ühise hooldusõiguse täielikuks või osaliseks lõpetamiseks sel põhjusel, et hooldusõiguse teostamise viisis on tekkinud erimeelsused lapse isaga ja omavaheliste pingete tõttu ei ole võimalik ühist hooldusõigust teostada.¹¹⁷

Peamiseks küsimuseks on see, kas hooldusõiguse määramisel tuleb alati lähtuda eeldusest, et ka vanemate lahuselu korral on lapse parimaks huviks vanemate ühise hooldusõiguse säilitamine. Saksa Konstitutsioonikohtu ja Kõrgeima Liidukohtu seisukohtade järgi ei kehti eeldus, et ühine hooldusõigus oleks pärast lahutust lapse heaolu jaoks soodsaim lahendus, kuna vanema hooldusõiguse ühine teostamine pärast lahkuminekut eeldab toimivat sotsiaalset suhet vanemate vahel ning nõuab minimaalsel määral üksmeele olemasolu.¹¹⁸ Kui BGB § 1671 alusel esitatakse avaldus ainuhooldusõiguse taotlemiseks, siis ei eelda see ilmtingimata prioriteeti ühise hooldusõiguse kasuks, vaid kohtul lasub kohustus igal üksikul juhul hinnata, kas vanematevahelised konfliktid võimaldavad ühise hooldusõiguse säilitamist või mitte.

Autor tõi eelnevalt välja, et hooldusõigus on osadeks jagatav. Paraku ei ole paljud vanemad sellest teadlikud, kuna PKS 137 lg 1 sõnastusest ei ole seda väheste juriidiliste teadmistega inimestel võimalik üheselt välja lugeda. Probleemile viitab selgelt ka üks Harju Maakohtu lahend,¹¹⁹ kus isa on tõlgendanud talle antud otsustusõigust lapse viibimiskoha osas selliselt, et

¹¹⁶ Espenberg, K., Soo, K., jt. *op.cit.*, lk 43

¹¹⁷ *ibid.*

¹¹⁸ Göttig, T, Uusen-Nacke, T. Vanema õigused ja kohustused lapse suhtes. *op.cit.*, lk 57

¹¹⁹ HMKm 2-10-57927

tal on ainuhooldusõigus ning ta ei ole kohustatud võimaldama lapsel oma emaga kohtuda. See viitab sellele, et PKS § 137 kohaldamisega ilmneb oluline kitsaskoht. Nimelt on vanematel tekkinud ekslik arusaam asjast, et kui kohtulahendiga on vanemate ühine hooldusõigus lõpetatud ja see on üle antud ühele vanemale, siis teisel vanemal ei ole lapse suhtes enam mingeid õigusi, nt õigust lapsega suhelda. Samuti on vanemad eksiarvamusel, et vanemal, kel on otsustusõigus lapse elu- ja/või viibimiskoha osas, on ka lapse ainuhooldusõigus.¹²⁰ Sellest tulenevalt leiab autor, et nimetatud sätte sõnastust oleks oluline täpsustada.

Ainuhooldusõiguse määramise põhiolemuseks on see, et üks vanem määratakse peamiseks otsustajaks lapsega seotud asjade üle ning on lapse emotsionaalse elu keskpunktiks.¹²¹ Kui ühele vanemale on üle antud lapse ainuhooldusõigus, on ainult temal õigus teostada nii lapse isikuhooldust, tema vara hallata kui ka teda esindada. See ei tähenda aga automaatselt seda, et teiselt vanemalt oleks vanemaõigused ära võetud. Hooldusõigus ei ole seotud vanema kohustusega last ülal pidada, vaid tuleneb lapse põlvnemisest oma vanemast. See tähendab, et kohustus last ülal pidada on ka vanemal, kellele ei kuulu lapse hooldusõigus.¹²²

2.4 Suhtlemisõigus vanemate lahuselu korral

Nii nagu kohustus maksta lapsele elatist, säilib üldreeglina hooldusõiguse puudumisel ka vanema õigus oma lapsega suhelda. Suhtlusõiguse eelduseks ei ole lapse isikuhooldusõiguse kuulumine sellele vanemale. Suhtlusõigus tuleneb juba lähedasest sugulussuhtest ning on ühtlasi osa vanemale kuuluvast PS § 27 lg-st 3 tulenevast vanemaõigusest. Seega, PKS näeb ette sõltumata hooldusõiguse kuuluvusest vanema ja lapse vastastikuse õiguse omavaheliseks suhtlemiseks. Allolevas alapeatükis käsitleb autor suhtlusõiguse korraldamise erinevaid aspekte ning probleemkohti, mis vanemate lahuselu endaga kaasa toob.

Eesti ühiskonnas levivate traditsiooniliste soorollihoiakute järgi tehakse selget vahet meeste ja naiste rollidel. Viimase järgi peetakse lapse peamiseks hooldajaks ema ning isa käsitletakse pigem ema abilisenä, sest usutakse, et ema ja lapse vahel on eriline side. Kui lastekasvatamine on naiste ülesanne, siis meeste kohustus on perele majandusliku kindlustunde pakkumine – seda

¹²⁰ Espenberg, K., Soo, K., jt. *op.cit.*, lk 46

¹²¹ Shepard, A. *Children, Courts and Custody: Interdisciplinary of Divorcing Families*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, lk 14

¹²² PKS seletuskiri (55 SE) *op.cit.*, lk 33-34

ka lahutuse või lahkumineku järgselt. Eestis on levinud mudel, mille järgi vanemad omavahel ei suhtle ning lahuselava vanema - kelleks reeglina on isa – ja lapse omavahelist suhtlemist püütakse hoida minimaalsena. Mehelt oodatakse peamiselt elatise maksmist ning ema otsustada on see, kas ja kui palju lahuselav isa saab lapse elus pärast lahkuminekut muul viisil osaleda.¹²³

Ka Saksa tsiviilseadustiku kohaselt on suhtlusõigus hooldusõigusega tihedalt seotud. BGB § 1684 lg 1 kohaselt tuleneb igast vanema-lapse suhtest vähemalt mõlemapoolne õigus seadusjärgseks kontaktiks ehk suhtlemiseks. Niisugune suhtlusõigus tuleneb võib-olla juba lähedasest sugulusest, kuid on igal juhul vanema õiguse loomulik koostisosa ja seega isikuhooldusest sõltumatu. Hoolduseks õigustatud vanem ei vaja õigust lapsega suhtlemiseks, sest ta pääseb oma õigusliku seisundi tõttu igal ajal lapse juurde. Tema jaoks muutub see aga oluliseks alles konflikti korral kaasõigustatuga pärast faktilist lahkuminekut. Seega, suhtlusõigus omandab tähtsuse põhimõtteliselt alati siis, kui isikuhooldus on välistatud või piiratud.¹²⁴ Suhtlus lahuselu korral realiseeritakse erinevalt - enamasti on see määratletud ajaliste kriteeriumite põhjal ning on vanemate vahel kokku lepitud. Kuna laps omab õigust suhelda oma lahus elava vanemaga, peavad tema soovid ja huvid olema võimalikult suures ulatuses arvesse võetud.¹²⁵

PKS § 143 lg 1 kohaselt on lapsel õigus isiklikult suhelda mõlema vanemaga ning mõlemal vanematel on kohustus ja õigus suhelda lapsega isiklikult. Nimetatud sätte puhul on kohane tähelepanu juhtida sellele, et vanemal on õigus ja kohustus lapsega suhelda, kuid lapsel on õigus, mitte kohustus oma vanemaga suhelda.

Lapsel, kes on ühest vanemast lahutatud, on LaKS § 28 järgi õigus säilitada isiklikud suhted ja kontakt ka lahus elava vanemaga, kui see ei kahjusta last. Nii lapsele kui ka vanemale kuulub nimetatud suhtlemisõigus sõltumata sellest, kas vanemale kuulub lapse suhtes hooldusõigus PKS § 116 lg 2 mõttes või mitte. Suhtlusõiguse esmaseks eesmärgiks on tagada vanema ja lapse isiklike suhete tekkimine ja jätkumine eelkõige siis, kui vanemal ei ole lapse suhtes hooldusõigust, aga ka siis, kui vanematel on küll ühine hooldusõigus, kuid üks vanem ei ela lapsega koos.¹²⁶

¹²³ Huul, M.-L. Lahuselavad isad Eestis – isa ja lapse vahelise piiratud suhte kontekstis, magistritöö, Tallinna Ülikool 2013, lk 2

¹²⁴ Lüderitz, A. *op.cit.*, lk 335-336

¹²⁵ Gottwald, P. *op.cit.*, lk 90

¹²⁶ RKTKo 3-2-1-83-11, p 21

Ühise hooldusõiguse korral peavad vanemad PKS § 118 lg 1 järgi teostama lapse suhtes hooldusõigust ja täitma hoolduskohustust omal vastutusel ja üksmeeles, pidades silmas lapse igakülget heaolu. Lisaks peab vanem sõltumata sellest, kas vanematele kuulub ühine hooldusõigus või on ühel vanemal ainuhooldusõigus, hoiduma PKS § 143 lg 2 esimese lause järgi tegevusest, mis kahjustab lapse suhet teise vanemaga või raskendab lapse kasvatamist. Viidatud sätetest tuleneb, et ühist hooldusõigust omavad vanemad peavad ühe vanema lahuselu korral lapse heaolu silmas pidades leppima kokku, kuidas korraldada lapse elu pärast vanemate lahkuminekut parimal viisil, sh kuidas toimub hooldusõiguse teostamine lahuselu korral ning mil määral ja viisil osaleb lapse kasvatamises lapsest lahus elav vanem. Vanem peab oma vanema õigusi teostades pidama alati silmas lapse parimaid huve ja teostama vanema õigusi heas usus.¹²⁷ Sõltumata hooldusõiguse kuuluvusest, peavad vanemad lahuselu korral kokku leppima ka selles, kuidas ja kui palju saab laps lahus elava vanemaga suhelda ning kuidas peab vanem oma suhtlemisõigust teostama ja -kohustust täitma.¹²⁸

Nii Eesti kui ka Saksa õiguses on sätestatud samasugune tingimus – vanem peab hoiduma sellisest tegevusest, mis kahjustab lapse suhet teise vanemaga või raskendab lapse kasvatamist (PKS § 143 lg 2 ja BGB § 1684 lg 2). CEFL poolt välja töödatud printsiibi 3.25 esimese lõike kohaselt peaks lapsel ja tema vanemal olema õigus saavutada ja hoida omavahel regulaarset suhtlust. CEFL printsiibi 3.26 kohaselt sisaldab suhtlusõigus endas määratud ajaperioodil lapsega koos olemist või temaga kohtumist ning igasugust suhtlust lapse ja selle vanema vahel, kellega laps alaliselt koos ei ela. CEFL printsiibis on määratletud ka suhtlusõiguse sisu, mida ei ole tehtud ei Eesti ega ka Saksa seadusandluses. Sellest tulenevalt leiab autor, et PKSi sätteid oleks vajalik täpsustada selles osas, mis puudutab suhtlusõiguse sisu ning olemust. Kuna paljudel juhtudel on põhiprobleemiks just suhtlusõiguse teostamine, siis on oluline, et suhtlusõiguse sisu oleks seaduses määratletud ning vanematele üheselt arusaadav.

Nii vanematele kui ka lapsele tuleb kõige rohkem kasuks, kui suhtlemine on korraldatud üksmeelselt ja see kujundatakse paindlikult.¹²⁹ Vanematevaheline kokkulepe suhtlemiskorra osas on alati parem lahendus kui selle kindlaksmääramine kohtu poolt. Kui vanemad kokkulepet ei saavuta, tuleb suhtlemiskord kindlaks määrata kohtul.

¹²⁷ RKTkm 3-2-1-6-12, p 18

¹²⁸ RKTko 3-2-1-83-11, p 21

¹²⁹ Lüderitz, A. *op.cit.*, lk 336

Kuigi PKS §-s 143 ei ole selgelt sätestatud kohtu õigust määrata, kuidas toimub vanema ja lapse suhtlemine, leiab Riigikohus, et juhul, kui vanematel puudub üksmeel lapse ja lahuselava vanema suhtlemise küsimuses, on vanemal õigus pöörduda nii enda kui ka lapse õiguste ja huvide kaitseks kohtusse, et tagada PKS § 143 lg-s 1 ja LaKS §-s 28 sätestatud vanema ja lapse suhtlemisõiguse teostamine ning vanema suhtlemiskohustuse täitmine. Sellist käsitust toetab ka PKS § 143 lg 3, mille järgi võib kohus lapse huvides suhtlusõigust või selle kohta tehtud varasemate lahendite täitmist piirata või suhtlusõiguse teostamise või selle kohta tehtud varasemate lahendite täitmise lõpetada. Vanema ja lapse suhtlemisõiguse tagamiseks kohtusse pöördumise õigus tuleneb ka TsMS § 3 lg-st 1, mille järgi menetleb kohus tsiviilasja, kui isik pöördub seaduses sätestatud korras kohtusse oma eeldatava ja seadusega kaitstud õiguse või huvi kaitseks.¹³⁰ TsMS § 550 lg 1 p 2 järgi tuleb lapsega suhtlemise korraldamine lahendada üldjuhul hagita menetluses.

Riigikohus märgib, et vanema ja lapse suhtlemist korraldades määrab kohus vanema suhtlemisõiguse ulatuse ning täpsustab, mil viisil peab vanema ja lapse suhtlemine PKS § 143 lg 1 mõttes toimuma. Vältimaks vanemate olemasolevaid ja tulevikus tekkida võivaid erimeelsusi, tuleb kohtul määrata võimalikult täpselt vanema ja lapse suhtlemise nii viis, koht kui ka aeg aeg, sh kestus ja sagedus ning lapse üleandmise kord. Mh võib kohus suhtlemiskorda reguleerides PKS § 143 lg 2 järgi täpsustada, millisest tegevusest peavad vanemad lapsega suheldes hoiduma, ning määrata PKS § 143 lg 3 teise lause järgi vajadusel kolmanda isiku, kelle juuresolekul laps vanemaga suhtleb.¹³¹

Vanema ja lapse suhtlemise korda määrates peab kohus PKS § 123 lg 1 järgi tegema esmajoones lapse huvidest lähtuva lahendi, kuid arvestama seejuures ka kõiki asjaolusid ja asjaomaste isikute õigustatud huvi. Sellest tulenevalt peab kohus arvestama nii vanema(te) hooldusõigust, vanema(te) õigust ja huvi lapsega suhelda kui ka lapse õigust ja huvi vanema(te)ga suhelda, samuti iga üksikjuhtumi asjaolusid, ja tegema kõike seda arvesse võttes lapse huvidest juhinduva lahendi.¹³²

¹³⁰ RKTko 3-2-1-83-11, p 21

¹³¹ *ibid.*

¹³² *ibid.*

Euroopa Inimõiguste Kohus (edaspidi EIK) on teinud aastaid juba lahendeid, kus viitab selgele riigi kohustusele tagada lapse ja vanema külastus- ja suhtlusõiguse täitmine. EIK on sellise kohustuse rikkumisel mõistnud riigilt isiku kasuks välja mittevaralise kahju.¹³³

Üheks selliseks lahendiks, mille sisu EIKi kohtu koosseisu lausa vapustas, oli *Ribić vs Horvaatia*.¹³⁴ Isale oli määratud poja külastusõigus nii kohtulahendiga, ajutise kohtumäärusega kui ka sotsiaalameti otsusega, kuid lapse ema keeldus igasugusest koostöö tegemisest ja takistas kõikvõimalikul viisil isal oma pojaga kohtuda. Kõik menetlused lõppesid pärast poja täisealiseks saamist. Kaebaja viitas avalduses EIK-ile sellele, et ta oli alates lahkuminekust abikaasast kuni poja 18-aastaseks saamiseni poega näinud ainult kolmel korral. Need kolm kohtumist leidsid aset külastusõiguse määramise menetluse ja seejärel täitemenetluse. Tema avaldus EIK-ile oli Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon (edaspidi EIÕK) artikli 8 rikkumise tuvastamiseks. Kohus leidis, et selline olukord on *a priori* riigi positiivsete kohustuste rikkumine pereelu puutumatus tagamiseks ning tuvastas artikli 8 rikkumise. Mittevaralise kahju hüvitamiseks määras EIK kaebajale 25 000 eurot.

Eestis sai laia kõlapinda seniajani ainus samalaadne Tallinna Halduskohtu 21.11.2014. aasta otsus¹³⁵, milles kaebaja leidis, et talle on tekitanud mittevaralist kahju Eesti Vabariik, jättes kohase ja efektiivse õigusloomega tagamata lapse ja vanema suhtluskorra kohtulahendite täitmise, mille tulemusel ei olnud kaebajal õnnestunud oma pojaga kehtiva suhtluskorra kohtulahendi kohaselt kohtuda enam kui 3 aasta jooksul. Selline Eesti Vabariigi tegevusetus riivas kaebaja seisukohast intensiivselt tema EIÕK artiklis 8 ja PS §-s 26 sätestatud õigust perekonna- ja eraelu puutumatusle. Oluline on siinjuures märkida, et kaebaja kasutas kolme aasta jooksul ära kõik seadusest tulenevad võimalused oma lapsega kohtumiseks. Kohus märkis, et Eesti Vabariigi seadusandlus ei ole olnud tõhus ja efektiivne, täitmaks kaebaja ja tema lapse suhtes kehtivat suhtluskorra kohtumäärust. Kuna kaebaja ise oli ammandanud kõik õiguslikud võimalused kohtulahendi sundtäitmiseks ning sellest hoolimata ta oma last kohtumääruse kohaselt ei näinud, siis sellist seadusandlikku regulatsiooni ei saa pidada piisavaks, tagamaks kaebuse esitaja põhiseaduslikku ja EIÕK art-st 8 tulenevat õigust perekonnaelu puutumatusle. Kohus leidis, et kaebuse esitaja suhtes on riik rikkunud EIÕK art-st 8 tulenevat kohustust tagada

¹³³ TlnHKO 3-14-51884, p 22.3

¹³⁴ EIK 15.04.2015, 27148/12, *Ribić vs Horvaatia*

¹³⁵ TlnHKO 3-14-51884, p 11 ja p 19.1

kaebajale kohtulahendi täitmine, mis lubab tal oma lapsega regulaarselt suhelda ja kohtuda. Mittevarelise kahju hüvitamiseks määras kohus kaebajale 7500 eurot.

