



Õiguskantsler

Andres Anvelt
justiitsminister
info@just.ee

Teie nr

Meie 27.03.2015 nr 6-8/131398/1501356

Helmen Kütt
sotsiaalkaitseminister
info@sm.ee

Märgukiri **Täitemenetluse seadustiku kooskõlla viimine põhiseadusega**

Austatud ministrid

Analüüsisin põhiseaduse § 139 lõike 1 ja õiguskantsleri seaduse § 1 lõike 1 ja § 15 alusel põhiseaduslikkuse järelevalve korras omaalgatuslikult täitemenetluse seadustiku § 179 alusel toimuva täitemenetluse põhiseaduspärasust, tegemaks kindlaks, kas lapse suhtes toimuv täitemenetlus tagab lapse õiguste piisava kaitse ning õiglase tasakaalu lapse ja vanema õiguste vahel.

Analüüsi tulemusena olen seisukohal, et täitemenetluse seadustiku §-s 179 sätestatud täitemenetluse kord lapsega suhtlemise võimaldamise asjades on vastuolus põhiseaduse §-ga 14 ja § 27 lõikega 4, kuna:

- 1) ei võimalda lapse õiguste konventsiooni artikli 3 nõuete kohaselt täituril lapse parimaid huve esikohale seada ega keelduda täitetoimingu tegemisest, kui täitmine oleks vastuolus lapse parimate huvidega, sealhulgas vastuolus lapse tahtega, eeldusel, et lapse küpsus ja arengutase võimaldab tal oma tahet väljendada ning lapse tahteavaldust on hinnanud eriteadmistega isik;**
- 2) ei taga lapsele sisuliselt arvamuse avaldamise õigust, mida nõuab lapse õiguste konventsiooni artikkel 12;**
- 3) lubab täitemenetluse seadustikus sätestatud eelduste korral kasutada lapse suhtes jõudu;**
- 4) ei taga õiglast tasakaalu lapse huvide ja täitemenetluse algatanud vanema huvide vahel, seades suhtlemist nõudva vanema huvid lapse huvidest kõrgemale.**

Täitemenetluse seadustiku §-s 179 sätestatud täitemenetluse kord lapsega suhtlemise võimaldamise asjades riivab ebaproportsionaalselt põhiseaduse §-s 26 sätestatud lapse õigust perekonna- ja eraelu puutumatusel.

Teen justiitsministrile kui täitemenetluse seadustiku väljatöötajale ettepaneku algatada täitemenetluse seadustiku muutmise eelnõu lapsega suhtlemise võimaldamise asjades toimuva täitemenetluse korra põhiseadusega kooskõlla viimiseks ning töötada koostöös kohtunike, kohtutäiturite, lastekaitsetöötajate, lastepsühholoogidega ja teiste asjakohaste spetsialistidega välja lahendus, mis arvestaks piisavalt lapse huvidega ja lapse õiguste konventsiooni nõuetega.

Õiguskantsleri Kantselei

Kohtu 8, 15193 TALLINN. Tel 693 8404. Faks 693 8401. info@oiguskantsler.ee www.oiguskantsler.ee

Kuna vanemate vahelise konflikti lahendamine hõlmab endas ka lastekaitsetööd, samuti võttes arvesse lastekaitsetöötaja osalust lapsega suhtlemise võimaldamise asjades toimivas täitemenetluses, on minu hinnangul vajalik Sotsiaalministeeriumi kaasamine uue lahenduse väljatöötamise protsessi. Tulenevalt eeltoodust on käesolev märgukiri adresseeritud ka sotsiaalkaitseministrile.

I Asjaolud ja menetluse käik

1. Õiguskantsleri seaduse § 1 lg 8 järgi täidab õiguskantsler tulenevalt ÜRO lapse õiguste konventsiooni artiklist 4 lapse õiguste kaitse ja edendamise ülesandeid (lasteombudsman). Lasteombudsmanina teeb mulle muret lapse hooldusõigust ja suhtlusõigust puudutavate vanemate vaheliste kohtuvaidluste suur hulk. Eriti murettekitav on asjaolu, et sageli keskenduvad vanemad sellistes vaidlustes üksnes omavaheliste probleemide lahendamisele ning lapse huvid jäävad tahaplaanile. Kui last puudutav suhtluskord ei sünni vanemate vahelise kokkuleppe teel, vaid kohtupoolse „sundlahendusena“, siis on tõenäoline, et võib tekkida probleeme ka sellise suhtluskorra täitmisel. Selliseks puhuks näeb täitemenetluse seadustiku (edaspidi **TMS**) § 179 ette võimaluse suhtluskorda puudutavat kohtulahendit sundtäita.
2. Kuna lapse suhtes toimuva sundtäitmise käigus esineb suur oht lapse õiguste riivele, otsustasin õiguskantsleri seaduse § 15 lg 2 alusel omaalgatuslikult analüüsida, kas TMS § 179, mis näeb ette täitemenetluse lapse üleandmise ja lapsega suhtlemise võimaldamise asjades, tagab lapse õiguste piisava kaitse. Oma analüüsis keskendusin üksnes lapse põhiõiguste võimalikule riivele.
3. Analüüsi läbiviimise raames küsisin Justiitsministeeriumilt statistikat Eestis viimase viie aasta jooksul TMS § 179 alusel läbi viidud täitemenetluste kohta. Vastavalt Kohtutäitute ja Pankrotihaldurite Koja poolt Justiitsministeeriumile esitatud andmetele on viimase viie aasta jooksul TMS § 179 alusel läbi viidud kolmkümmend kaks täitemenetlust, sunniraha rakendati seitsmes täitemenetluses ja ühel korral tõstatas täitur küsimuse lapse hoolekandeesutusse paigutamise kohta. Samuti selgub vastusest, et lapse ega lapse üleandmiseks või suhtlemise võimaldamiseks kohustatud isiku suhtes ei ole kasutatud jõudu üheski täitemenetluses.
4. Ülaltoodud menetluste arv ei võimalda iseenesest analüüsida seda, milliseid konkreetseid täitetoiminguid neil juhtudel tehti, sest täitemenetlus võib lõppeda ka täitetoimingu tegemise võimatuse fikseerimisega (s.t kohustatud isik ei anna last üle ja täituril ei õnnestu eluruumi siseneda). Õiguskantsleri ümarlaual (vt allpool) osalenud täituri esindaja kinnitusel ongi enamuseks tema praktikas olnud juhtumitest sellised ning täitur koostab selle kohta akti, millega täitmine konkreetsetel juhtumil ka lõpeb.
5. Lisaks eeltoodule uurisin analüüsi käigus, kui tihti on kohtud lubanud kohtulahendis lapse või lapse üleandmiseks või suhtlemise võimaldamiseks kohustatud isiku suhtes jõu kasutamist. Justiitsministeeriumilt saadud kohtute statistika sellist täpset analüüsi ei võimalda ja pistelise suhtluskorda puudutavate kohtulahendite uurimise kaudu ei leidnud ma ühtegi jõu kasutamist lubavat kohtulahendit. Õiguskantsleri ümarlaual (vt allpool) osalenud kohtunike kinnitusel ei ole nad oma praktikas kunagi jõu kasutamise luba kohtulahendisse lisanud.
6. Selleks et selgitada välja võimalikud kitsaskohad lapse ja vanema suhtluskorra kohtulahendi täitemenetluse praktikas, korraldasin ümarlaua (edaspidi õiguskantsleri

ümarlaud), kus osalesid Harju Maakohtu kohtunikud, kohtutäitur, Kohtutäiturite ja Pankrotihaldurite Koja esindaja, Tallinna lastekaitsetöötajad ja lastepsühholoogid. Kuna täitemenetluse eelduseks on tsiviilkohtumenetluse seadustiku (edaspidi **TsMS**) § 563 järgse lepitusmenetluse läbimine, arutleti õiguskantsleri ümarlaual ka lepitusmenetlusega seonduva üle. Õiguskantsleri ümarlaua kokkuvõte on lisatud märgukirjale.

7. Analüüsi käigus tutvusin põgusalt ka Euroopa riikide praktikaga perekonnaõiguslike lahendite täitmisel. Selleks analüüsisin Euroopa Komisjoni tellimusel Euroopa Liidu liikmesriikides aastatel 2005 ja 2006 perekonnaõiguslike kohtulahendite täitmise kohta läbi viidud analüüsi raportit (2007).¹ Kuigi raporti koostamisest on möödunud 8 aastat ja täitmist puudutav regulatsioon võib olla mõnedes liikmesriikides muutunud, võimaldab nimetatud analüüs siiski kokku võtta perekonnaõiguslike lahendite täitmist puudutavaid suundumusi Euroopa Liidus.
8. Analüüsi raporti kokkuvõttes tuuakse välja, et liikmesriikides on toimumas nihe vanemliku vastutuse sisustamisel – vanemlikku vastutust nähakse üha enam kohustusena lapse ees, mis ei sõltu muudest asjaoludest, nagu näiteks sellest, kas vanemad on abielus. Samuti on kasvamas veendumus, et lapse ees oma vanemakohuste täitmine on vanemate ühine vastutus. Raporti kohaselt viitab eeltoodu, et vanemate perspektiivist vaadatuna ei ole neil õigusi lapse suhtes (mida saaks sundtäita), vaid üksnes kohustused (mida tuleb järgida).
9. Raporti kohaselt jagunevad sunnimeetmed liikmesriikides kaheks – meetmed, mis on suunatud lapse vastu (need on isiku vastu suunatud meetmed), ja meetmed, mis on suunatud vanemate vastu (need omakorda võivad olla isiku või vara vastu suunatud meetmed). See tähendab, et täitmine saab toimuda kahel tasandil – lapse tasandil ja lapsevanema tasandil. Lapse suhtes rakendatavate meetmete puhul omab tähtsust lapse tahe. Liikmesriikidest saadud raportite põhjal järeldatakse kokkuvõttes, et küpse lapse puhul, vanuses 12 ja enam, mõjutab lapse tahe tugevalt täitmise tulemust. Raportis on välja toodud, et enamikes liikmesriikides on keeruline rakendada lapse suhtes sunnimeetmeid lapse tahte vastaselt; ainult Austrias, Saksamaal, Hispaanias ja Eestis on võimalik sundida „ebaküpse“² lapsi alluma täitemenetlusele nende tahte vastaselt.³ Samuti tuuakse välja, et olukorras, kus osade liikmesriikide seadus ei võta veel arvesse piiranguid, mis lapse tahe täitemenetlusele seab, ei saa välistada, et inimõiguste põhimõtetest tulenevalt sellised piirangud kehtestatakse.
10. Lõppjärelendusena tuuakse raportis esile kaks riiki, kes on hiljuti (raporti koostamise seisuga) oma seaduseid muutnud ja kelle regulatsiooni võiks mudelina eeskujuks võtta – need on Rootsi ja Belgia. Mõlema riigi süsteemid on suunatud sellele, et saavutada vabatahtlik täitmine ja kohtule on antud keskne roll vabatahtliku täitmise saavutamisel. Lisan omalt poolt, et täna kehtiva TsMS §-i 563 eesmärk on samuti poolte lepitamine ja kohtunik peab tegema omalt poolt kõik, et saavutada vanemate kokkulepe suhtluskorra osas.

