

25.5.2018

EOAK/5948/2016

**Ratkaisija: Apulaisoikeusasiamies Maija Saksin**

**Esittelijä: Esittelijä Virve Toivonen**

## **LAPSEN KÄÄNNYTTÄMINEN ILMAN OLESKELULUPA- JA KÄÄNNYTYSPÄÄTÖSTÄ**

### **1 OMA ALOITE**

Otin julkisuudessa olleiden tietojen perusteella omana aloitteena tutkittavaksi asian, joka koski vauvan käännättämistä ilman omaa päätöstä. Kyse oli tilanteesta, jossa Maahanmuuttovirasto käännätti äidin ja tämän lapsen (A), joille ei ollut myönnetty turvapaikkaa tai oleskelulupaa. Päätöksen tekemisen jälkeen äidille syntyi toinen lapsi (B), jolle ei tehty asiassa omaa päätöstä. Perheen isälle oli aiemmin myönnetty turvapaikka. Perheen vauvalle ei tehty Maahanmuuttovirastossa oleskelulupapäätöstä, vaan hänelle tehtiin tekninen käännätyspäätös -niminen toimenpide.

Omassa aloitteessa ei ole yksityiskohtaisemmin tutkittu tai otettu kantaa julkisuudessa olleeseen yksittäiseen tapaukseen, vaan lapsen oikeutta perusteltuun päätökseen on käsitelty yleisemmällä tasolla.

### **2 SELVITYS**

Maahanmuuttoviraston ohjeistuksen mukaan, kun vanhemman asia on ratkaistu ja asia on joko tiedoksi annettavana tai valitusvaiheessa tai lainvoimainen eikä vanhemman maasta poistamista ole vielä pantu täytäntöön, lapselle tehdään avattuun käännätysasiaan tekninen päätös -niminen toimenpide. Käytäntö perustuu korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisuun 2003:73. Ratkaisussa korkein hallinto-oikeus on todennut seuraavasti: *”Ulkomaalaisille henkilöille käännätyspäätöksen jälkeen syntyneiden lasten asema ei sinänsä vaikuta vanhempien turvapaikan tai kansainvälisen suojelun tarpeen harkintaan. Vastasyntyneen voidaan olettaa matkustavan vanhempiansa mukana, eikä käännättämisestä päättävällä viranomaisella ole lakiin perustuvaa velvoitetta viran puolesta erikseen tehdä hänen osaltaan käännättämispäätöstä.”* Ratkaisussa todetaan myös, ettei *”käännättämistä koskeva Ulkomaalaisviraston päätös ole ulkomaalaislain taikka lapsen oikeuksia koskevan yleissopimuksen vastainen.”*

### **3 RATKAISU**

Käsitykseni mukaan lapsen käännättäminen edellyttää lapselle tehtyä perusteltua käännättämispäätöstä. Lasta koskevissa päätöksissä lapsen etu on arvioitava laaja-alaisesti ja yksilöllisesti.

Perustelen ratkaisuani seuraavasti.

#### **3.1.1 Ulkomaalaislain (301/2004) sääntely**

Ulkomaalaislain tarkoitusta koskevan 1 §:n mukaan ulkomaalaislakia sovelletaan ihmisoikeuksia ja perusoikeuksia kunnioittaen sekä ottaen huomioon Suomea velvoittavat kansainväliset sopimukset.

Ulkomaalaislain 6 §:ssä säädetään ulkomaalaislain soveltamisesta lapseen. Sen mukaan ulkomaalaislain nojalla tapahtuvassa päätöksenteossa, joka koskee kahdeksatoista vuotta nuorempaa lasta, on kiinnitettävä erityistä huomiota lapsen etuun sekä hänen kehitykseensä ja terveyteensä liittyviin seikkoihin.

Ennen kaksitoista vuotta täyttäneitä lasta koskevan päätöksen tekemistä lasta on kuultava, jollei kuuleminen ole ilmeisen tarpeetonta. Lapsen mielipiteet tulee ottaa huomioon hänen ikänsä ja kehitystasonsa mukaisesti. Myös nuorempaa lasta voidaan kuulla, jos hän on niin kehittynyt, että hänen näkemyksiinsä voidaan kiinnittää huomiota.

Alaikäistä lasta koskevat asiat on käsiteltävä kiireellisesti.