Tallinna Halduskohus asus antud asajls seisukohale, et just puudulik regulatsioon kohtulahendi täitmisel tõi kaebaja jaoks kaasa selle, et ta ei ole oma lapsega kohtunud üle kolme aasta. On õige, et suhtluskorra määruse täitmine on esmajärjekorras lapsevanemate omavahelise hea tahte ja koostöö küsimus, kus lapsevanemad peaksid unustama oma isiklikud vajadused ja seadma esikohale lapse huvid, kuid kohtulahendi sundtäitmise efektiivsesse regulatsiooni peaks see konfliktsituatsioon olema juba sisse kirjutatud. Ehk teisisõnu peaks suhtluskorra kindlaksmääramise kohtulandi sundtäitmise regulatsioon toimima ka juhul, kui üks kohustatud isikutest seda järjepidevalt täita ei soovi. Vastava valdkonna regulatsioon peabki olema konfliktikeskne ja suunatud selle lahendamisele, sest konfliktita poleks midagi vaja ka sundkorras täita.¹³⁶ Vanematevahelise koostöö puudumine ei saa olla argument ametivõimude tegevusetuse õigustamisel.¹³⁷

Seadusandja on sätestanud, et suhtlemist korraldav lõplik kohtulahend ei muutu TsMS § 563 lg 6 p-st 1 tulenevalt sundtäidetavaks. Kirjeldatu loob olukorra, kus (täitemenetluse korras täidetav) esialgne õiguskaitse on seoses lõpliku lahendi jõustumise või viivitamatult täitmisega lõppenud, kuid jõustunud kohtulahend ei kuulu sundtäitmisele kuni lepitusmenetluses tehtud lahendi jõustumiseni. Sellises situatsioonis on lapse ja lahuselava vanema kontakti säilimine jäetud täies ulatuses tagamata, tuues endaga kaasa pöördumatuid tagajärgi edasiseks suhtlemiseks. Seadus annab selge aluse uue pika menetluse käivitamiseks, kus lepitusmenetluse raames saab muuta suhtlemist puudutavat määrust, andes kohtulahendit mitte täita soovivale isikule seadusest tuleneva võimaluse asjas juba varem tehtud, jõustunud ja kehtivat kohtulahendit mitte täita.¹³⁸

Suhtluskorra lahendite kiire ja efektiivse täitmise nõudega ei ole kooskõlas olukord, kus vanem on aastaid ja järjepidevalt keeldunud täitmast esialgse õiguskaitse lahendeid ning tema suhtes on algatatud täitemenetlus, mis tuleb aga lõpliku lahendi väljastamisest tulenevalt lõpetada ning alustada aeganõudvat lepitusmenetlust ning pärast selle ebaõnnestumist alustada jälle ja uuesti täitemenetlusega. Seetõttu saab väita, et esimene menetlust lõpetav määrus on vaid formaalsus,

¹³⁶ TlnHKO 3-14-51884, p 20

¹³⁷ EIK 01.01.2009, 34694/06, Z. vs. *Poola*

¹³⁸ TlnHKO 3-14-15844 p 9.1

sellel puudub juriidiline jõud ning see ei ole pahatahtliku vanema jaoks täitmiseks kohustuslik. Seadus annab selge aluse uue pika menetluse käivitamiseks, kus lepitusmenetluse raames saab muuta suhtlemist puudutavat määrust, andes kohtulahendit mitte täita soovivale isikule seadusest tuleneva võimaluse asjas juba varem tehtud, jõustunud ja kehtivat kohtulahendit mitte täita.¹³⁹

TMS § 179 lg 2 ning § 183 võimaldavad kohtutäituril sunnivahendina määrata võlgnikule lapsega suhtlemise määruse takistamisel sunniraha TMS § 26¹ korras. Sunniraha võib määrata kuni kohustus täidetakse või kui sunniraha määramise kohta tehtud otsuse peale esitatakse kaebus. Praktikas tähendab see paraku aga seda, et juhul kui kohtumäärust rikkuv pool vaidlustab iga kohtutäituri sunniraha määramise otsuse ning kaebab selle edasi läbi kolme kohtuastme, puudub kohtutäituril võimalus uusi sunnirahasid määrata ning selle asemel peab hakkama kulutama ressursse komplitseeritud kohtumenetlustele sunnirahade määramise vaidlustes.

Vanema ja lapse suhtlemist reguleeriva eripärase kohtulahendi täitmise kord tervikuna ei ole täitemenetluse seadustikus piisavalt selgelt reguleeritud, mistõttu vajaks nimetatud regulatsioon koosmõjus TsMS §-ga 563 täiendamist või muutmist, et tagada vanema ja lapse suhtlemist reguleeriva kohtulahendi täitmise selge kord ning sellise kohtulahendi efektiivse ja kiire täitmine.¹⁴⁰

Autor leiab, et kohtutäitur ei peaks suhtluskorra lahendite täitmisel omama ilmtingimata juhtivat positsiooni. Kohtu poolt määratud suhtluskorra tagamine kohtutäiturite poolt sisuliselt meenutab lastekaitsetööd, kuid kohtutäituril puuduvad selleks realselt nii kohustused kui ka professionaalsus. Seega - suurendada tuleks kohtupoolset juhtivat rolli otsuste täitmise tagamisel ning selle võrra vähendada kohtutäituri rolli. Oluline oleks välja töötada realsed sunnimeetmed lapsega koos elavate vanemate suhtes, kes suhtluskorda määravad kohtuotsust vabatahtlikult ei täida. Sunnimeetmed peaksid olema eelkõige suunatud kohtuotsuse täitmist eirava vanema korrale kutsumiseks.

¹³⁹ TlnHKO 3-14-15844 p 9.2

¹⁴⁰ RKÜKm 3-2-1-4-13, p 55

2015 aasta alguses jõustus karistusseadustiku § 331¹ täiendatud sõnastuses, millega lisati sättesse täiendava kriminaliseeriva tunnuseks sunniraha kohaldamine täitemenetluses.¹⁴¹ Selle muudatusega on võimalik hakata rangemalt suhtuma vanematesse, kes lahuselava vanemaga suhtlemise korda määratlevaid kohtuotsuseid eiravad.

On paratamatu, et pere lagunemise tagajärjel on lapse ja lahus elava vanema koosolemise võimalused tunduvalt väiksemad ning lihtne on seetõttu teineteisest kaugeneda. Mõlema vanema kohuseks on teha omalt poolt kõik selleks, et lapsel oleks oma huvist lähtuvalt olemas nii ema kui ka isa.

Kui vanem kahjustab lapse suhet teise vanemaga, rikub ta lapse õigust isiklikult suhelda mõlema vanemaga. Ka vanemad peavad oma vanema õigusi teostama ja vanema kohustusi täitma heas usus. Vanemal peab olema õigus lapsega suhelda sõltumata hooldusõiguse kuuluvusest või sellest, kas vanem maksab lapsele elatist.¹⁴²

Lapse ja vanema suhtluskorra täitmisele peavad mõlemad vanemad kaasa aitama sellega, et nad austavad nii lapse kui ka vastastikku teineteise õigusi ja huve ning üritavad teha kõik võimaliku selleks, et suhtluskorra täitmine õnnestuks tõrgeteta ja et ka laps suhtuks suhtluskorda ning selle täitmisesse positiivselt.¹⁴³

¹⁴¹ Karistusseadustiku muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu (554 SE) seletuskiri, lk 83. www.riigikogu.ee

¹⁴² Siimula-Saar, K., Lillsaar, M. *op-cit.*

¹⁴³ RKÜKm 3-2-1-4-13, p 78

3 Lapse huvi väljaselgitamine hooldusõiguse vaidluses

Kui langetatakse laste elu mõjutavaid otsuseid, tuleb alati esikohale seada lapse huvid. Ei vanemate, kogukonna ega ka riigi huvid ei tohiks neid mitte mingil juhul edestada. Otsuste langetamisel on oluline võtta arvesse üksikute laste huve iga juhtumit erinevalt hinnates.

Nagu eelnevalt kirjeldatud, on lapse huvide esikohale seadmise põhimõtte üks LÕK filosoofia alustalasid. ÜRO lapse õiguste konventsiooni artikli 3 punkt 1 sätestab, et igasugustes lapsi puudutavates ettevõtmistes riiklike või erasotsiaalhoolekandeasutuste, kohtute, täidesaatvate või seadusandlike organite poolt tuleb esikohale seada lapse huvid.

Autor on läbi töö korduvalt rõhutanud asjaolule, et kõikides vanemliku vastutusega seonduvates küsimustes tuleb lähtuda lapse huvist ning see alati esikohale seada. Käesolevas peatükis käsitleb autor lähemalt lapse huvi primaarsust, selle väljaselgitamise protsessi ning kitsaskohti hooldusõiguse vaidluses.

3.1 Lapse huvi primaarsus menetluses

Lapse huvist lähtuvalt otsuste tegemine tuleneb mh nii Eesti ja Saksa perekonnaõigusest kui ka CEFL välja töödatud printsiipidest. Eesti seadusandluses tuleneb lapse huvide arvestamise nõue PKS § 123 lg-st 1. Perekonnaseaduse eelnõu seletuskirjas on märgitud, et selle sätte näol on tegemist seadusandja poolt kohtule antud nõ katuseparagrahvi, mis sätestab, et kohus peab tegema kõiki PKSi peatükis 10 („Vanema õigused ja kohustused“) reguleeritud lapsesse puutuvaid asju läbi vaadates esmajoonel lapse huvidest lähtuva lahendi, arvestades kõiki asjaolusid ja asjaomaste isikute õigustatud huve. See säte on mõeldud orientiirina kohtule kõigil neil juhtudel, mil seadusest ei tulene täpsemaid otsustuskriteeriume. Lapse hooldusega seotud küsimustes tuleb niisiis esmajoonel lähtuda lapse huvidest.¹⁴⁴ Konkreetsem nõue lapse huvidega arvestada on sätestatud PKS § 137 lg-des 2 ja 3.

¹⁴⁴ PKS eelnõu (55 SE) seletuskiri, *op.cit.*, lk 35

Lapse huvide esmane arvestamine vanemliku vastutusega seotud küsimuste lahendamisel on sätestatud ka LaKS §-s 3, mille kohaselt on lastekaitse põhimõtteks alati ja igal pool seada esikohale lapse huvid.

Ka EIK on oma otsustes rõhutanud lapse huvide primaarsusele menetluses. Näiteks on oma otsuses *Krasicki vs Poola*¹⁴⁵ EIK korduvalt rõhunud asjaolule, et lastega seotud asjades on laste huvid primaarsed ja ülimuslikud vanemate huvide ees. Vanemal ei ole õigust taotleda lapsele kahjulike meetmete kohaldamist. Ametivõimude kohustus toetada lapse ja lahuselava vanema suhtlemist ei ole suunatud lõpptulemusele, vaid sobivate meetmete kohaldamisele, mis arvestavad ka lapse huve.

Üldjuhul on ka EIK rõhutanud, et lapse parimates huvides on suhete säilimine bioloogilise perekonnaga. Kohtuasjas *J. jt vs Soome*¹⁴⁶ selgitas EIK, et laste ja vanemate suhetesse vahelesegamine on vajalik demokraatlikus ühiskonnas siis, kui ametivõimudel on selleks mõjuvad ja piisavad põhjused ning otsustusprotsessis on kaalutud kõigi osapoolte huve. Lapse parimad huvid on alati primaarsed. Lapse parimates huvides on esiteks sidemete säilimine bioloogilise perekonnaga – v.a juhul, kui vastupidiseks on erilised põhjused ning teiseks üleskasvamine turvalises keskkonnas. Juhul kui peresidemete säilimine oleks lapsele kahjulik, ei ole vanemal artikli 8 alusel õigust nõuda selliste sidemete säilimist. Siseriiklikul kohtul tuleb lapse parimate huvide väljaselgitamisel lähtuda muuhulgas lapse vanusest, küpsusest ja soovidest. Ametivõimudel on avar hindamisruum piiramaks ajutiselt lapse suhtlust Vanematega ning tagamaks lapsele ajutiselt alternatiivset hoolekannet. Hindamisruum on kitsas selliste meetmete kohaldamisel, mis täiendavalt piiraksid lapse ja vanema suhtlust. Peresuhetega seotud otsuste tegemisel tuleb kohtul muuhulgas arvestada faktilisi, emotsionaalseid, psühholoogilisi, materiaalseid ja meditsiinilisi asjaolusid.

EIKi praktikast tuleneb, et lapse huvid on prioriteetsed peresuhete reguleerimisel. Kohtuasjas *Buchs vs Šveits*¹⁴⁷ avaldas veelkord EIK, et EIK ei asenda enda hinnangutega siseriiklike kohtute hinnanguid. Riikidel on avar hindamisruum peresuhete otsustamisel, kuid laste huvid on alati prioriteetsed. Kohtuasjas *P.K. vs Poola*¹⁴⁸, rõhutas EIK täiendavalt, et kohustus tagada vanema ja

¹⁴⁵ EIK 15.04.2014, 17254/11, *Krasicki vs Poola*

¹⁴⁶ EIK 12.02.2013, 51555/09, *J. jt vs Soome*

¹⁴⁷ EIK 31.05.2014, 9929/12, *Buchs vs Šveits*

¹⁴⁸ EIK 28.06.2014, 43123/10, *P.K. vs Poola*

lapse suhtlus ei seisne tulemuse saavutamises, vaid meetmete hoolsas kohaldamises. Artikkel 8 kaitseb isiku era- ja pereelu puutumatust ametivõimude omavolilise sekkumise vastu. Sellel sättel on ka positiivse kohustuse aspekt, st ametivõimudel tuleb tagada kohaste meetmetega pereelu kaitse. Lapsevanemal ei ole õigust nõuda last kahjustavate meetmete kohaldamist. Ametivõimude kohustus tagada vanema suhtlus lapsega ei ole absoluutne.

Lapsi puudutavate vaidluste puhul on äärmiselt oluline olukorra kiire ja rahumeelne lahendamine ning stabiilse elukorralduse jätkumine. Seetõttu peab kohus last puudutavas menetluses nii vara kui võimalik ja igas menetlusstaadiumis püüdma suunata asjaosalisi asja kokkuleppel lahendama. Kohus peab asjaosalised võimalikult aegsasti ära kuulama ja juhtima nende tähelepanu võimalusele kasutada perenõustaja abi eelkõige ühise seisukoha kujundamiseks lapse hooldamisel ja tema eest vastutamisel. Kohus võib last puudutava menetluse peatada, kui sellega ei kaasne lapse huvisid ohustavat viivitust ning kui asjaosalised on valmis laskma ennast kohtuväliselt nõustada või kui kohtu arvates on muul põhjusel väljavaateid asja lahendamiseks asjaosaliste kokkuleppel.¹⁴⁹ Perelepituse vajalikkust lapse huvisid silmas pidades käistles autor pikemalt alapeatükis 2.2.

Lapse parim huvi on üldjoontes lapse heaolu. Heaolu definitsioon hõlmab indiviidi (sh lapse) hinnanguid ja püüdlusi. Elukvaliteedi ja heaolu uurimisel tuleb laste puhul arvestada nende endi hinnanguid, eeldusi ning ootusi. Lapse heaolu ei saa segi ajada täiskasvanute arvamusega lapse heaolust. Täiskasvanu hinnang lapse elu mingi aspekti kohta ei asenda lapse enda käsitlust – tegemist on erisisuliste vaatenurkadega.¹⁵⁰

Hooldusõiguse vaidlustega seotud täiskasvanud – kohtunikud, juristid, sotsiaaltöötajad, psühholoogid ja õpetajad – kalduvad liiga kergelt lapsevanematega samastuma identifitseerides end vanemate probleemidega, vajadustega laste järele ning püüetega lastega kokku jääda. Isegi kui hakatakse lähtuma lapse huvidest, samastatakse seda sageli lapsevanema vajaduste ja huviga.¹⁵¹ Eelnevast lähtuvalt on siiski oluline, et kõik lapsega seotud menetluse ühel või teisel moel kaasatud osapooled teadvustaksid, et lahendus peab vastama ennekõike lapse, ja ei kellegi teise, huvidele.

¹⁴⁹ Claudius Õigusbüroo. Hooldusõigus, suhtlemiskord ja lapse elukoha määramine. www.claudiuslaw.com/et/oigusblogi/34-claudius-oigusburoo-hooldusoigus-suhtlemiskord-lapse-elukoht (22.02.2015)

¹⁵⁰ Reinomägi, A. jt. *op.cit.*, lk 6

¹⁵¹ Holmberg, B., Himes, J. *op.cit.*, lk 83

3.2 Lapse ärakuulamine kui lapse põhiõigus

Kui vanemad lahendavad kohtus omavahelist vaidlust hooldusõiguse üle, siis laps on küll selles menetlusosaline, kuid põhimõtteliselt ei osale ta selles aktiivselt. Sellest olenemata tuleneb mh nii Eesti, Saksa kui ka Euroopa Liidu õigusaktidest, et laps on asjast puudutatud ning seetõttu tuleb tema arvamus sobivas vormis ka ära kuulata. Ka CEFLi välja töötatud põhimõtte 3:6 kohaselt peab lapsel tema vanusest ja küpsusest lähtuvalt olema õigus olla informeeritud ning õigus avaldada arvamust neis asjades, mis teda otseselt puudutavad.