¹ Kättesaadav:

http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/family_rights/study_family_rights_synthesis_report_en.pdf

² Vanusepiir „ebaküpse“ lapse määratlemiseks on nendes riikides erinev, Hispaanias, Saksamaal ja Austrias on see 14 ja Soomes 12.

³ Seejuures jääb arusaamatuks, kuidas on lõppraportis jõutud Eesti täitemenetluse osas järeldusele, et Eestis on võimalik sundida last alluma täitemenetlusele tahte vastaselt, sest Eesti raporti autorid on oma 2006. a raportis välja toonud, et sunnimeetmete (jõu) kasutamine lapse suhtes ei ole lubatud (*jõu kasutamise võimalus lisandus 2008. a vastu võetud seadusega*) ja samuti on välja toodud, et praktikas näeb täitmine välja selliselt, et täitur lihtsalt fikseerib, et täitetoimingut ei olnud võimalik teostada. Eesti raport on kättesaadav: http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/family_rights/estonia_en.pdf

II Asjassepuutuv õigusnorm

11. TMS § 179 „Lapse üleandmine ja lapsega suhtlemise võimaldamine“

(1) Lapse üleandmise ja lapsega suhtlemise võimaldamise asjas teeb kohtutäitur täitetoiminguga lapse elukohajärgse või erandina kohustatud isiku elukohajärgse kohaliku omavalitsuse esindaja osavõtul, kellel on eriteadmised lastega suhtlemiseks.

(2) Kui kohustatud isik takistab sundtäitmist, võib tema suhtes kohaldada käesoleva seadustiku § 183 sätteid.

(3) Vajaduse korral võib kohtutäitur tõstatada lapse elukohajärgse või erandina kohustatud isiku elukohajärgse kohaliku omavalitsuse ees küsimuse lapse ajutiseks paigutamiseks laste hoolekandeesutusse.

(4) Kohtutäitur võib kasutada lapse või lapse üleandmiseks või suhtlemise võimaldamiseks kohustatud isiku suhtes jõudu üksnes kohtulahendi alusel. Kohus lubab lahendi täitmiseks jõudu kasutada üksnes juhul, kui muude vahendite rakendamine on jäänud või jääb tulemusteta või kui on vajalik lahendi kiire täitmine ning jõu kasutamist õigustab vajadus tagada lapse heolu, mida ei ole muul viisil võimalik saavutada.

III Õiguslik analüüs

(i) Sissejuhatus

12. Analüüsin TMS-i § 179 sätet tervikuna (mitte konkreetseid lõike), kuna põhiküsimuseks antud asjas on, kas täitemenetlus kui selline tagab kooskõlas põhiseadusega lapse õiguste piisava kaitse ning õiglase tasakaalu lapse ja vanema õiguste vahel. Seejuures tuleb TMS § 179 reguleerimisalas eristada kahte tüüpi täitemenetlusi: (i) täitemenetlused lapse üleandmise asjades⁴ ja (ii) täitemenetlused suhtluskorra määramise täitmiseks. Käesolevas analüüsis keskendun üksnes suhtluskorra määramise osas toimuvatele täitemenetlustele, kuna ühekordne lapse üleandmine on suhtlemise võimaldamisest olemuslikult erinev ning minu poolt tõstatatud probleeme lapse üleandmise täitemenetluses ei tõusetu. Esiteks eristab lapse üleandmise osas toimuvat täitemenetlust suhtluskorra määramise täitemenetlusest see, et tegemist ei ole tulevikku suunatud perioodiliselt täitmisele kuuluva lahendiga, vaid ühekordse toiminguga. Lapse üleandmise korral on kohtul võimalik kohtumenetluses kindlaks teha, kas lapse üleandmine konkreetsel juhtumil on lapse parimates huvides (kuulates vajadusel lapse ära). Suhtluskorra asjades saab kohus kohtumenetluses anda küll põhimõttelise hinnangu, et lapse suhtlemine vanemaga on lapse parimates huvides, kuid ei saa võtta etteulatuvalt seisukohta, et lapse suhtlemine vanemaga on igal tulevikus asetleidval juhtumil lapse parimates huvides. Samuti toimub lapse üleandmise korral lapse väljanõudmine isikult, kes hoiab last enda juures õigusvastaselt (nt lapseröövi suhtes tsiviilõiguse kohaldamise rahvusvahelise konventsiooni artikkel 3, perekonnaseaduse § 126 lg 1).

13. Lapse suhtes toimuva täitemenetluse eripäraks on see, et ei ole tegemist klassikalise „sissenõudja – võlgnik“ suhtega ega tavapärase täitemenetluse esemega (rahalised nõuded, asja väljaandmine, toimingute tegemine või toimingust hoidumine). TMS § 179 alusel toimuva täitemenetluse „objektiks“ on laps. Laps on aga iseseisev õiguste kandja, kellel on

⁴ Kõne alla tulevad näiteks lapsreröövi suhtes tsiviilõiguse kohaldamise rahvusvahelise konventsiooni alusel tehtud lahendid lapse tagastamiseks ja perekonnaseaduse § 126 lg 1 alusel lapse väljanõudmine isikult, kes hoiab õigusvastaselt last enda juures.

oma arvamus ja tahe tema suhtes toimuva täitemenetluse suhtes.⁵ Vastavalt allpool väljatoodud põhjendustele ei käsitle aga TMS last iseseisva õiguste kandjana ning ei võimalda kohtutäituril lapse kui iseseisva õigussubjekti huvisid kindlaks teha ega neid arvesse võtta (eeldades ilmselt kohtumenetluses toimuva piisavust).

(ii) *Riivatavad põhiõigused*

14. Põhiseaduse (edaspidi PS) § 26 järgi on igal inimesel õigus perekonna- ja eraelu puutumatusele. PS §-s 26 sätestatud õiguse kandjale õiguse oodata, et riik ei sekku tema perekonna- ja eraellu. PS §-s 26 sätestatud põhiõiguse kandjaks käesoleva analüüsi kontekstis on minu hinnangul ka laps⁶, sest sundides täitemenetluse kaudu last suhtlema oma lahuselava vanemaga sekkub riik eraldi just lapse ellu. Seega tuleb lapse õigust perekonna- ja eraelu puutumatusele vaadelda eraldivõetuna vanema õigusest perekonna- ja eraelu puutumatusele, ehk tegemist ei ole perekonna kui terviku eraelu puutumatusega. Laps võib vajada kaitset ka oma vanema eest ning seadus peab tagama lapse põhiõiguste kaitse sellises olukorras (PS § 27 lg 4 järgi peab seadus tagama laste kaitse). Lapse eraldiseisva õiguse eraelu puutumatusele sätestab ka ÜRO lapse õiguste konventsiooni artikkel 16.
15. Samuti on PS § 19 järgi igal inimesel õigus vabale eneseteostusele ehk enesemääramisõigus.⁷ Ka alaealine võib olla PS § 19 sätestatud põhiõiguse kandja, kuid kuna antud juhul peab alaealise kaitse tagama PS § 26 (koostoimes §-ga 27), puudub vajadus analüüsida PS § 19 kaitsealaga seonduvat.
16. Riigi poolne sunnimeetmetega sekkumine (täitemenetluse kaudu) lapse ja vanema suhtluse korraldamisse riivab lapse õigust perekonna- ja eraelu puutumatusele (PS § 26). PS § 26 kohaselt võib perekonna- ja eraellu sekkuda tervise, kõlbluse, avaliku korra või teiste inimeste õiguste ja vabaduste kaitseks, kuriteo tõkestamiseks või kurjategija tabamiseks. Sekkudes suhtluskorra kohtulahendi täitemenetluse kaudu lapse perekonna- ja eraelu puutumatusele võis seadusandja eesmärgiks olla lapse ja vanema suhtluskorda sätestava kohtulahendi täitmine (PS § 15) ning vanema perekonnapõhiõiguse, mis hõlmab õigust lapsega suhelda (PS § 27). Pean iseenesest selliseid eesmärke legitiimseks.

⁵ Euroopa Komisjoni tellimisel läbi viidud võrdlevas analüüsis perekonnaõiguslike kohtulahendite täitmise kohta Euroopa Liidu liikmesriikides (vt täpsemalt punktid 7 -10) tuuakse ilmekalt välja, et perekonnaõiguslike lahendite täitmine mõjutab inimkäitumist perekonnas ja ei ole seetõttu oma olemuselt abstraktne nagu raha maksmise või mingi professionaalse ülesande täitmise kohustus. Samuti rõhutatakse analüüsis, et teine aspekt, mida tuleb silmas pidada, on see, et need lahendid omavad tähtsust vähemalt kolme inimese jaoks – kaks lapsevanemat ja laps. Õiguslik menetlus vanemliku vastutust puudutavates asjades hõlmab vanemaid, kui vastuolulisi huvisid omavaid pooli, ning menetluse tulemuseks on otsus, mis mõjutab kolmandat inimest – last.