Ulkomaalaislain 146 §:n mukaan käännyttämistä harkittaessa on otettava huomioon päätöksen perusteena olevat seikat sekä asiaan muutoin vaikuttavat seikat ja olot kokonaisuudessaan. Erityisesti harkinnassa on kiinnitettävä huomiota lapsen etuun ja perhe-elämän suojaan.

Ulkomaalaislakia koskevassa hallituksen esityksessä (HE 28/2003 vp. s. 119) todetaan, että ”alaikäinen on lähtökohtaisesti heikoin osapuoli tilanteissa, joissa aikuisten tai yhteiskunnan edut ovat ristiriidassa lapsen edun kanssa. Viranomaisten tehtävä on siksi valvoa, että lapsen etu toteutuu. - - Lapsen etu on aina yksilöllinen ja sidottu lapsen kulloiseenkin elämäntilanteeseen. Lapsen etu tulee harkita kokonaisuudessaan ottaen huomioon lapsen yksilölliset tarpeet, toivomukset ja mielipiteet. Oikeudellisissa ja hallinnollisissa ratkaisuihin on keskeistä, että päätöksentekijä selvittää, mikä ratkaisu juuri tässä tapauksessa on juuri tämän lapsen edun mukainen.”

Maahanmuuttoviraston viittaama korkeimman hallinto-oikeuden päätös on tehty vuonna 2003 eli aikaisemman ulkomaalaislain (378/1991) voimassa ollessa. Lapsen edusta oli kuitenkin säädetty (1 c §) samoin kuin nyt voimassa olevassa laissa. Vastaavasti lainkohdan perustelut (HE 50/1998 vp, s. 18) olivat keskeisin osin samat kuin voimassa olevan ulkomaalaislain. Esitöissä korostettiin viranomaisten vastuuta lapsen edun toteutumisesta sekä lapsen edun arvioinnin laaja-alaisuutta ja yksilöllisyyttä.

Ulkomaalaislain 4 §:n mukaan laissa tarkoitettujen asioiden käsittelyssä noudatetaan hallintolakia (301/2004). Hallintolain 7 luvussa säädetään tarkemmin hallintopäätöksen tekemisestä ja perustelemisesta. Hallintopäätös on lähtökohtaisesti annettava kirjallisesti ja päätökset on perusteltava. Perusteltu valituskelpoinen päätös on keskeinen osa perustuslain 21 §:n mukaista oikeusturvaa.

### 3.1.2 YK:n lapsen oikeuksien sopimus

Tarkasteltaessa lapsen oikeudellista asemaa ulkomaalaisasioissa on otettava huomioon myös kansainväliset ihmisoikeussopimukset sekä EU -oikeus. Erityistä merkitystä on YK:n lapsen oikeuksien yleissopimuksella, joka on ollut Suomessa voimassa lakitasoisena, ilman varauksia vuodesta 1991. Sopimus ja sen suojeluvaihtoehdot koskevat täysimääräisesti kaikkia lapsia, myös lapsia, jotka vasta pyrkivät valtion alueelle (turvapaikanhakija- ja pakolaislapset). Valinta on ollut tietoinen. Sopimuksen valmisteluvaiheessa nimenomaisesti hylättiin ehdotus, jonka mukaan sopimus suojaisi vain ”laillisesti” maassa oleskelevia (Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child. E/CN.4/L.1575, kohdat 40, 44 ja 47).

Lapsen oikeuksien sopimus perustuu keskeisesti ajatukseen siitä, että jokainen lapsi on yksilö, jolla on täysimääräinen oikeus ihmisoikeuksiin syntymästään lähtien. Samalla sopimus lähtee siitä, että lapset ja lasten tarpeet ovat erilaisia kuin aikuisten. Lasten haavoittuvuus ja etenkin

pienien lasten riippuvuus aikuisista antaa aiheen lasten erityiseen suojeluun (LOS 3 art. 2 kohta, 20 ja 25 art.). Myös vuoden 1995 kansallinen perusoikeusuudistus rakentui samoille lähtökohdille (HE 309/1993 vp, s. 23).

Lapsen oikeuksien sopimuksen 2 artiklassa säädetään lasten yhdenvertaisesta kohtelusta. Artiklan mukaan lapsia on kohdeltava yhdenvertaisesti riippumatta heidän omasta tai vanhempien taustasta ja ominaisuuksista. Iästä, syntyperästä, kansalaisuudesta tai muista olosuhteista riippumatta, lapsi on aina ensisijaisesti lapsi. Syrjimättömyysperiaate ei kuitenkaan sulje pois positiivista syrjintää eli yksittäisen lapsen tai lapsiryhmän oikeutettua erityiskohtelua. Sopimus tunnistaakin, että lasten joukossa on lapsia tai lapsiryhmiä, jotka ovat *erityisen haavoittuvassa asemassa*. Tällainen lapsiryhmä ovat myös turvapaikanhakija- tai pakolaislapset (ks. esim. Yleiskommentti No. 14, kohta 54). Lasten haavoittuva asema on tunnistettu myös ulkomaalaislain esitöissä (HE 28/2003 vp, s. 151-152).