Lääneriikides hakati laste hääle kuulamisest rääkima 70-ndate aastate lõpus - juhiti tähelepanu vajadusele sotsiaalküsimustes arvesse võtta laste endi huvid ning perspektiivid.¹⁵² Seega, viimasel paaril kümnendil võib täheldada, et üha enam on hakatud nii siseriiklikul kui ka rahvusvahelisel tasandil välja selgitama laste endi huvisid erinevate küsimuste lahendamisel. Ühiskonna ja õiguse areng viitab sellele, et ühiskonnas on järjest rohkem lisaks huvidele asunud arvestama ka lapse arvamusega.¹⁵³ Lapsele tuleb anda võimalus oma sõna sekka öelda kõikide otsuste tegemisel, mis teda otseselt puudutavad. Oluline on näidata lapsele, et tema arvamus on oluline mitte ainult kodusel, vaid ka riiklikul tasandil.

Noored ootavad enda seisukohtade avaldamisele vastust.¹⁵⁴ Täiskasvanutelt arvamuse küsimisel peetakse tagasiside andmist enesestmõistetavaks, kuulates lapsi jäetakse see aga tegemata. See ilmneb nii igapäevases suhtluses kui ka uurijate-spetsialistide suhtlemisel lastega. Teise näitena võib tuua sotsiaaltööst tavapärase juhtumikorralduse tava, kus juhtum kujutab endast pakki erinevaid tõendeid ja tunnistusi ning kogu „lapse heaks“ tehtav töö käib tegelikult üle lapse. Temalt küsitakse arvamust, kuid seda ei pruugita arvestada otsuste langetamisel. Sest ta on ainult laps.¹⁵⁵

¹⁵² James, A., James A. L. *Constructing Childhood: theory, policy, and social practice.* London, Palgrave Macmillian, 2004, lk 23

¹⁵³ Liiv, E. *op.cit.*, lk 257

¹⁵⁴ Hill, M. Children's voices on ways of having a voice. *Children's and young people's perspectives on methods used in research and consultation.* SAGE Journals: *Childhood* 2006/13 (1), lk 72

¹⁵⁵ Ilves, K. Laste probleemid spetsialistide ja laste endi perspektiivis. *Ettekanne.* Tartu Ülikool 2008, lk 5

Lapse võimalus saada kuuldavaks talle oluliste otsuste langetamisel kuulub kahtlemata tema põhiõiguste hulka.¹⁵⁶ Kohustus tagada lapsele, kes on võimeline iseseisvaks seisukohavõtuks, õigus väljendada vabalt oma vaateid kõikides teda puudutavates küsimustes tuleneb juba LÕK artiklist 12. Artiklis 12 on jäetud lapse vanus lahtiseks – lapse vanus ei määra seda, kas laps on võimeline iseseisvaks seisukohavõtuks või mitte.¹⁵⁷ Lapse vaateid tuleb hinnata tema vanusele ja küpsusele tuginedes. Artikli 12 lg 2 annab lapsele õiguse olla ära kuulatud teda puudutavates kohtu- ja administratiivmenetluses, vahetult või esindaja või vastava organi vahendusel vastavalt siseriiklikele protsessinormidele.

Artiklit 12 tuleb tõlgendada laiemalt. Ära kuulamisest ainuüksi ei piisa - vaja on ka lapse seisukohtadega arvestada, mis tähendab seda, et lapse ootused ja huvid peavad kajastuma ka tehtavas lahendis. Seda protsessi oleks õigem nimetada kaasarääkimiseks otsuse tegemisel, mis annab lapsele õiguse väljendada oma vaateid, olla ära kuulatud ja anda oma panus otsusele, lähtudes tema huvidest ja seatud sihtidest. LÕK rõhutab, et laps on isik, kellel on õigus olla lugupeetud nagu igal teiselgi koos oma vaadete ja personaalsete eelistustega teiste indiviidide poolt ning samuti ka riigi ja selle institutsioonide poolt.¹⁵⁸ Artiklis 12 sätestatu on otseselt seotud LÕK artiklis 3 sätestatuga, mis kohustab liikmesriike lapse parimates huvides tegutsemise.

LÕK artiklite 3 ja 12 vastastikune mõju on üks konventsiooni huvitavamaid tahke. Artiklis 12 öeldakse, et lapsel, kes on võimeline iseseisvaks seisukohavõtuks, on õigus vabalt väljendada oma seisukohti kõigis teda puudutavates küsimustes ning et lapse arvamust hinnatakse vastavalt tema vanusele ja küpsusele. See ei tähenda tingimata, et laps suudaks otsuse eest täielikult vastutada. Artikli 12 idee on tagada lapsega nõupidamine ja tema suurem osalusvõimalus, mitte loovutada kogu otsuse vastuvõtmise võimu lapsele. Vanuse ja küpsuse kasvades peaks laps suutma rohkem oma elu mõjutada ja otsustada. See tõsiasi aga unustatakse tihti ära - täiskasvanud kipuvad otsustama, mis on lapse jaoks kõige parem, küsimata nende arvamust, vahel neid isegi kuulamata.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Grover, S. Why Won't They Listen to Us? On Giving Power and Voice to Children Participating in Social Research. SAGE Journals: Childhood 2004, 11 (1), lk 90

¹⁵⁷ Mantle, G., Leslie, J., Parsons, S., Plenty J., Shaffer R. Establishing Children's Wishes and Feelings for Family Court Reports: The significance attached to the age of the child. SAGE Journals: Childhood 2006/13 (4), lk 501

¹⁵⁸ Krappmann, L. The Weight of the Child's view (Article 12 of the Convention on the Rights of the Child). - International Journal of Children's Rights, 2010/18 (4), lk 501-502

¹⁵⁹ Hammarberg, T., Holmberg, B. *op.cit.*, lk 34

Õigus olla ärakuulatud on märgitud ka teistes LÕK sätetes. Kui arutamisel on lapse eraldamine tema vanematest, siis kõikidele huvitatud pooltele tuleb LÕK artikli 9 § 2 alusel anda võimalus oma vaateid väljendada - ka lapsele. Artikli 21 kohaselt peab lapsendamise korral olema hangitud kõikide osapoolte teadlik nõusolek ning selline nõue hõlmab ka last, kui laps on võimeline oma vaateid selles küsimuses väljendama. Kui laps jäetakse sellisest õigusest ilma, siis on tal artikli 37 alusel õigus esitada vastuväide, mis tähendab seda, et lapsele antakse õigus oma vaateid väljendada. Kohtuvaidluste puhul on lapsel artikli 40 alusel õigus otsustada, kas ta soovib oma seisukohta avaldada või mitte – last tunnistama ei sunnita.

Eeltoodud LÕK sätted lapse õigusele olla ärakuulatud, rõhutavad, et õigus olla ärakuulatud on iga lapse kõikehõlmav eesõigus, mida tuleb reeglina rakendada iga juhtumi puhul, kus on kaalumisel last puudutavad otsused. Nii loodigi 1991. aastal LÕK, kus artikkel 12 pole mitte ainult lapse õigus, vaid kogu konventsiooni aluspõhimõte.¹⁶⁰

LÕK eesmärgiks on tagada, et lapsed saaksid osa võtta neid puudutavatest perekonnavaidlustest ning et menetlejad kaasaks lapsed vaidlustesse ning arvestaks laste seisukohtadega. Laste osavõtu kaudu saavad kohtud ja teised perekonnavaidlusi menetlevad institutsioonid võtta otsuste tegemisel arvesse lapse huve ning vajadusi ning sellega teha lapse huve maksimaalsel võimalikul määral arvestava lahendi.¹⁶¹

3.2.1 Lapse ärakuulamine tsiviilkohtumenetluses hooldusõiguse vaidluses

Euroopa Liidu põhiõiguste harta artikkel 24 sätestab lapse õiguse vabalt väljendada oma seisukohti ning kohustuse nendega lapsega seotud küsimustes arvestada vastavalt lapse vanusele ja küpsusele, seada esikohale lapse huvid kõigis lastega seotud avalik-õiguslike asutuste ja eraõiguslike institutsioonide toimingutes ning iga lapse õiguse säilitada regulaarsed isiklikud suhted ja otsene kontakt mõlema vanemaga, kui see ei ole vastuolus lapse huvidega.

¹⁶⁰ Krappmann, L. *op.cit.*, lk 507

¹⁶¹ Henberg, A. Lastekaitse seaduse alusanalüüs. Sotsiaalministeerium, 2003, lk 19. www.vana.sm.ee/nc/tegevus/lapsed-ja-pere/lastekaitse-korraldus.html?cid=1444&did=6568&sechash=1ac3461f (01.03.2015)

Euroopa Liiduga liitumisest kuulub Eesti Vabariigi lapse ärakuulamist käsitlevate normide hulka lisaks veel ka Euroopa Nõukogu 27.11.2003 a määrus nr 2201/2003¹⁶², millest tuleneb nii Eestile kui ka teistele liikmesriikidele lapse ärakuulamise kohustuslikkus. Määrus käsitleb endas kohtualluvust ning kohtuotsuste tunnustamist ja täitmist kohtuasjades, mis on seotud abieluasjade ja vanemliku vastutusega. Määrus sätestab mitmes artiklis lapse ärakuulamise kohustuse. Lapse ära kuulamata jätmine on määruse kohaselt oluline protsessiõiguse rikkumine ning on nii kohtuotsuse tunnustamata jätmise aluseks kui ka suhtlusõiguse tunnustamise tõendi väljastamata jätmise aluseks. Seda põhimõtet on kinnitanud ka Riigikohus oma lahendis¹⁶³, märkides, et kui kohus pole lapse soovi välja selgitanud, siis on see kohtuotsuse tühistamiseks piisav alus.

Rahvusvahelisel tasandil ei ole kehtestatud kohtunikele nõuet lapse ärakuulamiseks isiklikult, vaid on kehtestatud nõue tagada lapsele võimalus ära kuulatud saada. Kohtunikele on antud võimalus lapse ärakuulamiseks ka oma ala ekspertide kaudu.

Näiteks Norra on Euroopas üks riik, kus kohus üldjuhul ei kohtu vaidlusesse kaasatud lastega, vaid palkab selleks perekonnavaidluste eksperdi ja lapse arengu eksperdi, kes annavad üheskoos oma hinnangu lapse seisukoha osas.¹⁶⁴

Lapse ärakuulamine eri Euroopa riikides on korraldatud nii, et seda teevad tegelikult reeglina sotsiaaltöötajad või muud oma ala spetsialistid ilma kohtuniku osavõtuta. Kõige pikemaajalisem praktika kohtuniku poolt isiklikult laste ärakuulamise osas on Saksamaal, kus seadus näeb ette laste ärakuulamise ilma vanusepiiranguta. Praktikast kuulatakse seal ära lapsi, kes vähegi on suutelised oma seisukohta omama ja seda väljendama. Saksa Konstitutsioonikohus on sellist praktikat õigustades viidanud sellele, et lastele kui inimõiguste ja inimväärikuse kandjatele tuleb hooldus- ja suhtlusõigust puudutavates vaidlustes jätta võimalus väljendada oma isiklikku suhtumist teistesse perekonnaliikmetesse.¹⁶⁵

¹⁶² Euroopa Nõukogu määrus (EÜ) nr 2201/2003, 27. november 2003, mis käsitleb kohtualluvust ning kohtuotsuste tunnustamist ja täitmist kohtuasjades, mis on seotud abieluasjade ja vanemliku vastutusega. ELT L 338, 23.12.2003

¹⁶³ RKTko 3-2-1-27-09, p 12

¹⁶⁴ Archard, D., Skivenes, M. Balancing a Child's Best Interests and a Child's Views. *International Journal of Children's Rights* 2009/17 (1), lk 9

¹⁶⁵ Liiv, E. *op.cit.*, lk 258

Siseriiklikul tasandil tuleneb lapse ärakuulamise kohustus esmalt TsMS-i §-st 552¹, mille kohaselt kuulab kohus last puudutavas asjas ära vähemalt 10-aastase lapse isiklikult, kui seaduses ei ole sätestatud teisiti. Säte annab kohtule õiguse ära kuulata ka noorem kui 10-aastane laps. Sama sätte lõike 3 kohaselt on kohtul õigus lapse ärakuulamisest loobuda üknes mõjuval põhjusel. Nimetatud säte jõustus 2009. aasta jaanuaris. Varasemalt, 1. jaanuarist 2006, kehtis TsMS¹⁶⁶ §-s 556 nõue, mille kohaselt oli kohtunikul kohustus isiklikult ära kuulata vähemalt 7-aastase laps. Nimetatud sätte muutmise eelnõu seletuskirjas on vanusepiirangu muutmise põhjendatud järgmiselt: „Ärakuulatava lapse vanuse alampiiri toomine n-ö allapoole ei ole mõistlik, kuna lapsed võivad olla väga erineva arengutasemega. Eelnõus on seetõttu jäetud alla 10 aastase lapse ärakuulamine kohtu otsustada, konkreetse juhtumi asjaolusid arvestades.“¹⁶⁷ Sellest tulenevalt puudub Eesti seadusandluses laste ärakuulamisel alumine vanusepiir, millest nooremat kohus ei võiks ära kuulata.

PKS § 137 lg 2 sätestab lapse huvidega arvestamise kohustuse kõrval täiendavaid nõudeid sellele, millisel määral peab kohus vanema hooldusõiguse küsimuses arvestama lapse arvamusega. Nimelt ei rahuldada ainuhooldusõiguse määramise avaldust juhul, kui vähemalt 14-aastane laps vaidleb hooldusõiguse üleandmisele vastu.

Ühest seisukohta, kui vana lapse peaks ära kuulama, pole ÜRO kujundanud. LÕKi täitmise osas järelvalvet teostav Lapse Õiguste Komitee, mis avaldab konventsiooniga liitunud riikidele üldiseid soovitusi konventsiooni ühtlaseks tõlgendamiseks, rõhutab 2007. aastal avaldatud soovitusel, mis keskendub lapse õiguste kaitsele menetlustegevuses, vajadust määrata lapse ärakuulamise miinimumvanus, kuid samas nendib, et alati tuleb arvestada konkreetse lapse arengutasemega.¹⁶⁸

Kohtunike seas leviv praktika ärakuulatava lapse vanuse osas erineb – mõni kohtunikest peab oluliseks ka noorema kui 10-aastase lapse ärakuulamist, kuid leidub ka kohtunikke, kes kuulavad ära üle 10-aastase lapse, kuid mitte nooremaid.¹⁶⁹

¹⁶⁶ TsMs kehtetu redaktsioon - RT I 2005, 26, 197

¹⁶⁷ Tsiviilkohtumenetluse seadustiku ja sellega seotud seaduse muutmise seaduse eelnõu (194 SE II) seletuskiri, lk 37-38. www.riigikogu.ee

¹⁶⁸ Espenberg, K., Soo, K., jt. *op.cit.*, lk 70

¹⁶⁹ Göttig, T, Uusen-Nacke, T. Vanema õigused ja kohustused lapse suhtes. *op.cit.*, lk 57

Näiteks lahendi 2-12-10830 puhul on tegemist emapoolse taotlusega ühise hooldusõiguse lõpetamiseks ja temale ainuhooldusõiguse üleandmiseks. Kohtumenetluse ajal oli laps 15-aastane, kuid kohus ei pidanud vajalikuks teda ära kuulata. PKS § 137 lg 2 kohaselt ei rahuldata avaldust, kui vähemalt 14-aastane laps vaidleb hooldusõiguse üleandmise vastu või on alust eeldada, et ühise hooldusõiguse lõpetamine ja avaldajale määramine ei ole kooskõlas lapse huvidega. Kohus on oma otsust põhjendades viidanud vaid PKS § 137 lg-tele 1 ja 3: „Kohtuistungil on kohus tuvastanud, et poolte vahel puudub vaidlus ühise hooldusõiguse lõpetamise osas. Isa on nõus ühise hooldusõiguse lõpetamisega lapse suhtes ja hooldusõiguse täieliku üleandmisega avaldajale.“ Seega, kohus ei ole viidanud vajadusele konkreetses asjas kuulata ära lapse arvamust. Vastupidise näitena võib tuua lahendi 2-12-30406, kus samuti oli tegemist 15-aastase lapsega ning ema avaldusega ühise hooldusõiguse lõpetamiseks ja emale ainuhooldusõiguse määramiseks, millise kohus ka rahuldas, kusjuures kohus kuulas lapse ära ning laps avaldas, et on nõus emale ainuhooldusõiguse andmisega.¹⁷⁰

Mitmes lahendis aga on kohus hooldusõiguse vaidluse küsimuse otsuse tegemisel üle 10-aastase lapse ära kuulanud ning tema arvamusele ka viidanud. Näiteks lahendis 2-10-18977¹⁷¹ on viidatud 16-aastase lapse arvamusele, kes on ära kuulamisel ühemõtteliselt väljendanud, et ei soovi ema juures elada.

Nooremate laste puhul on kohus mõnel korral nentunud, et lapse isiklik ära kuulamine kohtu poolt ei ole tema iga arvestades vajalik. Näiteks lahendi 2-10-55261 puhul oli laps 4-aastane ning lahendis 2-10-12318 on kohus märkinud, et ei pea vajalikuks alla 4-aastase lapse ära kuulamist.¹⁷² Kohtulahendites ei nähtu sageli see, kas alla 10-aastane laps on ära kuulatud. Näitena võib tuua lahendi 2-11-50775¹⁷³, kus hageja nõudis endale 2006. aastal sündinud lapse ainuhooldusõigust. Kohus kuulas ära mõlemad vanemad ning kohaliku omavalitsuse esindaja arvamuse asjas, kuid lahendist ei nähtu selgesõnaliselt, et ära oleks kuulatud ka laps ning välja selgitatud tema seisukoht antud asjas.