⁶ Seoses alaealiste põhiõigusvõime ja põhiõigusealisusega on leitud, et „[...] kõiki elujuhte ja kõiki põhiõigusi hõlmavat vanust, millest algab põhiõigusealisus, ei ole olemas. Igal üksikul juhul tuleb rakendada proportsionaalsuse põhimõtet. [...] Põhiõigusealisus on iga põhiõiguse puhul erinev ja tuleb välja selgitada kaalumise teel, arvestades konkreetse põhiõiguse olemust.“ Vt. M. Ernits, kommentaarid PS § 9 juurde, p 3.3.2. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne, 2012, kättesaadav www.pohiseadus.ee.

⁷ Seoses PS § 26 ja PS § 19 kaitsealade kattumisega on osutatud, et „Erialakirjanduses ega kohtupraktikas ei ole tõmmatud selget piiri, millised küsimused kuuluvad PS §-s 19 sätestatud üldise vabaduspõhiõiguse ja millised PS § 26 kaitsealasse. Suuresti põhjusel, et EIÕK-s puudub säte, mis tagaks üldise vabaduspõhiõiguse või isikupõhiõiguse, paigutab Euroopa Inimõiguste Kohus enamuse enesemääramisõiguse ja enesekujutamise õigusega seotud küsimusi EIÕK artikli 8 eraelu puutumatuse kaitsealasse. Kasutades sama lähenemist Eesti põhiseaduse tõlgendamisel, tekib küsimus, milline tähendus jääb üle PS §-le 19. Kokkuvõtlikult võib märkida, et kui mõni eraeluga seotud valdkond ei ole kaetud § 26 kaitsealaga, siis kuulub see § 19 lg 1 kaitsealasse.“ Vt. K. Jaanimägi, kommentaarid PS § 26 juurde, p 4. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne, 2012, kättesaadav www.pohiseadus.ee.

17. Järgnevalt tuleb analüüsida, kas lapse põhiõiguse riive on proportsionaalne. Selleks hindan täitemenetluse kui lapse põhiõigust riivava meetme sobivust, vajalikkust ja mõõdukust. Ilma põhjalikuma analüüsita võib järeldada, et iseenesest on täitemenetlus sobiv⁸ ja vajalik meede kohtulahendite täitmise tagamiseks ja lapsest lahus elava vanema perekonnapõhiõiguse tagamiseks. TMS §-s 179 sätestatud täitemenetlus ei ole aga praegu kehtival kujul lapse põhiõiguse riive seisukohalt mõõdukas, kuna ei taga lapsele PS §-le 14 vastavat menetlust, mis arvestaks lapse arvamusega ja sisaldaks õiglast/mõistlikku tasakaalu osapoolte õiguste ja huvide vahel.⁹ Põhjendan oma seisukohta järgnevalt.

(iii) *Kohane menetlus*

18. PS § 15 sisaldab isikute põhiõigust tõhusale õiguskaitsele, millest omakorda tuleneb riigi kohustus tagada kohtulahendite täitmine. Selleks on loodud täitemenetlus, mis peab tagama PS §-st 14 tuleneva õiguse korraldusele ja menetlusele. Täitemenetluses vastanduvad võlgniku ja sissenõudja huvid ja õigused ning seadus peab tagama õiglase tasakaalu nende vahel. Nagu eespool märgitud, ei ole aga lapse suhtes toimuva täitemenetluse puhul tegemist klassikalise sissenõudja – võlgnik suhtega, sest täitmine toimub lapse suhtes ja seadus peab arvestama ka lapse huvide ja õigustega. Teisisõnu tuleb õiglase tasakaal tagada kolme isiku huvide vahel – mõlemad vanemad ja laps. Laps vajab, tulenevalt oma haavatavast seisundist, selles kolmnurksuhtes erilist kaitset. Nagu eelpool järeldasin, peab seadus tagama PS § 27 lg 4 kohaselt lapse kaitse ka vanema ja lapse vahelises sisesuhtes, ehk riik peab tagama lapse kaitse oma vanemate eest, kui vanemad ei teosta hooldusõigust lapse huvides. Antud teema kontekstis tähendab see, et riik peab tagama laste igakülgse kaitse vanemate vahelistes vaidlustes, muuhulgas, kui üks vanem algatab teise vanema suhtes täitemenetluse suhtluskorda puudutava kohtulahendi täitmiseks, hoolimata sellest, kas konkreetsel juhtumil on täitmine lapse parimates huvides või mitte.
19. Seega keskendun oma analüüsis sellele, kas TMS tagab lapsega suhtlemise võimaldamise asjades lapsele PS §-le 14 ja PS § 27 lõikele 4 vastava menetluse.
20. Selleks et kaaluda, milline oleks lapse suhtes õiglase täitemenetlus ja lapse (kelle suhtes täitmine toimub) ja suhtlemist nõudva vanema (täitemenetluses sissenõudja) huvide mõistlik tasakaal, tuleb muuhulgas lähtuda ÜRO lapse õiguste konventsioonist (edaspidi **LÕK**), mis on Eestile siduv ja vastuolu korral Eesti seadusega otsekohaldatav.¹⁰

⁸ Sobivuse osas tuleb siiski märkida, et juhul kui uue lahenduse väljatöötamise käigus jõutakse järeldusele, et täitemenetluse formaliseerituse põhimõtte ei võimalda põhimõtteliselt täitemenetluses lapse arvamusega arvestada (selleks teda ära kuulates) ja tema parimatest huvidest lähtudes täitetoimingust keelduda, siis ei saa pidada täitemenetlust ka sobivaks meetmeks lapse ja vanema suhtluskorra täitmise tagamiseks. Erialakirjanduses on formaliseeritusse printsiibi ulatuse kohta leitud, et: „Otsustusõigus on kohtutäituril ainult täitedokumendi täitmise toimingute valiku ja nende tegemise viisi osas, mitte täitedokumendi sisu osas [...] Seega ulatub formaliseerituse põhimõtte täitemenetluses täpselt niikaugele, kui kaugele seadusandja on pidanud vajalikuks seda sätestada. Seadusesse ei ole võimalik kirjutada käitumisvariante kõikide elus ettetulevate juhtumite jaoks, seega tuleb kohtutäituril endal aeg-ajalt otsustada mingi toimingu tegemise õiguspärasuse üle.“ A. Alekand, „Formaliseerituse printsiibi sisu ja ulatus täitemenetluses“. *Juridica* V/2003, lk 330 – 337.

⁹ Riigikohus on täitemenetluse PS §-le 14 vastavuse hindamisel leidnud, et ühe isiku (sissenõudja) põhiõiguse kaitse võib kaasa tuua teise isiku (võlgniku) põhiõiguse piiramise ja sellisel juhul tuleb põhiõiguste vahel leida mõistlik tasakaal ning niisuguse tasakaalu leidmisele peavad olema suunatud ka PS §-st 14 tulenevalt loodud menetlused põhiõiguste kaitseks. Kaaludes võlgniku ja võlausaldaja huvide vahelist tasakaalu, leidis Riigikohus, et kehtinud täitemenetluse regulatsioon ei ole mõõdukas. Vt RKPSJKo 14.04.2003, nr 3-4-1-4-03, p. 17 ja 21.

¹⁰ PS § 123 lg 2 sätestab, et kui Eesti seadused või muud aktid on vastuolus Riigikogu poolt ratifitseeritud välislepingutega, kohaldatakse välislepingu sätteid.

21. LÕK sätestab printsiibid, millest riik on kohustatud lähtuma kõigis last puudutavates menetlustes. Käesoleva analüüsi seisukohast puutuvad asjasse LÕK artikkel 3, mis kohustab nii riigi- kui eraomandis olevaid asutusi seadma kõikides last puudutavates ettevõtmistes esikohale lapse parimad huvid ning artikkel 12, mis kohustab riike andma lapsele õiguse väljendada vabalt oma vaateid kõigis teda puudutavates küsimustes. Järgnevalt analüüsin nimetatud kahte põhimõtet.
22. LÕK artikkel 3 sätestab lapse parimate huvide esikohale seadmise põhimõtte. Nimetatud artikli kohaselt tuleb mistahes last puudutavates ettevõtmistes¹¹ riiklike või eraomandis olevate sotsiaalasutuste, kohtute, täidesaatvate või seadusandlike organite poolt seada esikohale lapse parimad huvid. Nimetatud põhimõtte on kajastatud ka lastekaitse seaduse §-s 3¹², mille kohaselt on lastekaitse põhimõtteks alati ja igal pool seada esikohale lapse huvid. Samuti on lapse huvide esikohale seadmise nõue sätestatud näiteks perekonnaseaduse (edaspidi **PKS**) §-s 123, mille kohaselt teeb kohus kõiki lapsesse puutuvaid asju läbi vaadates esmajoonelise lapse huvidest lähtuva lahendi.
23. LÕK artiklis 3 ning lastekaitse seaduse §-s 3 sätestatud lapse parimate huvide esikohale seadmise põhimõtte on üldpõhimõtte, mida tuleb rakendada kõikides last puudutavates ettevõtmistes¹³, s.t ka kõigis menetlustes, sõltumata sellest, kas vastav eriseadus (nt TMS) eraldi selle põhimõtte sätestab/üle kordab. LÕK-i sätteid aitavad tõlgendada LÕK artikli 43 alusel loodud ning konventsiooni täitmist kontrolliva Lapse Õiguste Komitee üldkommentaariid. Konventsiooni artikli 3 kohta on Lapse Õiguste Komitee andnud üldkommentaari Nr 14 (2013)¹⁴. Üldkommentaari nr 14 punktis 6 on Lapse Õiguste Komitee selgitanud lapse parimate huvide esikohale seadmise põhimõtet kui kolmemõõtmelist kontseptsiooni. Lapse parim huvi on:
- (i) lapsele kuuluv põhiõigus: art 3 lg 1 loob riikidele sisulise kohustuse, on otsekohaldatav (isekohaldav – *ingl keeles self-executing*) ja sellele saab tugineda kohtus;
 - (ii) õiguspõhimõtte, mida tuleb kasutada õiguse tõlgendamisel: kui õigusnormile on võimalik anda mitu tõlgendust, tuleb eelistada tõlgendust, mis teenib kõige efektiivsemalt lapse huvisid;
 - (iii) protseduurireegel: last puudutavas otsuses peab olema ära näidatud, kuidas lapse huvisid kaaluti, sh kuidas neid huvisid kaaluti võrdluses teiste huvide ja asjaoludega.
24. Lapse parimate huvide esikohale seadmine toimub lapse parimate huvide hindamise kaudu (*best interests assessment*). Selle käigus selgitatakse välja konkreetse lapsega seotud asjaolud ning seejärel kaalutakse neid asjaolusid, samuti erinevate osapoolte huvisid.
25. Oluline nüanss lapse huvide väljaselgitamisel on lähtuda lapse perspektiivist, mitte olukorrale hinnangut andva täiskasvanu perspektiivist. Selleks ongi LÕK-st tulenevalt määrava tähtsusega lapse enda kaasamine teda puudutavate otsuste või toimingute tegemise protsessi, tema informeerimine toimuvast ning tema arvamusega arvestamine.