Lapsen edusta säädetään sopimuksen 3 artiklassa. Sen mukaan kaikissa julkisen tai yksityisen sosiaalihuollon, tuomioistuinten, hallintoviranomaisten tai lainsäädäntöelimien toimissa, jotka koskevat lapsia, on ensisijaisesti otettava huomioon lapsen etu. Lapsen oikeuksien komitea on useassa yhteydessä korostanut lapsen edun arvioinnin ehdottomuutta: artikla ei jätä jäsenvaltioille harkintavaltaa asiassa. Komitean mukaan kaikkien hallintoviranomaisten, muun muassa maahanmuuttoviranomaisten, on tekemissään yksittäisissä päätöksissä arvioitava lapsen etua, jonka on ohjattava niin päätöksiä kuin täytäntöönpanotoimenpiteitäkin (Yleiskommentti No. 14, kohta 30). Lapsen edun ensisijaista huomioon ottamista edellyttävät myös EU:n turvapaikkamenettely- (2013/32/EU) ja vastaanottodirektiivi (2013/33/EU).

Sisällöllisesti lapsen etu on monimuotoinen käsite, jonka arvioinnissa on otettava huomioon monia erilaisia elementtejä, kuten lapsen läheiset ihmissuhteet, uskonnolliset, kulttuuriset ja kielelliset tekijät, lapsen fyysinen ja henkinen koskemattomuus sekä lapsen mahdollisesti haavoittuva asema. Lapsen osallisuus on olennainen osa lapsen etua (Yleiskommentti No. 14, kohdat 32 ja 53-79). Myös ulkomaalaislain esitöissä (HE 28/2003, vp. s. 119) todetaan, että lapsen etu on arvioitava yksilöllisesti ja kokonaisvaltaisesti. Lapsen edun arvioinnin laaja-alaisuutta on korostanut myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (esim. Karrer v. Romania 21.2.2012).

Kolme artiklan 2 kohta velvoittaa sopimusvaltioita takaamaan lapselle hänen hyvinvoinnilleen välttämättömän suojelun ja huolenpidon ottaen huomioon lapsen vanhempien, laillisten huoltajien tai muiden hänestä oikeudellisessa vastuussa olevien henkilöiden oikeudet ja velvollisuudet. Tähän pyrkiessään sopimusvaltiot ryhtyvät kaikkiin tarpeellisiin lainsäädäntö- ja hallintotoimiin.

Lapsen oikeuksien sopimusta valvova YK:n lapsen oikeuksien komitea ohjaa lapsen oikeuksien sopimuksen tulkintaa yleiskommenteillaan, joihin edellä tässä kappaleessa on jo viitattu. Yleiskommentti No. 7 (2005) koskee lapsen oikeuksien täytäntöönpanoa varhaislapsuudessa. Siinä komitea painottaa, että lapsen oikeuksien sopimusta on sovellettava kokonaisvaltaisesti varhaislapsuuteen ja että kaikkia lapsia, myös kaikkein nuorimpia, on kunnioitettava omina yksilöinä (kohdat 4 ja 5). Komitea korostaa, että pienillä lapsilla on erityinen riski joutua kärsimään vanhempiensa kohdistuvan syrjinnän seurauksista. Esimerkkeinä tällaisista tilanteista komitea mainitsee muun muassa pakolais- tai turvapaikanhakijalapsen (kohta 12).

Koska lapsen mahdollisuudet saada suojaa oikeuksilleen ovat useimmiten aikuista heikot, viranomaisten ja tuomioistuimien on kiinnitettävä erityistä huomiota lapsen oikeuksien toteutumiseen (Yleiskommentti No. 2, kohta 5, ks. myös EIT:n ratkaisu Blokhin v. Venäjä 23.3.2016). Myös korkein hallinto-oikeus on viimeaikaisessa oikeuskäytännössään korostanut

viranomaisen vastuuta lapsen suojelussa ratkaisuisaan, jotka koskivat yksin maahan tulleiden alaikäisten palauttamista (2017:172 ja 2017:173).