¹⁷⁰ Espenberg, K., Soo, K., jt. *op.cit.*, lk 73

¹⁷¹ TlnRnKo 2-10-18977

¹⁷² Espenberg, K., Soo, K., jt. *op.cit.*, lk 73

¹⁷³ TMKo 2-11-50775

Lahendis 2-10-57383¹⁷⁴ on kohus ära kuulunud 8-aastase lapse ning arvestanud tema sooviga elada ema juures. Tegemist oli vanematevahelise vaidlusega lapse elukoha otsustusõiguse suhtes. Kohus leidis, et kui vanemate soov ja võime lapse kasvatamisse panustada on võrdsed, on elukoha osas otsustusõiguse andmisel määravaks lapse soov.

Vastavalt TsMS § 552¹ lg-le 3 võib lapse ärakuulamisest loobuda üksnes mõjuval põhjusel. Lapse ärakuulamisest tuleks loobuda vaid erandlikel juhtudel, kus kaasneda võiks oht lapse tervisele või hingelisele tasakaalule. Viru Maakohus on oma lahendis 2-10-19229¹⁷⁵ otsustanud jätta 6-aastase lapse ära kuulamata põhjusel, et lapse ärakuulamine võib kahjustada nii lapse huve kui ka vaimset ning hingelist seisundit. Nimelt ei olnud laps teadlik asjaolust, et tema faktiline hooldaja ei ole tema tegelik ema. Mõjuvaks põhjuseks võib pidada ka asjaolu, et last ähvardab ärakuulamise käigus lapse poolt öeldava tõttu tagakiusamine ühe vanema poolt.¹⁷⁶

Lisaks on Tartu Ülikooli poolt läbi viidud kohtulahendite analüüsis välja toodud, et kohus loobunud 11-aastase lapse ärakuulamisest, kuna laps oli vaegkuulja ning oma arengus maha jäänud, mistõttu ei oleks tema ärakuulamine hooldusõiguse küsimuses talle jõukohane. Teisalt on esinenud ka kohtupraktikat, kus kohus on vestlenud 13-aastase vaimses arengus mahajäänud lapsega.¹⁷⁷

Tsiviilasjas 2-11-32109¹⁷⁸ otsuses märkis kohus, et peab asja lahendamist võimalikuks lastega isiklikult suhtlemata. Kuna nimetatud kaasuses saavutasid vanemad varahooldusõiguse üleandmises kokkuleppe, ei pidanud kohus laste isiklikku ärakuulamist, kuna leidis, et see ei aitaks ilmselt rohkem kaasa asja lahendamisele ja asjaolude selgitamisele.

Tallinna Ringkonnakohus on tühistanud maakohtu määruse lapse elukoha määramise otsustamise osas seetõttu, et kohus jättis lapse seisukoha välja selgitamata.¹⁷⁹ Kuigi maakohus viitas määruses lapse soovile elada oma isa juures, ei pidanud ringkonnakohus seda lapse isiklikult väljendatud seisukohaks ning leidis, et laps tuleb antud küsimuses põhjalikumalt ära kuulata.

¹⁷⁴ TMKo 2-10-57383

¹⁷⁵ VMKo 2-10-19229

¹⁷⁶ Liiv, E. *op.cit.*, lk 259

¹⁷⁷ Espenberg, K., Soo, K., jt *op.cit.*, lk 73-74

¹⁷⁸ HMKm 2-11-32109

¹⁷⁹ TlnRnKo 2-09-66820

Nagu eelnevalt viidatud, siis kohtupraktikas on hooldusõiguse vaidluse lahendamisel enamasti viidatud küll üle 10-aastaste laste ärakuulamisele, kuid mitte nii tihti alla 10-aastaste laste ärakuulamisele. Seadus ei välista ka nooremate kui 10-aastaste ärakuulamist.

TsMS § 552¹ lg 1 kohaselt kuulab kohus lapse ära lapsele tavalises keskkonnas. Seega ei sätesta TsMS piiranguid lapse ärakuulamise koha osas – see võib toimuda nii kohtus kui ka väljaspool kohtumaja, näiteks koolis, lasteaias või isegi lapse kodus. Ideaalis peaks lapse ärakuulamine toimuma sellises kohas, kus laps tunneb ennast mugavalt ning turvaliselt ja on valmis ennast kohtunikule avama.¹⁸⁰

Lapse ärakuulamisel tema kodus on eeliseks see, et laps viibib oma turvalises ning harjumuspäras keskkonnas. Neutraalsed kohad nagu seda on kool või treeningruumid on head selle poolest, et laps on vaba vanemate mõjust (erinevalt kodus). Miinuspooleks on see, et kohus tungib sellisel juhul intensiivselt lapse sotsiaalsesse elukeskkonda, mis võib omakorda põhjustada pingeid.¹⁸¹

Autori arvates oleks vajalik, et ka kohtumajades oleks kindel ruum laste ärakuulamiseks, mis oleks lapsemeelselt sisustatud ning puuduks kohtusaalile omane peetud ning range õhkkond.

Lapse kaasamisel perekonnavaidlustesse on oluline siiski jälgida, et lapse õigus olla ärakuulatud oleks tasakaalustatud lapse õigusega olla kaitstud täiskasvanute surve ja konfliktide eest.¹⁸² Lapse tahte arvestamine ei tohi jätta lapsele muljet, et otsuse langetab kohtuniku asemel tema ise. Lapsele ei tohi jääda vanemate vahelises vaidluses muljet, et ta peab vanemate vahel otsustama (nn lojaalsuskonflikt). Lapsega tuleb vestelda ilma talle soovitud vastuseid ette söötmata. Seetõttu on vale lapselt näiteks küsida, kellega koos ta elada tahab. Vanemate vahel valimise küsimusega asetaks kohtunik lapsele vastutuse konflikti lahendamise eest, see ei oleks aga õige lähenemine. Lapse jaoks oleks sellisele küsimusele vastamine samal ajal teise vanema reetmine, tekitades süütunnet ja kahjustades tema suhteid väljajäänud lapsevanemaga.¹⁸³

¹⁸⁰ Hunter, R. Close encounter of a judicial kind: “hearing” children’s “voices” in family law proceedings. *Child and Family Law Quarterly*, 2007/19 (3), lk 298

¹⁸¹ Liiv, E. *op.cit.*, lk 259

¹⁸² Taylor, N., Tapp, P., Henaghan, M. Respecting Children’s Participation in Family Law Proceedings. – *International Journal of Children’s Rights* 2007/15 (1), lk 79

¹⁸³ Liiv, E. *op.cit.*, lk 261

Lapse ärakuulamisel tuleb teda menetluse esemest ja võimalikust tulemusest teavitada ulatuses, milles laps on eeldatavasti võimeline seda mõistma, ja kui sellega ei kaasne eeldatavasti kahjulikke tagajärgi lapse arengule või kasvatusesele. Lapsele tuleb anda võimalus oma seisukoha avaldamiseks.¹⁸⁴

Kui konkreetne lapse ärakuulamise protsess seda nõuab, võib TsMS § 552¹ lg 1 kohaselt tekkivate pingete tasakaalustamiseks kuulata last ära psühhiaatri, psühholoogi või sotsiaaltöötaja juursolekul. Kohus võib ärakuulamise juurde lubada ka muid isikuid, kui laps või tema esindaja sellele vastu ei vaidle.

Eesmärgiga ära hoida lapsel pingete tekkimist seoses lojaalsusega vanemate suhtes, ei ole vanemate või nende esindajate kohalviibimine lapse ärakuulamise juures soovitatav. Lapsevanema kohalolu mõjutab last psühholoogiliselt ja laps ei tunne ennast oma arvamuse avaldamisel vabana.¹⁸⁵ Tegemist pole absoluutse nõudega ning olenevalt asjaoludest on vanema viibimine ärakuulamisel isegi asjakohane. Vanema kohalolek on teatud asjaoludel õigustatud, näiteks kui see aitaks kohtunikul tajuda lapse ja vanema suhteid, eriti juhtudel, kui laps on vanemaga konfliktis või laps ei ole nii kaua vanemaga kontaktis olnud, et on temast võõrdunud.¹⁸⁶ Autor leiab, et kui vähegi olukord seda võimaldab, siis vanemad ei peaks lapse ärakuulamisel viibima. Seda lihtsal põhjusel, et vanema juuresviibimine võib last ütluste andmisel mõjutada. Lapsed tajuvad vanema reaktsiooni ning samuti võib laps karta oma teatud seisukohti väljendada, kartes vanema halvaksapanu või hukkamõistu. Kahtlemata on iga juhtum erinev ning on oluline kaaluda asjaolusid arvestades, kas vanema viibimine lapse ärakuulamisel on hädavajalik ning tuleb kasuks lapse parima huvi väljaselgitamisel ning otsuse langetamisel.

Kui kohtunik võtab maha pinged ja tutvustab küsitlemise reegleid, võib laps oma sõnadega väga kenasti enda seisukohta tutvustada. Oma sõnadega rääkimise eelis seisneb selles, et see aitab küsitletavale teemale keskenduda ning sellesse süveneda. Kui sellel etapil last segama hakata, siis võib ära kaduda motivatsioon süvenemiseks. Kui ärakuulata kirjeldatakse olukorda ise omas järjekorras, siis teeb ta seda detailsemalt võrreldes sellega, kui talle on järjekord ette antud.¹⁸⁷

¹⁸⁴ TsMS *op.cit.*, § 552¹ lg 2

¹⁸⁵ Taylor, N., Tapp, P., Henaghan, M. *op.cit.*, lk 76

¹⁸⁶ Liiv, E. *op.cit.*, lk 260

¹⁸⁷ Laugus, R. Lapse ärakuulamine perekonnavaidlustes, magistritöö, Tatu Ülikool, 2012, lk 35

Ütluste kvaliteedile mõjub negatiivselt lapse vaba meenutuse mittelubamine ja intervjuu algusjärgus paljude suletud või suunavate küsimuste esitamine. Mida varem intervjuu käigus hakatakse küsima suunavaid küsimusi, seda suuremal määral väheneb küsitlemise täpsus. Seepärast on äärmiselt tähtis, et lapsele vaba meenutuse faasis vahele ei segataks, vaid ta põhjalikult ära kuulatakse ning alles seejärel hakatakse asjaolusid täpsustama.¹⁸⁸

Lapse isiklikult ära kuulamine annab kohtunikule võimaluse vahetu tajumise kaudu endale vaidluse esemest mulje ja seeläbi siseveendumus kujundada. Lapse soovide kindlakstegemine ja nendega arvestamine sõltub oluliselt juhtumi asjaoludest. Tulenevalt TsMS § 436 lg-st 6 ei ole kohus perekonnaasjas esitatud asjaolude ja seisukohtadega seotud. Lapse ära kuulamise käigus saadavat informatsiooni ei saa käsitleda tõendina, millele rajada otsust, vaid kohtuniku ülesanne on kuulata ära lapse tahe ja soovid. Samas ei ole lapse ära kuulamine lihtsalt formaalsus. Lapse arvamuse arvestamist või mitteamvestamist tuleb kohtuotsuses motiveerida.¹⁸⁹ Riigikohus on märkinud, et iseenesest ei saa lapse, sh alla 10-aastase lapse elukoha üle otsustada üksnes lapse arvamuse alusel, vaid arvestada tuleb kõiki asjaolusid, et tagada lapse huvidele vastav lahend. Lahendi tegemiseks lapse põhjendatud soovi vastaselt peab olema oluline põhjus.¹⁹⁰ Sellest tulenevalt – kohtul on kohustus laps ära kuulata, kuid lapse arvamus pole kohtule siduv.

Seadusandja ei ole ette näinud kindlaid kriteeriume, kuidas täpselt peaks toimuma lapse ära kuulamine ning selle kaudu lapse parima huvi väljaselgitamine. Seadusandja on seadnud kohtunikule nõude, et lapse ära kuulamisel tuleb arvestada tema vanuse ja vaimse küpsusega.

Lapse ära kuulamise teeb raskeks see, et kohtunik peab saavutama kontakti võõra lapsega, kelle huvidest ja vaimsetest eeldustest või omapärast ta ei ole teadlik. Võib arvata, et vanemad sageli ei märka omavahelise emotsionaalselt terava konflikti lahendamisel lapse hirme ja vajadusi. Laps peab avanema ja usaldama kohtunikku, sest vastasel korral ei suuda laps edastada kohtuotsuse jaoks vajalikku informatsiooni. Saksa Konstitutsioonikohus on märkinud, et lapse vahetu ära kuulamise tulemus ja edukus sõltub palju sellest, millisel määral on kohtunikul

¹⁸⁸ Kask, K. Menetlejate küsitlemistehnikad. Alla 14-aastaste laste ülekuulamisprotokollide analüüs. *Juridica*, II, 2010, lk 121

¹⁸⁹ Liiv, E. *op.cit.*, lk 260

¹⁹⁰ RKTKo 3-2-1-64-10.

sisseelamisvõime lapse psühholoogilisse situatsiooni ja kas kohtunikul õnnestub lapsega vestlusesse asuda.¹⁹¹

Arvestades asjaolu, et lapsele tuleb läheneda oskuslikult, on kohtunikel oluline läbida baaskursused nii psühholoogias kui ka pedagoogikas. Samuti on vajalik kohtuniku oskus laskuda lapsega samale tasemele ning mõista lapse emotsioone antud olukorras. Kohtunikele tuleks korraldada vastavasisuliste koolituste süsteem, et nende nii pedagoogilisi kui ka psühholoogilisi oskusi edendada ning õpetada kasulikke tehnikaid laste ärakuulamiseks.¹⁹²

Käesolevast alapeatükis tõi autor välja, et praktika kohtunike seas lapse ärakuulamisel lapse vanust silmas pidades mõneti erineb. Mõni kohtunikest peab oluliseks ka noorema kui 10-aastase lapse ärakuulamist, kuid leidub ka kohtunikke, kes kuulavad ära üle 10-aastase lapse, kuid mitte nooremaid. Autor leiab, et Eestis tuleks lapsi ära kuulata tunduvalt nooremalt, kui seda hetkel seadus sätestab ja see kohtupraktikas toimub. Näiteks Saksamaal on kehtestatud lapse ärakuulamise nõue vanusepiiranguta ning sealne pikaajalisest kohtupraktika kinnitab, et last on väga edukalt võimalik ära kuulata juba oluliselt nooremana. Kõige olulisem on siiski eelnevalt lapse ärakuulajal selgeks teha lapse sotsiaalne ja emotsionaalne küpsus ning selleks ei piisa vaid vanuse teadmistest - vahel on ka kolmeaastane laps piisavalt võimekas oma seisukohta väljendama, tuleb osata seda vaid kuulata.

3.3 Lapsele määratud esindaja roll menetluses

Riigil on ülesanne kohtumenetluses tagada, et lapse õigused oleksid igakülgsest kaitstud. Iseenesest mõistetavalt puudub lapsel võime end kohtus ise esindada ning oma huvide eest seista, samuti ei tunne laps kohtusüsteemi. 25. jaanuaril aastal 1996 Strasbourgis allkirjastatud Euroopa lapse õiguste rakendamise konventsiooni¹⁹³ kohaselt on selle õigusakti eesmärk toetada lapse õigusi vastavalt tema huvidele, samuti anda lapsele menetlusõigused ning kergendada nende õiguste kasutamist, sealjuures kindlustades, et laps on informeeritud temaga seotud kohtumenetlusest ning tal on igas etapis võimalus selles osaleda. Konventsioonis on käsitletud last puudutava kohtumenetlusena perekonnamenetlust, ennekõike vaidlust lapse hooldusõiguse

¹⁹¹ Liiv, E. *op.cit.*, lk 260

¹⁹² Archard, D., Skivenes, M. *op.cit.*, lk 10

¹⁹³ European Convention on the Exercise of Children's Rights – 25.I.1996
www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/160.htm (27.04.2015)

küsimuses. Lapse huvidest lähtuvalt on oluline, et tal oleks võimalus oma huvide eest iseseisvalt seista. Et lapse huvid oleksid kohtumenetluses esindatud, on tal õigus pöörduda advokaadi poole. Nimetatud konventsiooni artikli 4 alusel on lapsel õigus esindatusele.

Nimetatud konventsiooni kohaselt suhtutakse kohtumenetluses lapsesse kui võrdsesse, kes omab kõiki protsessuaalseid õigusi, sealhulgas võtta ise või oma esindaja kaudu osa kohtuistungist ning asja igakülgsest arutamisest.

Formaalselt toimub lapse kaasamine kohtumenetluses talle esindaja määramise kaudu.¹⁹⁴ TsMS § 219 lg 1 alusel võib kohus perekonnaasjas määrata tsiviilkohtumenetlusteovõimetule isikule teda puudutavas menetluses esindaja, kui see on vajalik nimetatud isiku huvide kaitseks. Sama sätte lõike 2 p 3 kohaselt tuleb esindaja määrata juhul, kui kohus menetleb abinõude rakendamist lapse heaolu tagamiseks, mis on seotud lapse eraldamisega perekonnast või isikuhooldusõiguse täieliku äravõtmisega.

Viidatud säte annab kohtunikele teatud otsustusõiguse, millisel juhul lapsele kohtumenetluses esindaja määrata ja millisel juhul mitte. Kui kohtunik otsustab oma kaalutusõigusele tuginedes lapsele esindajat mitte määrata, ei ole menetluses lapse õigused tagatud. Autor leiab et antud TsMS sättesse tuleks lisada täpsustus, mille kohaselt oleks kohtutel kohustus määrata lapsele esindaja kõikides vanema hooldusõiguse küsimuste lahendamises.

Lapsele esindaja määramine toimub vastavalt Riigi õigusabi seaduses¹⁹⁵ (edaspidi RÕS) sätestatule kohtu määruse esitamisel Eesti Advokatuurile riigi õigusabi andmiseks isiku esindamiseks tsiviilasja kohtueelses menetluses ja kohtus. RÕS § 18 lg 1 kohaselt nimetab Advokatuur viivitamata kohtu, prokuratuuri või uurimisasutuse määruse alusel riigi õigusabi osutava advokaadi. Advokatuuri nimetatud advokaat kohustub asuma viivitamata riigi õigusabi osutama ja korraldama oma tegevuse selliselt, et tal oleks võimalik õigeaegselt osaleda menetlustoimingutes. Advokatuuri kohustus tagada advokaadi osavõtt menetluses tuleneb ka TsMS § 219 lg-st 5. Kui menetluses esindab last selleks talle määratud esindaja, puudub vanematel TsMS § 217 lg 7 kohaselt õigus last menetluses ise esindada.