¹¹ Inglise keeles „*in all actions concerning children*“.

¹² 19.11.2014 võttis Riigikogu vastu uue lastekaitse seaduse, mis jõustub 01.01.2016. Ka uue lastekaitse seaduse § 21 lg 1 sätestab, et kõigi last mõjutavate otsuste vastuvõtmisel, vastu võtmata jätmisel ning otsuse kavandamisel eri võimaluste vahel valimisel tuleb selgitada välja lapse huvid ning lähtuda otsuse tegemisel nendest kui esmatähtsast kaalutlusest.

¹³ Lapse Õiguste Komitee üldkommentaari Nr 14 (p 17) kohaselt ei tähenda sõnad „kõigis ettevõtmistes“ (*in all actions*) mitte ainult lapsi puudutavaid otsuseid, vaid ka lapsi puudutavaid tegevusi, käitumist, ettepanekuid, teenuseid, protseduure ja mistahes muid meetmeid.

¹⁴ Kättesaadav: http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf

26. LÕK artikkel 12 sätestab, et osalisriigid tagavad lapsele, kes on võimeline iseseisvaks 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. Eeltoodu ei tähenda lapse vetoõigust või seda, et vastavas menetluses tehtav lahend peab olema täpselt selline nagu laps soovib. Küll aga tähendab see, et laps peab olema ära kuulatud ja tema seisukohti tuleb analüüsida. Kuna lapse arvamuse avaldamise õiguse realiseerimiseks tuleb laps ära kuulata, räägin edaspidi lapse ärakuulamisest.
27. Konventsiooni artikli 12 kohta on Lapse Õiguste Komitee andnud üldkommentaari Nr 12 (2009)¹⁵. Üldkommentaaris selgitatakse artiklite 3 ja 12 omavahelist seotust – üks seab eesmärgiks lapse parimate huvide esikohale seadmise ja teine annab metodoloogia selle eesmärgi saavutamiseks lapse ärakuulamise kaudu.
28. Üldkommentaaris antud juhustest tasub välja tuua ka vanusepiiridega seonduva. Nimelt on Lapse Õiguste Komitee rõhutanud, et artiklis 12 sätestatud põhimõtte tähendab lapse ärakuulamist nii varases eas, kui võimalik (isegi kui laps ei ole veel võimeline ennast verbaalselt väljendama).¹⁶ Komitee kutsub konventsiooni osalisriike üles mitte sätestama seadustes ega praktikas vanusepiire, mis kitsendavad laste õigust olla ära kuulatud mistahes teda puudutavas asjas.¹⁷ Samuti rõhutab Komitee, et LÕK-i kohaselt tuleb lapse ärakuulamise küsimus lahendada *case-by-case* põhimõttel, kuna art 12 viitab lapse vanusele ja küpsusele, eeldades individuaalse hinnangu andmist lapse võimele (olla ärakuulatud).¹⁸
29. Kuna lapse ärakuulamine on lapse parimate huvide väljaselgitamise üks oluline komponent, siis analüüsin järgnevalt neid kahte lapse õiguste põhimõtet koosmõjus.
- (iv) *Lapse ärakuulamine ja tema parimate huvide väljaselgitamine täitemenetluses*
30. Hindamaks, kas TMS § 179 tagab lapse õiguste kaitse (PS § 27 lg 4), tuleb täitemenetluse sätteid analüüsida koos TsMS-i sätetega. Seda põhjusel, et suhtluskorra, mida TMS § 179 alusel täitma hakatakse, sätestab kohus kohtumääruses ja asja lahendamisel peab kohus kõigi osapoolte huvisid kaaluma. Osapoolte huvide kaalumise on kohtumõistmise olemuslik ülesanne ning täitur saab ja peab kohtulahendi täitma kohtu määratud juhiste järgi. Täitemenetluse formaliseerituse printsiibist ning õigusemõistmisesse sekkumise keelust tulenevalt ei või täitur kohtulahendi täitmisel kohtu otsust ümber hinnata.
31. Hagita perekonnaasjades toimuva menetluse üldsätete kohaselt (TsMS § 552¹) peab kohus kuulama last puudutavas asjas ära vähemalt 10-aastase lapse isiklikult, kui seaduses ei ole sätestatud teisiti. Kohus võib ära kuulata ka noorema lapse. TsMS § 552¹ sätestab üksikasjalikult lapse ärakuulamist puudutavad põhimõtted ja reegli, et lapsele tuleb anda

¹⁵ Kättesaadav: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>

¹⁶ Lapse Õiguste Komitee üldkommentaari nr 12 punktis 21 on selgitatud, et uuringud kinnitavad, et laps on võimeline oma arvamuseks juba väga varases eas, isegi kui ta ei ole võimeline ennast verbaalselt väljendama. Seega, artikli 12 täies ulatuses rakendamine nõuab, et tunnustatakse ka mitteverbaalseid eneseväljendusvorme, nagu mäng, kehakeel, näoilmed, joonistamine ja maalimine, mille kaudu väga väikesed lapsed väljendavad oma arusaamu, valikuid ja eelistusi.

¹⁷ Üldkommentaari p 21.

¹⁸ Üldkommentaari p 52.

võimalus oma seisukoha avaldamiseks. Leian, et nimetatud säte tagab täies ulatuses LÕK artikli 12 rakendamise tsiviilkohtumenetluses, sest võimaldab kohtul läheneda igale kaasusele individuaalselt, hinnates iga lapse küpsust ja arengutaset.¹⁹ Samas võiks LÕK-i põhimõtetest ja Lapse Õiguste Komitee suunistest tulenevalt tulevikus loobuda viiest konkreetsele eapiirile.

32. PKS § 123 lg 1 omakorda sätestab, et kohus teeb kõiki PKS 10. peatükis reguleeritud lapsesse puutuvaid asju (seega ka lapse ja vanema suhtluskorda puudutavat asja) läbi vaadates esmajoones lapse huvidest lähtuva lahendi, arvestades kõiki asjaolusid ja asjaomaste isikute õigustatud huvi. PKS § 123 kaudu on tagatud tsiviilkohtumenetluses LÕK artiklist 3 tuleneva lapse parimate huvide esikohale seadmise põhimõttega arvestamine.
33. Lapse ärakuulamine kohtus ja tema parimate huvide väljaselgitamine kohtumenetluses ei tähenda aga, et etteulatuvalt oleks olemas lapse seisukoht igaks tulevikus ettetulevaks sundtäitmise juhtumiks ning et igal tulevikus asetleidval sundtäitmise juhtumil on suhtlemine vanemaga lapse parimates huvides. Selles seisnebki suhtluskorra määrase eripära – tegemist võib olla pikemaks ajaks, ka mitmeks aastaks ette määratud perioodiliselt täitmisele kuuluva lahendiga ning iga sundtäitmise juhtum võib olla erinev (lapse olukord ning suhe vanemaga võib igal sundtäitmise juhtumil olla erinev). Just seetõttu olen seisukohal, et kohtu poolt suhtluskorra määrase tegemisel lapse ärakuulamine ja lapse parima huvi väljaselgitamine ei anna õiguslikku eeldust, et iga tulevikus toimuva täitetoimingu tegemise ajal on teise vanemaga suhtlemine lapse parimates huvides. **Samuti ei tähenda lapse ärakuulamine kohtus ning tema parimate huvide väljaselgitamine kohtumenetluses minu hinnangul seda, et riik võiks loobuda lapse ärakuulamisest ja tema parimate huvide esikohale seadmisest täitemenetluses. Selline lähenemine oleks LÕK-ga ilmses vastuolus.** Nimelt, nagu eelpool viidatud, tuleb LÕK-i artikli 3 kohaselt mistahes last puudutavates ettevõtmistes riiklike või eraomandis olevate sotsiaalasutuste, kohtute, täidesaatvate või seadusandlike organite poolt seada esikohale lapse parimad huvid. Seega peavad seda põhimõtet rakendama ka täiturid oma toimingute tegemisel. LÕK-i artikkel 12 omakorda nõuab, et osalisriigid tagavad lapsele, kes on võimeline iseseisvaks seisukohavõtuks, õiguse väljendada oma vaateid vabalt kõikides teda puudutavates küsimustes, hinnates lapse vaateid vastavalt tema vanusele ja küpsusele. Ka lapse suhtes toimuv suhtluskorra täitmine igal üksikul juhtumil on kahtluseta last puudutav küsimus, mille kohta ta peab selle sündmuse asetleidmisel saama oma arvamust avaldada. Isegi kui kohtumenetluses on lapse arvamus teise vanemaga suhtlemise osas ära kuulatud ja tema arvamusena arvestatud, ei tähenda see, et lapse väljendatud arvamus „kehtiks“ edaspidi iga tulevikus asteleidva sundtäitmise juhtumi puhul. Eluliste asjaolude keerukus ja kirevus tingivad olukorra, kus kohtumenetluses ei ole võimalik ette näha, kas iga tulevikus asetleidev suhtluskorra sundtäitmine on lapse parimates huvides.
34. Kuna TsMS-i alusel toimuv menetlus ei taga lapse õigusi täitemenetluse puhuks (eeltoodud põhjendustel), tuleb järgnevalt analüüsida TMS-i sätteid selles osas.
35. TMS § 179 sisaldab erisätteid lapse suhtes toimuva täitemenetluse osas, kuid ei sätesta mingeid erisusi täitetoimingu tegemata jätmiseks, täitemenetluse peatamiseks või lõpetamiseks lapsest tulenevatel asjaoludel.