### 3.1.3 Lapsen oikeuksien sopimuksen asema oikeuslähteenä

Lapsen oikeuksien sopimuksen 4 artikla velvoittaa Suomea ryhtymään kaikkiin tarpeellisiin lainsäädännöllisiin, hallinnollisiin ja muihin toimiin yleissopimuksessa tunnustettujen oikeuksien toteuttamiseksi. Ensisijaisesti tämä asettaa muiden kansainvälisten sopimusten tavoin velvoitteita jäsenvaltioille. Niiden on huolehdittava siitä, että julkista valtaa käyttävät toimielimet ovat tietoisia sopimuksesta ja luotava toimielimilleen olosuhteet, joissa sopimusta on mahdollista noudattaa ja joissa lasten oikeudet voivat toteutua myös käytännössä.

Tätä edellyttää myös perustuslain 22 §, joka velvoittaa julkista valtaa turvaamaan perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen. Velvoite koskee sekä lainsäätäjää että soveltajaa (tuomioistuimet ja viranomaiset). Nykyisin turvaamisvelvoitteella katsotaan olevan sekä passiivinen että aktiivinen puoli. Se tarkoittaa, että julkisen vallan on paitsi pidättäydyttävä loukkaamasta kansalaisten perus- ja ihmisoikeuksia, myös toimittava aktiivisesti niiden suojaamiseksi tai tosiasiallisten edellytysten luomiseksi perusoikeuksien käyttämiseksi.

YK:n lapsen oikeuksien komitea on korostanut lapsen oikeuksien sopimuksen suoran sovellettavuuden tärkeyttä. Suomessa lapsen oikeuksien sopimus on monien muiden kansainvälisten sopimusten tavoin voimassa valtiosisäisesti. Siten sitä voidaan myös soveltaa suoraan yksityisen ja julkisen vallan välisissä oikeussuhteissa. Komitea on painottanut, että sääntelyn ristiriitatilanteissa etusija on lapsen oikeuksien sopimuksella valtiosopimusoikeutta koskevan Wienin sopimuksen 27 artiklan perusteella. Kyseisen artiklan mukaan sopimuksen osapuoli ei voi vedota sisäisen oikeutensa määräyksiin perusteena valtiosopimuksen täyttämättä jättämiselle (Yleiskommentti No. 5, 2003, kohdat 13-15, ks. myös EIT:n ratkaisu Sommerfeld v. Saksa 8.7.2003, 37 §).

### 3.1.4 Arviointi

Maahanmuuttovirasto tekee siis vanhemman käännytyspäätöksen jälkeen perheeseen syntyneelle lapselle ainoastaan teknisen toimenpidepäätöksen. Perheeseen ennen päätöksentekoa syntyneet lapset käsitellään osana vanhemman tai vanhempien päätöstä.

Maahanmuuttovirasto perusteli antamassaan selvityksessä tekninen toimenpidepäätös -käytäntöään sillä, ettei ulkomaalaislaissa tai sen esitöissä (HE 28/2003 vp.) sanota mitään siitä, miten käännättämispäätöksen jälkeen perheeseen syntyneen lapsen osalta tulisi menetellä. Maahanmuuttoviraston käytäntöä on siksi ohjannut korkeimman hallinto-oikeuden vuonna 2003 antama ratkaisu, jossa todetaan, että *"vastasyntyneen voidaan olettaa matkustavan vanhempiensa mukana, eikä käännättämisestä päättävällä viranomaisella ole lakiin perustuvaa velvoitetta viran puolesta erikseen tehdä hänen osaltaan käännättämispäätöstä."* ----- *"Käännättämistä koskeva Ulkomaalaisviraston päätös ei ole ulkomaalaislain taikka lapsen oikeuksia koskevan yleissopimuksen vastainen."*

Näkemykseni mukaan se, ettei ulkomaalaislaissa säädetä erikseen siitä, miten käännättämispäätöksen jälkeen syntyneen lapsen osalta menetellään, tarkoittaa, ettei lainsäädännössä ole perustetta kohdella käännättämispäätöksen jälkeen syntyneitä lasta ulkomaalaislain mukaisessa päätöksenteossa eri tavalla kuin ennen päätöstä syntyneitä lapsia tai lapsen vanhempia. Vastasyntyneen asettaminen aikuisiin tai toisiin lapsiin nähden erilaiseen asemaan ilman hyväksyttävää perustetta on syrjivää. Perustuslain 21 § ja hallintolaki edellyttävät perustellun päätöksen tekemistä asiassa, joka koskee henkilön oikeuksia ja velvollisuuksia.