¹⁹⁴ Espenberg, K., Soo, K., jt. *op.cit.*, lk 74

¹⁹⁵ RÕS RT I, 31.12.2014, 13

Kohtu määratud advokaat saab TsMS § 219 lg 6 kohaselt tasu riigi arvel RÕS-is ettenähtud ulatuses ja korras. Vaadates advokaadi ühe tsiviilasja kohtulikus menetluses osalise eest kindlaks määratud töötasu, nähtub nimetatud tasu advokaatide tavalise tunnitasega kõrvutades, et ühe asja lahendamiseks on ette nähtud maksimaalselt viis tundi. Eriti töömahukate asjade puhul on lubatud töötasu küll suurendada 50%, kuid praktikas üritavad lapse esindajad hakkama saada selle viie tunniga, kuna tasu suurendamise taotlemine on keerukas protsess.¹⁹⁶ Autori arvates ei anna selline süsteem advokaadile võimalust tutvuda kõigi asjaoludega ning seeläbi veenduda ka lapse parimas huvis antud vaidluses, kuna tema tasustatud tundide arv on niivõrd piiratud. Seetõttu puudub advokaatidel ka motivatsioon teha tasuta tööd.

2013. aastal läbi viidud Vanema hooldusõiguse uuringus¹⁹⁷ on välja toodud, et paljude kohtunike arvates sõltub lapse esindajate pühendumine konkreetsest inimesest – on neid, kes suhtuvad sellesse rolli täie tõsidusega ning on ka neid, kes seda ei tee. Advokaatide roll, pädevus ning motiveeritus protsessis osaleda ning last esindada on vahel probleemne.

Lapse esindajatele eraldi konkreetseid kriteeriumeid ega standardeid kehtestatud ei ole, kuid advokaatide eetikakoodeksist¹⁹⁸ tuleneb põhiline nõue, et advokaat peab õigusteenuse osutamisel tegutsema üksnes kliendi, st lapse huvides.

Perekonnavaidlustes, kus riigi poolt on lapsele määratud kaitsja, on väga oluline määratleda, millist rolli kaitsja täidab – kas ta keskendub lapse vajaduste välja selgitamisele või täidab lihtsalt kohtuteenri rolli. Lapse elukoha määramine, vanematega suhtluskorra paika panemine või lapsendamine on lapse jaoks kõige olulisemad otsused tema elus antud hetkel ja kindlasti ka kõige traumeerivad. Laps, kes on selle lahingu keskel, tunneb ennast nagunii jõuetuna, seega on sellises olukorras oluline lapse ärakuulamine moonutamata kujul. Lapse advokaadi kohustuseks on anda kohtule teada, mis on antud olukorras parim sellele konkreetsele lapsele.¹⁹⁹

Advokaat peab tagama, et vanematevahelises hooldusõiguse vaidluses oleks lapse parim huvi alati kindlustatud. See saab toimida vaid juhul, kui advokaadi ja lapse vahel on usalduslik suhe

¹⁹⁶ Espenberg, K., Soo, K., jt. *op.cit.*, lk 72

¹⁹⁷ *ibid.*, lk 81

¹⁹⁸ Eesti Advokatuuri eetikakoodeksi § 8 lg 1. www.advokatuur.ee/est/oigusaktid/eetikakoodeks (29.04.2015)

¹⁹⁹ Breger, M. L. Against the Dilution of A Child's Voice in Court. *International & Comparative Law Review* 2010/20 (2), lk 176

ning laps mõistab, et advokaadi roll on kaitsta tema huve menetluses. Advokaadi kohus on selgitada lapsele tema rolli käimasolevas kohtuprotsessis ning otsuse mõju tema edaspidisele elule. Lapse esindaja menetluses on vahendajaks kohtu ja lapse vahel.

Kontroll lapse advokaatide valdkonnaspetsiifikat puudutavate oskuste ja ettevalmistuse üle on praeguses süsteemis puudulik. Lapse advokaatidele on ette heidetud, et nad suhtlevad lapsega liiga vähesel määral ja pinnapealselt.²⁰⁰ Näiteks ühe lapse elukoha määramise vaidluses²⁰¹ kohtus lapse advokaat oma 11-aastase esindatavaga vaid korra ja sedagi vanema juuresolekul. See seab paratamatult kahtluse alla, kas sellisel piiratud viisil on võimalik lapse seisukoht ja parim huvi välja selgitada.

Lapse esindamisel ei põhine advokaadi ülesanne ainuüksi lapse ütluste järgimisel, vaid oluline on süveneda ka üksikasjadesse, millest laps räägib, et kindlaks teha lapse tegelikud soovid. Advokaat peab arutlema lapsega samamoodi, nagu iga teisegi kliendiga. Lapse esindaja roll on näha lapse esitatud lausetest kaugemale ja selgitada välja, millised emotsioonid tegelikult nende ütluste taga peituvad. Nii peab advokaat käituma ka kohtus ja väljendama ning selgitama kohtule lapse tegelikku seisukohta samamoodi, nagu ta toimib iga teisegi kliendi puhul oma advokaadi kohustusi täites.²⁰² Kuna laps on advokaadi jaoks klient nagu iga teinegi, siis peab advokaat ka last esindades järgima advokaadi kutse-eeskiri kehtestatud nõudeid.

Lapse esindajana on advokaadi hääl kohtus üks paljude seas ning ei pruugi olla kohtu jaoks otsuse tegemisel määrava kaaluga. Lisaks lapse advokaadile on kohtunikul võimalus ära kuulata ka hulga muid eksperte - näiteks kohaliku omavalitsuse sotsiaaltöötaja, psühholoogi või isegi haridustöötaja. Kui kohus on kõigi osapoolte seisukohad ära kuulanud, langetab kohus, hinnates kõiki seisukohti kogumis, lõpliku otsuse.

Lapse kaitsja peab olema kõrgelt kvalifitseeritud professionaal. Kohtud peaksid hindama advokaadi tööd ning küsima osapooltelt ka tagasisidet. Need laste kaitsjad, kes adekvaatselt oma rolli menetluses täita ei suuda, tuleb sellelt töölt kõrvaldada. Vastava advokaadi rolli jaoks

²⁰⁰ Espenberg, K., Soo, K., jt. *op.cit.*, lk 71-72

²⁰¹ TlnRnKo 2-09-66820

²⁰² Breger, M. L., *op.cit.*, lk 191

peaksid olema loodud eraldi kriteeriumid ning juhised, mis loovad üldise raamistiku isiku eelduste hindamise kohta laste esindamisel.²⁰³

Ideaalsel juhul peaks perekonnavaidlustes advokaadi rolli eesmärgipärane täitmine toimuma tihedas koostöös lastekaitsetöötajaga, et saaks kujuneda võimalikult objektiivne arvamus. Advokaat peaks esindama lastekaitsetöötaja arvamust kohtus kõiki talle kuuluvaid kohustusi silmas pidades ning lastekaitsetöötaja oleks vajadusel kohtus tunnistajaks, kes selgitab ja kaitseb ning teeb ka omapooliseid ettepanekuid lapse huvidest lähtuvalt. Selleks, et lapse esindaja oma rolli täitmisega professionaalselt toime tuleks, on vaja läbida eelnevalt pedagoogiline koolitus, mis hõlmab nii lapse arengulist osa, kui ka lapse heaolu ning parima huvi hindamist.²⁰⁴ Koolitusvajadusele on advokaadid tähelepanu juhtinud ka ise. Kuna nad on juristid, mitte psühholoogid, kuid peavad lapse huvid välja selgitama, siis oleks abi koolitustest ja juhendmaterjalidest, kus selgitataks, mida tohib ja mida ei tohi küsida ning milliseid tehnikaid rakendada eri vanuses lastega suheldes.²⁰⁵

Lapse esindaja arvamusele on kohtud otsuse tegemisel kõige sagedamini viidanud.²⁰⁶ Seega on lapse advokaadi arvamus menetluses üsnagi olulise kaaluga. Vanematevaheline hooldusõiguse vaidlus ei ole ainult juriidilise sisuga vaidlus, vaid lapse huvide esindamiseks on hädavajalikud ka teised teadmised – nt teadmised nii psühholoogiast, pedagoogikast kui ka sotsiaaltööst. Seetõttu oleks autori arvates oluline seada teatavad kriteeriumid advokaatidele, kes kohtus lapsi esindavad ja kaitsevad. Samuti oleks asjakohane täiendada advokaatide tasustamise korda laste esindamisel. Lapse esindamine ei tohiks olla advokaatide jaoks nõ kerge leib. Kui lapse advokaat ei suhtu lapse esindamisse täie tõsidusega, siis tagajärjeks on paratamatult lapse huvide kaitsmise asemel nende kahjustamine.

Autor leiab eelnevale tuginedes, et oluline oleks riigi õigusabi korras lapsi esindavate advokaatide taseme tõstmine, kehtestades neile kindlad kriteeriumid ning standardid. Kuna kohtupraktikale tuginedes ilmnes ka tõsiasi, et paljud advokaadid kohtuvad lastega kas liiga vähe või teatud juhtudel üldsegi mitte, siis tuleks lastega kohtumine nii laste esindajatele kui ka lastekaitsetöötajatele kohustulsikuks muuta. Autori arvates ei ole mõeldav, et lapse

²⁰³ Herman, G. Lawyers for Children in a Perfect World. -American Journal of Family Law 2008/21 (4), lk 111

²⁰⁴ Herman, G. *op.cit.*, lk 110

²⁰⁵ Espenberg, K., Soo, K., jt. *op.cit.*, lk 97

²⁰⁶ Lillsaar, M. *op.cit.*, lk 24

seisukoht ning parim huvi on võimalik välja selgitada ilma lapsega kohtumata või tehes seda pinnapealselt.

3.4 Lastekaitsetöötaja roll lapse huvi väljaselgitamisel

Nagu autor eelnevas alapeatükis viitas, siis kohus tugineb lapse parima huvi väljaselgitamisel tihtipeale just lapse esindaja arvamusele. Kuid mitte ainult – väga olulisel kohal kohtunike jaoks otsuse langetamisel on esindaja arvamuse kõrval lisaks ka lastekaitsetöötaja arvamus. Kui vanematevaheline hooldusõiguse vaidlus on jõudnud kohtusse, siis on lastekaitsetöötajal vajalik roll – ta peab esindama last ja andma kohtule ülevaate nii lapse õigustest, vajadustest, soovidest kui ka arvamusest.²⁰⁷ Käesolevas alapeatükis käsitlebki autor lastekaitsetöötaja rolli lapse heaolu hindamisel ning selle kaudu tema parima huvi väljaselgitamisel vanematevahelises hooldusõiguse vaidluses.

Vastavalt TsMS § 552 lg-s 2 sätestatule küsib kohus alaealist või eestkostet puudutavas menetluses ka valla- või linnavalitsuse seisukohta. Lastekaitsetöötaja arvamus liigitub hooldusõiguse määramise vaidlustes kirjalikuks tõendiks, mida kohus TsMS § 5 lg 3 ja § 230 lg 3 tulenevalt võib hagita menetluses ka ise koguda.

Kohtul puudub kohustus kohalikul omavalitsuselt juhtumi kohta arvamust küsides täpsustada, millised tõendid esitada tuleb - see jääb enamasti lastekaitsetöötaja enda otsustada, millised materjalid ta kohtule edastab. Lastekaitsetöötaja arvamuse näol on tegemist kaaluka tõendiga ning lastekaitsetöötajad kannavad hooldusõiguse vaidlustes suurt vastutust, kuna lastekaitsetöötaja on paljudes vaidlustes peamine lapse heaolu ja parima huvi kohta informatsiooni koguja ja tõlgendaja, mistõttu kohus tugineb oma otsustes tihtipeale just lastekaitsetöötaja arvamusele.²⁰⁸

Alates 2008. aastast on Eesti sotsiaaltöös kasutusel juhtumikorralduse põhimõtte, millele käib oma olemuselt kaasas lapse heaolu hindamine. Lapse heaolu hindamine tähendab lastega seotud juhtumite puhul seda, et lastekaitsespetsialisti tähelepanu on lapse vajadustel ehk sellel, kuidas

²⁰⁷ Weatherall, K., Duffy, J. Are we listening to children? An examination of the child's voice in social work reports to the court following parental separation disputes. *Child Care in Practice* 2008/14 (3), lk 276

²⁰⁸ Espenberg, K., Soo, K., jt op.cit., lk 87

lapse eest hoolitsejad suudavad tagada lapse füüsilise, sotsiaalse, emotsionaalse ja kognitiivse heaolu. Lapse heaolust lähtumine tähendab ka seda, et lastekaitse spetsialistid teavad, millised tingimused peavad olema tagatud lapse kasvamiseks ja igakülgselt arenguks.²⁰⁹ Lapse heaolu hindamine on väga oluline mh ka siis, kui vanemad ei ole ühte meelt lapse hooldusõiguse ja lapse elukoha küsimustes.

Lapse heaolu hindamine on lastega seotud juhtumite lahendamine ning lastekaitsetöötajad lähtuvad seejuures LÕKi nõuetest: Esiteks, lapse huvid ja vajaduste väljaselgitamine (faktide selgitamine, asjaosaliste sh lapse ärakuulamine). Teiseks, lapse huvid ja vajaduste kaalumine teiste isikute ja üldsuse huvides ning vajaduste kontekstis, ning kolmandaks maksimaalsel võimalikul määral lapse huve (vajadused ja heaolu) arvestava otsuse langetamine. Hindamine on oma olemuselt juhtumikorraldusliku tööga kaasas käiv protsess, mille sisuks on lapse ja pere olukorra mõistmine. Lastekaitsetöötajal tuleb juhtumit lahendades leida vastus küsimusele, milline on vanema ja last ümbritseva keskkonna valmisolek tagada lapse heaolu.²¹⁰

Selleks et mõista, mis toimub abivajava lapsega ning tema perekonnas ja ümbruskonnas, ei piisa kindlasti ühest või kahest vestlusest või visiidist. Erinevatest allikatest teabe kogumine on keeruline ja kestab protsess ning kõikide andmete tõsiseltvõetavust ja asjakohasust on vaja tõsiselt kaaluda ja arutada koos perekonnaga ja teiste spetsialistidega. Hindamine on interaktsiooniprotsess, mitte ühepoolne faktide ammutamine pereliikmete jutust või nende eluolu jälgimisest. Andmeid kogutakse, analüüsitakse ja tõlgendatakse koos kõigi hindamises osalejatega.²¹¹

Euroopa mitmetes riikides (nt Rootsis, Šotimaal, Soomes ning Inglismaal ja Walesis) on lapse ärakuulamine korraldatud nii, et seda teevad reeglina sotsiaaltöötajad või muud oma ala spetsialistid ilma kohtuniku osavõtuta.²¹² Inglismaal on juba aastast 2001 tegutsenud spetsiaalne organisatsioon CAF/CASS²¹³ (*Children and Family Court Advisory and Support Service*), mis on loodud ennekõike laste toetamiseks kohtuvaidlustes (sh perekonnavaidlused). Tegemist on

²⁰⁹ Ratnik, M., Pajo, M. Lapse heaolust lähtumine lastekaitsetöös. Sotsiaaltöö, 3, 2012, lk 29

²¹⁰ Sotsiaalministeerium. Lapse heaolu hindamise abivahend lastekaitsetöötajatele. Tallinn, 2012, lk 6. www.perenou.ee/public/documents/Heaolu_hindamise_juhis_koos_eessonaga.pdf (02.05.2015)

²¹¹ Sotsiaalministeerium. Lapse ja perekonna hindamise juhend. Tartu, 2006, lk 10. www.sm.ee/sites/default/files/content-editors/Lapsed_ja_pered/lapse_ja_perekonna_hindamine_2009.pdf (02.05.2015)

²¹² Liiv E., *op.cit.*, lk 258

²¹³ CAF/CASS kodulehekül. www.cafcass.gov.uk/ (02.05.2015)

riikliku tugiteenusega, mille peamiseks rolliks on kaitsta lapse heaolu menetluses. Kohtunikele antakse nõu ning soovitusi, mis aitavad neil laste huvidest lähtuvalt teha parim otsus. CAFCASS on lapse hääl perekonnapöörde ning tagab, et lapse heaolu ning huvi oleks seatud menetluses esikohale.

Laste ja perede arengukava 2012-2020²¹⁴ kohaselt on riigi ülesandeks tagada riigieelarvelistest vahenditest õigusloome ning investeerimis- ja järelevalvetegevus. Kohalikule omavalitsusele langeb põhiline vastutus laste kaitsmisel ja abistamisel. Hetkeseisuga ei ole aga kohalikel omavalitsustel, eriti väikese tulubaasiga omavalitsustel, piisavat ressursi lastekaitse teenuste arendamiseks ja elluviimiseks. Paljudes kohalikes omavalitsustes puudub professionaalne lastekaitsetöötaja. Selline olukord ei võimalda efektiivsete abimeetmete rakendamist ning õigeaegset sekkumist laste heaolu tagamiseks.

Riigikontroll viis 2013. aastal läbi auditi „Laste hoolekande korraldus valdades ja linnades“,²¹⁵ mille tulemustest selgub, et lastekaitsetöö jaoks on võetud eraldi inimene vaid 38% omavalitsustel. Ülejäänutes teevad seda tööd sotsiaaltöötajad, kellel on täita lisaks mitmed teised ülesanded (näiteks tegelemine eakate, puuetega inimestega jne). Seetõttu ei ole neil piisavalt aega ega alati ka oskusi lastekaitsetööd teha. Sotsiaalministeerium on valdkonna kohta koostatud analüüsid ja arengukavades probleemi teadvustanud ning pannud paika ka laste arvu ja lastekaitsetöötajate optimaalse suhte (eri aegadel on see olnud 1000 kuni 1300 last ühe töötaja kohta). Kokku elab ligikaudu 60% Eesti lastest omavalitsustes, kus lastekaitsetöötajat ei ole või ei ole neid piisavalt, arvestades Sotsiaalministeeriumi pakutud optimaalset laste suhet ühe lastekaitsetöötaja kohta.