¹⁹ Siiski on oluline, et riik aitaks kaasa asjakohase rakenduspraktika kujundamisele, pakkudes kohtunikele koolitust lapse arengupsühholoogia ja lapse õiguste vallas.

36. Kuigi TMS-s puuduvad sätted lapse ärakuulamise kohta, ei näe ma iseenesest TMS-st tulenevat keeldu täiturile laps menetlustoiminguna ära kuulata, samuti ei sekku täitur last ära kuulates kohtulahendisse ega lähe vastuollu formaliseerituse põhimõttega. Samuti on täituril kohustus ise kohaldada LÕK-i põhimõtteid, isegi kui TMS vastavaid sätteid ei sisalda.²⁰
37. TMS § 179 eeldab juba olemuslikult täiturilt lapsega suhtlemist ning lastega suhtlemisel eriteadmisi omava isiku kaasamise säte kinnitab omakorda, et lapsega tuleb suhelda, tagamaks võimalikult rahumeelne ja last mitte-traumeeriv täitmine. Kohtutäiturile paneb teatava täiendava kaalumiskohustuse ja -õiguse ka § 179 lg 3, mille järgi võib kohtutäitur tõstatada küsimuse lapse ajutiseks paigutamiseks laste hoolekandeesutusse.
38. Lapse ärakuulamisel saaks olla sisuline tähendus aga üksnes siis, kui kohtutäituril oleks õigus ka lapse arvamusega arvestada ning lapse parimad huvid esikohale seada. Lapse parimate huvide esikohale seadmise põhimõte saaks omakorda realiseeruda tingimusel, et täituril on õigus keelduda²¹ suhtluskorra täitemenetluses täitetoimingu tegemisest, kui täitmine ei ole lapse parimates huvides. Seega tuleb järgnevalt küsida selle järele, kas täitur saab TMS-i järgi keelduda täitetoimingu tegemisest, kui tema hinnangul ei oleks suhtluskorra täitmine konkreetsel juhul lapse parimates huvides.
39. TMS § 7 kohaselt keeldub kohtutäitur täitetoimingu tegemisest ainult seaduses sätestatud põhjusel. TMS § 8 järgi on kohtutäitur kohustatud viivitamata tarvitusele võtma kõik seadusega lubatud abinõud täitedokumendi täitmiseks, koguma täitemenetluseks vajalikku teavet ning selgitama täitemenetluse osalistele nende õigusi ja kohustusi. Isegi kui asuda seisukohale, et nt lastekaitseseaduse § 3 võiks olla seadusest tulenevaks aluseks täitetoimingu tegemisest keeldumiseks (kui täitmine oleks vastuolus lapse parimate huvidega), ei ole TMS ise piisavalt selge selles osas. Täitur ei pruugi olla pädev, ilma eriteadmisi omava eksperdi osaluseta, lapse parimaid huvisid hindama. Seejuures ei ole abiks ka TMS-i § 179 sisalduv nõue, et täitetoimingut võib teha üksnes kohaliku omavalitsuse esindaja osavõtul, kellel on eriteadmised lapsega suhtlemiseks. Seadusandja ei ole sätestanud, mil moel saaks täitur kohaliku omavalitsuse esindaja arvamusega arvestada ega ole andnud täiturile õigust kohaliku omavalitsuse esindaja ettepanekul täitetoimingu tegemisest keelduda, kui viimane leiab, et täitmine ei ole lapse parimates huvides.
40. Igal juhul tooks tõlgendus, et täitur võib lapse huvidega vastuolu korral täitetoimingu tegemisest keelduda, praeguse TMS § 179 (ja teiste TMS-i sätete) sõnastuse juures kaasa vastuolu formaliseerituse põhimõttega. Riigikohtu seisukoha järgi ei saa täitur tulenevalt täitemenetluse formaliseerituse põhimõttest kontrollida ega tõlgendada täitedokumendi sisu ning seda tuleb täita sõnastuses, nagu see otsuses kirjas on.²² Kuna suhtluskorra määrus sisaldab konkreetseid kohtumisaegu lapse ja vanema kohtumisteks, siis asudes seisukohale, et kohtumääruses nimetatud ajal vanemaga kohtumine ei ole lapse parimates huvides, asuks täitur paratamatult muutma kohtumäärust ja see oleks vastuolus

²⁰ PS § 123 järgi kohaldatakse välislepingu ja Eesti seaduse vastuolu korral välislepingu sätteid. Põhiseaduse kommentaarides osutatakse, et seaduse või muu õigusakti vastuolu korral Riigikogu poolt ratifitseeritud välislepinguga, on õigusakti kohaldamata jätma õigustatud ja kohustatud iga organ, kelle funktsiooniks on seaduse rakendamine (seega nii õigustmõistva kui täidesaatva riigivõimu organ). Vt. kommentaarid PS § 123 juurde, p 9. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne, 2012, kättesaadav www.pohiseadus.ee.

²¹ PS-ga kooskõlas oleva lahenduse väljatöötamisel tuleb analüüsida ka seda, kas täitur peaks saama üksnes keelduda täitetoimingu tegemisest või peaks tal olema ka õigus suhtluskorda modifitseerida, täites seda muul viisil, kui oli ettenähtud kohtulahendis (nt muul kellaajal või muus kohas).

²² Nt RKTko 15.05.2007, nr 3-2-1-52-07.

õigusemõistmisesse sekkumise keeluga. Seejuures ei võta ma seisukohta, kas TMS-i §-i 179 (ja teiste asjassepuutuvate sätete) muutmise/täiendamise kaudu oleks võimalik sellist vastuolu ületada; see küsimus tuleb läbi analüüsida uue regulatsiooni väljatöötamisel.

41. Olen minule laekuvate kaebuste menetlemisel kohanud kohtupraktikat, kus kohus kirjutab suhtluskorda reguleerivasse kohtumäärusesse sisse olukorrad, mida ei loeta suhtluskorra rikkumiseks (näiteks lapse haigus või muu) ja mis seega ei anna ka alust suhtluskorra sundtäitmiseks. Leian, et selline lähenemine ei kõrvalda probleemi, kuna kohtumääruses ei ole võimalik ette näha kõiki olukordi, mis võivad olla lapsest tulenevateks täitmise takistuseks. Samuti ei kõrvalda selline lähenemine väljatoodud vastuolu LÕK-iga – LÕK artiklitest 3 ja 12 tulenevalt peab kohtutäitur, suhtluskorra täitemenetluse eripära²³ tõttu, saama lapse igal täitmise juhtumil ise ära kuulata, tema arvamusega arvestada ja tema parimad huvid esikohale seada. Kohtutäituri kaalumisoigus peaks seega nii või teisiti tulenema TMS-st endast, mitte kohtumäärusest. Ka ei pea ma õigeks lahenduseks seda, kui kohus lisaks suhtluskorra määrusesse üldise klausli, et suhtluskord ei kuulu täitmisele, kui selle täitmine oleks vastuolus lapse parimate huvidega. Sellise lähenemise korral tuleks vastav klausel lisada rutiinselt igasse suhtluskorra määrusesse, mis omakorda kinnitabki, et nimetatud reegel peaks kirjas olema seaduses (mitte kohtulahendis).
42. Samuti ei ole lahenduseks kohustatud vanema poolt esialgse õiguskaitse korras kohtu poole pöördumine suhtluskorda puudutava määruse ümbervaatomiseks lapsest tingitud täitmise takistuse korral, sest lapsest tingitud takistus võib tekkida ootamatult ning vahetult enne sundtäitmist või sundtäitmise käigus. Vanem saaks kohtusse pöörduda esialgse õiguskaitse korras üksnes ettenähtavate lapsest tingitud takistuste puhul (nt lasteaia või kooliüritus), samas on ilmne, et täitmise takistuseks võib olla ka lapse ootamatu haigestumine või ka see, et laps tungivalt ei soovi teise vanemaga kohtuda (lapse tahtega arvestamise kohta vt täpsemalt punktid 44- 50).
43. Tulenevalt eeltoodust olen seisukohal, et TMS ei takista küll täituri last ära kuulata, kuid ei võimalda kohtutäituri sisuliselt lapse arvamust arvesse võtta ega lapse parimaid huve esikohale seada, sest TMS-s puudub õiguslik alus, mis võimaldaks keelduda täitetoimingu tegemisest, kui täitmine oleks lapse parimate huvidega vastuolus. **Seega on TMS selles osas vastuolus LÕK artiklitega 3 ja 12 ning PS § 27 lõikega 4, jättes lapsed täitemenetluses ilma seaduslikust kaitsest, mis vastaks rahvusvahelistele lapse õiguste põhimõtetele ning võimaldaks arvestada lapse parimate huvidega.**
- (v) *Õiglase tasakaal lapse ja vanema huvide vahel (PS § 14), lapse tahte arvestamine*
44. Järeldasin eespool, et LÕK-ga kooskõlas olev täitemenetluse kord eeldab, et täitur saab keelduda suhtluskorra täitmisest/täitetoimingu tegemisest, kui täitmine oleks vastuolus lapse parimate huvidega. Olukordasid, kus suhtluskorra täitmine ei ole lapse parimates huvides võib olla erinevaid (eelpool viitasin näiteks lapse ootamatule haigestumisele). Üheks õiguslikus mõttes kõige probleemsemaks võib olla olukord, kus laps ei taha kindlaksmääratud ajal teise vanemaga suhelda. Järgnevalt analüüsingi, kas lapse tahte vastane suhtluskorra sundtäitmine on lubatav. Seejuures märgin, et tahte vastane suhtluskorra täitmine ei tähenda automaatselt jõu kasutamist²⁴, seetõttu on jõu kasutamist käsitletud eraldi, punktides 51 - 54.

²³ Nagu korduvalt väljatoodud, reguleerib suhtluskorra kohtulahend tulevikus perioodiliselt asetleidvaid juhtumeid ja kohtumääruses ei pruugi olla võimalik ette näha kõiki tulevikus ettetulevaid täitmise takistusi.

²⁴ Mida noorem on laps, seda rohkem on võimalusi mõjutada last midagi tegema, mida ta tegelikult teha ei soovi.