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa 2003:73 oli kuitenkin näkemykseni mukaan kyse siitä, olisiko Maahanmuuttoviraston tullut tehdä käännyttämispäätös viran puolesta ilman, että asiassa oli tehty vastasyntyneen puolesta turvapaikka- tai oleskelulupahakemusta. Päätöksen tekemisen jälkeen lapsen oikeuksien sopimuksen sisältö on monin tavoin täsmentynyt sekä valvontamenettelyn että lapsen oikeuksien komitean sopimusartiklojen tulkinnasta antamien yleiskommenttien johdosta. Lapsen oikeuksiin ja oikeusturvaan on kiinnitetty enenevässä määrin huomiota myös EU:ssa ja Euroopan neuvostossa. Useissa yhteyksissä on edellä jaksossa 3.1.3 todetuin tavoin korostettu viranomaisten vastuuta lapsen oikeuksien toteutumisesta.

Sekä kansallisen lainsäädäntömme että muun muassa lapsen oikeuksien sopimuksen lähtökohta on, että vanhemmat yleisesti ottaen ottavat huomioon ja toimivat lapsensa edun mukaisesti. Myös julkisella vallalla on kuitenkin vastuu lapsesta, myös turvapaikanhakijalapsista. Suomeen saapunut tai Suomessa syntynyt lapsi kuuluu Suomen oikeudenkäyttöpiiriin. Suomen viranomaisilla on perustuslakiin ja kansainvälisiin sopimuksiin perustuva velvollisuus suojella oikeudenkäyttöpiirissään olevaa lasta. Suojeluvelvollisuus korostuu, kun lapsi on erityisen haavoittuvassa asemassa. Turvapaikanhakijalapsi on aina erityisen haavoittuva, ja nuori ikä edelleen korostaa lapsen haavoittuvuutta. Siksi viranomaisten on kiinnitettävä vastasyntyneen turvapaikanhakijan oikeuksiin ja oikeusturvaan erityistä huomiota. Näkemykseni mukaan lapselle tehtävä oma päätös turvaa perustuslain ja kansainvälisten sopimusten edellyttämällä tavalla lapsen oikeutta erityiseen suojeluun. Samalla oma päätös kunnioittaa lapsen ihmisarvoa.

Suomen viranomaisen ei voi olla myötävaikuttamassa tilanteeseen, jossa lapsi käännyttämisen jälkeen katoaa tai jää vaille kansalaisuutta. Lapsella on lapsen oikeuksien sopimuksen 7 artiklan mukaisesti oikeus kansalaisuuteen syntymästään lähtien. Turvapaikanhakijalapsilla on kasvanut riski joutua aikuisten, toisinaan myös läheistensä, kaltoin kohtelemiksi. Jotta lapsen perustuslaissa ja kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa turvattu oikeus erityiseen suojeluun voisi toteutua, lapsen etu on ulkomaalaisasioissa arvioitava yksilöllisesti ja laaja-alaisesti. Tähän Maahanmuuttovirastoa velvoittavat paitsi ulkomaalaislaki (6 § ja 146 §) ja lapsen oikeuksien sopimus (3 art.), myös monet muut kansainväliset sopimukset ja ohjelmat.

En ole voinut vakuuttua siitä, että teknisellä toimenpidepäätöksellä lapsen etu tulisi lainsäädännön edellyttämällä tavalla arvioiduksi yksilöllisesti ja laaja-alaisesti. Korostan, että velvollisuus lapsen edun laaja-alaiseen ja yksilölliseen arviointiin ulkomaalaislain mukaisissa asioissa koskee kaikkia alle 18 -vuotiaita. Totean vielä, ettei ulkomaalaislain ja lapsen oikeuksien sopimuksen lapsen edun arvioinnille asettamia vaatimuksia käsitykseni mukaan täytä toteamus siitä, että ratkaisun lopputulos on lapsen edun mukainen. Olennaista on perustella, *miksi* muun muassa lapsen terveyden, hyvinvoinnin, kasvun ja kehityksen, läheisten ihmissuhteiden ja yksilöllisen tilanteen näkökulmasta ratkaisu on lapsen edun mukainen.

Kiinnitän Maahanmuuttoviraston huomiota edellä lasta koskevan perustellun päätöksen tekemisestä sanottuun.