Hetkeolukorda hinnates on lastekaitsetöötajate kompetents ja oskused väga erinevad. Kuna Eestis on teatavasti pädevate lastekaitsetöötajate puudus, on paratamatult nende töömaht väga suur. See seab ohtu lapse isikupõhise lähenemise ning võimaldab tekkida üldistustel. Tööülesannete hulk ja eeldatav erialane kompetents on aga oluliselt suurem, kui see täna olemasolevatele lastekaitsetöötajatele seatud ülesannete ja ootuste täitmiseks jõukohane on.²¹⁶

²¹⁴ Sotsiaalministeerium, Laste ja perede arengukava 2012-2020, *op.cit.*, lk 39

²¹⁵ Riigikontrolli audit „Laste hoolekande korraldus valdades ja linnades“, 2013, lk 2. www.riigikontroll.ee/ (02.05.2015)

²¹⁶ Poopuu, T. jt. *op.cit.*, lk 9

Kehtivas LaKS-is puuduvad lastekaitsetöötajatele kehtestatud erialased nõuded. See aga muutub lastekaitseaduse uue redaktsiooni²¹⁷ jõustumisega, mille sätete kohaselt peab olema lastekaitsetöötajal erialane ettevalmistus ja kõrgharidus ning hiljemalt kahe aasta möödumisel alates lastekaitsetöötajana teenistusse asumisest peab omandama sotsiaaltöötaja kutse spetsialiseerumisega lastekaitsele.

Lastekaitsetöötajate erialaste nõuete sisseviimine seadusesse on samm lähemale sellele, et lapse huvide eest kohtumenetluses seisab igati pädev inimene. Siiski, ei lahenda see kõiki valitsevaid kitsaskohti. Eesti Sotsiaaltöö Assotsiatsioon on oma kirjas Sotsiaalministeeriumile²¹⁸ rõhutanud, et Eesti lastekaitse suuremad probleemid ei ole seotud mitte olemasolevate lastekaitsetöötajate madala professionaalsuse, vaid lastekaitsetöötajate puudumisega osades omavalitsustes, nende suure töökoormusega teistes omavalitsustes ja lastekaitsega seotud sotsiaalteenuste puudumise või vähesusega paljudes omavalitsustes.

Sotsiaalministeerium on Laste ja perede arengukavas 2012-2020²¹⁹ rõhutanud, et lastekaitsetöötajate arvu suurendamine ei ole eesmärk omaette, sest ainuüksi see ei taga kvaliteetset teenust. Olulisemaks küsimuseks on arengukavas peetud töötajate kvalifikatsiooni. Autor leiab, tuginedes Eesti Sotsiaaltöö Assotsiatsiooni seisukohale, et kvalifikatsiooninõuete kindlaksmääramise kõrval on riigil oluline leida vastavad ressursid selle jaoks, et vähemalt igas kohalikus omavalitsuses oleks sotsiaaltöötaja kõrval ka lastekaitsetöötaja ametikoht. Täpne ametikohtade arv igas omavalitsuses sõltub kahtlemata omavalitsuse suuruselt ning ka sellest, kui palju lapsi omavalitsuse piires elab. Sellisel viisil oleks tagatud, et iga lapseni jõuaks professionaalne abi selleks pädevalt isikult.

Üheks kitsaskohaks, mis tihtipeale ilmneb lastekaitsetöötajate kaasamisel menetlusesse on need juhtumid, mil lapse ja vanemate elukohad on erinevad ning kohus on kaasanud arvamuse andmiseks mitu kohaliku omavalitsuse esindajat. Sellistel juhtudel võivad lastekaitsetöötajate seisukohad olla erinevad.

²¹⁷ Lastekaitseadus § 19 lg 1 ja 2. Redaktsioon jõustub 01.01.2016. - RT I, 06.12.2014, 1

²¹⁸ Eesti Sotsiaaltöö Assotsiatsiooni 21.01.2014 kiri nr 4 Sotsiaalministeeriumile. www.sotsiaalministeerium.ee (02.05.2015)

²¹⁹ Sotsiaalministeerium. Laste ja perede arengukavas 2012-2020, *op.cit.*, lk 33.

Nimetatud kitsaskoht ilmneb selgelt ühes Harju Maakohtu lahendis²²⁰, kuhu olid vanemate elukoha tõttu kaasatud mitme kohaliku omavalitsuse esindajad. Vanemad ei jõudnud ühisele kokkuleppele lapse elukoha määramise osas. Antud juhtul oli lastekaitsetöötajate poolt kohtule esitatud mitu erinevat seisukohta, mis kõik olid üksteise suhtes teatud määral vastuolulised. Et sellist olukorda vältida, oleks soovitatav lastekaitsetöötajatel eelnevalt omavahel koostööd teha, kuidas menetlusse kaasatud lapse huvidele ja vajadustele läheneda. Sellest tulenevalt on vajadus kindlaks määratud juhtnööride järele, mis aitaksid lastekaitsetöötajatel kohtumenetluses osalemisel hoida selget fookust lapse huvidel.

Kohalike omavalitsuste spetsialistide töö kvaliteet vanema hooldusõiguse asjades arvamuse kujundamisel on erinev. Vanema hooldusõiguse määramise uuringus toodi välja nii seda, et see sõltub nii kohalikest omavalitsusest (näiteks osades polegi eraldi lastekaitse spetsialisti) kui ka konkreetse lastekaitsetöötaja isikuomadustest - on neid, kes teevad oma tööd täieliku pühendumisega ning ka neid, kelle töö suhtes olid menetlusosalised kriitiliselt meelestatud.²²¹

Eelpool nimetatud uuringus²²² selgus ka tõsiasi, et lastekaitsetöötaja ja lapse esindaja vaheline rollijaotus menetluses vajaks täpsustamist, eriti vajaks täpsustamist lastekaitsetöötaja positsioon kohtus – mida temalt oodatakse ning mis rolli ta täidab – kas sotsiaaltöötaja või jurist. Leiti, et lastekaitsetöötajad on pädevad andmaks arvamust lapse heaolu puudutavates küsimustes, ent kuna neil puudub juriidiline ettevalmistus, siis on neil raske protsessis osaleda ning osata hinnata juriidilisest aspektist lapse huvide arvestamist kohtus. Lastekaitsetöötajad tõid uuringus välja, et mõnikord on raske aru saada, mis on kellegi roll protsessis ning vahel eeldab kohtunik lastekaitsetöötajalt laiemaid teadmisi. Seetõttu nähakse ka rollide erinevust, kuna lastekaitsejate ja advokaatide hariduslik taust ja seega ka vaatenurk probleemile on erinev.

Autor leiab, et kuna lastekaitsetöötajatel lasub oluline roll laste huvide esindamisel ning kaitsmisel hooldusõiguse vaidluses, siis oleks oluline korraldada lastekaitsetöötajatele järjepidevalt vastava valdkonna õiguslaseid koolitusi.

²²⁰ HMKm 2-10-57183

²²¹ Espenberg, K., Soo, K., jt, *op.cit.*, lk 81

²²² *ibid.*, lk 85

Kokkuvõte

Magistritöö on üles ehitatud selliselt, et vastuse saaks autori poolt esitatud uurimisküsimus - kas seadusandja poolt kehtestatud menetlustoimingud on piisavad, et hooldusõiguse vaidluses otsuse tegemisel oleks tagatud lapse parim huvi? Töö käigus jõudis autor seisukohale, et kehtivale seadusandlusele tuginedes ei ole lapse parim huvi hooldusõiguse vaidluses tagatud. Autor toob järgnevalt välja peamised töös käsitletud leidnud probleemkohad, mis praktikas lapse huvi väljaselgitamisel ja selle tagamisel kohtumenetluses esinevad ning teeb omapoolsed ettepanekud.

Oma laste suhtes on vanematel nii võrdsed õigused kui ka kohustused, st neil on ühine hooldusõigus. Hooldusõiguse mõiste võeti Eesti õiguses kasutusele 1. juuli 2010 kehtima hakanud perekonnaseadusega. Varasem seadus sellist mõistet ei sisaldanud ning selle asemel oli reguleeritud lapse elukoha määramine ja vanema õiguste äravõtmine.

Vanemate ühine hooldusõigus säilib ka siis, kui vanemad asuvad elama eraldi. Kui ühist hooldusõigust omavad vanemad elavad alaliselt lahus, otsustavad nad üldjuhul lapsega seotud olulisi asju endiselt ühiselt. Lapse igapäevaelu küsimusi otsustab aga see vanem, kelle juures laps parasjagu viibib. Muus osas ei mõjuta vanemate lahuselu vanemate ühisest hooldusõigusest tulenevaid õigusi ja kohustusi. Seega säilivad ühise hooldusõiguse korral mõlemal vanemal lapse suhtes ka lahku minnes üldjuhul võrdsed õigused ja kohustused.

Vanemate lahuselu korral võiks vanemate ühise hooldusõiguse tervikuna ümber vaadata ja muuta seda vastavalt sellele, milliseid õigusi kumbki vanem lahuselu korral lapse suhtes tegelikult teostab ja milliseid kohustusi täidab ning milline õiguste ja kohustuste jaotus tagab vanemate lahuselu korral lapse huvides parima lahenduse. Mõlemal vanemal on seadusega antud õigus esitada kohtule taotlus ühise hooldusõiguse muutmiseks. Hooldusõiguse muutmise põhjusteks on enamasti tekkinud olukord, kus vanemate omavaheliste pingete tõttu ei ole võimalik ühist hooldusõigust teostada ning hooldusõiguse teostamise viisis on tekkinud erimeelsused, samuti olukord, kus soovitakse fikseerida tegelik olukord, kus üks vanem ei osale lapse kasvatamises.

Hooldusõigus on osadeks jagatav ning see tuleneb vanema hooldusõiguse põhimõtete määratlusest, mille kohasel hooldusõigus hõlmab endas nii isikuhooldust, varahooldust kui ka

õigust otsustada lapsega seotud asju. Sellest tulenevalt saab vanem taotleda endale kas üksnes lapse isikuhooldust, varahooldust või lihtsalt õigust otsustada mõnda lapse jaoks olulist küsimust. Paraku ei ole paljud vanemad hooldusõiguse osadeks jagamise võimalikkusest teadlikud, kuna PKS 137 lg 1 sõnastusest ei ole seda väheste juriidiliste teadmistega inimestel võimalik üheselt välja lugeda, mistõttu leiab autor, et viidatud sätte sõnastust oleks vaja selles osas täpsustada.

LÕKi kohaselt tuleb igasugustes lapsi puudutavates ettevõtmistes riiklike või erasotsiaalhoolekandeesutuste, kohtute, täidesaatvate või seadusandlike organite poolt esikohale seada lapse huvid. Oma otsuste tegemisel peab kohus lähtuma alati PKS § 123 lg-st 1, mille kohaselt peab kõiki lapsesse puutuvaid asju läbi vaadates tegema esmajoones lapse huvidest lähtuva lahendi.

Vanemate lahkumine on üheks peamiseks lapse heaolu mõjutavaks riskiteguriks, eriti juhul kui sellega kaasneb lapse hooldusõiguse vaidlus kohtus. Väga oluline on igal tasandil leevendada sellise uue elukorralduse negatiivseid mõjusid lapse heaolule. Omavaheliste konfliktide tõttu ei suuda sageli vanemad hooldusõiguse vaidlustes jääda objektiivseks ning nende vastandlike huvide korral on kohtuvaidlused komplitseeritud.

Kahtlemata on lapse parimat huvi ning heaolu arvesse võttes parim lahendus, kui vanemate vaidlus hooldusõiguse üle ei jõuakski kohtuni välja, vaid saaks lahendatud perelepituse vahendusel. TsMS § 561 kohaselt peab kohus last puudutavas menetluses nii vara kui võimalik ja igas menetlusstaadiumis püüdma suunata asjaosalisi asja kokkuleppel lahendama. Kohus peab asjaosaliste tähelepanu juhtima võimalusele kasutada perelepitaja abi eelkõige ühise seisukoha kujundamiseks lapse hooldamisel ja tema eest vastutamisel.

Perelepituse teenuse kasutamine Eestis on tasuline ning tihti on just see põhjuseks, miks lepitaja poole ei pöördata. Kuigi tasu lepitajale on kahtlemata oluliselt madalam nii juriidilisele nõustajale makstavast tasust kui ka kohtukuludest, võib see mõnel juhul osutada takistuseks. Autori arvates aitaks suuremale perelepituse kasutamisele kaasa riigipoolne osaline või täielik teenuse kasutamise rahastamine. Olukorras, kus jäetakse lepitus kui odavam võimalus kasutamata, võib riigile kokkuvõttes põhjustada oluliselt suuremaid kulusi - kui neid juhtumeid tuleb lahendama hakata läbi kohtusüsteemi.

Lisaks leiab autor seoses lepitusmenetluse süsteemi muutmisega Eestis, et kaaluda võiks Norra eeskujul regulatsiooni, kus kõigile neile, kes on esitanud hooldusõiguse määramiseks kohtusse hagi, oleks perelepitus kohustuslik. Siinjuures tuleb siiski arvestada, et perelepitus ei pruugi sobida igale perele ning olla igas hooldusõiguse määramise vaidluses rakendatav. Kindlasti ei sobi perelepitus juhtumite puhul, kui tegemist on koduvägivallga, vastav erand on kehtestatud ka Norras. Lepitusprotsessi edukuse eelduseks on, et osapooled on võrdsed, kes otsivad oma küsimustele parimaid lahendusi erapooletu kolmanda osapoole, lepitaja, abiga.

Kuna hooldusõiguse instituut on suhteliselt uus, siis seetõttu tajuvad paljud vanemad hooldusõigust pigem suhtlusõigusena. Kuigi suhtlusõiguse reguleerimine ei ole hooldusõiguse üks osa, leidis autor siiski, et selle käsitlemine on lapse huvi konteksti arvesse võttes oluline. Eelkõige just põhjusel, et tihtipeale pöördub vanem kohtu poole just suhtluskorra kindlaksmääramiseks, mis omakorda viitab tekkinud probleemile, et vanem, kelle juures laps elab, ei võimalda teisel vanemal oma lapsega suhelda ning sellest tulenevalt rikutakse ka lapse huvi ning õigust oma lahuselava vanemaga suhelda.

Lapsel on seadusest tulenev õigus isiklikult suhelda oma mõlema vanemaga, sh säilitada isiklik kontakt ka lahus elava vanemaga. Nii lapsele kui ka vanemale kuulub nimetatud suhtlemisõigus sõltumata sellest, kas vanemale kuulub lapse suhtes hooldusõigus PKS § 116 lg 2 mõttes või mitte. Suhtlusõiguse peamiseks eesmärgiks on tagada vanema ja lapse isiklike suhete tekkimine ja jätkumine eelkõige siis, kui vanemal ei ole lapse suhtes hooldusõigust, aga ka siis, kui vanematel on küll ühine hooldusõigus, kuid üks vanem ei ela lapsega koos.

Vanemate lahuselu korral tuleb lapsele kõige enam kasuks, kui suhtlemine on korraldatud üksmeelselt ja see kujundatakse paindlikult. Vanematevaheline kokkulepe suhtlemiskorra osas on alati parem lahendus kui selle kindlaksmääramine kohtu poolt. Kui vanemad kokkulepet ei saavuta, on kummalgi vanemal suhtlemiskorra kindlaks määramiseks õigus pöörduda kohtusse. Vanema ja lapse suhtlemist korraldades määrab kohus vanema suhtlemisõiguse ulatuse ning täpsustab, mil viisil peab vanema ja lapse suhtlemine PKS § 143 lg 1 mõttes toimuma.

Kui vanem keeldub kohtu poolt määratud suhtluskorda vabatahtlikult järgimast, lasub riigil kohustus tagada lapse ja vanema külastus- ja suhtlusõiguse täitmine. Siiski ilmnes kohtupraktikale tuginedes tõsiasi, et vanema ja lapse suhtlemist reguleeriva kohtulahendi

täitmise kord tervikuna ei ole täitemenetluse seadustikus piisavalt selgelt reguleeritud. Vastavat regulatsiooni tuleks koosmõjus TsMS §-ga 563 täiendada või muuta, et tagada vanema ja lapse suhtlemist reguleeriva kohtulahendi täitmise selge kord ning sellise kohtulahendi efektiivse ja kiire täitmine. Autor leiab, et kohtupoolset juhtivat rolli otsuste täitmise tagamisel tuleks suurendada ning selle võrra vähendada kohtutäituri rolli. Oluline oleks välja töötada reaalsed sunnimeetmed lapsega koos elavate vanemate suhtes, kes suhtluskorda määravad kohtuotsust vabatahtlikult ei täida. Sunnimeetmed peaksid olema eelkõige suunatud kohtuotsuse täitmist eirava vanema korrale kutsumiseks.

Suhtluskorra lahendite täitmismehhanism on kohmakas, aeganõudev ning vähese efektiivsusega. Kuivõrd keerukamate juhtumite puhul peab põhirõhk olema intensiivsel lastekaitsetööl ning kohtutäiturile jääb vaid formaalne kontroll kohtumääruse täitmise üle, on vajalik, et vastavas õigusloomes oleks selgesõnaliselt sätestatud eestkostetasutuse kohustused sisulise lastekaitsetöö tegemiseks ning seda ka olukorras, kus eksisteerib seadusjärgne kohtulahend suhtlemiskorra kohta, mida kohtutäitur omal jõul seniste täitemenetluste vahenditega pole suuteline täitma.