45. Eelnevalt tõin välja, et LÕK-st tulenev lapse ärakuulamise ja tema arvamusega arvestamise nõue ei tähenda iseenesest seda, et otsus, mis pärast lapse ärakuulamist tehakse, on täpselt selline, nagu laps soovis. **Samas võib lapse parimate huvide esikohale seadmise nõue, lapse ja vanema suhtluskorra eripära arvestades, tähendada seda, et suhtluskorda ei saa sundtäita, kui lapse tahte vastane täitmine oleks vastuolus lapse parimate huvidega.** See, kas suhtluskorra täitmine lapse tahte vastaselt oleks vastuolus lapse parimate huvidega või mitte, sõltub konkreetsest olukorrast ja konkreetsest lapsest (tema vanusest, küpsusest, isiksuse eripärast jms) ja nõuab eksperthinnangu andmist. Ümarlaual kirjeldasid lastekaitsetöötajad juhtumeid, kus laps teatab lastekaitsetöötaja²⁵ saabumisel, et ta ei taha isa või ema juurde minna, kuid kui lastekaitsetöötaja lapsega vestleb ja talle aega annab, siis selgub mõne aja pärast, et laps on valmis minema teise vanemaga kohtuma.
46. Lapse tahte aspekti hindamisel tuleb vaadata, milles seisneb suhtlusõiguse olemus. PS § 27 lõikest 1 tulenev perekonnapõhiõigus hõlmab vanemate suhtlemise lapsega ning lapse ja vanemate vastastikuse õiguse teineteise seltsis olla. Seejuures tuleb tähele panna, et tulenevalt PKS §-st 143, mis sätestab perekonnapõhiõigusesse kuuluva lapse ja vanema suhtlusõiguse täpsema sisu, on lapsel õigus, kuid mitte kohustus suhelda mõlema vanemaga isiklikult, vanematel on aga õigus ja ka kohustus suhelda lapsega isiklikult. Lapse ja vanema suhtluskorra lahendi täitmisega formaliseeritud täitemenetluses, mis ei võimalda lapse parimaid huvisid hinnata, luuakse aga olukord, kus laps on sisuliselt kohustatud suhtlema määruse täitmist nõudva vanemaga, sõltumata oma tahtest. Sellises olukorras ei taga TMS § 179 õiglast tasakaalu lapse huvide ja täitemenetluse algatanud (ehk suhtlemist nõudva) vanema huvide vahel, olles vastuolus PS §-ga 14. Ilmekaks kinnituseks eeltoodule on asjaolu, et meie õiguses puudub mehhanism, mis võimaldaks TMS §-s 179 sätestatuga samal viisil sundtäitmist lapsega mittesuhtleva vanema suhtes.²⁶
47. **Võttes arvesse PKS §-s 143 sätestatud suhtlusõiguse olemust ja LÕK artiklis 3 sätestatud lapse parimate huvide esikohale seadmise põhimõtet, saab minu hinnangul lapse suhtes õiglane olla üksnes selline täitemenetlus, mis ei toimu lapse tahte vastaselt, kui lapse küpsus ja arengutase võimaldab tal oma tahet väljendada ning lapse tahteavaldust on hinnanud eriteadmistega isik.²⁷ Seejuures ei saa siduda lapse võimet oma tahet väljendada konkreetse vanusepiiriga, vaid hinnang lapse võimele oma tahet väljendada tuleb anda konkreetsest lapsest lähtudes.**
48. Kordan siinkohal ka eelpool välja toodud Euroopa Komisjoni poolt tellitud analüüsi järeldust, mille kohaselt ei ole enamikes Euroopa Liidu liikmesriikides võimalik perekonnaõiguslike lahendite sundtäitmine lapse tahte vastaselt.
49. Suhtluskorra määruse sundtäitmise sõltuvusse seadmisel lapse tahtest jääb paratamatult probleemiks lapsega koos elava vanema võimalik lapsega manipuleerimine, saavutamaks

²⁵ Ka lastekaitsetöötajad tegelevad suhtluskorra täitmisega, näiteks juhtudel, kus kohus on lahendis määranud, et lastekaitsetöötaja on see, kes lapse ühelt vanemalt teisele üle annab.

²⁶ Olukorras, kus lapsest lahuselav vanem ei suhtle lapsega või teeb seda mittekorrapäraselt, peaks põhimõtteliselt võimalik olema lahendus, kus lapsega kooselav vanem pöördub lapse nimel kohtusse lapse ja teise vanema vahelise suhtluskorra kindlaksmääramiseks. Kui kohus on teinud suhtluskorra lahendi, peaks last esindav vanem saama pöörduda ka täituri poole täitemenetluse algatamiseks TMS § 183 alusel (täitemenetlus asendamatu toimingute tegemiseks) ning kui lapsest lahuselav vanem endiselt rikub suhtluskorda, peaks täitur saama rakendada vanema suhtes sunniraha.

²⁷ Võõrkeelses erialakirjanduses on sarnaselt leitud, et „Kui suhtlemine on lapsele kuuluv õigus, siis on põhjendatud väita, et seda ei saa lapse suhtes rakendada tema tahte vastaselt, isegi kui vanemal on õigustatud nõue suhtlusõiguse suhtes“ (Parkinson, Cashmore, *The Voice of a Child on Family Law Disputes*, Oxford University Press, 2008, lk 12).

olukorda, kus laps ei taha teise vanemaga suhelda. Eriti tuleb selline võimalus kõne alla väiksemate laste puhul. Leian, et seadusandja ei saa ega pea reguleerima perekonnasuhteid sellisel määral, et näha ette lahendusi kõikideks juhtudeks, kus üks vanem kuritarvitab hooldusõigust, tegutsedes lapse huvide vastaselt (PKS § 143 lg 2 kohaselt peab vanem hoiduma tegevusest, mis kahjustab lapse suhet teise vanemaga). Sellises olukorras, kus üks vanem kahjustab tahtlikult lapse suhet teise vanemaga, peab lahendus olema last kõige enam säästev ja kõige vähem kahjustav. Ekspert peaks hindama, kas lapsevanemate vahelised pinged igakordsel suhtluskorra sundtäitmisel võivad last rohkem kahjustada, kui mingiks perioodiks ilmajäämine võimalusest teise vanemaga suhelda. Seejuures on ilmne, et olukorras, kus üks vanem pöördub kohtutäituri (ja nt politsei) poole suhtluskorra määramise sundtäitmiseks, on vanemate vahelised suhted juba väga pingelised. Teadusuuringud kinnitavad, et lapsele on kõige kahjustavam vanemate vaheline konflikt, nii enne kui pärast vanemate lahkuminekut.²⁸ Õiguskantsleri ümarlaual töid kohtunikud välja, et suhtluskorra mittetäitmine ei tähenda iseenesest seda, et laps jääb üleüldse ilma suhtest teise vanemaga. Kui laps jõuab teismekka, saab ta ise teha otsuse suhelda teise vanemaga ning olukorras, kus seda suhet ei ole varasemalt varjutanud pidev konflikt vanemate vahel, võib see suhe saada rajatud kindlamale alusele. Kui aga laps juba on teismeeas ja ei soovi teise vanemaga suhelda, siis võib eeldada, et tal puudub turvaline kiindumus suhte selle teise vanemaga ning ma ei pea sellises olukorras õiglaseks seada vanema õigusele suhelda oma lapsega suurem kaal, kui lapse õigusele keelduda suhtlemisest oma vanemaga.

50. Mis puudutab sundtäitmist nõudva vanema potentsiaalset õiguste riivamist, siis on Euroopa Inimõiguste Kohus (edaspidi **EIK**) korduvalt rõhutanud, et Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni (edaspidi **EIÕK**) artikkel 8 nõuab, et riigisisised organid saavutaks õiglase tasakaalu vanema ja lapse huvide vahel ja sellisel kaalumisel tuleb erilist tähelepanu pöörata lapse parimatele huvidele, mis sõltuvalt oma olemusest ja tähtsusest võivad kaaluda üles lapsevanema huvid.²⁹ Samuti on EIK rõhutanud, et vanemal ei ole EIÕK artikli 8 alusel õigust sellistele meetmetele, mis kahjustaks lapse tervist ja arengut.³⁰

(vi) *Lapse suhtes jõu kasutamise lubatavus*

51. TMS § 179 lg 4 järgi võib kohtutäitur kasutada lapse suhtes jõudu vaid kohtulahendi alusel ning kohus lubab lahendi täitmiseks jõudu kasutada üksnes juhul, kui muude vahendite rakendamine on jäänud või jääb tulemusteta või kui on vajalik lahendi kiire täitmine ning jõu kasutamist õigustab vajadus tagada lapse heaolu, mida ei ole võimalik muul viisil saavutada. Nagu eelpool viidatud (vt punkt 5) puudub statistika selle kohta, kas kohtud on üleüldse teinud lahendeid, milles on lubanud lapse (või vanema) suhtes jõudu kasutada. Pistelise kohtulahendite uurimise käigus ei leidnud ma jõu kasutamist lubavaid kohtulahendeid. Õiguskantsleri ümarlaual osalenud kohtunikud kinnitasid, et nemad ei ole kunagi suhtluskorra lahenditesse jõu kasutamise luba lisanud.
52. Minu hinnangul oleks lapse suhtes jõu kasutamine suhtluskorra lahendi täitmisel igal juhul lapse parimate huvidega vastuolus ja tegemist oleks lapse õigusi ebaproportsionaalselt riivava meetmega. Seejuures tuleb arvestada, et lapsel on õigus, mitte kohustus, suhelda oma vanemaga. Kuna ka Riigikohus on leidnud³¹, et lapse suhtes jõu kasutamine

²⁸ Parkinson, Cashmore „The voice of a Child in Family Law Disputes“, Oxford University Press, 2008, lk 1.

²⁹ EIK 08.07.2003 otsus asjas *Sahin vs Saksamaa*, p 66.

³⁰ EIK 15.04.2014 otsus asjas *Krasicki vs Poola*, p 83.

³¹ RKTko 29.10.2014, 3-2-1-95-14, p. 21.

suhtluskorra täitmisel ei ole lubatav, siis ei pea ma vajalikuks jõu kasutamise mittelubataavust pikemalt põhjendada.

53. 10.12.2008 vastu võetud TsMS-i ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse (millega muudeti TMS § 179 lõiget 4 ja lisati sellesse luba kasutada jõudu) eelnõu seletuskirjas selgitati, et säte avab erandjuhtudeks võimaluse kasutada lapse üleandmise lahendi täitmisel ka jõudu ning et praktikas võib see olla eelkõige vajalik, kui lapse heaolu satub ohtu. Minu hinnangul võib nimetatud selgitus olla asjakohane lapse üleandmist puudutavate täitemenetluste suhtes, kuid mitte suhtlemise võimaldamist puudutavate täitemenetluste suhtes. Nagu ka eelpool selgitatud, seisneb olemuslik vahe nende kahe täitemenetluse vahel selles, et ühel juhul nõutakse laps välja isikult, kes teda õigusvastaselt enda juures hoiab, teisel juhul viibib aga laps vanema juures, kellele kuulub lapse hooldusõigus ja kohtu hinnangu kohaselt on lapse parimates huvides viibida selle vanema juures. Seetõttu ei saa suhtluskorra määrase täitmisel tekkida eelnõu seletuskirjas kirjeldatud olukorda, kus lapse teisele vanemale üle andmata jätmisel sattuks laps sellisesse ohtu, et ta tuleks vägisi suhtlemist nõudvale vanemale üle anda.³²
54. Ka EIK on leidnud lapse ja vanema suhtluskorra asjades, et sunnimeetmed lapse suhtes ei ole soovitatavad.³³

(vii) *Järelduste kokkuvõtte*

55. Vastavalt eeltoodule on TMS §-s 179 sätestatud täitemenetluse korra puhul (suhtluskorra lahendite täitmist puudutavas osas) minu hinnangul põhiprobleemiks:
- LÕK-i nõuetele vastava regulatsiooni puudumine, mis võimaldaks last täitemenetluses sisuliselt ära kuulata ning lapse parimad huvid esikohale seada, sh keelduda eriteadmisi omava isiku hinnangule tuginedes täitetoimingu tegemisest, kui täitmine oleks vastuolus lapse parimate huvidega;
 - lapse suhtes jõu kasutamise võimalus.
56. Lapsele ärakuulamisõiguse ja tema parimate huvide esikohale seadmise tagamata jätmise ning suhtluskorra sundtäitmine sellises olukorras riivab lapse õigust perekonna- ja eraelu puutumatusel (PS § 26). Seejuures tuleb lapse õigust perekonna- ja eraelu puutumatusel vaadelda antud kontekstis eraldivõetuna vanema õigusest perekonna- ja eraelu puutumatusel. Kuna laps võib vajada kaitset ka oma vanema eest, siis peab seadus tagama lapse põhiõiguste kaitse ka sellises olukorras (PS § 27 lg 4 järgi peab seadus tagama laste kaitse).
57. Nagu eelpool järeldasin, oli seadusandjal iseenesest legitiimne eesmärk suhtluskorra täitemenetluse kui lapse põhiõigust riivava meetme kehtestamisel – seadusandja soovis tagada jõustunud kohtulahendite täitmise ja lapsest lahuselava vanema perekonnapõhiõiguse realiseerimise. Samuti võib täitemenetlust pidada selliste eesmärkide täitmisel sobivaks³⁴ ja vajalikuks. Kaaludes lapse põhiõigusesse sekkumise intensiivsust

³² Ohtu sattumise võimalust ei saa aga tõepoolest välistada lapse üleandmise asjas toimuva täitemenetluse puhul. Näiteks võib ette kujutada olukorda, kus laps nõutakse välja vanemalt, kellelt on hooldusõigus täielikult ära võetud lapse väärkohtlemise tõttu ja kes last õigusvastaselt enda juures hoiab. Isegi kui laps on sellesse vanemasse kiindunud ja keeldub teise, hooldusõigust omava vanema juurde minemast, võib lapse heaolu hooldusõigust omavale vanemale üle andmata jätmisel ohtu sattuda.

³³ EIK 26.07.2011 otsus asjas *Shaw vs Ungari*, p 67.

³⁴ Vt ka allmärkus 8.

versus eesmärgi tähtsust, ei ole aga täitemenetlus TMS §-s 179 sätestatud kujul (kui abinõu eesmärgi saavutamiseks) mõõdukas. Kui last suhtluskorra täitemenetluses ära ei kuulata ja tema parimaid huve esikohale ei seata, sh ei keelduta täitetoimingute tegemisest, kui täitmine on vastuolus lapse parimate huvidega, on laps täitemenetluses kui objekt, mitte iseseisev õiguste kandja. Lapsel puudub üldise oma õiguste realiseerimise võimalus. Samuti ei ole sel moel tagatud õiglane tasakaal lapse ja suhtlemist nõudva vanema õiguste vahel; vanema õigused on seatud kõrgemale lapse õigustest.

(viii) *Võimalikud lahendused ja riigi kohustus tagada jõustunud kohtulahendite täitmine*

58. Rääkides võimalikest lahendustest lapse parimate huvide tagamiseks täitemenetluses, tuleb esmalt rõhutada, et riik peab tagama jõustunud kohtulahendite täitmise (PS §-st 15 tulenev õigus tõhusale õiguskaitsele). Lapse ja vanema vahelise suhte loomise ja tagamise käigus on nimetatud küsimus eriti akuutselt esile tõusnud. Euroopa Inimõiguste Kohus on EIÕK artikli 8 (perekonnaelu puutumatus) rikkumise hindamisel korduvalt leidnud, et perekonnaõiguslike lahendite täitmisel on määrava tähtsusega see, kas riigisisesed organid on võtnud tarvitusele kõik vajalikud meetmed, mida võib juhtumi asjaolusid arvestades mõistlikult eeldada (vt EIK 26.07.2011 otsus asjas *Shaw vs Ungari*, p 65 ja 15.04.2014 otsus asjas *Krasicki vs Poola*, p 86). Samas on EIK rõhutanud ka seda, et riigi positiivne kohustus tagada EIÕK artikli 8 raames vanema ja lapse suhte säilimine ei pea olema tulemusele orienteeritud, vaid vahenditele³⁵ (15.04.2014 otsus asjas *Krasicki vs Poola*, p 83).
59. Olukorras, kus riik on kehtestanud ja aktsepteerib regulatsiooni, mille täitmist selle rakendajad ei pea otstarbekaks ega sageli ka võimalikuks (kaitstes lapse huve), aktsepteerib riik ka seda, et jõustunud kohtulahendite ei täideta. Õigusselge ning kõigi osapoolte huve ja õigusi arvestava täitemenetluse korra kehtestamine on vajalik muuhulgas ka selleks, et riik täidaks oma kohustuse tagada jõustunud kohtulahendite täitmine. **Selleks, et riigile ei saaks ette heita jõustunud kohtulahendite täitmise tagamata jätmist, on määrava tähtsusega, et seadus sätestaks selged alused, milliste esinemise korral täitur võib täitetoimingute tegemisest keelduda.**³⁶ Minu hinnangul peab selline õiguslik alus täitetoimingute tegemisest keeldumiseks olema seotud eksperthinnanguga konkreetse lapse parimatele huvidele. Sellise lahenduse korral ei saaks riigile ka ette heita suhtluskorra lahendi täitmata jätmist, sest täitmata jätmise põhineb sellisel juhul konkreetse juhtumi asjaoludel. Ehk teisisõnu riigisisesed organid on sellisel juhul teinud kõik, mida võis juhtumi asjaolusid arvestades mõistlikult eeldada (EIK sõnastus). Sellist lähenemist toetab ka EIK seisukoht, et vanem ei ole EIÕK artikli 8 alusel õigustatud nõudma riigilt selliste meetmete tarvitusele võtmist, mis kahjustaksid lapse tervist ja arengut (EIK 15.04.2014 otsus asjas *Krasicki vs Poola*, p 83). See, millised on konkreetsed meetmed, on riigisisese õiguse määratleda.
60. Nagu viitasin, tuleb minu hinnangul ka täitemenetluses tugineda lapse parimate huvide kindlakstegemisel eksperthinnangule, ehk eriteadmisi omava isiku arvamusele. Samuti viitasin sellele, et suhtluskorra asjades toimuva täitemenetluse korra LÕK-ga kooskõlla

³⁵ *State's obligation is not one of result, but one of means.*

³⁶ Kehtiva TMS § 179 lõikes 4 sätestatud jõu kasutamise luba on ilmekaks näiteks olukorra kohta, kus rakendajad ei pea seaduse sätet mõistlikuks ega rakendatavaks suhtluskorra asjades (vt õiguskantsleri ümarlaua kokkuvõtte) ning see omakorda võib kaasa tuua olukorra, kus Eesti riigile saab ette heita seaduses sätestatud vahendite kasutamata jätmist lapse ja vanema suhte tagamisel (nagu näiteks EIK ette heitis Ungarile asjas *Shaw vs Ungari*, kus Ungari jättis kasutamata seaduse poolt võimaldatud meetmed nagu politsei kaasabi ja trahvide rakendamine vanema suhtes, otsuse p 73).

viimiseks peaks TMS sätestama täituri õiguse keelduda suhtluskorra täitmisest, kui see oleks eksperthinnangu kohaselt vastuolus lapse parimate huvidega. Kehtiv TMS § 179 sätestab küll lastekaitsetöötaja kui eriteadmisi omava isiku täitemenetlusse kaasamise kohustuse, kuid ei sätesta, milline õiguslik tähendus on lastekaitsetöötaja arvamusel. Kõrvaldamaks käesolevas analüüsis väljatoodud probleeme, tuleks seega täituri õigus keelduda täitetoimingu tegemisest siduda eriteadmisi omava isiku (nt lastekaitsetöötaja) hinnanguga lapse parimatele huvidele.