Nii ühise hooldusõiguse lõpetamise kui ka suhtluskorra määramise asjades on kõige olulisem vanematevaheline toimiva kokkuleppe saavutamine. Seda põhjusel, et kohtu tehtud otsust, mis ei ole ühele või mõlemale vanemale vastuvõetav ei pruugi vanemad täita ning nii võib see viia taas kohtusse vaidlust lahendama. Kohtul lasub oluline roll vanemate kokkuleppele suunamises, sest vanematevaheline kokkuleppe on eelduseks, et praktikas lahend ka töötab.

Kõikides vanemliku vastutusega seonduvates küsimustes tuleb alati lähtuda lapse huvist ning see esikohale seada. Kohtuvaidluse käigus tuleb erinevatel lapsega kokku puutuvatel spetsialistidel välja selgitada lapse parim huvi ja see kohtumenetluses tagada. Erinevatest nii siseriiklikest kui ka rahvusvahelistest õigusaktidest tulenev lapse parim huvi on väga üldine ning seadusandja poolt täpsemalt määratlemata õigusmõiste ning iga juhtumi asjaolusid arvestades mitmeti tõlgendatav. Sageli osutub selle väljaselgitamine ja tagamine üsna aeganõudvaks ja keerukaks ning sõltub pelgalt hindaja kogemusest ning professionaalsusest. Olenamata sellest, kas tegu on kohtuniku, lapse esindaja, lastekaitsetöötaja, perelepitaja, vm spetsialistiga, on neil alati võimalus laps ära kuulata. Spetsialisti ülesandeks on kindlustada ja märgata, et lapse vaadetega ka arvestatakse, sest just lapse vaadete ja huvide kaalumisel jõutakse otsuse tegemiseni.

Lapse võimalus saada kuuldavaks talle oluliste otsuste langetamisel kuulub tema põhiõiguste hulka. LÕK erinevad sätted rõhutavad, et õigus olla ärakuulatud on iga lapse kõikehõlmav eesõigus, mida tuleb reeglina rakendada iga juhtumi puhul, kus on kaalumisel last puudutavad otsused. Riigil lasub kohustus tagada lapsele, kes on võimeline iseseisvaks seisukohavõtuks, õigus väljendada vabalt oma vaateid kõikides teda puudutavates küsimustes. Lapse vaateid tuleb hinnata, tuginedes tema vanusele ja küpsusel. LÕK eesmärgiks on tagada, et lapsed saaksid osa võtta neid puudutavatest perekonnavaidlustest ning et menetlejad kaasaks lapsed vaidlustesse ning arvestaks laste seisukohtadega. Laste osavõtu kaudu saavad kohtud ja teised perekonnavaidlusi menetlevad institutsioonid võtta otsuste tegemisel arvesse lapse huve ning vajadusi ning sellega teha lapse huve maksimaalsel võimalikul määral arvestava lahendi. Lapse parima huvi kindlaks tegemine saab toimuda vaid siis, kui laps on ära kuulatud ning välja on selgitatud lapse arvamus antud asjast.

Lapse ärakuulamise eesmärk hooldusõiguse vaidluses seisneb selles, et saaks lahendatud vanematevaheline vaidlusküsimus ja oleks võimalik teha otsus, mis kõige enam vastaks lapse huvidele. TsMS-i §-st 552¹ tuleneb kohtule kohustus last puudutavas asjas ära kuulata vähemalt 10-aastane laps isiklikult ning üksnes mõjuval põhjusel on õigus lapse ärakuulamisest loobuda. Kohtupraktikale tuginedes ilmnes, et osad kohtunikud peavad oluliseks ka noorema kui 10-aastase lapse ärakuulamist, kuid leidub ka neid, kes kuulavad ära üle 10-aastase lapse, kuid mitte nooremaid.

Autor leiab, et Eestis tuleks lapsi ära kuulata tunduvalt nooremalt, kui seda hetkel seadus sätestab ja see kohtupraktikas toimub. Näiteks Saksamaal on kehtestatud lapse ärakuulamise nõue vanusepiiranguta ning sealne pikaajalisest kohtupraktika kinnitab, et last on väga edukalt võimalik ära kuulata juba oluliselt nooremana. Kõige olulisem on siiski eelnevalt lapse ärakuulajal selgeks teha lapse sotsiaalne ja emotsionaalne küpsus ning selleks ei piisa vaid vanuse teadmisest - vahel on ka kolmeaastane laps piisavalt võimekas oma seisukohta väljendama, tuleb osata seda vaid kuulata.

Seadusandja ei ole ette näinud kindlaid kriteeriume, kuidas täpselt peaks toimuma lapse ärakuulamine ning selle kaudu lapse parima huvi väljaselgitamine. Seadusandja on seadnud kohtunikule vaid nõude, et lapse ärakuulamisel tuleb arvestada tema vanuse ja vaimse küpsusega. Arvestades asjaolu, et lapsele tuleb läheneda oskuslikult, on kohtunikel oluline läbida

baaskursused nii psühholoogias kui ka pedagoogikas. Kohtunikele tuleks korraldada vastavasisuliste koolituste süsteem, et edendada nende nii pedagoogilisi kui ka psühholoogilisi oskusi ning õpetada kasulikke tehnikaid laste ärakuulamiseks.

Lapse kaasamine hooldusõiguse vaidlusesse esmalt toimub talle esindaja määramise kaudu RÕSis sätestatu korras. Lapse esindaja menetluses on vahendajaks kohtu ja lapse vahel ning advokaat peab tagama, et vanematevahelises hooldusõiguse vaidluses oleks lapse parim huvi alati kindlustatud. Vanematevaheline hooldusõiguse vaidlus ei ole ainult juriidilise sisuga vaidlus, vaid lapse huvide esindamiseks on hädavajalikud ka teised teadmised – nt teadmised nii psühholoogiast, pedagoogikast kui ka sotsiaaltööst. Seetõttu oleks autori arvates oluline seada teatavad kriteeriumid advokaatidele, kes kohtus lapsi esindavad ja kaitsevad. Samuti oleks asjakohane täiendada advokaatide tasustamise korda laste esindamisel. Lapse esindamine ei tohiks olla advokaatide jaoks nõrge teenistus. Kui lapse advokaat ei suutu lapse esindamisse täie tõsidusega, siis tagajärjeks on paratamatult lapse huvide kaitsmise asemel nende kahjustamine.

Kontroll lapse advokaatide valdkonnaspetsiifikat puudutavate oskuste ja ettevalmistuse üle on praeguses süsteemis puudulik. Seadusandja lapsi esindavatele advokaatidele eraldi konkreetseid kriteeriumeid ega standardeid kehtestanud ei ole. Autor asub seisukohale, et oluline oleks riigi õigusabi korras lapsi esindavate advokaatide taseme tõstmine, kehtestades neile kindlad kriteeriumid ning standardid. Lapse advokaatidele on ette heidetud, et osad kohtuvad lastega kas liiga vähe või teatud juhtudel üldsegi mitte. Selle vältimiseks tuleks lastega kohtumine nii laste esindajatele kui ka lastekaitsetöötajatele kohustulikuks muuta. Autori arvates ei ole mõeldav, et lapse seisukoht ning parim huvi on võimalik välja selgitada ilma lapsega kohtumata või tehes seda paaril korral pinnapealselt.

Alaealist või eestkostet puudutavas menetluses küsib kohus alati ka lastekaitsetöötaja seisukohta. Lastekaitsetöötaja arvamus liigitub hooldusõiguse määramise vaidlustes kirjalikuks tõendiks, mida kohus võib hagita menetluses ise koguda. Lastekaitse spetsialisti tähelepanu on lapse vajadustel ehk sellel, kuidas lapse eest hoolitsejad suudavad tagada lapse igakülgse heaolu. LÕKist lähtuvalt tuleb neil välja selgitada lapse parim huvi ning seda menetluses maksimaalselt arvestada. Kuna lastekaitsetöötajatel lasub oluline roll laste huvide esindamisel ning kaitsmisel hooldusõiguse vaidluses ning neil üldjuhul puudub juriidiline haridus, siis on neil raske

protsessis osaleda ning osata hinnata juriidilisest aspektist lapse huvide arvestamist kohtus. Sellest tulenevalt leiab autor, et vajalik oleks korraldada lastekaitsetöötajatele järjepidevalt vastava valdkonna õiguslaseid koolitusi.

Kohalikule omavalitsusele langeb põhiline vastutus laste kaitsmisel ja abistamisel. Hetkeseisuga ei ole aga kohalikel omavalitsustel, eriti väikese tulubaasiga omavalitsustel, piisavat ressursi lastekaitse teenuste arendamiseks ja elluviimiseks. Paljudes kohalikes omavalitsustes puudub professionaalne lastekaitsetöötaja. Selline olukord ei võimalda efektiivsete meetmete rakendamist ning õigeaegset sekkumist laste heaolu tagamiseks. Autor leiab, et kvalifikatsiooninõuete kindlaksmääramise kõrval on riigil oluline leida vastavad ressursid selle jaoks, et vähemalt igas kohalikus omavalitsuses oleks sotsiaaltöötaja kõrval ka lastekaitsetöötaja ametikoht. Sellisel viisil oleks tagatud, et iga lapseni jõuaks professionaalne abi selleks pädevalt isikult.

Selleks, et laste kaasamine ja ärakuulamine perekonnavaidlustes oleks efektiivsem, on hädavajalik välja koolitada spetsiaalsete oskustega sotsiaaltöötajad, kohtunikud, juristid ja psühholoogid, kes oskavad lapse ärakuulamisele läheneda selliselt, et arvesse on võetud lapse küpsust ja arengutaset, lapse tundlikkust ja vajadusi ning tagatud oleks, et laps tunneb ennast spetsialistiga vesteldes turvaliselt.

Lapse huvide väljaselgitamiseks vanema hooldusõiguse määramise vaidlustes on oluline erinevate spetsialistide omavaheline hea ning toimiv koostöö. Laste õigused saavad realiseeruda vaid juhul, kui riigil on olemas poliitiline tahe neid õigusi ellu viia ning ressursid ja vajalikud teadmised selle ülesande efektiivseks täitmiseks. Riigi roll peab olema siinjuures aktiivne, võttes kasutusele kõiki nii seadusandlikke kui ka haldusmeetmeid, et lapse parim huvi menetluses oleks kaitstud ning arvesse võetud.

Child's Interests in Custody Dispute

Resume

In the present Master's thesis the author raised a question: are the procedures laid down by the legislator adequate enough, so that in custody disputes the best interests of a child are served in decision-making? The author reached the conclusion that the present Estonian legislation does not serve the best interests of a child in custody disputes. In the thesis the author highlights the main problems, which occur in practice in proceedings which identify the child's interests and ensure them in court proceedings, and makes her suggestions.

Concerning their children, parents have equal rights and duties – they are in joint custody. In the Estonian legislation, the concept of custody was introduced in the Family Act that came into force in 2010. Previously, the Act had regulated the residence of the child and the deprivation of parental rights.

The parents are in joint custody even when they live separately. In that case, the decisions relating to the child, are still made together. Issues of the child's everyday life are resolved by the parent with whom the child lives. In other respects, the parents' separation does not affect rights and obligations resulting from joint custody.

Both parents have the right given by law to submit an application to the court to amend the joint custody. The reason is usually a situation where, because of tensions between the parents it is not possible to exercise joint custody and there is a disagreement in the way the custody is exercised, and it is desirable to fix the real situation in which one parent is not involved in the upbringing of the child.

Custody is divisible, according to which it includes both personal care and property maintenance as well as the right to decide on matters relating to the child. Consequently, a parent can only apply for the child's personal care, property maintenance, or simply the right to decide on any matter relevant to the child. Many parents are not aware of the possibility of dividing custody. A paragraph in the Family Act provides the possibility to terminate joint custody for parents, but from the wording of the provision it is difficult for people who do not have enough legal

knowledge to clearly understand that custody is divisible. The author of the thesis argues that it is necessary to clarify the wording of that provision.

According to the United Nations Convention on the Rights of the Child in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the child's best interests are a primary consideration. In its decisions, the court must always follow the principle that in all things relating to children it is necessary to give a verdict that serves the child's best interests.

Parents' divorce is the main risk factor that affects the child's welfare, especially if it is accompanied by a child custody dispute in a court. It is important at every level to mitigate the negative effects of this new way of life to the child's welfare. In conflicts parents are often unable to remain objective in custody disputes and in case of contrary standpoints litigations are complicated.

When taking into account the child's best interests and welfare, the best solution would be to handle parents' disputes over custody without reaching the court and resolving them through family mediation. According to the Code of Civil Procedure, in proceedings involving a child, in any stage of the proceedings and as early as possible the court must try to direct the parties involved to resolve the matter by an agreement. The court must draw the parties' attention to the possibility of using a family mediator's help.

Family mediation service in Estonia is paid-for and often it is the reason why parents do not seek a mediator's help. Although fees are significantly lower than lawyer's costs and court fees, in some cases they may be an obstacle. In the author's view, full or partial state funding for the use of the service would lead to a greater use of family mediation. Situations where mediation as a cheaper option is left unused, may mean significantly higher costs for the state.

Furthermore, the author argues that in connection with the amendments of the system of conciliation procedure in Estonia, our state might consider the example of the regulation in Norway, where for everyone who has filed a lawsuit to determine custody, family mediation is compulsory. However, family mediation may not be appropriate for every family and may not

be applicable in every custody dispute. Definitely, it is not suitable when it comes to domestic violence cases; the exception is also established in Norway.

Since the institution of custody is relatively new, many parents perceive it rather as access rights. Although the regulation of access rights is not part of custody, the author finds that dealing with it in determining a child's best interests is relevant. In many cases, a parent turns to a court to determine access arrangements, which in turn refers to the problem that the parent with whom the child lives, does not allow the other parent to communicate with the child, and, consequently, the interest of the child in contacting the absent parent is violated.

Each child has a legal right to personally interact with both his/her parents and to maintain a personal contact with the parent who lives separately. Both the child and the parent have the right to communicate regardless of whether the parent is custodial or not. The main objective of access rights is to ensure the continuous personal communication between the child and the parent, especially when the parent is non-custodial and also when the parents are in joint custody, but one parent does not live with the child.

In case parents live separately it is beneficial for the child when communication is conducted in a unanimous and flexible way. Parents' agreement on procedures for communication is always a better solution than their determination by the court. If the parents cannot reach an agreement, either parent has the right to turn to a court. In organizing the parent-child interaction the court shall determine the scope of the parental access rights and specify the manner in which the parent-child interaction should take place.

If a parent refuses to follow the court-determined visiting/communication arrangements, the state has an obligation to ensure that the child's and parents' access rights are respected. During the research the author of the thesis learned that as a whole, the order that regulates the execution of the court decision in parent-child interactions is not sufficiently and clearly covered by the Code of Enforcement, and the mechanism of executing court judgements is time-consuming and low-efficient. This regulation should be supplemented or amended to ensure a clear order whereby to execute the court judgement concerning the parent's and child's interaction, as well as a rapid and effective execution of the court judgement. The author argues that the leading role of the court in the enforcement of decisions should be increased and the role of law enforcement

officers therefore reduced. It would be important to develop realistic coercive measures for parents who do not volunteer in executing the judgement on the communication arrangements between parents and children.

In all matters related to parental responsibility it is a must to serve the child's interests as it is a primary consideration. During the court dispute it is a responsibility of various specialists to identify the child's best interests and ensure them in judicial proceedings. The child's best interests as a legal concept is a very broad and not clearly defined term in various national and international regulations and could be interpreted in various ways. Often identifying and ensuring turns out to be time-consuming and complicated, and depends purely on the user's professionalism and experience. Regardless of whether it is a judge, representative of a child, a child protection worker, a family mediator or other specialist, they always have the opportunity to hear the child. A specialist's role is to ensure that the child's views are taken into account, because while assessing the child's views and interests decisions are made.

Various provisions of the United Nations Convention on the Rights of the Child emphasize that the right of every child to be heard is a comprehensive privilege, a rule that must be applied in every case in which decisions involving the child are made. The state has a duty to ensure that the child who is capable to present their own independent views has the right to express their views freely in all matters affecting them. The views of the child should be evaluated on the basis of his or her age and maturity. The aim of the Convention is to ensure that children take part in the proceedings and family disputes, and the body conducting proceedings involves children in disputes and regards views of children. In decision-making, through children's participation, the court can regard views and needs of the child and through this determine the action, so that the child's interests are served to the greatest extent. Identifying the best interests of the child can occur when the child has been heard and the child's views on the matter have been clarified.

The purpose of hearing the child in a custody dispute lies in the fact that by that it is possible to resolve the dispute between the parents and make a decision that meets the child's best interests. The Code of Enforcement Procedure gives a court a duty to hear a child who is at least 10 years old in person in proceedings that involve the child, only with a good reason the court has the right to waive the hearing. According to legal practice, some judges also hear children younger

than 10 years old, but there are also those who hear 10-year-old children, but not younger ones. The author finds that in Estonia children should be heard at much younger age than the current law provides. For example, in Germany there is a requirement without any age limit to hear a child and there long legal practice confirms that any child could be heard successfully at significantly younger age.

Legislation does not provide specific criteria for how the child's hearing should take place in the child's best interests and how to identify these interests. The legislation has only made a claim to the judge that during the hearing the child's age and mental maturity should be regarded. Given the fact that a child must be approached with great skill, it is essential for judges to attend basic courses in psychology and pedagogy. For judges the respective training system should be organized to develop their pedagogical and psychological skills and teach useful techniques to hear children.

A child will be involved in custody dispute first by appointing him/her a representative by the State Legal Aid Act. The representative of the child is a mediator between the child and the court, and the lawyer must ensure that in the custody dispute between the parents, the child's interests must always be served.

Control over the skills and training concerning the field specifics of the child's advocates is inadequate in the current system. In legislation there are no specific requirements to lawyers who represent children. The author of the thesis is of the opinion that it would be important by the state legal aid to raise the level of lawyers who represent children, by imposing solid criteria and standards. There have been complaints that children's lawyers meet them either too seldom or in some cases not at all. To avoid this, it should be made compulsory for representatives of the child and child welfare workers to meet children. The author finds it impossible to identify the child's views and best interests without meeting them, or when doing it a couple of times on a superficial level.

In the proceedings concerning custody dispute the court always wants to know the child protection worker's position. Their opinion classifies as written evidence, which the court itself may present in proceedings on petition. The child protection specialist's must pay attention to the

child's needs or to the way how caregivers can ensure the overall welfare of the child. They need to identify the best interests of the child and serve them in the proceedings to the greatest extent.

As child protection workers have a key role in representing and protecting children's interests in custody dispute, but in general, they have no legal education, it is difficult for them to know how to assess legal aspects of the child's interests in court. Consequently, the author believes that it would be necessary to organize regular courses in legal matters to child welfare workers.

The main responsibility falls to local governments in protecting and assisting children. However, presently local authorities, especially those with a small revenue base, do not have adequate resources for the development and implementation of child protection services. Many local governments lack a professional child protection worker. This situation does not allow implementation of effective measures and the timely intervention to ensure children's welfare. The author finds that besides determining qualification requirements it is important for the state to provide respective resources for this purpose, so that at least within each local government there is a child protection worker besides the social worker. In this way it is ensured that in the legal proceedings every child may get professional help from a competent person.

For the involvement and hearing of children and to serve their best interests more effectively in family disputes, it is imperative to train professionals with special skills who know how to approach children in such a way that their maturity and level of development, and their sensitivity and needs are taken into account.

In parental custody disputes to identify the child's best interests, effective co-operation between various institutions and professionals is important. Children's rights can be served only when the state has a political will to meet these rights, as well as resources and necessary expertise for this task. The state must play an active role in using all legislative and administrative measures so that children's best interests are protected and served.

Kasutatud allikad

Teadusallikad

- 1 Archard, D., Skivenes, M. Balancing a Child's Best Interests and a Child's Views. *International Journal of Children's Rights* 2009/17 (1)
- 2 Boele-Woelki, K., Braat, B., Curry-Sumner, I. *European Family Law in Action. Volume III: Parental Responsibilities*. Antwerp-Oxford: Intersentia, 2005
- 3 Breger, M. L. Against the Dilution of A Child's Voice in Court. *International & Comparative Law Review* 2010/20 (2)
- 4 Casals, M. M. Divorce Mediation in Europe. *Electronic Journal of Comparative Law*, 2005, vol. 9.2
- 5 Erne, J. Vahendusmenetlus tsiviilvaidluste kohtuvälise lahendamise võimalusena. *Juridica*, VII, 2003
- 6 Gottwald, P, Schwab, D., Büttner, E. *Family and Succession Law in Germany*. München: Beck, 2001
- 7 Grover, S. Why Won't They Listen to Us? On Giving Power and Voice to Children Participating in Social Research. *SAGE Journals: Childhood* 2004, 11 (1)
- 8 Göttig, T. Perekonnaõiguse seosed teiste tsiviilõiguse valdkondadega. *Juridica*, II, 2010
- 9 Herman, G. Lawyers for Children in a Perfect World. *American Journal of Family Law* 2008/21 (4)
- 10 Hill, M. Children's voices on ways of having a voice. Children's and young people's perspectives on methods used in research and consultation. *SAGE Journals: Childhood* 2006/13 (1)
- 11 Hunter, R. Close encounter of a judicial kind: "hearing" children's "voices" in family law proceedings. *Child and Family Law Quarterly*, 2007/19 (3)
- 12 James, A. L., Haugen, G.M. D., Rantalaiho, M., Marples, R. *The Voice of the Child in Family Mediation: Norway and England*. *International Journal of Children's Rights* 2010/18 (3)
- 13 James, A., James A. L. *Constructing Childhood: theory, policy, and social practice*. London, Palgrave Macmillan, 2004
- 14 Kalmet, T., Mõistlik, P. *International Encyclopaedia of Laws. Family and succession law – Estonia*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009

- 15 Kask, K. Menetlejate küsitlemistehnikad. Alla 14-aastaste laste ülekuulamisprotokollide analüüs. *Juridica II*, 2010
- 16 Krappmann, L. The Weight of the Child's view (Article 12 of the Convention on the Rights of the Child). *International Journal of Children's Rights*, 2010/18 (4)
- 17 Laidvee, K. Lepitusmenetlusest. Kuidas toimub lepitamine? – *Juridica*, VII, 2013
- 18 Liiv, E. Lapse ärakuulamine tsiviilkohtumenetluses. *Juridica IV*, 2006
- 19 Lüderitz, A. Perekonnaõigus. Õpik. Tallinn: Juura, 2005
- 20 Mantle, G., Leslie, J., Parsons, S., Plenty J., Shaffer R. Establishing Children's Wishes and Feelings for Family Court Reports: The significance attached to the age of the child. *SAGE Journals: Childhood* 2006/13 (4)
- 21 Shepard, A. An Introduction to the Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation. *Family Law Quarterly*, 2001/35 (1)
- 22 Shepard, A. *Children, Courts and Custody: Interdisciplinary of Divorcing Families*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004
- 23 Skivenes, M. Judging the Child's Best Interests: Rational Reasoning or Subjective Presumptions? *SAGE Journals: Acta Sociologica* 2010/53 (4)
- 24 Steffek, F., Unberath, H. *Regulating Dispute Resolution: ADR and Access to Justice at the Crossroads*. A&C Black, 2014
- 25 Taylor, N., Tapp, P., Henaghan, M. Respecting Children's Participation in Family Law Proceedings. – *International Journal of Children's Rights* 2007/15 (1)
- 26 Truuväli, E.-J. jt. Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 2. Täiendatud väljaanne. Tallinn: Juura 2008
- 27 Uusen-Nacke, T., Göttig, T. Perekonnaõiguse seosed teiste tsiviilõiguse valdkondadega. *Juridica II*, 2010
- 28 Valma, K. jt. Lepitusmenetlus perevaidlustes. *Juridica I*, 2014
- 29 Verhellen, E. *Convention on the Rights of the Child. Background, Motivation, Strategies, Main Themes*. 4th edition. Antwerp: Garant 2006
- 30 Wall, J. A., Stark, J. B., Standifer, R. L. Mediation: A Current Review and Theory Development. *SAGE Journals: Journal of Conflict Resolution* 2001/45 (3)
- 31 Weatherall, K., Duffy, J. Are we listening to children? An examination of the child's voice in social work reports to the court following parental separation disputes. *Child Care in Practice* 2008/14 (3)

Muud kasutatud allikad

- 32 Arrak, L. Vanema õigused ja kohustused lapse suhtes ning avaliku võimu sekkumine vanema ja lapse õigussuhtesse. Sotsiaaltöö, 5, 2011
- 33 Espenberg, K., Soo, K., jt. Vanema hooldusõiguse määramise uuring. Lõppraport. Tartu Ülikool: RAKE, 2013
- 34 Huul, M-L. Lahuselavad isad Eestis – isa ja lapse vahelise piiratud suhte kontekstis, magistr töö, Tallinna Ülikool 2013
- 35 Ilves, K. Laste probleemid spetsialistide ja laste endi perspektiivis. Ettekanne. Tartu Ülikool 2008
- 36 Laugus, R. Lapse ärakuulamine perekonnavaidlustes, magistr töö, Tatu Ülikool, 2012
- 37 Lillsaar, M. Ühise hooldusõiguse lõpetamine ja hooldusõiguse üleandmine. Kohtupraktika analüüs. Tartu, 2013
- 38 Pedak, P. Eseele kogumik laste õigused. ÜRO lapse õiguste konventsiooni põhimõtete rakendamine praktikas. Tallinn: Lastekaitseliit, 2005
- 39 Pärnamärgi, I. Saksa mõju Eesti õiguses. Õiguskeel, 1, 2014.
- 40 Ratnik, M., Pajo, M. Lapse heaolust lähtumine lastekaitsetöös. Sotsiaaltöö, 3, 2012
- 41 Turkin, V. Perekonnaseadus. Kommentaarid ja selgitused. Agitaator: 2007

Elektroonilised allikad

- 42 Aunpu, V. Lapsega suhtlemiskorra määramisest, ainuhooldusõigusest ja otsustusõigusest lapse elukoha määramisel, 2011 www.apilv.ee/2011/12/lapsega-suhtlemiskorra-maaramisest-ainuhooldusoigusest-ja-otsustusoigusest-lapse-elukoha-maaramisel/ (03.02.2015)
- 43 CAFCASS kodulehekülge. www.cafcass.gov.uk/ (02.05.2015)
- 44 Claudius Õigusbüroo. Hooldusõigus, suhtlemiskord ja lapse elukoha määramine. www.claudiuslaw.com/et/oigusblogi/34-claudius-oigusburoo-hooldusoigus-suhtlemiskord-lapse-elukoht (22.02.2015)
- 45 Claudius Õigusbüroo. Hooldusõigus, otsustusõigus ja lapsega suhtlemise korraldamine (suhtlemiskord) – olulisi Riigikohtu seisukohti. www.claudiuslaw.com/et/oigusblogi/36-hooldusoigus-otsustusoigus-suhtlemiskord-olulisi-riigikohtu-seisukohti (22.01.2015)
- 46 Eesti Advokatuuri eetikakoodeks - www.advokatuur.ee/est/oigusaktid/eetikakoodeks (29.04.2015)

- 47 Eesti Sotsiaaltöö Assotsiatsiooni 21.01.2014 kiri nr 4 Sotsiaalministeeriumile.
www.sotsiaalministeerium.ee (02.05.2015)
- 48 Euroopa Komisjon. Laste õigused nende endi silme läbi. Euroopa Liit, 2011.
www.ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/rights-of-the-child_et.pdf (22.01.2015)
- 49 Henberg, A. Lastekaitse seaduse alusanalüüs. Sotsiaalministeerium, 2003.
www.vana.sm.ee/nc/tegevus/lapsed-ja-pere/lastekaitse-korraldus.html?cid=1444&did=6568&sechash=1ac3461f (01.03.2015)
- 50 Justiitsministeerium. Jõustub uus perekonnaseadus. www.just.ee/et/uudised/joustub-uus-perekonnaseadus (20.01.2015)
- 51 Karu, M. jt. Lapse õiguste ja vanemluse monitooring. Laste ja täiskasvanute küsitluse kokkuvõte. Tallinn: Poliitikauuringute Keskus Praxis, 2012.
www.sm.ee/sites/default/files/content-editors/Ministeerium_kontaktid/Uuringu_ja_analuusid/Sotsiaalvaldkond/lapse_oiguste_ja_vanemluse_monitooring_-_kokkuvote.pdf (02.02.2015)
- 52 Poopuu, T. jt Lastekaitse seaduse eelnõu väljatöötamiskavatsus. Sotsiaalministeerium.
www.osale.ee/konsultatsioonid/files/consult/234_Lastekaitse%20seaduse%20eelnou%20VT%20K.pdf (22.01.2015)
- 53 Reinomägi, A. jt. Lapse heaolu mõõtmise käsitus. Eesti Statistika, 2014, lk 6 -
www.stat.ee/dokumendid/75444 (15.03.2015)
- 54 Riigikontrolli audit „Laste hoolekande korraldus valdades ja linnades“, 2013.
www.riigikontroll.ee/ (02.05.2015)
- 55 Siimula-Saar, K., Lillsaar, M. Vanematevahelised vaidlused hooldusõiguse ja suhtlusõiguse kindlaksmääramisel – kes on võitja, kes kaotaja? www.riigikogu.ee/rito/index.php?id=16411 (13.02.2015)
- 56 Social Policy and Family Law: Marriage, Divorce and Parenthood. Council of Europe Family Policy Database 2009.
www.coe.int/t/dg3/familypolicy/Source/4_2_iii%20Family%20mediation.pdf (28.04.2015)
- 57 Sotsiaalministeerium. Lapse heaolu hindamise abivahend lastekaitsetöötajatele. Tallinn, 2012. www.perenou.ee/public/documents/Heaolu_hindamise_juhis_koos_eessonaga.pdf (02.05.2015)
- 58 Sotsiaalministeerium. Lapse ja perekonna hindamise juhend. Tartu, 2006.
www.sm.ee/sites/default/files/content-editors/Lapsed_ja_pered/lapse_ja_perekonna_hindamine_2009.pdf (02.05.2015)

- 59 Sotsiaalministeerium, Laste ja perede arengukava 2012-2020, 2011.
www.sm.ee/sites/default/files/content-editors/Lapsed_ja_pered/laste_ja_perede_arengukava_2012_-_2020.pdf (17.04.2015)
- 60 Sotsiaalministeerium. Lastekaitse kontseptsioon, 2005.
www.valitsus.ee/sites/default/files/content-editors/arengukavad/lastekaitse_kontseptsioon.pdf (20.01.2015)
- 61 Sotsiaalministeerium. Peretoetuste, teenuste ja vanemapuhkuste roheline raamat. Tallinn, 2015. https://www.sm.ee/sites/default/files/content-editors/Lapsed_ja_pered/Perhuvitised/peretoetuste_teenuste_ja_vanemapuhkuste_roheline_raamat_2015.pdf (01.04.2015)
- 62 Statistikaamet - <http://www.stat.ee> (03.02.2015)
- 63 Tõnurist, A. Üksikvanematest Eestis. Statistikablogi, 2014 – www.statistikaamet.wordpress.com/tag/üksikvanemad-eestis/ (13.04.2015)
- 64 Turkin V. Üleöö lapse hooldusõigusest ilma. Eesti Päevaleht, 2012.
<http://epl.delfi.ee/news/arvamus/viktor-turkin-uleoo-lapse-hooldusoigusest-ilma?id=64422798> (15.04.2015)
- 65 Vahem, C. Hooldusõigus pärast vanemate lahkuminekut, magistritöö, Tartu Ülikool 2011

Kasutatud siseriiklikud normatiivmaterjalid

- 66 Tsiviilkohtumenetluse seadustiku kehtetu redaktsioon - RT I 2005, 26, 197
- 67 Perekonnaseaduse kehtetu redaktsioon - RT I 2009, 60, 395
- 68 Eesti Vabariigi põhiseadus - RT I, 27.04.2011, 2
- 69 Eesti Vabariigi lastekaitse seadus - RT I, 13.12.2013, 12
- 70 Tsiviilseadustiku üldosa seadus - RT I, 13.03.2014, 103
- 71 Perekonnaseadus RT I, 29.06.2014, 104
- 72 Riigi õigusabi seadus - RT I, 31.12.2014, 13
- 73 Tsiviilkohtumenetluse seadustik - RT I, 19.03.2015, 26
- 74 Lastekaitse seadus. Redaktsioon jõustub 01.01.2016. - RT I, 06.12.2014, 1

Euroopa Liidu normatiivmaterjalid

- 75 ÜRO lapse õiguste konventsioon - RT II 1996, 16, 56
- 76 European Convention on the Exercise of Children's Rights – 25.I.1996
- 77 Euroopa Nõukogu määrus (EÜ) nr 2201/2003

- 78 Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2008/52/EÜ. ELT L 136, 24.05.2008
- 79 Euroopa Liidu põhiõiguste harta 2010/C 83/02
- 80 Inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon - RT II 2010, 14, 54
- 81 Council of Europe Strategy for the Rights of the Child 2012-2015, CM(2011)171 final.
Strategic objective 4: Promoting child participation
- 82 Commission on European Family Law. Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities – www.ceflonline.net

Välisriikide seadusandlus

- 83 Norra Kuningriigi abieluakt Ekteskapsloven. www.regjeringen.no/en/dokumenter/the-marriage-act/id448401/
- 84 Saksamaa Liiduvabariigi tsiviilseadustik Bürgerliches Gesetzbuch. www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html

Seaduste eelnõude seletuskirjad

- 85 Lepitusseaduse eelnõu (487 SE) seletuskiri. www.riigikogu.ee
- 86 Perekonnaseaduse eelnõu (55 SE) seletuskiri. www.riigikogu.ee
- 87 Karistusseadustiku muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu (554 SE) seletuskiri. www.riigikogu.ee
- 88 Tsiviilkohtumenetluse seadustiku ja sellega seotud seaduse muutmise seaduse eelnõu (194 SE II) seletuskiri. www.riigikogu.ee

Kasutatud kohtupraktika

Maakohtu lahendid

- 89 VMKm 2-10-19229
- 90 HMKm 2-10-57927
- 91 HMKm 2-10-57183
- 92 TMKo 2-10-57383
- 93 HMKm 2-11-32109
- 94 TMKo 2-11-50775
- 95 TlnHko 3-14-51884

Ringkonnakohtu lahendid

- 96 TlnRnKm 2-09-50992
- 97 TlnRnKo 2-09-66820
- 98 TlnRnKo 2-10-18977

Riigikohtu lahendid

- 99 RKTko 3-2-1-78-99
- 100 RKHko 3-3-1-11-00
- 101 RKTko 3-2-1-4-07
- 102 RKTko 3-2-1-13-07
- 103 RKTko 3-2-1-27-09
- 104 RKTko 3-2-1-64-10
- 105 RKTko 3-2-1-45-11
- 106 RKTko 3-2-1-83-11
- 107 RKTkm 3-2-1-6-12
- 108 RKÜkm 3-2-1-4-13

Euroopa Inimõiguste Kohtu lahendid

- 109 EIK 01.01.2009, 34694/06, *Z. vs. Poola*
- 110 EIK 12.02.2013, 51555/09, *J. jt vs Soome*
- 111 EIK 15.04.2014, 17254/11, *Krasicki vs Poola*
- 112 EIK 31.05.2014, 9929/12, *Buchs vs Šveits*
- 113 EIK 28.06.2014, 43123/10, *P.K. vs Poola*
- 114 EIK 15.04.2015, 27148/12, *Ribić vs Horvaatia*