61. Kokkuvõtvalt ei arva ma, et lapse ja vanema suhtluskorra asjades peaks täitemenetlus olema üleüldse välistatud.³⁷ Minu hinnangul saab täitemenetlus olla suunatud üksnes vanema vastu, kes õigustamatult takistab lapse suhtlust teise vanemaga. Seega võivad täitemenetluse reguleerida jääda sellised juhtumid, kus on olemas jõustunud kohtulahend suhtluskorra kohta, laps soovib teise vanemaga suhelda, kuid lapsega koos elav vanem takistab õigustamatult suhtlemist teise vanemaga.³⁸ Riigi poolt pakutavate meetmete põhirõhk peab aga olema vanemate nõustamisel ja lepitamisel (mis puudutab lapsega suhtlemist) ning lastekaitsetööl. Sellisel seisukohal olid ka õiguskantsleri ümarlaul osalenud eksperdid.

Lugupidamisega

/allkirjastatud digitaalselt/

Nele Parrest
õiguskantsleri asetäitja-nõunik
õiguskantsleri ülesannetes

Teadmiseks: Kohtutäiturite ja Pankrotihaldurite Koda

³⁷ Siiski tuleks uue lahenduse väljatöötamisel kaaluda, kas oleks võimalik tagada suhtluskorra kohtulahendite täitmine muude organite/isikute poolt, eriti võttes arvesse, et täituril ei pruugi olla laste heaolu hindamisega seotud ekspertteadmisi.

³⁸ Vt ka EIK otsus asjas *Shaw vs Ungari*, p 67 „...sanktsioonide kasutamist ei tohiks välistada selliste juhtumite puhul, kus lapsega kooselav vanem käitub ebaseaduslikult“.

Lisa

Õiguskantsleri ümarlaua kokkuvõte

Alljärgnevalt on markeeritud peamised järeldused ja tõdemused ümarlaualt:

- a. Lepitusmenetlus (mille läbimine on suhtluskorra kohtulahendi sundtäitmise kohustuslik eeltingimus) töötab siis, kui vanem on valmis laskma end lepitada/nõustada. Kedagi ei saa vägisi lepitada/nõustada.
- b. Lepitusmenetlusega seonduv on suures osas kohtunike enda initsiatiivil põhinev, sest esiteks puudub lepitajate või nõustajate nimekiri, millest vanematele nõustajat/lepitajat valida. Teiseks - kui vanematel pole võimalik nõustamisteenuse eest ise tasuda, pöörduv kohtunik kohaliku omavalitsuse poole nõustaja saamiseks
- c. TsMS § 563 räägib üldiselt vanemate lepitamisest, kuid kohtuvälise nõustamise osas viitab seadus „perenõustaja“ nõustamisele. Praktikas kasutatakse vanemate nõustamisel nii üldiselt perenõustajaid kui spetsiifiliselt perelepitajaid.
- d. Lepitusteenus on eraldi teenus (vt Eesti Lepitajate Ühing, www.lepitus.ee)³⁹
- e. Kui lepitamine ebaõnnestub, teeb kohus määruse, millega lubab kohtulahendi sundtäitmist. Kohtunike hinnangul piisab suhtluskorra edaspidiseks igakordseks täitmiseks sellest, kui ühel korral on suhtluskorda rikutud ja seejärel on läbitud lepitusmenetlus, mis on ebaõnnestunud. Iga järgneva suhtluskorra rikkumise korral ei pea kohtunike hinnangul vanem uuesti kohtusse pöörduma lepitusmenetluse läbimiseks.
- f. Lastekaitsetöötajatele vanematelt antud tagasiside põhjal esineb juhtumeid, kus täiturid keelduvad suhtluskorra lahendi täitmisele võtmisest. Kohtutäituri selgituste kohaselt võib selliste juhtumite puhul tegu olla arusaamatusega – vanemad ei pruugi alati teada, et suhtluskorra kohtulahend ei ole TMS-i alusel täidetav, kui ei ole läbitud TsMS § 563 järgset lepitusmenetlust. Kohtutäituri hinnangul tuleb sellist teadmatust sageli ette.
- g. Teine takistus suhtluskorra kohtulahendi täitmisel, vanemate poolt vaadatuna, on täituri tasu. Kohtutäituri seaduse § 36 lg 2 järgi on kohtutäituri põhitasu lapse üleandmise ja lapsega suhtlemise võimaldamise täitetoiminguga eest 140 eurot ja tasu ettemaks 92 eurot. Kohtutäituri praktika kinnitab, et tihti vanemad loobuvad täitemenetluse algatamisest, kui neilt nõutakse ettemaksu ja nad kuulevad täituri tasu suurusest.

³⁹ RAKE „Vanema hooldusõiguse määramise uuringu“ lõppraport, 2013, käsitleb samuti lepitusteenusega seonduvaid probleeme: „Fookusgruppiintervjuudes nägid lastekaitsetöötajad olulisena **perelepitud** ning tehti ettepanek riikliku süsteemi loomiseks, mis teeks teenuse kättesaadavaks kõigile sõltumata elukohast. Piirkondliku erinevusena ilmnis fookusgruppides, et Tallinna linna ja Harjumaa peresid on võimalik suunata tasuta perelepitaja juurde, ent Pärnumaal sellist võimalust ei ole. Ühe intervjuueeritava arvates võiks perelepitus olla kõigile neile peredele, kes on esitanud kohtusse hagi hooldusõiguse määramiseks, kohustuslik, näiteks toimib selline süsteem Norras, kus lahutuse korral peavad paarid, kellel on abielust alla 16-aastased lapsed, osalema nõ perelepituses enne kui juhtum jõuab kohtusse või enne maavanema poole pöördumist. Samas toodi intervjuudes välja, et tuleb arvestada sellega, et perelepitus ei pruugi igale perele sobida ning samuti ei pruugi see olla rakendatav igas hooldusõiguse määramise vaidluses ja igas vaidluse faasis. Näiteks rõhutas üks lastekaitsetöötaja, et see ei sobi siis, kui üks vanematest on isiksusehäirega või domineeriv või kui teenust pakutakse „*liiga vara, emotsioonid on veel üleval*“. Samuti ei peeta lepitust heaks praktikaks juhul, kui tegemist on vägivaldse suhtega, seda arvasid nii lastekaitsetöötajad, varjupaikade töötajad kui tugikeskuse spetsialistid. Intervjuueeritud kohtunikud olid perelepituse ja -nõustamise tulemuslikkuse suhtes erinevatel seisukohtadel. Praktikale toetudes toodi välja, et on näiteid, kus nõustamine on andnud häid tulemusi, aga ka juhtusid, kus mitte. Oluliseks edukuse eelduseks peetakse lisaks lapsevanemate endi valmidusele kokkuleppele jõuda ka nõustaja pädevust. Osa intervjuueeritud kohtunikest tõi välja, et nad pole perelepitust kasutanud, kuna ei tea, kuhu ja kelle kaudu on võimalik vanemaid lepitusse saata. Perelepituse kui võimaliku riikliku teenuse vajadust rõhutati ka aruteluseminaridel, kus samuti leiti, et see suurendaks võimalust, et vanemad jõuavad omavahel kohtuvälisele kokkuleppele. Perelepitus ei ole aga sobiv nende perede puhul, kus on tegu vägivaldsega.“

- h. Politsei kaasamise võimaluse osas on kohtutäituri kogemus, et politsei tuleb kohale, kui on avaliku korra rikkumine või nt vanema rünne täituri suhtes, mitte aga selleks, et võimaldada täituri eluruumi pääseda.
- i. Kohtunike arvates peaks seadus andma õigusliku võimaluse öelda, et nüüd on kõik, mis võimalik tehtud ja suhtlust ei ole võimalik kohtu ega täituri kaudu tagada. See ei peaks aga tähendama, et selle konkreetse perega enam ei tegelda – pere ja laps peaks jääma lastekaitsetöötaja kõrgendatud tähelepanu alla.
- j. Kohtunikud ja psühholoogid leidsid, et kui laps jääb mingiks ajaks ilma suhtest ühe vanemaga, ei tähenda see, et ta jääbki alatiseks sellest ilma. Kui laps on suurem, siis lahuselav vanem ja laps ise saavad suhte taastada. Kui aga minna kohtumenetluse ja teiste menetlustega edasi, siis lapsel võib hoopis suurem trauma sellest tekkida. Kohtunikud tõid välja, et n.ö lootusetute juhtumite puhul peakski ekspert kaaluma kumb kahju on lapsele suurem – kas see kahju, mis tekib pidevast vanemate vahelisest konfliktist suhtluskorra täitmise ümber või kahju, mis tekib ühe vanemaga suhtest ilmajäämisest.
- k. Lastekaitsetöötajate hinnangul on võtmeküsimuseks ajafaktor. Kui laps on väike, on tal suhtlusvalmidus teise, lahuselava vanema suhtes olemas, kui aga menetlused venivad aastaid ja aastaid, siis kaob lõpuks see valmidus. Kohe alguses tuleks kaasa aidata suhte säilitamisele, kui laps on veel valmis selleks, hiljem võib see võimalus kaduda.
- l. Kohtutäitur tõi oma praktika kogemuse najal välja, et kui laps ei taha vanemaga kohtuda, nutab ja keeldub vanemaga kaasa minemast, siis tema suhtluskorda ei täida (vaatamata kohtulahendis sisalduvale).
- m. Ümarlaual osalejad tõdesid ühiselt, et täitemenetlus ei ole lapse huvide seisukohalt parim lahendus lapse ja vanema suhtluse tagamiseks. Kohtutäitur avaldas arvamust, et täitemenetlus lapsega suhtlemise võimaldamise asjades ei toimi. Kui vanemad pöörduvad täituri poole on suhted juba nii konfliktised, et küsimus on teineteisele n.ö äratagemises, mitte lapsega suhtlemises.
- n. Lahendustest rääkides tõid ümarlaual osalejad välja, et põhirõhk peaks olema perelepitusel ja perenõustamisel, tööl psühholoogidega. Lastepsühholoogid tõstsid esile rahvusvahelist kogemust viimatiselt rahvusvaheliselt konverentsilt – kui suhtluskord ei tööta, siis algab võrgustikutöö/meeskonnatöö. Kohalik omavalitsus sekkub, erinevad spetsialistid hakkavad perega tööle, kaasatakse mõlemad vanemad ja laps, keegi ei jää kõrvale sellest protsessist. Lastepsühholoogide arvates ei saa lapse ja vanema suhte tagamine olla ühe inimese vastutada (nagu meil kohtuniku otsustada).